



ULPGC
Universidad de
Las Palmas de
Gran Canaria

PROGRAMA DE DOCTORADO ISLAS ATLÁNTICAS:
HISTORIA, PATRIMONIO Y MARCO JURÍDICO INSTITUCIONAL

TESIS DOCTORAL

INSTITUCIONES JURÍDICAS DE ASISTENCIA Y APOYO A LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL ACTUAL.
PERSPECTIVAS DE FUTURO

Presentada por Milagros Petit Sánchez

Dirigida por Dra. Carolina Mesa Marrero

Las Palmas de Gran Canaria

Febrero 2021

INDICE

	Págs.
ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD	
1. Concepto tradicional de capacidad e incapacidad.....	13
1.1. Conceptos previos de personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar	13
1.2. La incapacidad como derivación de la falta de capacidad de obrar: necesidad de un sistema de protección	25
2. Panorama legislativo español actual sobre la discapacidad	40
2.1. Protección en la Constitución española de 1978 a las personas con discapacidad	40
2.2. Evolución legislativa postconstitucional de la discapacidad: de los disminuidos a los discapacitados (desde 1978 a 2006)	48
2.3. Incidencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 en el ordenamiento jurídico español	60
2.3.1. Consideraciones previas	60
2.3.2. Progreso legislativo de la discapacidad: del modelo médico-rehabilitador al modelo de la diversidad funcional basado en el modelo social y de derechos humanos	65

2.3.3. Repercusión de la Convención en los conceptos tradicionales de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Crisis en el concepto de incapacitación: de los procedimientos de incapacitación judicial a los procesos de determinación de apoyos	75
2.3.4. Adaptación del ordenamiento jurídico español a los parámetros de la Convención: necesarios ajustes terminológicos	89
2.3.5. La necesidad del cambio promovido por el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 2020	106
2.3.6. Breve referencia a las acciones normativas sobre discapacidad en el ámbito de la Unión Europea	111

CAPÍTULO II. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL ACTUAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Destinatarios de la protección legal o de las medidas de apoyo. Especial consideración a la discapacidad psíquica o intelectual	117
2. El sistema de guarda y protección regulados por el Código Civil a partir de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma en materia de tutela	132
2.1. La tutela y la curatela como instituciones tradicionales de guarda y protección	142
2.1.1. La tutela como figura tradicional de protección a la persona con discapacidad en el sistema español	144
2.1.2. La curatela como institución tradicional más adecuada a los principios de la Convención	156
2.2. Breve referencia al defensor judicial como institución de guarda y protección a las personas con discapacidad	177
2.3. La guarda de hecho y su dimensión como mecanismo jurídico actual de protección y asistencia	180

3. Otros instrumentos de protección basados en la voluntad de la persona: la autotutela y los poderes preventivos	203
3.1. Consideraciones previas	203
3.2. El protagonismo de la voluntad de la persona en la determinación de medidas para su protección y asistencia en caso de discapacidad	205
3.3. La denominada autotutela	210
3.4. Los poderes preventivos o apoderamientos o mandatos preventivos	218
4. Protección legal a través de la ineficacia de los actos jurídicos realizados por persona con discapacidad	225

CAPÍTULO III. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO BASADAS EN LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA DE LAS CLAVES DE LA REFORMA PROYECTADA

1. Planteamiento de la cuestión	245
2. Las medidas de apoyo de acuerdo con el nuevo modelo de discapacidad propuesto por el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica	248
3. El protagonismo de la voluntad de la persona en la determinación de medidas de apoyo en caso de discapacidad	264
3.1. El criterio del mejor interés de la persona con discapacidad en contraposición a sus deseos y preferencias en la determinación de las medidas de apoyo	277
3.2. La voluntad de la persona expresada en las medidas anticipatorias o preventivas: poderes preventivos, poderes para el cuidado de la salud, nombramientos voluntarios de apoyos puntuales, etc.	293
3.3. La voluntad expresada por la persona en la preferencia en el nombramiento del sujeto que se elige para ocupar el cargo de curador: la autocuratela	304

4. El papel de la voluntad de la persona con discapacidad en la determinación de las medidas de apoyo establecidas por la autoridad judicial	314
5. El papel de la voluntad de la persona con discapacidad cuando el apoyo lo ejercita un guardador de hecho	321
6. El pretendido derecho a equivocarse y a rechazar el apoyo, como expresión de la voluntad de la persona con discapacidad	330
CONCLUSIONES	341
BIBLIOGRAFÍA	351

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCCat.	Código Civil Catalán
CDH	Comité de Derechos Humanos
CDPD	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad
CFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CIE	Clasificación Internacional de Enfermedades
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento de la discapacidad y de la salud
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
FCI	Familia de Clasificaciones Internacionales
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LINSADIS	Ley de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad
LIONDAU	Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad

LISMI	Ley de Integración Social de los Minusválidos
LO	Ley Orgánica
ONU	Organización de Naciones Unidas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La discapacidad es un concepto muy amplio y al mismo tiempo algo ambiguo, pudiendo considerarse *a priori* como la falta o limitación de alguna facultad física, mental o sensorial que imposibilita o dificulta el desarrollo normal de la actividad de una persona. Abarca desde la existencia de algún condicionamiento físico o sensorial que influye negativamente en el correcto y normal funcionamiento de las capacidades orgánicas y fisiológicas de la persona hasta la afectación de las aptitudes intelectuales, mermando la capacidad de raciocinio de la persona. No obstante, la nueva concepción de la discapacidad parte del planteamiento de la discapacidad como una barrera social, creada por la propia sociedad, hacia el debido reconocimiento de las diversas capacidades funcionales de cada persona, y es en la dificultad en el ejercicio y en la realización de sus derechos donde la persona con discapacidad se encuentra, en mayor o menor medida, con las dificultades para su participación en igualdad de condiciones que los demás. No en balde, la Real Academia Española, en la acepción dada al término en la última actualización del Diccionario de la lengua española de noviembre de 2020, enmienda el sentido del término discapacidad que pasa a ser definida como la “situación de la persona que por sus condiciones físicas o mentales duraderas se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social”, modificando la anterior definición que enunciaba la discapacidad como la disminución por un problema físico, sensorial o psíquico, que incapacita total o parcialmente para el trabajo u otras tareas.

La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 marcó un punto de inflexión en la visión y el tratamiento jurídico de la discapacidad. Actualmente, el régimen de la discapacidad se plantea como una cuestión de derechos humanos, entendiéndolo, no como una limitación o deficiencia, sino como un conjunto de circunstancias diversas que sencillamente diferencian una persona de otra, y cuyo objetivo es considerar a las personas con discapacidad como sujetos titulares plenos de derechos y lograr garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad.

El nuevo planteamiento de la discapacidad entendiéndola como aquella condición bajo la cual ciertas personas presentan alguna deficiencia física, intelectual o sensorial que, a largo plazo, afectan a la forma de interactuar y participar plenamente en la sociedad, no ha hecho más que normalizar el enfoque de la discapacidad. Así como el sufragio censitario o restringido vigente en el siglo XIX, basado en el ejercicio del derecho al voto de solo parte de la población que contara con ciertas características sociales, económicas o educativas, evolucionó hacia el derecho de sufragio universal, del mismo modo el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones, sin importar capacidades diferentes, intelectivas o volitivas, garantizado por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, a todas las personas con discapacidad es un ejemplo más de que se inicia un excelente camino hacia la normalización de la discapacidad.

Uno de los objetivos de este trabajo de investigación, abordado en el capítulo I, es tratar la actual delimitación jurídica de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español, plasmando, como no puede ser de otro modo, la indiscutible igualdad de derechos de las personas con discapacidad, no solo como auténticos sujetos de derechos en idénticas condiciones con aquellos que no tienen discapacidad, sino también con la misma capacidad jurídica y con igual posibilidad de ejercicio de esa capacidad jurídica. Para ello partimos de la necesaria adaptación del tradicional concepto de capacidad de obrar en la persona a la acepción que ofrece la Convención de Naciones Unidas de la capacidad jurídica y de su ejercicio en los derechos de la persona con discapacidad.

La nota en común de la existencia de cualquier discapacidad en la persona es la necesidad de asistencia y prestación de apoyos: desde la ayuda en la movilidad y en la realización de las actividades básicas para el mantenimiento y el desarrollo de la vida cotidiana de la persona hasta la protección jurídica institucional con el refuerzo a su favor en la correcta toma de decisiones en el ejercicio de sus derechos. Por ello, se han de tener presentes las posibilidades que otorga el sistema jurídico, a través de las instituciones jurídicas de asistencia y apoyo, como efectivas medidas de protección al derecho a la igualdad y a la dignidad inherente a todo individuo reconocidos constitucionalmente.

El estudio de los diferentes mecanismos jurídicos de protección y asistencia previstos en el ordenamiento jurídico civil español actual es examinado en el capítulo II. En el sistema vigente, la institución de la incapacitación y el correlativo sistema de guarda han sido concebidos –y aún hoy lo siguen siendo– como un sistema de protección de la persona con capacidades limitadas de autogobierno. De esta manera, los mecanismos clásicos de apoyo a la persona con discapacidad han estado centrados en la idea de su protección –tanto personal como patrimonial–, y basados en el supuesto interés de la persona protegida –visto este interés desde la perspectiva de la institución que protegía–, sin apenas tener en cuenta la voluntad de la persona afectada. Sin embargo, teniendo presente la Convención de Naciones Unidas y la necesaria adaptación de los parámetros fijados en ella a nuestro ordenamiento jurídico interno, se ha de dar protagonismo a la voluntad de la persona en la determinación de las medidas para su protección y asistencia en caso de discapacidad, priorizando la adopción de medidas de apoyo basadas en la autonomía de su voluntad, pero todo ello sin dejar de tener presente la obligada protección asistencial que se ha de prestar institucionalmente.

El protagonismo de la voluntad en la determinación de estas medidas de apoyo en caso de discapacidad es objeto de estudio del capítulo III. La actual interpretación del libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de toda persona, reconocido constitucionalmente en el artículo 10, ha llevado a un mayor protagonismo del respeto a la voluntad del sujeto en cualquier decisión que le afecte, y sin lugar a duda, también en lo referido al ejercicio de su capacidad jurídica. En esta línea, la nueva concepción de la discapacidad, planteada desde la Convención, está basada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias. Partiendo de un concepto amplio de discapacidad, esta línea de actuación centra su regulación en aquellos aspectos en los que dicha discapacidad afecta sobre todo a la integridad de la conciencia y la voluntad en la toma de decisiones.

Ante la necesaria reforma para la adaptación definitiva de nuestro ordenamiento jurídico español a esta nueva concepción de la discapacidad, el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas

con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 2020¹ coloca a la voluntad, los deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier otra consideración, optando por la supresión de toda referencia al interés de la persona con discapacidad en la determinación de sus medidas de apoyo. Ello supone un cambio total de perspectiva apostando la nueva regulación claramente por la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad sobre cualquier otra propuesta legal o de otro tipo, y optando por la supresión de toda referencia al interés de la persona con discapacidad en la determinación de sus medidas de apoyo. Sin embargo, en la práctica son reiteradas las alusiones al criterio del interés de la persona en los pronunciamientos judiciales más recientes, sin obviar ni desatender a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad como principal criterio en la determinación de cualquier medida que le afecte.

Por ello, el legislador español se enfrenta a estas dos cuestiones esenciales y transversales, no necesariamente contrapuestas, en la regulación de las instituciones de protección a las personas con discapacidad: la voluntad de la persona y su interés en la determinación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Desde nuestro punto de vista, creemos que no debe ser incompatible la elemental consideración de las personas con discapacidad como plenos sujetos de derechos y, el consiguiente reconocimiento a su integridad y dignidad en igualdad de condiciones que el resto, con la necesaria obligación, en determinados casos, de prestarles asistencia y ayuda, y considerarlos por tanto como sujetos necesitados de protección, a los que el ordenamiento jurídico debe velar en aras de su mejor interés.

La conciencia de la vulnerabilidad de todos los seres humanos, en cualquier momento de la vida, lleva a la ética del cuidado, a la humanización del Derecho, no solo en el ámbito familiar, sino también en la esfera pública materializando el deber del Estado Social de Derecho en la obligación de prestar asistencia y protección, sin que ello suponga un menoscabo de la autonomía de la persona. Es más, el debido cuidado de la persona puede y debe respetar su voluntad,

¹ Ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 17 de julio de 2020 y actualmente en tramitación parlamentaria.

reforzando su independencia y autonomía, sin suponer por ello autoritarismo, paternalismo ni dominación.

En estos tiempos lamentables del Covid-19, la protección de la salud ha hecho que las acciones públicas para salvaguardarla hayan pasado por recortar la libertad individual y social a través de la declaración del estado de alarma, con el consiguiente confinamiento, y la toma de medidas legales que restringen derechos fundamentales como la libertad de movimientos. La pandemia es el paradigma del dilema entre la necesaria protección y la libertad consustancial del ser humano. En el ámbito jurídico de la discapacidad, se podría hacer un paralelismo y poner en una balanza la libertad de la persona con discapacidad a la hora de actuar en el ejercicio de sus derechos tomando sus propias decisiones –aunque sean equivocadas, erróneas y perjudiciales para su persona–, y la necesidad de la adopción de determinadas medidas para una adecuada y correcta protección.

“Este año todos nos hemos sentido un poco más vulnerables. A nosotros también nos pasó en otro momento de nuestra vida, pero sirvió de algo. Todo esto ayuda a mirar el futuro desde la igualdad y desde la empatía hacia la otra persona, independientemente de su situación. La distancia física, cuando sea necesaria; y la distancia hacia la diferencia..., mejor nunca”. Estos elocuentes testimonios expresados por personas con discapacidad el 3 de diciembre de 2020, día internacional de las personas con discapacidad, ponen de manifiesto el deber social de comprensión de la situación y la necesaria supresión de cualquier tipo de barreras, pero también la necesaria adopción de medidas de apoyo para eludir cualquier diferencia.

El término discapacidad etiqueta a quien la padece y se puede interpretar como una forma de discriminación. Por ello, hay que luchar contra las etiquetas y, aunque muchas veces es necesario que pasen varias generaciones desde la introducción de un cambio para que el hecho forme parte de la rutina diaria y nadie recuerde cómo era posible que aquello existiera tal y como era antaño concebido, no debemos dejar de pensar que tal propósito habrá de ser conseguido.

Si el siglo XX puede considerarse como el tiempo del reconocimiento de los derechos de la mujer en igualdad de condiciones que el hombre, el siglo XXI debemos lograr que sea apreciado como el de la consolidación de los derechos de las personas con discapacidad, en idéntica actitud que hacia los demás. Esta es una de las claves que inspiran las perspectivas de futuro con la esperada reforma proyectada.

CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD

1. Concepto tradicional de capacidad e incapacidad

1.1. Conceptos previos de persona, personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar

Con la finalidad de delimitar la situación jurídica de discapacidad, elemento central del tema objeto de estudio, es necesario tomar como punto de partida los conceptos básicos de capacidad e incapacidad en la persona, conviniendo para ello hacer una breve referencia a ideas previas sobre términos universales que, a la luz del entendimiento en su evolución, aclararían sobremanera la comprensión y el mejor análisis de la situación. Así, haremos una somera trayectoria acerca de conceptos clásicos como persona, sujeto de derecho, personalidad y personalidad jurídica.

Siguiendo el camino aconsejado por DE CASTRO Y BRAVO, la definición de persona debe “partir del concepto de la persona humana y destacar su significado general en el Derecho, o sea, del reconocimiento de la situación jurídica que corresponde («dignitas») al hombre, a todo hombre, por su condición de ser racional”². Ha de subrayarse el significado que le da a la dignidad jurídica de la persona como cualidad y valor intrínseco, que el Derecho tiene que respetar y debe proteger, determinando que “en nuestra regulación jurídica, todo hombre tenga capacidad jurídica y –al menos latente– capacidad de obrar”³.

² DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España, t. II, Derecho de la persona*. Ed. Civitas (reedición facsímil de 1984), Madrid, p. 30, que amplía el concepto hasta comprender a las personas jurídicas señalando que “son personas: el hombre y traslativamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica”.

³ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España, op.cit*, p. 33. GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). “La persona en Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría/Derecho, Revista de pensamiento jurídico. Sobre el concepto de persona*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 85, destaca la actualidad de tal definición ya que alude a la “dignidad de ser racional y, por tanto, a la especial consideración y respeto que –como tal– impone el Derecho natural en su beneficio y a costa de su responsabilidad”.

La evolución del término “persona” puede seguirse en RAMS ALBESA⁴ que, junto con el término “hombre”, lo analiza desde una visión histórica, antropológica y filosófica. Llama la atención de este estudio la idea de persona y su función en un principio como “adjetivo calificativo, un atributo que enriquece al concepto de hombre y se predicaba tan solo de los hombres y en la medida en que participaban activamente en la vida pública de la comunidad jurídica” y, más tarde, como concepto jurídico posterior de persona, ya convertido en sustantivo, como “aquellos hombres que, considerados en abstracto, pueden (son capaces), si quieren (pues son libres), participar en la comunidad jurídica con independencia de que lo hagan o no”. La doctrina posterior se desentenderá del concepto hombre y se centrará en el de persona, como sujeto de derechos y deberes⁵.

La realización de actos jurídicos generadores de derechos y obligaciones en la persona va ligada a la idea de capacidad, concepto éste que tendremos ocasión de ver intrínseco al de persona y la condición de sujeto de derecho como algo esencial a la persona. Por lo tanto, del concepto de hombre se ha pasado al de persona, de éste al de sujeto de derecho con personalidad jurídica propia y de aquí al de capacidad.

En el marco jurídico, debemos precisar primero quiénes son sujetos de derecho, comprendiendo esta definición, por un lado, a los protagonistas destinatarios de las normas –éstas como derecho objetivo–, y por tanto aquéllos como sujetos pasivos del derecho, y, por otro lado, a los sujetos activos que puedan actuar, por sí o por medio de representación, como titulares de sus derechos subjetivos –siendo considerados estos derechos como facultades y poderes que son otorgados a la persona por el Derecho objetivo y que al mismo tiempo han de ser reconocidos y amparados por él–. Por ello, el concepto de persona ostenta, al mismo tiempo, la condición de sujeto del derecho objetivo y sujeto de derechos subjetivos, que pueden ser titulares de derechos –y al mismo tiempo pueden

⁴ RAMS ALBESA, J. (2011). “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 2011, núm. 723, pp. 228 y ss.

⁵ Una aproximación al concepto jurídico de persona y su evolución doctrinal puede verse en GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). “La persona en Derecho civil...”, *op. cit.*, pp. 83-93.

serlo de obligaciones– porque el sistema normativo establecido así lo ha dispuesto⁶.

La idea de la persona como sujeto de derechos nos dirige al concepto de personalidad jurídica, pudiendo entenderse como tal la aptitud y posibilidad de una persona para ser sujeto del derecho y de derechos⁷. Esta teoría de la personalidad jurídica es la base para la actuación de la persona tanto en el sentido de ser sujeto del Derecho objetivo como en el de ser titular de los derechos subjetivos, cuyos únicos poseedores sólo pueden ser aquellos a los que se les haya reconocido personalidad jurídica⁸.

En el ordenamiento jurídico español, la personalidad jurídica está regulada en el Título II –“Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil”–, del Libro I –“De las personas”– de nuestro Código Civil⁹. Este Título II a su vez se divide en las dos formas de manifestarse la personalidad jurídica en nuestro sistema jurídico: por un lado, las personas físicas o naturales –reguladas en el capítulo I “De las personas naturales” – y, por otra parte, las personas jurídicas –reguladas en el capítulo II “De las personas jurídicas”¹⁰–.

⁶ Hay autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona* (coord. P. de Pablo Contreras). Ed. Colex, Madrid, p. 320, que consideran que “la personalidad jurídica del ser humano (su condición de sujeto de derechos, y de protagonista de las relaciones jurídicas) no dependen de que sea reconocida por el Derecho positivo, sino que le es innata”, incluso reafirma tal consideración con el importante respaldo normativo que supone la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, en sus artículos 1 y 6 al señalar el primero que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y el segundo que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, cuestión que supone un reconocimiento normativo a un principio de derecho natural.

⁷ Según RAMS ALBESA, J. (2011), *op. cit.*, p. 234, “el giro teórico de *persona* a *personalidad* pudo obedecer a una concesión gramatical para lograr un fluido juego dialéctico entre un sustantivo y el adjetivo derivado de éste, pero ambos significantes coinciden en los rasgos esenciales, así como en la generalidad y en su referencia a la titularidad de derechos subjetivos”.

⁸ Interesante observación hace RAMS ALBESA, J. (2011). “Hombre y persona...”, *op. cit.*, p. 235, a propósito de las diferentes acepciones de la palabra “personalidad” que hace el diccionario de la Real Academia Española, apuntando un primer significado como “aptitud legal para intervenir en un negocio o para comparecer en juicio”, definición bastante cercana a la idea de personalidad jurídica como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y ejercitar, por sí o por otro, esos derechos y obligaciones. Un segundo significado que, aunque sea más literario y coloquial, se refiere a la “diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra”, como configuración del carácter individual de cada persona, y es esta acepción la que toma en consideración el artículo 10.1 CE cuando hace referencia a “el libre desarrollo de la personalidad”.

⁹ Hay que hacer constar que la denominación señalada en el Título es de “personalidad civil”, en vez de la tradicional y doctrinalmente considerada personalidad jurídica.

¹⁰ Sólo nos referiremos a la personalidad jurídica de las personas físicas, ya que el objeto de nuestro trabajo viene referido única y exclusivamente a ellas, sin perjuicio de que hagamos referencia a las

El nacimiento o creación de la personalidad jurídica en las personas físicas o naturales viene determinado básicamente en los artículos 29 y 30 del Código Civil. Según la primera parte del artículo 29, “el nacimiento determina la personalidad”; y según señala el artículo 30, “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”¹¹. De ello se deduce fácilmente que todos los nacidos con vida son personas y tienen por ello, personalidad jurídica propia¹². Por otro lado, la extinción de la personalidad civil en las personas físicas viene dada por el fallecimiento o muerte de las personas, según reza el artículo 32 del mismo cuerpo legal¹³.

En esta línea de pensamiento, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948¹⁴, señala en su primer artículo que “todos

personas jurídicas como posibles sujetos a los que se les pueda encomendar la ayuda y asistencia de determinadas personas físicas.

¹¹ El artículo 30 fue modificado por la Disposición Final 3ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, abandonando el criterio de la denominada “viabilidad legal” de exigencia del nacimiento del feto con figura humana y de vida independiente del seno materno por al menos veinticuatro horas.

¹² DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España, op. cit.*, p. 111, si bien haciendo referencia a los requisitos para ser reputado nacido exigidos legalmente en aquel momento, corroboraba que la personalidad existe, y se reconoce que existe desde el momento del nacimiento. Desde entonces se empieza a contar su edad, tiene derechos de personalidad, estado civil y un patrimonio, capacidad para suceder hereditariamente y para ser heredado”. Por otra parte, en palabras de RAMS ALBESA, J. (2011). “Hombre y persona...”, *op. cit.*, p. 235, “no se les presume personas como antaño, sino que sencillamente lo son: valen por sí mismos y tienen derechos importantísimos por el mero hecho de serlo; no se les trata de forma benévola como si fueran personas (eso vale tan solo para los *nasciturus*), sino que lo son plenamente en todos los órdenes jurídicos y sin excepción, también cuando carecen de toda capacidad de obrar”.

¹³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). “La persona en Derecho civil...”, p. 91, expresa que nuestro ordenamiento jurídico no establece con carácter general los criterios que determinan la muerte de una persona ni indica en qué momento exacto se produce este hecho. Para la autora citada, esta cuestión deberá “ser resuelta por las Ciencias de la Vida que en esta, como en tantas materias, está en continua evolución, lo que no deja de suscitar ciertos recelos entre los juristas más partidarios de atender sobre todo a las exigencias derivadas de la seguridad jurídica”. Para determinar el momento exacto de la muerte habrá que estar a lo establecido en normativa complementaria, como puede ser el artículo 5 1º de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; el artículo 10 del Real Decreto 20170/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; el artículo 8.1 y 4 del Real Decreto 1301/2006, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de células y tejidos humanos. Dicha normativa pretende básicamente responder a los avances de la biomedicina en el terreno del diagnóstico del fallecimiento al mismo tiempo que, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, Madrid, p. 346, “no es una cuestión estrictamente jurídica, sino más bien médica: serán los especialistas quienes deberán determinar, con criterios médicos, cuándo una persona ha fallecido”.

¹⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), en París en donde se recogen, en sus 30 artículos, los derechos humanos considerados básicos a partir de la Carta de Naciones Unidas firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en el artículo 6 que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Estas afirmaciones ayudan a fundamentar el carácter innato de los derechos humanos, su relación con la dignidad natural del hombre, y su incidencia sobre el reconocimiento de personalidad jurídica por los ordenamientos positivos¹⁵.

Por ello, es indiscutible que todas las personas tienen personalidad jurídica y capacidad para ser sujetos de derechos subjetivos (personales o patrimoniales), sin ningún tipo de intermediación y sin excepción alguna, por lo que todo ser humano vivo, es decir, nacido y no fallecido, tiene personalidad jurídica siendo sujeto del derecho y sujeto de derechos¹⁶. No hay ninguna duda acerca de tal afirmación, aunque no fue hasta finales del siglo XIX cuando se generalizó el reconocimiento de la personalidad a toda persona, con la consecuente y lógica declaración de la capacidad general para la titularidad de los derechos¹⁷.

Como consecuencia de lo anterior y dado que se reconoce personalidad jurídica a toda persona, esta noción de personalidad lleva incorporada, de forma esencial y en su valoración jurídica, la noción de capacidad jurídica que está íntimamente ligada al concepto de persona y a la titularidad activa y pasiva de derechos.

Tradicionalmente se ha definido la capacidad jurídica como la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones, aspecto que va implícito a la condición de personalidad y de persona¹⁸. En este sentido, el sujeto de derechos

¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)...*, op.cit., p. 320.

¹⁶ La STC 174/2002, de 9 de octubre, en su Fundamentos Jurídico número 5 declara “en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE). En los mismos términos, la STC 7/2011, de 14 de febrero, la STS de 30 de junio de 2004 (Roj: STS 4629/2004) y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷ En palabras de RAMS ALBESA, J. (2011), op. cit., pp. 235-238, “lo hasta ahora expuesto no es, en verdad, una serie de consecuencias lógicas sucesivamente concatenadas, sino más bien un relato histórico por medio del cual, con avances y algún que otro retroceso, se ha ido asentando de forma progresiva, en nuestra sociedad –y en otras muchas, por fortuna– la idea nada fácil de que los hombres son personas con la indeclinable titularidad de derechos fundamentales innatos para cuyo respecto no se requiere intermediación alguna”, y continúa indicando que “nadie deberá estudiar caso por caso la capacidad jurídica del supuesto titular”.

¹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España*, op. cit., p. 45, advierte que “persona y capacidad jurídica no son conceptos sinónimos”, entendiendo la capacidad jurídica como “una de las

se caracteriza por tener capacidad jurídica, por lo que ambos conceptos –ser sujeto de derechos y tener capacidad jurídica– pueden considerarse equivalentes¹⁹. Todo ser humano nacido con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, adquiere la personalidad jurídica (ex art. 30 CC), siendo sujeto de derecho y sujeto de derechos y obligaciones hasta que deje de ser persona, es decir, hasta el momento exacto de su fallecimiento, adquiriendo por ello y sin ninguna duda, durante el período de su vida, la denominada capacidad jurídica²⁰. Se tiene por el mero hecho de nacer y constituye un *prius* para el Derecho que simplemente la reconoce como parte de la personalidad y se adquiere, al igual que ésta, por el nacimiento, según se desprende del artículo 29 del Código Civil.

Esta aptitud genérica innata no conlleva necesariamente la tenencia real y efectiva de derechos y/o de obligaciones –lo que supondría tener la titularidad de estos²¹–. No obstante, los derechos fundamentales –al ser innatos e

cualidades o manifestaciones de la personalidad, la de ser susceptible de derechos y aun de obligaciones”. Por esas consideraciones, aconseja utilizar la frase “capacidad de derecho en el sentido de: *la cualidad de la persona de ser titular (centro unificador e independiente) de las distintas relaciones jurídicas que la afectan*”. Por su parte, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*. Ed. Tecnos, 13ª edición, Madrid, p. 186, consideran a la capacidad jurídica como un atributo o cualidad esencial de la persona, reflejo de su dignidad.

¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España, op. cit.*, p. 41, confluye en definitiva en que la capacidad jurídica “es la aptitud de ser sujeto en las relaciones de Derecho”. GORDILLO CAÑAS, A. (1986). *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Ed. Tecnos, Madrid, p. 26, matiza que no es uno de los requisitos que ha de reunir la persona para poder ser titular de una determinada relación jurídica, sino la posibilidad general de ser titular de relaciones jurídicas que, “comenzando con el nacimiento, y acompañando, una e igual, a todos los individuos hasta su muerte, viene a consagrar en términos de igualdad ante la ley la igualdad natural de todos los hombres”.

²⁰ En palabras de GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, *Los discapacitados y su protección jurídica*. Edición Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 13-14, “la capacidad jurídica no es más que expresión de la igualdad y dignidad de la persona que resalta la Constitución Española. Es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduaciones o modificaciones. Es la que hace al hombre sujeto de Derecho, reflejo de su personalidad y a ella necesaria e inmediatamente conectada. En nada se ve afectada por las circunstancias personales del individuo. La capacidad jurídica no se concede, es una necesidad derivada de la misma personalidad humana. Es verdad que el ordenamiento jurídico ha negado la capacidad jurídica a determinada clase personas, como los esclavos. Pero es una fase superada en la historia de Occidente”.

²¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)...*, *op.cit.*, p. 324, matiza que “a la tenencia efectiva de un concreto derecho u obligación se le denomina titularidad, que es, por tanto, la situación de pertenencia de un derecho o de una obligación a un concreto sujeto de derechos; la capacidad jurídica permite ser titular de derechos y obligaciones, la titularidad supone que se es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación determinada”. Añade que “la capacidad jurídica se muestra como la pura potencialidad de ser sujeto de derechos y obligaciones: por sí sola, como concepto abstracto, no supone atribución efectiva de ningún derecho u obligación. Es, además, igual (una y la misma) para todos los seres humanos, por lo que aparece como la plasmación más radical del principio

inherentes a la condición humana, y además reconocidos a cualquier ser humano sin distinción– siempre estarán ligados a la persona, por lo que cualquier persona desde su nacimiento, al menos es titular de sus derechos fundamentales²². En esta línea, el reconocimiento de capacidad jurídica general e igualitaria para toda persona puede considerarse como la derivación de un principio general del Derecho, no siendo susceptible de alteración o modificación²³.

Desde una visión más actual, la capacidad jurídica podría entenderse, en términos físicos, como una constante vital, estando su reconocimiento íntimamente ligado al reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona²⁴. En este sentido, la capacidad jurídica es siempre la misma en el tiempo, igual para todas las personas, no graduable ni susceptible de modificación y consagra la igualdad de todas las personas ante la ley.

Otra de las cuestiones derivadas de la personalidad jurídica de la persona, junto con la capacidad jurídica, es la que tradicionalmente se ha denominado capacidad de obrar²⁵. La capacidad de obrar se ha entendido en la doctrina española como la aptitud concreta de una persona de poder ejercitar los derechos y obligaciones de los que es titular, bien por sí mismo, bien por la actuación de una representación voluntaria²⁶. La capacidad de obrar puede ser

de igualdad, consagrado constitucionalmente en el artículo 14 de la Constitución Española. En consecuencia, la capacidad jurídica de las personas físicas no es graduable: es, como se ha dicho, una y la misma para todos los nacidos”.

²² GARCÍA RUBIO, M. P. (2013). “La persona en Derecho civil...”, *op.cit.*, p. 93, relacionando los términos de persona, personalidad y capacidad, afirma acertadamente que “todo ser humano por el hecho de serlo tiene personalidad y es titular de unos determinados derechos que derivan de su dignidad humana, que están reconocidos como derechos fundamentales [...] y de los que no puede ser privado, ni siquiera voluntariamente”.

²³ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2000). “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Civil – Mercantil*, 2000 – I, p. 1920.

²⁴ ROVIRA SUEIRO, M. E. (2016). “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 19, trata la capacidad jurídica como “una cualidad pasiva para ser receptor de efectos jurídicos, no para producirlos”.

²⁵ La diferencia entre los conceptos de persona y personalidad, así como la idea moderna de capacidad de persona, referida tanto a la llamada capacidad jurídica como a la capacidad de obrar, se remonta a Savigny, pero en el Derecho español fue Federico de Castro el primero en establecer y definir los conceptos de persona, personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar; así lo señala DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2005). “Capacidad civil y capacidad penal”, *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, Tomo I. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 994.

²⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España*, *op. cit.*, p. 49, apunta que “la capacidad de obrar, aunque mediatamente puede estar afectada por la aptitud natural del individuo, jurídica e

plena o encontrarse limitada si la persona no puede realizar por sí misma con plena eficacia actos o negocios jurídicos²⁷.

La capacidad de obrar ha estado estrechamente relacionada con la llamada capacidad natural²⁸, esto es, la habilidad de la persona para poder desarrollar y ejercitar por sí mismo sus aptitudes personales y patrimoniales, para poder atender, sin necesidad de ayuda de otros, el cuidado de su persona y bienes²⁹. Ello es consecuencia del principio básico del libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental reconocido constitucionalmente en nuestra Carta Magna³⁰, ya que presupone la libertad de la persona para gestionar y gobernar sus propios asuntos –entendido como el autogobierno de la persona–, con plena eficacia jurídica³¹.

inmediatamente resulta del reflejo de cada estado civil” definiéndola como “la cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado– la eficacia jurídica de sus actos” (los actos jurídicos propios y también de los ajenos que les sean atribuibles). Más recientemente, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I...*, op. cit., p. 186, consideran a la capacidad de obrar como “la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones”. Por otra parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)...*, op. cit., p. 326, afirma que la capacidad de obrar es, en términos generales, “la posibilidad de desarrollar una actuación válida y eficaz desde el punto de vista jurídico”, siendo la posibilidad directa de ejercer un derecho o satisfacer una obligación por sí mismo, sin intermediación alguna, o voluntariamente a través de la figura de la representación. La representación legal procedería precisamente en los supuestos donde *a priori* no habría, o estaría limitada en algún sentido, la capacidad de obrar.

²⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I...*, op. cit., p. 186, establecen que, ante la falta de una plena capacidad de obrar, el ordenamiento jurídico establece normas apropiadas para la protección de los intereses y derechos del que la sufre, tales como el establecimiento de una representación legal o el complemento de capacidad.

²⁸ La capacidad natural se puede definir como la idoneidad psicológica de la persona referida a su capacidad intelectual y volitiva en la realización de actos con repercusión en su esfera jurídica personal y también en la de terceros. La capacidad natural alude fundamentalmente a la idoneidad psicológica de la persona desde un punto de vista intelectual y volitivo. Es la denominada como la capacidad natural de conocer y querer, según dispone MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)...*, op. cit., p. 326.

²⁹ La fundamentación de la capacidad de obrar basada en la inteligencia y la voluntad de la persona chocaba “al menos hasta fechas relativamente recientes con casos como el de la mujer casada o, más cercano aún en el tiempo, el del menor de edad con suficiente grado de madurez”, según expone GARCÍA RUBIO, M. P. (2013). “La persona en Derecho civil...”, op. cit., p. 94, y es por lo que algún autor como De Castro negaba la identificación de la capacidad de obrar con la capacidad natural y la hacen depender del estado civil de la persona que determina la eficacia jurídica de sus actos.

³⁰ El apartado 1º del artículo 10 CE reconoce que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

³¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I...*, op. cit., p. 186, consideran que “la capacidad de obrar se presume plena como principio general, como corresponde al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad”.

A diferencia de la capacidad jurídica que la tienen, de igual forma, todas las personas por el hecho de ser personas, la capacidad de obrar dependerá de la capacidad natural de la persona en cada momento concreto para poder realizar actos jurídicos con pleno reconocimiento de validez por parte del ordenamiento³². Lo lógico sería asociar capacidad de obrar con capacidad natural de una forma individualizada para cada caso concreto, pero por la imposibilidad material y la inseguridad jurídica que se generaría³³, legalmente se ha asociado la tenencia de capacidad de obrar con la llegada a una determinada edad –la mayoría de edad legal–³⁴ y a la ausencia de alguna causa legal que pudiera dar origen a una incapacitación judicial³⁵. De esta forma, son las normas jurídicas las que establecen los criterios para determinar, de manera genérica, la llamada capacidad general de obrar.

Estos criterios están normalmente vinculados a estas dos circunstancias, objetivas y fácilmente comprobables, como son la edad y la ausencia de modificación judicial de dicha capacidad de obrar –lo que en terminología tradicional y que aún mantiene el Código Civil sería la incapacitación judicial–, si

³² En palabras de GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, *op. cit.*, p.14, “si la capacidad jurídica es el reflejo directo de la personalidad, la capacidad de obrar la presupone, pero exige un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes [...]. De ahí que la capacidad de obrar frente a la capacidad jurídica admite graduaciones, porque no son iguales las condiciones de madurez en todas las personas, o si se quiere, su capacidad de entender y de querer”. Por su parte, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2000). “La incapacitación en las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 1920-1921, alude a que la capacidad de obrar “está específicamente unida a circunstancias que pueden afectar a cada sujeto, que determinarán su graduación o adaptación en atención a la concurrencia de ciertos hechos que le impidan gobernarse por sí mismo”.

³³ Ello obligaría a comprobar, caso por caso, la capacidad natural de cada persona en cada acto con trascendencia jurídica, lo que en la vida jurídica es inviable e impracticable. Como alega RAMS ALBESA, J. (2011). “Hombre y persona...”, *op. cit.*, p.237, “nadie deberá estudiar caso por caso la capacidad jurídica del supuesto titular, pero, por el contrario, habrá que concretar para algunos casos cuál sea la capacidad necesaria para ejercer los derechos de los que se es titular (la capacidad de obrar)”.

³⁴ La mayoría de edad está reconocida en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno en los 18 años; entre ellos, España, en virtud del artículo 12 de la Constitución española, que recoge lo establecido en el mismo sentido en el artículo 315.1 del Código Civil.

³⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2005). “Capacidad civil y capacidad penal”, *op. cit.*, p. 994, se refiere a De Castro cuando señala que “la doctrina jurídica había sufrido, al aceptar como axioma esta conexión, uno de sus mayores errores [...]. Para De Castro no puede admitirse que la capacidad de obrar y sus limitaciones dependan de la aptitud natural [...]. Sin embargo, muchos tratadistas posteriores, olvidando o desconociendo los sabios consejos de De Castro, han vuelto a la idea de la conexión entre capacidad y aptitud natural”.

bien también habría que tener en cuenta las incapacidades legales establecidas por la ley para casos especiales³⁶ y las prohibiciones legales³⁷.

En cuanto a la circunstancia de la edad, es la mayoría de edad legal el momento temporal que determina la adquisición de la capacidad general de obrar³⁸. Se parte de una presunción legal de capacidad natural a partir de un dato externo, objetivo y fácilmente verificable, como es la mayoría de edad a partir de la cual el legislador presume que una persona ha llegado ya al desarrollo físico y mental y al nivel de conocimientos y experiencia que le permite desenvolverse por sí solo³⁹.

Pero hay que tener en cuenta que no solo la mayoría de edad determina la plena capacidad de obrar de la persona, sino también la ausencia de incapacitación o de modificación judicial de la capacidad de obrar⁴⁰, es decir, la falta de una declaración judicial que constate la inexistencia, ausencia o limitación de su capacidad natural. La suma de estas dos circunstancias en la persona –su mayoría de edad y la no incapacitación judicial– es lo que permite hablar de una presunción legal de capacidad natural, y por ende de capacidad de obrar. Por ello, se presupone que toda persona mayor de edad no incapacitada judicialmente es plenamente capaz para realizar cualquier acto jurídico con trascendencia y efectos para ella misma y para terceros afectados. No obstante, se ha de singularizar la posible inexistencia o limitación de la capacidad natural en persona mayor de edad no incapacitada judicialmente, con escasas o nulas facultades intelectivas y/o volitivas, para poder determinar, en su caso, la

³⁶ En ocasiones, el Derecho exige una capacidad de obrar especial para la realización de determinado tipo de actos (por ejemplo, cuando se requiere una edad mínima de 25 años en el adoptante según dispone el artículo 175. 1 CC) o cuando se faculta a quien no tiene capacidad general de obrar para la realización de un acto concreto (por ejemplo, cuando se autoriza para otorgar testamento a los mayores de 14 años, según recogen sensu *contrario* los artículos 662 y 663, salvo para el testamento ológrafo que sólo podrá otorgarse por mayores de edad según el artículo 688 del mismo texto legal).

³⁷ Las prohibiciones legales son supuestos específicos fijados por el Derecho, que, en virtud de circunstancias concretas, veta a ciertas personas la realización de determinados actos, para los que, en un principio, tienen capacidad de obrar (por ejemplo, las prohibiciones de comprar contenidas en el artículo 1459 CC).

³⁸ Así, el artículo 322 CC permite al mayor de edad realizar todos los actos de la vida civil que no exijan una capacidad distinta para casos especiales determinados por la propia norma.

³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, p. 327.

⁴⁰ Debemos tener en cuenta la simultaneidad terminológica actual respecto a los conceptos de incapacitación judicial que aún se mantiene en preceptos del Código Civil y la nueva tendencia en el concepto procesal de modificación judicial de la capacidad de obrar, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

invalidez e ineficacia de los actos jurídicos a través del ejercicio de las correspondientes acciones de nulidad o anulabilidad del acto en cuestión. Es lo que se ha denominado incapacidad natural, y, la persona que la sufre, incapaz natural. Cabe por ello la posibilidad de que, existiendo limitaciones en las facultades intelectivas o volitivas en una persona, no haya declaración judicial al respecto, por lo que aun presumiendo la plena capacidad de obrar, se puedan invalidar los actos jurídicos que realice si se demuestra cumplidamente que en el momento de prestar consentimiento carecía de la aptitud mental exigible⁴¹. En tal caso y aplicando las reglas generales de ineficacia de los contratos, el acto jurídico puede ser declarado nulo –si hay ausencia total del consentimiento (ex artículo 1300 CC)– o anulable –si hay consentimiento, pero éste adolece de un vicio (ex artículo 1265 CC)–⁴².

Es en este contexto donde se puede conectar la capacidad general de obrar de todo mayor de edad no incapacitado judicialmente con la necesaria capacidad natural de autogobierno y, así, conceder relevancia jurídica a esta capacidad natural en aras de determinar la validez y eficacia de actos concretos realizados por quien teóricamente es capaz de obrar, por ser mayor de edad y no estar incapacitado judicialmente, pero carece de tal capacidad de autogobierno, aunque sea temporalmente⁴³. En este marco conceptual, dentro de la idea de capacidad de obrar, se podría distinguir, a su vez, la capacidad de obrar legal –que la tendría la persona mayor de edad no incapacitada judicialmente–, y la capacidad de obrar natural, que se presupondría a toda persona con capacidad de obrar pero que podría destruirse tal presunción demostrando su incapacidad natural⁴⁴. Ello tendría como consecuencia la adaptación del alcance de la

⁴¹ MESA MARRERO, C. (2002). “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el derecho sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 43 (julio-septiembre 2002), p. 161.

⁴² Como indica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2005). “Capacidad civil y capacidad penal”, *op. cit.*, p. 994, “nadie duda de que las limitaciones de la capacidad de obrar o, lo que es lo mismo, la eventual ineficacia de los actos o negocios jurídicos realizados es una forma o una técnica para proteger especialmente a determinadas personas, a quienes se permite anular, por sí o por sus representantes, lo que se haya hecho”.

⁴³ Ejemplos de esta temporalidad sería la que se predica en contratos celebrados por mayores de edad no incapacitados, pero transitoriamente sin capacidad natural en el momento de prestar el consentimiento contractual por trastornos mentales puntuales o por encontrarse en estado de embriaguez o drogadicción.

⁴⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*, p. 327, es claro al afirmar que actualmente “la opción legislativa en favor de la vinculación de la capacidad de obrar a la edad y a la ausencia de incapacitación, y solo a través de ellos a la capacidad natural, se ha visto progresivamente

incapacitación al grado de capacidad natural de la persona, a través de la determinación de adecuadas y proporcionales medidas para su protección⁴⁵.

Por ello hay que tener en cuenta que, jurídicamente, el término incapaz puede estar referido a la incapacidad natural de una persona –que no ha sido ni está judicialmente incapacitada– o puede estar referido a personas que han sido incapacitadas judicialmente, en cuyo caso su capacidad habrá sido modificada de acuerdo con la correspondiente resolución judicial⁴⁶.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que no hay duda alguna de que toda persona física⁴⁷, por el hecho de ser persona tiene personalidad jurídica como sujeto del Derecho y de derechos. Por ello, tiene capacidad jurídica como sujeto titular de derechos y obligaciones, y, al mismo tiempo, se presume que tiene capacidad de obrar para actuar y ejercitar por sí mismo los derechos y obligaciones de los que es titular desde el momento de su llegada a la mayoría de edad legal, siempre y cuando no haya una modificación judicial de su capacidad que limite o restrinja su capacidad. Por lo tanto, a falta de

debilitada a lo largo de las últimas reformas legales, en las que se va acentuando cada vez más la dependencia directa entre la capacidad natural de autogobierno y las posibilidades de actuación con eficacia jurídica”.

⁴⁵ El recurso directo a la capacidad natural de las personas ha sido utilizado, cada vez de forma más habitual, en el caso de los menores de edad, referido también a sus condiciones de madurez (*ex* artículos 154.3 y 162.2 1º CC). Hasta hace poco tiempo han ido de la mano jurídicamente hablando, en términos de capacidad de obrar, las personas incapacitadas y los menores de edad. Esta tendencia, sin embargo, cambió al considerarse legalmente a los menores de edad como personas con capacidad de obrar cuyas limitaciones habían de ser interpretadas restrictivamente, según lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Así lo expone MESA MARRERO, C. (2002). “Régimen jurídico de los menores e incapaces...”, *op. cit.*, pp. 160-161. En el mismo sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2003). *Derecho civil. Parte general y derecho de la persona* (coord. F. Blasco Gascó). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 217-218.

⁴⁶ ROVIRA SUEIRO, M. E. (2016). “La Convención de las Naciones Unidas...”, *op. cit.*, pp. 28-29, recuerdan que la regla general de plena capacidad de las personas mayores de edad puede destruirse por ser una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario en los casos en los que la falta de discernimiento es una evidencia, y matizan que, cuando hay indicios de falta de capacidad, existe una situación clara de indefensión y hay que optar por la interpretación que resulte más favorable a los derechos fundamentales.

⁴⁷ Aunque estos conceptos también pueden aplicarse a la persona jurídica, si bien, como señala GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). “La persona en el Derecho Civil...”, *op. cit.*, p. 94, “en el ámbito de las personas jurídicas la identificación entre personalidad y capacidad ha dejado de ser pacífica”.

incapacitación judicial, rige la regla general de plena capacidad de las personas mayores de edad⁴⁸ (ex art. 322 CC).

A modo de conclusión, hemos de poner de manifiesto que la capacidad jurídica y la capacidad de obrar han sido nociones básicas en la teoría clásica del Derecho de la persona, ligados siempre a los presupuestos de sujeto del derecho y de la personalidad jurídica. Desde esta perspectiva tradicional, siguiendo el discurso de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, a la persona no le basta con tener capacidad jurídica y, por ello, la posibilidad genérica de ser titular de derechos y obligaciones, ni con tener la titularidad o situación de pertenencia de un derecho concreto y determinado, para poder llevar a cabo eficazmente actuaciones relacionadas con ese derecho; a tal fin sería preciso tener capacidad de obrar⁴⁹. No obstante, en los últimos tiempos prevalece la idea de la poca utilidad de esta diferenciación⁵⁰. Parece ser que esa será la tónica dominante: la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en 2006 y de la que España es parte, ha marcado un punto de inflexión importante y trascendental en lo relativo a la capacidad de la persona, cuestión que analizaremos más adelante⁵¹.

1.2. La incapacidad como derivación de la falta de capacidad: necesidad de un sistema legal de protección

En el epígrafe anterior, hemos señalado la regla general de capacidad plena de las personas mayores de edad para poder ejercitar sus derechos y obligaciones por sí mismos, asociada dicha presunción general a las condiciones personales

⁴⁸ Hay que tener en cuenta lo dicho anteriormente sobre la reconocida capacidad de obrar de los menores de edad.

⁴⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)...*, op. cit., p. 326.

⁵⁰ Así RAMS ALBESA, J. (2011). "Hombre y persona...", op. cit., p. 234, señala que "la afición por la generación de modelos duales [...], nos proporcionó en materia de capacidad un binomio poco útil [...] y en cierto modo disfuncional: el de distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar* y, a veces, con difíciles entrecruzamientos con la noción de *personalidad jurídica*". En palabras de ROVIRA SUEIRO, M.E. (2016). "La Convención de las Naciones Unidas...", op. cit., p. 20, "capacidad jurídica y capacidad de obrar son dos realidades de una misma moneda, dos realidades de la persona –su cara y su cruz-, dos conceptos íntimamente ligados pero que no deben ser confundidos".

⁵¹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). "La persona en el Derecho Civil...", op. cit., p. 98, señala, entre las razones que da para revisar la dualidad capacidad jurídica/capacidad de obrar, que el texto de la Convención no reconoce esta dicotomía.

de autogobierno y de decisión en la persona, dependiendo ello de lo que se ha denominado capacidad de obrar natural. En sentido contrario, se puede deducir que la falta de esa capacidad natural de obrar puede derivar en una forma de incapacidad de la persona para ejercitar, por sí misma y con válidos efectos jurídicos, sus derechos y obligaciones, con plenas garantías y en su propio beneficio.

Ha sido evidente y constante a lo largo de los tiempos la necesidad de protección y ayuda a las personas con dificultades para el desarrollo de sus actividades cotidianas y también, en el ámbito jurídico, para el ejercicio de sus derechos. El Derecho ha ofrecido y ofrece diferentes maneras de protección y asistencia a estas personas por su vulnerabilidad en la sociedad, y, ante esta situación, ha asumido un papel proteccionista –principalmente para el sujeto incapaz– y ha adoptado ciertas medidas para la protección de la persona, tanto en su vertiente de desarrollo personal como en el ejercicio de sus actos patrimoniales.

En la sociedad contemporánea, en particular desde el punto de vista del denominado “Estado social”, se refuerza la necesidad de promover mecanismos legales de protección para aquellos sujetos con circunstancias específicas en sus capacidades con el objetivo de lograr una igualdad de oportunidades y un desarrollo adecuado de las capacidades de la persona⁵². A estos criterios responde el artículo 49 de la Constitución Española, según el cual “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.” De la misma manera, las ideas de la dignidad de toda persona y el libre desarrollo de su personalidad –recogidas en el artículo 10 de nuestra Carta Magna– así como el principio de igualdad aplicable a todos los ciudadanos –reconocido en el artículo 14 del mismo texto legal, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras consideraciones, por cualquier condición o

⁵² En palabras de LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. 2º. Personas* (6ª edición revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría). Ed. Dykinson, Madrid, p. 146, estas personas vulnerables son “acreedores de una atención particular que se concreta en medidas asistenciales, sanitarias y educativas, tendentes a su rehabilitación e integración en la sociedad”.

circunstancia personal o social– intensifican la obligación del establecimiento de sistemas de protección. El principal mecanismo jurídico, adoptado por los ordenamientos jurídicos, para la protección y defensa a la persona que adoleciera de graves dificultades para el ejercicio de sus derechos ha sido el proceso judicial de incapacitación. Este procedimiento ha sido considerado tradicionalmente, y de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, como el más acorde para una legal y eficaz protección de la persona incapaz⁵³.

La incapacidad, desde un punto de vista jurídico, es la limitación, restricción o anulación de la capacidad de obrar en una persona, declarada por decisión judicial, por lo que una persona incapacitada o con incapacidad, en mayor o menor grado, carece o no tiene la suficiente capacidad de obrar para realizar por sí mismo actos, negocios o relaciones jurídicas, necesitando para ello algún mecanismo jurídico de sustitución, ayuda o apoyo.

Por ello, la incapacitación judicial es la limitación en la capacidad de obrar, establecida por sentencia judicial, cuando concurre alguna de las circunstancias reguladas como causas de incapacitación, y que responden a la imposibilidad natural de una persona para autogobernarse, para actuar y decidir libre y responsablemente en el ámbito personal y patrimonial⁵⁴. El ordenamiento jurídico responde con la posibilidad de declarar incapaz judicialmente a una persona, limitándole su capacidad para ejercitar sus derechos y obligaciones en aras a su propia protección⁵⁵. En palabras de PARRA LUCÁN, “se puede calificar

⁵³ Como contrapartida, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1999). “Nuevas perspectivas del Derecho de las personas”, *Ensayos jurídicos (1953-2011)*. Tomo I. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 984, consideró que la incapacitación presenta “luces y sombras” y que, a veces, “es más un paliativo de las angustias paternas, que una verdadera medida de protección de los incapaces”, tratando en algunos casos, no solo de disminuir la capacidad de obrar de la persona, sino de influir directamente en su personalidad. Entiende que este mecanismo, que *a priori* es de protección, puede ser sentido como un instrumento represivo y humillante por la persona a la que va dirigida, además de producir una “infantilización del individuo”.

⁵⁴ TORRES GARCÍA, T.F. (2013). “La incapacitación”, *Tratado de Derecho de la Persona Física. Tomo II*, (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 63, establece que la sentencia de incapacitación modifica la capacidad de obrar de acuerdo con el grado de discernimiento que tenga la persona por lo tenía todo incapacitado se le reconoce igual capacidad ni la incapacitación supone la ausencia total de ella.

⁵⁵ TORRES GARCÍA, T.F. (2013). “La incapacitación”, *op. cit.*, p. 63, considera la incapacitación “como sistema de protección de la persona cuyas limitadas facultades intelectivas y volitivas le impide autogobernarse” y no como un mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Con respecto a los sistemas de protección personal y patrimonial dados por el ordenamiento jurídico español a la persona con discapacidad, la autora citada destaca la existencia de tres sistemas distintos; a saber: el procedimiento de incapacitación previsto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la protección patrimonial dada a las personas con discapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de

a la incapacitación como institución que se dirige a la protección del propio incapacitado, de su persona y de su patrimonio”⁵⁶.

El artículo 199 del Código Civil –en la versión actual, en redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que modificó sustancialmente este texto legal en materia de tutela⁵⁷– señala expresamente que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”, en coherencia con el principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Las causas de incapacitación vienen señaladas de una forma general en el artículo 200 del Código Civil –también en redacción dada por la mencionada reforma en materia de tutela por la Ley 13/1983, que abandonó el sistema originario de causas de incapacitación que era de estricta tipificación⁵⁸– al contemplar como tales a “las enfermedades o deficiencias

protección patrimonial de las personas con discapacidad, y la atención dada a las personas en situación de dependencia por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (leyes que serán abordadas en este trabajo más adelante).

⁵⁶ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar”, *Curso de Derecho civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona* (coord. P. de Pablo Contreras), 5ª edición. Ed. Colex, Madrid, p. 425.

⁵⁷ La redacción original del artículo 199 era que “el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos”.

⁵⁸ La redacción original del artículo 200 era la siguiente: “Están sujetos a tutela:

1º Los menores de edad no emancipados legalmente.

2º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.

3º Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.

4º Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.”

Siguiendo la docencia de DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, *op. cit.*, p. 212, de la redacción del originario artículo 200 del Código Civil pueden destacarse como causas de incapacitación a la locura o demencia, la sordomudez cuando iba acompañada de analfabetismo, porque aislaba a la persona de toda posibilidad de comunicación normal con el exterior; la prodigalidad y la interdicción civil, Continúan manifestando que “la regulación del Código civil era, sin duda, defectuosa. [...] Ante todo, porque podían existir situaciones que no encajaban, en rigor, en ninguna de las definiciones típicas, como ocurría con las personas que padecen un coma profundo. Señaló también que en los términos “locura o demencia”, carentes de valor en psiquiatría, no cubrían todos los tipos de enfermedades y, sobre todo, de anomalías mentales como en los casos de oligofrenia o de retraso mental. Por otra parte, el legislador de 1983 consideró que se debía suprimir la interdicción civil [...]. Finalmente, no se situó la prodigalidad entre las causas de incapacitación, aunque se la dotó de un régimen jurídico especial”. Realmente en la redacción originaria de los artículos 199 y 200, y siguiendo a PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 427, “el Código Civil sólo se preocupaba de la regulación de los cargos tutelares: declaraba como objeto de la tutela la guarda de los que “no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos” y consideraba sujetos a tutela a “los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir”. Por eso, la novedad más importante de la reforma del CC en materia de tutela fue la estructuración de un Título dedicado de manera especial a la incapacitación. En conclusión, el Código Civil de 1889 no determinaba de forma clara y precisa cuáles eran las causas de incapacitación, sino que únicamente se

persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. De la lectura de este artículo 200 parece desprenderse una fórmula cerrada de causas de incapacitación, dado que establece de una forma clara y detallada los presupuestos para poder considerarse como causa de incapacitación. Sin embargo, a juicio de TORRES GARCÍA, se utiliza una fórmula abierta en donde la enfermedad o deficiencia y el carácter persistente “actúan como presupuestos” necesarios mientras que la imposibilidad de autogobierno “se erige en requisito indispensable” en la declaración de incapacitación. Ello permitiría “obviar los inconvenientes de la redacción anterior, así como ampliar el ámbito de aplicación al posibilitar atender determinados estados de perturbación que podrán llegar a causa de incapacitación”⁵⁹.

No obstante, al amparo de la actual redacción del Código Civil y al margen de la calificación de tal enumeración, no cabe duda de que tres son las condiciones para que pueda considerarse causa de incapacitación:

1º Que la persona adolezca de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, señalando la norma ambos aspectos –físico y/o psíquico– para abarcar todos los supuestos posibles de incapacidad⁶⁰.

refería a los sujetos a tutela, ya que como se indicó anteriormente, la redacción originaria del artículo 200 establecía literalmente “están sujetos a tutela”.

⁵⁹ TORRES GARCÍA, F.T. (2015). “La incapacitación: De Don Federico de Castro al momento actual”, *Glosas sobre Federico de Castro* (dir. L. Díez-Picazo). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 394, critica esta forma de legislar las causas de incapacitación diciendo que “nada que ver con el artículo 200 del CC de 1889. ¿Era esto lo que se esperaba del legislador?”, a diferencia de lo que parece deducirse de la lectura del artículo 199 cuando hace referencia a “las causas establecidas en la Ley”, que parece estar exigiendo tipos cerrados, causas tasadas por la ley.

⁶⁰ Parte de la doctrina ha señalado que, aunque la enfermedad o deficiencia proceda de una causa física, ésta “debe converger siempre en un significado fundamentalmente psíquico”, siendo determinante de la incapacitación la imposibilidad de autogobierno, según señala PARRA LUCÁN, M.A. (2015), “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 431. Sin embargo, otra parte de la doctrina señala que los trastornos físicos que impidan totalmente la comunicación pueden ser considerados supuestos que producen el resultado de falta de autogobierno; así, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1986). “Comentarios a los artículos 199 y 200 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos, Madrid, p. 179. O, estiman que la falta de autogobierno “puede residir también en un elemento físico o biofísico de la persona, de modo que dicho elemento o circunstancia puramente física le impida de hecho gobernarse por sí misma no obstante conservar intactas sus cualidades psíquicas”, en palabras de GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 diciembre 2006*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 66-67. A este respecto, significativa fue la STS de 31 de octubre de 1994 (Roj: STS 7016/1994) que consideró que la persona, aunque tuviese dificultades ambulatorias y dificultades en su expresión por afasia, poseía conciencia suficiente para poder gobernarse por sí misma manteniendo su capacidad volitiva.

2º Que esa enfermedad o deficiencia sea persistente, es decir, que tienda a prolongarse en el tiempo y justifique la incapacitación como medida de protección⁶¹. El trastorno, ya sea permanente o variable en intensidad, debe impedir al afectado gobernarse por sí mismo. Ello supone excluir situaciones transitorias de trastorno mental o de pérdida temporal de la capacidad de autogobierno, como puede ser estar bajo los efectos de alguna sustancia tóxica o por pérdida de conciencia transitoria⁶². Este requisito de la persistencia no exige que sea irrevocable, ya que la enfermedad o deficiencia puede mejorar, disminuir o incluso desaparecer, por lo que ello implicaría una modificación o una extinción de la causa de incapacidad y, por tanto, permitiría una modificación de la sentencia de incapacitación y una posible recuperación de la capacidad.

3º Que esa enfermedad o deficiencia impida a la persona gobernarse por sí misma. Es el requisito de la falta de autogobierno el que determina la necesidad de apoyo, ayuda o protección a la persona afectada⁶³. Como señala GARCÍA PONS, “el impedimento de gobernarse por sí mismo resulta esencial, pues, aunque la deficiencia, discapacidad o enfermedad sea persistente en el tiempo, ello no será suficiente para declarar judicialmente la incapacidad si no impide a la persona gobernarse por sí misma”⁶⁴. La necesidad de apoyo a la persona con limitación o falta de autogobierno hace que sea precisa la determinación del límite del autogobierno, su alcance y significado. Ni el Código Civil –en el referido artículo 200– ni la Ley de Enjuiciamiento Civil –en las normas que regulan el procedimiento de incapacitación: artículos 756 a 763–, señalan con la suficiente

⁶¹ Por otro lado, según doctrina del TS, en sentencia de 19 de febrero de 1996 (Roj: STS 1055/1996), a propósito de la producción de efectos de la sentencia de incapacitación, los supuestos de incapacitación del artículo 200 CC deben ser constantes, “lo que hay que entender como de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado” (FJ 1º).

⁶² Las enfermedades o trastornos mentales de carácter cíclico, con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, pueden tener el carácter de persistentes, debiendo valorarse la frecuencia e intensidad de los episodios que afecten al autogobierno personal, permitiéndose a la sentencia graduar la incapacitación fijando su extensión y límites, así como el régimen de guarda y protección más adecuados, de acuerdo con lo permitido por el artículo 760 LEC.

⁶³ Como se ha indicado anteriormente, ya el artículo 199, en su redacción originaria, establecía la incapacidad de las personas de gobernarse por sí misma como causa para constituir una tutela, y siempre que no estuvieran bajo la patria potestad –esta institución por sí misma ya protegía y amparaba los intereses de los menores–.

⁶⁴ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 63-64.

claridad cuáles son las condiciones para poder estimar la falta de autogobierno de una persona⁶⁵.

La falta de autogobierno hay que ponerlo en relación con la escasa o nula iniciativa propia en la toma de decisiones por parte del sujeto afectado. La existencia de autonomía en la persona debe basarse en la capacidad de ésta de tomar por sí misma sus propias decisiones siendo este hecho esencial para apreciar la existencia o no de autogobierno⁶⁶. Acertadamente, la expresión “por propia iniciativa” ha sido introducida en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, al definir, en el artículo 2, el término “autonomía”⁶⁷. La falta de capacidad de la persona para controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como para desarrollar las actividades básicas de la vida diaria, puede y debe señalarse como un dato imprescindible a tomar en consideración para la consideración de impedimento de la persona en gobernarse por sí misma.

⁶⁵ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, op. cit., p. 66, apunta que “las posibilidades de autogobierno de la persona residen en su capacidad psíquica, en la libre determinación de su voluntad como potencia psíquica o intelectual, en lo que se denomina su cabal juicio o facultas electiva, y en definitiva en la capacidad natural de entender y querer”. Por su parte, RAMOS CHAPARRO, E. (1995). *La persona y su capacidad civil*. Ed. Tecnos, Madrid, p.282, señala que “el autogobierno personal, que puede llamarse también en Derecho [...] *capacidad natural*, es, de suyo, un concepto psicológico que ha dado de sí una noción o categoría jurídica, al erigirse en requisito de los actos y negocios” y “conviene evitar una concepción estrictamente unitaria de la capacidad de autogobierno que venga a identificarla, de nuevo, con una pretendida capacidad de obrar general de la persona”. Y que “la exigencia de autogobierno o madurez psicológica no es igual en todos los actos, y que aquél, además de verse *impedido* -que es lo único que admite literalmente el artículo 200 citado-, puede verse también simplemente *limitado* o restringido, como se deduce de la incapacitación con sujeción a curatela (o la *inabilitazione* italiana)”. Precisamente, en el Código Civil italiano – aprobado por R.D. nº 262, de 16 de marzo de 1942-, con la reforma operada por la Ley nº 6 de 2004 desaparece la mención a la enfermedad mental, utilizando como término para designar al sujeto destinatario de la intervención de apoyo como “persona privada en todo o en parte de la autonomía para el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana”, inspirándose claramente en las nociones de discapacidad propuestas por la Organización Mundial de la Salud, NADDEO, F. (2004). “Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale”, *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, (coord. G. Stanzione y G. Sciancalepore). Ed. IPSOA Scuola d’impresa, Milano, pp. 186-187.

⁶⁶ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, op. cit., p. 66, afirma que “el impedimento del autogobierno viene referido, en un sentido negativo, a la ausencia de posibilidad, habilidad o facilidad de entendimiento, no solo en lo que atañe a la ausencia o insuficiencia de la inteligencia sino también en su caso de la voluntad”.

⁶⁷ El artículo 2 señala que “a efectos de la presente Ley, se entiende por: 1. Autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”.

Hay que tener en cuenta que la falta de autogobierno es un requisito abierto y flexible a la consideración del juez que conozca del proceso de incapacitación por lo que, en última instancia, será la autoridad judicial quien valorará la falta o insuficiencia de autogobierno en la persona y las consecuencias en su capacidad⁶⁸. Para la determinación de la capacidad, el juez puede tener en consideración todos los hechos que estime relevantes, gozando de una gran discrecionalidad en la valoración de las pruebas practicadas, lo cual deberá justificar en la motivación de la sentencia de incapacitación⁶⁹.

Todas las consideraciones personales que ha de apreciar el juez para la determinación de la incapacitación judicial de una persona deben ser plasmadas en la sentencia, lo que origina la denominada graduación de la incapacidad. En este sentido, la incapacitación es graduable ya que sus causas pueden ser de muy diferente intensidad generando diferentes grados de falta de autogobierno

⁶⁸ Esta flexibilidad de la fórmula genérica adoptada por el artículo 200 es una ventaja en cuanto a la adaptación particular a cada supuesto, si bien tiene, como señala PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 432, “la dificultad de precisar un concepto tan abierto, como es el autogobierno, y la inseguridad por la falta de uniformidad en su aplicación”. En este sentido, afirma que “sin embargo, parece preferible que sean los Jueces y Tribunales los que puedan decidir sobre la conveniencia o no de la incapacitación atendiendo a las condiciones de entendimiento, voluntad, raciocinio, lucidez, normalidad y madurez mental que parece deben configurar el concepto de “autogobierno”, sin que estén vinculados por las clasificaciones médicas de las deficiencias o enfermedades”. Por ello existe la posibilidad de que el Juez examine por sí al presunto incapaz según prescribe el artículo 759 LEC, sobre pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación, que en su apartado 1 dispone que “en los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.”

⁶⁹ En la sentencia se justificarán las causas de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia y anulen o mermen la voluntad de la persona sometida al proceso de incapacitación, todo ello ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades. Así, la STS de 24 de junio de 2013 (Roj: STS 3441/2013) reproduce la afirmación hecha por la STS de 28 de julio de 1998 “(...) para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma” (FJ 2º). Se menciona también que así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala, con esa misma interpretación, en las SSTS de 19 de mayo de 1998, 26 de julio de 1999, 20 de noviembre de 2002 y 14 de julio de 2004. También la STS de 13 de mayo de 2015 (Roj: STS 1945/2015) establece que “...la incapacitación es sólo una forma de protección, en la medida que [la persona con discapacidad] lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona” (FJ 5º). Hace mención a las SSTS 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio.

en cada persona, siendo el órgano judicial el que determine la causa o las causas de incapacitación y su grado, dictaminando en la propia sentencia de incapacitación el régimen de protección al que queda sometido el incapacitado. Así, el artículo 760 de la LEC⁷⁰, en su apartado 1, dispone que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...”, dando lugar a la posibilidad de que la sentencia declare una incapacitación máxima, completa o total⁷¹, pero también a la posibilidad de graduar la incapacitación, permitiendo una incapacitación limitada, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el sujeto a incapacitar, con el consiguiente señalamiento de actos para los que resulta incapacitado y necesitando para ello de una determinada protección o asistencia, y, frente a ello, el señalamiento (expreso o tácito, a *sensu contrario*) de aquellos otros actos para los que conserva la capacidad⁷².

Al respecto, la sentencia de incapacitación debe tratar de confeccionar el icónico “traje a medida”⁷³ –expresión que ha sido continuamente invocada en las resoluciones judiciales sobre incapacidad a partir de la STS de 29 de abril de

⁷⁰ Este artículo 760 LEC fue el resultado del traslado de la regulación procesal de la incapacitación judicial a la sede de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la reforma del año 2000, con prácticamente idéntica redacción al derogado artículo 210 CC.

⁷¹ Antes de la reforma de 1983 y bajo la redacción primitiva del Código Civil se solía entender que la incapacitación, una vez recaída la decisión judicial, era total y absoluta, pues la ley no daba base alguna para adoptar otra solución. Sólo en el caso de la prodigalidad, el antiguo artículo 221 establecía que “la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado...”. Sin embargo, a partir de la STS de 5 de marzo de 1947 se abrió una línea jurisprudencial, partiendo de la existencia de una supuesta laguna legal, en la que, en especial respecto de personas con bajos niveles intelectivos, se admitió la graduación de la incapacidad de la persona a la que afectaba, siempre señalada tal graduación en la propia sentencia de incapacitación.

⁷² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, op. cit.*, p. 212. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 427, apunta que “la incapacitación supone una limitación a la capacidad de obrar, graduable en la propia sentencia (art. 760.1 LEC), de tal manera que a partir de ella el incapacitado carece de la aptitud necesaria para realizar de manera válida y eficaz los actos referidos en la sentencia”.

⁷³ Fue DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1999). “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 982, el que, analizando la reforma de la incapacitación de 1983, indicó que, tras suprimir las más señaladas rigideces del Derecho anterior, “se buscó, además, una cierta dosis de diversificación de los sistemas tutelares, de manera que si se puede, hay que hacer el traje a la medida en lugar del *prêt a porter* fabricado para todos”.

2009⁷⁴–, que “ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad”⁷⁵.

Mientras no se haya producido la incapacitación judicial, hay una presunción general de capacidad –como ya hemos expuesto ex artículo 322 CC–. Esta presunción ha de encajarse en el reconocimiento constitucional a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, reconocidos como derechos inviolables que le son inherentes (ex art. 10 CE)⁷⁶.

Por todo lo anterior, y de acuerdo a los parámetros tradicionales para determinar la incapacidad judicial de una persona, se puede calificar a la incapacitación judicial como una institución de carácter excepcional, dado que sólo puede ser

⁷⁴ Esta sentencia (Roj: STS 2362/2009) utilizó esta expresión al transcribir resumido el escrito del Ministerio Fiscal, el cual, al referirse a que “la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones”, añade que “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”. Con ello se alude a la necesidad de adaptación de las medidas de protección a la persona con discapacidad a sus circunstancias particulares, sociales y personales, confeccionando un modelo individual y personal exclusivamente para ella. También se ha utilizado por parte de la doctrina la expresión de “guante” al considerar la incapacitación como una medida de protección que, para que verdaderamente cumpla su misión, ha de adaptarse como un “guante” a la situación del presunto incapaz, LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2003). “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, *Actualidad Civil*, núm. 13, p. 328.

⁷⁵ Así se exprese la ya citada STS de 13 de mayo de 2015 (FJ 5º).

⁷⁶ En esta lectura constitucional de la incapacidad, la STC 174/2002, de 9 de octubre ha considerado que cuestionarse la presunción general de capacidad de obrar, que reconoce el artículo 322 del CC a todas las personas mayores de edad, afecta al derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, dictaminando, por un lado, que “toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE)”, y, por otro lado, que “la incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable.” En ese marco constitucional, también la STC 7/2011, de 14 de febrero señala que “toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona... (art. 10. 1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidos legalmente que, en la medida en que van dirigidos a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de la causa y fundamento de su incapacitación, se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación...”. Numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo también confirma esta tendencia. Por todas, la ya citada STS de 24 de junio de 2013 (Roj: STS 3441/2013) dispone expresamente que “es evidente que el artículo 322 del CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media”. PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 450, apunta la consagración jurisprudencial de esta presunción general de capacidad al citar las SSTS de 21 de enero de 1972, de 23 de noviembre de 1981, de 6 de julio de 1987, de 19 de abril de 1990, de 20 de marzo de 1991 y de 31 de diciembre de 1991.

declarada por sentencia judicial y en virtud de las causas previstas por la Ley, en virtud de la cual la persona que adolece de causa de incapacidad que le impida gobernarse por sí misma (ex art. 200 CC), no tendrá capacidad de obrar, o la tendrá limitada o modificada, para ejercitar por sí mismo sus derechos y obligaciones, necesitando para ello del complemento o asistencia de otra persona determinada y establecida también en la misma o en otra resolución judicial⁷⁷. La falta o limitación de la capacidad legal de obrar en una persona –lo que en términos actuales se denomina “persona con capacidad modificada judicialmente”⁷⁸– da lugar a la creación de un nuevo *status* en la persona, con lo que también varía la posesión de estado civil de la persona pasando al estado civil de incapacitado⁷⁹. Hoy en día, la incapacitación supone la constatación

⁷⁷ Ya lo indicaba DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984). “Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela”, *Ensayos Jurídicos (1953-2011)*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 1421, al hilo de sus comentarios a la reforma del Código Civil en materia de tutela cuando expresaba que, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma de 1983, “la regulación actual comienza con una declaración de principio: que la incapacitación es excepcional de suerte que no hay más causas de incapacitación que las que la ley establezca y que la incapacitación tiene que ser declarada judicialmente”. Por su parte, GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). “La persona en Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 101, considera que “la imperativa necesidad de sentencia judicial para establecer la situación de protección que en la actualidad supone la incapacitación implica en la práctica numerosos problemas y resulta muchas veces dilatoria e ineficaz”. Por ello aboga por una desjudicialización de la incapacitación, “sobre todo en casos que no son conflictivos y donde los intereses de todos los implicados resultan coincidentes, sin que ello tenga, evidentemente, por qué impedir la posible impugnación *ex post*”, debiendo reservarse la declaración jurisdiccional de incapacitación “para aquellos casos que requieran de la permanente representación legal por imposibilidad de que el propio incapaz formule un criterio libre e informado”.

⁷⁸ La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, en su Disposición Final primera, indica que los procedimientos de incapacitación judicial pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención.

⁷⁹ Por ello, la capacidad de obrar puede tratarse también como una forma de incidir y modificar el estado civil de la persona afectada por su limitación. Como hemos hecho referencia anteriormente, ya lo indicaba DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España, t. II...*, *op. cit.*, pp. 49-50, cuando definía la capacidad de obrar como “la cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado– la eficacia jurídica de sus actos”. En este sentido, ROVIRA SUEIRO, M.E. (2016). “La Convención de las Naciones Unidas...”, *op. cit.*, p. 19, delimita esta capacidad de obrar como la “aptitud de la persona determinada por su estado civil para producir, mediante sus actos, efectos jurídicos firmes en su propia esfera jurídica”, siendo, a diferencia de la capacidad jurídica que es considerada como cualidad estática, una cualidad activa, no constante, susceptible de variar a lo largo de la existencia de la persona, pudiendo no adquirirse con plenitud, perderse e incluso recuperarse. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pp. 326-327, señala que la capacidad de obrar está estrechamente relacionada con la capacidad natural de conocer y querer, si bien de forma indirecta, ya que “directamente deriva de un estado civil (pero no de cualquier estado civil: sólo de la edad, y la incapacitación)”. En igual sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2005). “Capacidad civil y capacidad penal”, *op. cit.*, p. 995, en alusión a De Castro, decía que la capacidad de obrar depende del estado civil, de la condición civil de la persona, lo cual “presenta la ventaja del automatismo, pues [...] la ley no nos obliga a medir las condiciones psíquicas singulares de cada persona en cada caso para averiguar su capacidad, sino que pone ésta en relación con cada estado civil, cuando la lógica desde el punto de vista

oficial, a través de un proceso judicial y la correspondiente sentencia, de que la persona tiene su capacidad de obrar modificada, proceso que constatará tal cambio en el estado civil de la persona –ya que habrá que inscribirlo en el correspondiente Registro Civil⁸⁰– y fijará la adopción de las correspondientes medidas de protección y asistencia.

En este punto y con referencia a la falta de capacidad en la persona para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, hemos de hacer una precisión conceptual y terminológica acerca de la persona no incapacitada judicialmente pero que carece de la aptitud mental necesaria para tener un entendimiento suficiente y formar una voluntad válida. Es lo que se conoce doctrinalmente como presunto incapaz o persona con incapacidad natural⁸¹. Se trata de un sujeto oficialmente capaz sobre el que, mientras no se halle afectado por una resolución determinante de su incapacidad, opera una presunción general de capacidad. Pero, al padecer los defectos psico-físicos a los que se refiere el artículo 200 CC, es por sí incapaz desde la concepción natural de la capacidad y, aunque no haya existido ninguna declaración judicial al respecto, esas limitaciones psico-físicas son de tal naturaleza que le limitan o le impiden la realización de cualquier acto o conducta jurídica o social, indispensable para el desarrollo personal, familiar o social del afectado⁸². No habiendo incapacitación, la eficacia jurídica de los actos

del iusnaturalismo sería decidir si cada persona ha llegado, conforme a sus condiciones personales, disposiciones y progresos, a esa llamada aptitud natural”.

⁸⁰ La ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil contemplaba como hecho concerniente al estado civil de la persona y, por tanto inscribible en el Registro Civil, entre otros a las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas (ex artículo 1). La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, una vez quede extinguido el régimen transitorio dictaminado por la Disposición derogatoria 1ª, con efectos de 30 de abril de 2021, dispone que “la declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado”, expresando la inscripción “la extensión y límites de ésta, así como si la persona queda sujeta a tutela o curatela según la resolución judicial” (ex artículo 72.1).

⁸¹ Ver, por todos, el estudio que realiza de la situación jurídica del “incapaz natural” PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, pp. 450-452.

⁸² MARTÍNEZ CALCERRADA, L. (2000). “Medidas civiles de protección de los discapacitados no declarados”, *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (dir. R. Martínez Díe). Ed. Civitas, Madrid, pp. 79-80, aborda la situación en el contexto de la legislación actual y expone que “se plantea el problema dentro del CC de si existe la posibilidad de incluir en su seno a estos «discapacitados, no declarados», esto es, los que, en definitiva, no han sido objeto de *incapacidad judicial*”. También alude a la expresión “presuntos incapacitados”, entendiéndolo por tal a aquellas personas que, sin haber sido declaradas judicialmente como incapacitadas, no obstante, están sometidos a un proceso, a los efectos de que sobre los mismos puede recaer la declaración de incapacidad, si bien este concepto no tiene cabida actualmente, aplicándose, en todo caso, el concepto de persona con incapacidad natural o presunto incapaz.

realizados por el incapaz natural habrá de valorarse atendiendo a la aptitud de la persona en el momento del otorgamiento de cada acto⁸³.

Para completar la visión jurídica de la incapacidad, creemos importante tener en cuenta determinadas circunstancias sociológicas que pueden afectar a la incapacitación de una persona y a la necesidad de un sistema de protección⁸⁴. Por un lado, la transformación de las estructuras familiares de las últimas décadas ha tenido consecuencias innegables en el derecho de las personas protegidas, ya que las situaciones de protección han sido durante mucho tiempo asumidas por el ámbito familiar –muchas veces de forma desinteresada, aunque a veces motivada, al menos en parte, por una cuestión patrimonial subyacente–, siendo la respuesta de la Administración Pública en la mayoría de los casos subsidiaria en relación con la solución familiar. La incorporación de la mujer al mercado laboral, dejando de desempeñar un papel tradicional en estas situaciones de necesidad, junto con el alargamiento de los estudios de los hijos y el mantenimiento de los jóvenes por la falta de trabajo o por condiciones laborales precarias, han condicionado esta realidad mermando la disponibilidad de la familia para la ayuda y protección de las personas más necesitadas. Por ello el problema excede del marco familiar en el que tendía tradicionalmente a mantenerse y resolverse, para pasar a ser una responsabilidad del Estado social al amparo de lo establecido constitucionalmente en el artículo 49 de nuestro texto fundamental.

Por otro lado, la mayor longevidad de las poblaciones europeas, junto con un riesgo cada vez más elevado de dependencia mental, provoca un incremento de las situaciones de protección. Por ello, siguiendo a HAUSER, ha sido “necesaria una verdadera modificación de la filosofía del sistema jurídico. No se puede tratar de la misma manera el caso del hijo con discapacidad mental que nunca tendrá

⁸³ Nuestro ordenamiento jurídico no establece claramente si la ineficacia de los actos del incapaz natural no incapacitado daba lugar a la nulidad de pleno derecho o a la anulabilidad. En la actualidad es mayoritaria la consideración de que debe de aplicarse el régimen de la anulabilidad a los actos celebrados por quien, sin estar incapacitado, se encuentra en una situación de incapacidad natural. Esta cuestión será tratada más adelante en relación con la protección legal a través de la ineficacia de los actos jurídicos realizados por persona con discapacidad.

⁸⁴ Hemos tenido en cuenta las consideraciones sociológicas realizadas por HAUSER, J. (2011). “Proteger y respetar a la persona”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas). Ed. La Ley, Madrid, pp. 139 y ss, que, si bien hace su estudio basado en el Derecho francés, sus consideraciones generales pueden ser aplicables de forma universal y, por ello también, al Derecho español.

todas sus facultades, que el de la persona mayor que sigue teniendo parte de su lucidez”⁸⁵.

La ideología de los derechos humanos se ha infiltrado en el ámbito del derecho defendiendo el respeto a la dignidad de la persona protegida y reflejando así la tensión entre la libertad y la protección del afectado, entre el respeto del protegido y sus intereses, incluso entre su familia y sus intereses personales. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha interesado y manifestado en numerosas ocasiones⁸⁶. El legislador moderno se encuentra entre dos puntos de protección a la persona ciertamente contradictorios: por un lado, el respeto a la dignidad de la persona, a su libertad y autonomía, que implica la no intervención, y, por otro lado, el mismo respeto a la dignidad de la persona que, por su vulnerabilidad, sí que implica intervención.

Teniendo presentes estos dos focos de tensión, la incapacitación de una persona –como mecanismo de protección, pero al mismo tiempo como mecanismo de modificación de su capacidad– sólo puede ser planteada en caso de que sea estrictamente necesaria⁸⁷. Este condicionante es lo que se denomina “principio de necesidad”, que supone que las medidas de protección no podrán sobrepasar aquellas de las que específicamente la persona necesite⁸⁸. El principio de necesidad se complementa con el principio de proporcionalidad, que implica que todas las medidas de protección que se adopten han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. El principio de necesidad trae

⁸⁵ HAUSER, J. (2011). “Proteger y respetar a la persona”, *op. cit.*, p. 139.

⁸⁶ Numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son citadas al respecto en MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (2016). “El proceso de «polinización» de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en la jurisprudencia del TEDH”, *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 584 y ss.

⁸⁷ HAUSER, J. (2011). “Proteger y respetar a la persona”, *op. cit.*, p. 143, exclama que “hay que *proteger a los que lo necesiten, pero solo en la medida en que lo necesiten*: ¡una difícil misión para el legislador!”.

⁸⁸ Cabría sancionar a cualquier sistema jurídico que no contemple ninguna proporcionalidad entre la capacidad plena y la privación total de la misma. Al respecto, HAUSER, J. (2011). “Proteger y respetar a la persona”, *op. cit.*, p. 143, señala una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sec. 1) de 27 de marzo de 2008, *Chtoujatourov/C. Rusia*, que condenó a Rusia cuyo derecho no podía proporcionar ninguna solución intermedia adaptada a la situación de la persona interesada; u otra sentencia del mismo Tribunal de 30 de enero de 2001 por la que se condenó a Francia por no haber protegido lo suficiente a una persona bajo curatela perseguida por lo penal; y una tercera sentencia de 20 de mayo de 2010 (sec. 2, núm. 38832/06), *Alajos Kiss C/ Hongrie*, por la que Hungría recibió una condena por el hecho de que todas las personas bajo tutela estaban automáticamente privadas de su derecho de voto, sin matices posibles.

consigo que la protección sea la estrictamente necesaria, pero, por otro lado, ésta debe ser suficiente y proporcional a las necesidades de la persona.

Los principios de necesidad y de proporcionalidad han de completarse con el principio de subsidiariedad, entendiendo por tal la idea de que tan solo se podrá recurrir a las medidas legales de protección de forma subsidiaria –si no existe otra alternativa–, dando preferencia a las medidas preventivas o volitivas adoptadas por la propia persona frente a medidas legales o judiciales⁸⁹.

Desde nuestro punto de vista, la incapacitación es una intervención legal que persigue la protección de la persona precisamente por su vulnerabilidad –ya sea personal, ya sea patrimonial– y, del mismo modo que en materia de limitaciones a la capacidad de obrar de los menores de edad prima el normativizado principio del interés superior del menor precisamente por su debilidad, fragilidad y posible indefensión, aquella debe estar también inspirada, junto con los criterios de necesidad y de proporcionalidad, en el principio fundamental del interés de la persona a la que se pretende amparar –el presunto incapaz–, persiguiendo la declaración de incapacitación su protección a través de la adopción de una serie de medidas proporcionales a sus necesidades, tanto en el ámbito personal como patrimonial⁹⁰.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, podemos concluir que el respeto a la dignidad, a la libertad y a la autonomía de la persona imponen la adopción de medidas legales de protección sólo en caso de necesidad, adoptándose tales medidas de forma proporcional a sus exigencias específicas, y de manera

⁸⁹ HAUSER, J. (2011). “Proteger y respetar a la persona”, *op. cit.*, p. 150, considera que hay que agotar, en primer lugar, todos los medios civiles posibles, para pasar luego por los medios más ligeros, como la salvaguardia de justicia francesa y, solamente después, se podrá recurrir a medios más avanzados, como la curatela o la tutela. Ello sin perjuicio de considerar más importante “la subsidiariedad afirmada de las medidas judiciales ante el mandato de protección futura”, ya que el juez de tutela, antes de tomar una medida de protección, “tiene que asegurarse de que ningún mandato esté previsto y, si tal es el caso, tiene que garantizarle prioridad”; solo podría “paralizar el mandato en caso de ser obsoleto o no conforme con el interés de la persona protegida”.

⁹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2003). “Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002)”, *Actualidad Civil*, núm. 24, p. 637, sin embargo, advierte que “pueden adivinarse, con frecuencia, en estos pleitos, intereses bastardos que pretenden, con la declaración de incapacitación, controlar, administrar y gestionar patrimonios cuantiosos que pertenecen a personas (normalmente de edad avanzada) que sufren enfermedades susceptibles de ser enmarcadas en el ámbito del art. 200 del CC”.

subsidiaria, a falta de otras medidas de previsión personal. Proteger al individuo, respetar a la persona y su autonomía y promover su interés es sin duda una de las cuestiones más difíciles de resolver. Con ese afán, y siguiendo las palabras de HAUSER, podemos culminar diciendo que “por un lado se puede intentar una organización legislativa flexible, por otro lado, se puede dejar la cuestión en manos de los jueces que podrán aportar soluciones individualizadas... Y quizás ésta sea la mejor definición del cometido del derecho civil: ¡intentar conciliar lo inconcilliable!”⁹¹.

2. Panorama legislativo español actual sobre la discapacidad

2.1. Protección en la Constitución española de 1978 a las personas con discapacidad

La Constitución española de 1978 fue un hito legislativo, político y social en nuestro ordenamiento jurídico y, como no podía ser de otra forma, su contenido afectó a la consideración jurídica de la persona como sujeto de derechos⁹². Como ya es de sobra conocido, el texto constitucional toma en consideración un modelo de Estado –el Estado social y democrático de Derecho proclamado en el primer apartado de su artículo 1^o– y una visión centrada en la vigencia, la eficacia y la garantía de los derechos humanos. Así, el artículo 10, dentro del Título I dedicado a los Derechos y Deberes Fundamentales, proclama en su primer apartado “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás” como fundamento del orden político y de la paz social⁹³.

⁹¹ HAUSER, J. (2011). “Proteger y respetar a la persona”, *op. cit.*, p. 150.

⁹² En concreto, en el tema sobre la protección a las personas con discapacidad, la Constitución española fue, junto con la portuguesa de 1976, una de las pioneras al incluir de forma expresa un artículo –el artículo 49– referido exclusivamente a aquellas.

⁹³ En aplicación del artículo 10, la STC 174/2002, de 9 de octubre, declaró que “el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE)”. También numerosas SSTs han apelado a la dignidad de la persona, a sus derechos inherentes y al libre desarrollo de su personalidad como respuesta a una limitación en la capacidad de obrar. Así, p.ej., la STS de 16 de septiembre de 1999 (Roj: STS 5565/1999) señala que “debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo

Esta disposición constitucional, que proclama la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, debe reconocerse a toda persona sin distinción, con la garantía del principio de igualdad ante la ley recogido en el artículo 14 de la Constitución que ampara a todos los españoles “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” La igualdad formal que defiende y propugna el texto constitucional debe prevalecer ante cualquier desigualdad real que pueda originar una minusvalía o cualquier forma de incapacitación⁹⁴. Además, en su apartado segundo, el artículo 10 impone la obligación de interpretar las normas internas españolas que versen sobre los derechos y libertades fundamentales –entre los que se encuentra la no discriminación– de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹⁵ y los demás tratados y acuerdos internacionales que sobre las mismas materias haya ratificado España⁹⁶.

Por otra parte, y en reconocimiento de esta libertad y esta igualdad, el artículo 9.2 de la CE establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en

que debe inspirar aquella decisión judicial”; asimismo la STS de 14 julio de 2004 (Roj: STS 5182/2004) al señalar que “significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial”; o la STS de 11 de octubre de 2012 (Roj: STS 6810/2012) que establece una curatela como “modelo de apoyo y de asistencia... que manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad”; o la STS de 24 de junio de 2013 (Roj: STS 3441/2013) que dispone que “proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen” o que “la incapacitación total o parcial de una persona se debe hacer siempre con un criterio restrictivo por las limitaciones a los derechos fundamentales.”

⁹⁴ DE LORENZO GARCÍA, R. (2007). “Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado”, *Tratado sobre Discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 518, entiende que esta proclamación del principio de igualdad no podía haber sido más oportuna en el ámbito de las personas afectadas por minusvalías ya que “precisan especialmente para poder disfrutar de una igualdad real y efectiva y para poder lograr su plenitud y facilitar su participación, de la actuación positiva de los poderes públicos”.

⁹⁵ Esta es la única referencia en nuestra Constitución a un texto internacional.

⁹⁶ La Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, en su artículo 2 estableció que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la CE y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, cuyo texto íntegro reproduce a continuación la propia L.O. 1/2008, incorporándolo así al derecho interno español, y siendo ya por tanto de aplicación directa en España.

que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Hasta la entrada en vigor de nuestro texto constitucional, la discapacidad era considerada un problema de la persona que la sufría, y por extensión de la familia que la atendía, tendiendo a la separación y a la marginación de la persona afectada, a la ocultación de esa situación, incluso a la exclusión⁹⁷. Por ese motivo, reviste una especial importancia el artículo 49 que, entre los principios rectores de la política social y económica reconocidos en el Capítulo III del Título I, ordena que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”⁹⁸.

La incorporación de este artículo 49 fue un indudable acierto por constituir un mandato claro a los poderes públicos a realizar una política de previsión,

⁹⁷ “Como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente: sacándolas fuera de ella”, PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 6-7, haciendo referencia al título de la monografía de Rodrigo Bercovitz, publicada en 1974, “La marginación de los locos y el Derecho”. Incluso se refiere Pau a la consideración que hace Federico de Castro, al comentar un Decreto de 3 de julio de 1931, acerca de que “la persona era reducida a la condición de cosa”.

⁹⁸ Apunta DE LORENZO GARCÍA, R. (2007). “Las personas con discapacidad...”, *op. cit.*, pp. 513 y 514, que “este precepto constitucional no fue objeto de un gran debate, habiéndose dado desde un primer momento una gran unanimidad en torno al mismo, lo que, entre otras causas, pudo ser motivado tanto por la sensibilidad existente sobre la materia, como por el significado del referido artículo 49 como derecho social [...] que expresa el sentimiento de solidaridad a seguir por los poderes públicos en su función asistencial”. Añade el mismo autor que “las enmiendas que se presentaron lo fueron, en todo caso, de carácter constructivo”. No obstante, la regulación constitucional no fue recibida por igual en las organizaciones de personas con discapacidad, ya que había quienes consideraban un gran logro que el texto constitucional se hubiera “acordado” de un sector hasta entonces marginado en la vida social y también desde el ámbito legislativo, y confiaban en que éste fuera el primer paso para lograr la dignidad que como personas tenían derecho; pero había otro sector de afectados –quizás más minoritario– no tan proclive a este tratamiento constitucional, entre otros motivos, por no estar incluido en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, careciendo por ello este artículo del suficiente carácter imperativo. Así lo señala AZÚA, P. (2009). “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L. Cayo Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 124, añadiendo que “el mandato, aunque explícito, tenía cierto aroma de pasadas declaraciones de derechos [...] y en consecuencia iba a tener una eficacia relativa y, en todo caso, su plasmación práctica no iba a ser todo lo rápida que el mundo de la discapacidad necesitaba”.

tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad –con el consiguiente desarrollo normativo posterior–, implicando ello una protección legislativa real y efectiva al colectivo de la discapacidad.

No hay una definición de persona con discapacidad en el texto legislativo vigente ya que este artículo únicamente hace referencia al mandato dirigido a los poderes públicos para la realización de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como a la atención especializada y al especial amparo para el disfrute de sus derechos. Sin embargo, el enfoque de la Constitución hacia la discapacidad desde esta enumeración permite suponer que la capacidad o aptitud de la persona para su vida en desarrollo o normal convivencia está disminuida o reducida, de tal forma que no pueda ejecutarla en condiciones de normalidad⁹⁹.

No obstante, llama la atención el término “disminuido” utilizado –y aún vigente– en el texto constitucional para hacer referencia a la persona con alguna deficiencia o limitación en sus atributos físicos, sensoriales o psíquicos¹⁰⁰. La utilización de este término hay que contextualizarlo con la terminología imperante en la época de su aprobación, ya que en el momento de la entrada en vigor de la Constitución era adecuado el uso de este vocablo –en el mejor de los casos– junto con el de minusválido, subnormal, tarado o deficiente. Hoy día, estos términos atentan claramente contra la dignidad de la persona y del colectivo de personas con discapacidad. Por este motivo, la Comisión de Políticas para la Discapacidad del Congreso de los Diputados acordó en 2018 una propuesta de reforma del artículo 49 CE, modificando su terminología, ya obsoleta, y

⁹⁹ La triple clasificación constitucional en físicos, sensoriales y psíquicos se repetirá en las distintas ordenaciones de desarrollo, básicamente en las de carácter social o laboral, si bien se pospone el término sensorial al psíquico, nombrándolo en el orden de físicos, psíquicos –mentales o intelectuales– y sensoriales. Así, la hoy derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, en su artículo 7.1, consideraba a la discapacidad –en aquel momento contemplado como minusvalía– como la “deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”.

¹⁰⁰ En el Anteproyecto constitucional aparecía ya una expresa referencia a la protección de los disminuidos e incapacitados señalando que “los poderes públicos garantizarán a los disminuidos físicos y mentales y personas incapacitadas una atención especializada y un reforzamiento del amparo que los derechos fundamentales de este Título otorgan a todos los ciudadanos.” Comparando esta redacción con la definitiva, se aprecia la denominación al colectivo afectado como disminuidos, clasificándolos únicamente en físicos y mentales –éstos asimilados a los psíquicos–, omitiendo a los sensoriales, pero señalando expresamente a las personas incapacitadas, cuestión que no fue incluida en la redacción final.

adecuándola a la tendencia actual de nombrar a las personas con discapacidad sin ningún calificativo menospreciativo¹⁰¹.

La clasificación que hace la Constitución de los disminuidos comprende cualquier tipo de disminución o limitación de capacidades de la persona, sea por causas de origen físico, sensorial o psíquico¹⁰², y, en un principio, tiene el mismo

¹⁰¹ El objetivo de la Comisión era, además de redefinir el término, incluir en el artículo 49 CE otros puntos que incidieran en los derechos del colectivo de personas con discapacidad. En el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado 2020 se recogió entre otras propuestas legislativas, este proyecto de reforma constitucional, el cual se ha visto alterado por la situación de crisis sanitaria, económica y social provocada por el COVID-19. La propuesta de reforma del artículo 49, entre otras cuestiones, modifica la terminología para referirse al colectivo de las personas con discapacidad, actualizando el lenguaje de forma que refleje los propios valores de la Constitución y la dignidad inherente al colectivo. Así, desaparece el término "disminuidos" y se sustituye por "personas con discapacidad" para adaptarlo a la Convención. El nuevo artículo 49, según el texto del Anteproyecto, quedaría redactado de la siguiente manera:

"1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

El Anteproyecto de reforma ha partido de la propuesta de la Comisión para las políticas integrales de la discapacidad del Congreso de los Diputados y ha contado con la participación del movimiento de la discapacidad –organizado en torno al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)–. Con esta reforma, el artículo 49 CE se actualiza y se modifica íntegramente tanto desde el punto de vista del lenguaje como de su estructura y contenido. Además de modificar la terminología, se reajusta también la estructura del artículo en coherencia con la multiplicación de los enfoques desde los que se aborda la discapacidad. Así, se divide el precepto en cuatro apartados, cada uno de los cuales refleja una dimensión diferente de la protección de las personas con discapacidad. Por un lado, se modifica el contenido del artículo para adaptarlo a las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad, que ya no se basan en la concepción médico-rehabilitadora que subyace en su redacción original. De este modo se pone el énfasis sobre los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales. Además, se fijan los objetivos que deben orientar la acción positiva de los poderes públicos como son su plena autonomía personal y su inclusión social, políticas que deberán respetar siempre la libertad de elección y preferencias de las personas con discapacidad. Por otro lado, la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas con discapacidad justifica claramente que el nuevo artículo 49 de la Constitución haga una alusión expresa a la atención específica de sus necesidades. Se consagra asimismo el principio de protección reforzada de las personas con discapacidad, para que reciban la atención especializada que requieren y se encuentren especialmente amparadas para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a toda la ciudadanía. Finalmente, se hace una referencia a la protección que ofrecen los tratados internacionales que velan por los derechos de las personas con discapacidad (www.plenainclusion.org).

¹⁰² No hay un criterio universal para la clasificación de las discapacidades, si bien según el Informe Mundial sobre la Discapacidad de 2011, presentado por la Organización Mundial de la Salud, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), adoptada como marco conceptual para el Informe, define –sin establecer una clasificación concreta–, la discapacidad “como un

sentido que la enumeración de causas de incapacidad del artículo 200 CC¹⁰³. Ahora bien, el mandato constitucional a los poderes públicos acerca de la realización de políticas de previsión, de tratamiento, de rehabilitación y de integración, expresa un compromiso estatal de reconocimiento, respeto y protección del principio de protección integral a las personas con discapacidad. Este mandato puede ser encajado en los llamados derechos sociales y/o asistenciales, que se caracterizan por su carácter informador, programático y de mandato y compromiso efectivo para los poderes públicos¹⁰⁴. No son derechos y libertades fundamentales, pero sí normas programáticas y mandatos permanentes al legislador¹⁰⁵.

término genérico que engloba deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones para la participación. La discapacidad denota los aspectos negativos de la interacción entre personas con un problema de salud (como parálisis cerebral, síndrome de Down o depresión) y factores personales y ambientales (como actitudes negativas, transporte y edificios públicos inaccesibles, y falta de apoyo social)". No obstante, dado que la necesidad de contar con información estadística sobre la población con discapacidad se ha incrementado notablemente, los institutos nacionales de estadística han podido clasificar la discapacidad en diferentes grupos: grupo 1, discapacidades sensoriales y de comunicación; grupo 2, discapacidades motrices; grupo 3, discapacidades mentales y grupo 4, otras discapacidades múltiples.

¹⁰³ No obstante, la enumeración de causas de incapacitación del artículo 200 del CC –en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela–, no hace mención a las limitaciones sensoriales –suponemos que por entenderlas incluidas en las físicas– ni tampoco refleja la concepción constitucional del enfermo mental.

¹⁰⁴ En opinión de DE LORENZO GARCÍA, R. (2007). "Las personas con discapacidad...", *op. cit.*, pp. 514-515, con ello se pretende "una protección integral, esto es, que vaya desde las meras medidas reparadoras a la integración social" de este colectivo "en sus potencialidades", integración que sería "la base de todas las políticas protectoras", erigiéndose en "guía de dichas medidas y en su consecución se cifra el estado ideal, el bienestar deseable de las personas afectadas". Indica además que estos derechos sociales y asistenciales han sido "caracterizados como voluntaristas, al expresar la voluntad e incluso el compromiso de llevar a cabo por parte de los poderes públicos la política social y asistencial que en ellos se detalla, pero al no configurar verdaderos derechos subjetivos directamente esgrimibles por los particulares [...] este artículo tiene mucho que ver con la vertiente que en su momento se denominó «pedagoga», que la Constitución quiso cumplimentar con su articulado". Pueden citarse, al respecto, declaraciones y textos normativos de ámbito internacional sobre derechos sociales donde la CE encontró su apoyo, como son, entre otros, la Carta Social Europea de 1961, la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental de la ONU de 1971 o la Declaración de los Derechos de los Minusválidos de la ONU de 1975.

¹⁰⁵ En este sentido, el artículo 53.3 CE, en el capítulo referido a las garantías de las libertades y derechos fundamentales, establece que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Este desarrollo legislativo se ha llevado a cabo mediante normas estatales o autonómicas, de acuerdo a las reglas constitucionales sobre el reparto de competencias y de acuerdo a los distintos tipos de materias (asistencia social y servicios sociales, urbanismo y vivienda, transportes, educación, sanidad, etc.); de ahí que, según ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). "Régimen legal de la atención y protección de las personas con discapacidad", *Atención y protección jurídica de la discapacidad* (dir. J.L. Beltrán Aguirre y A. Ezquerro Huerva). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 47, se haya configurado un grupo normativo muy heterogéneo que ha tenido una compleja norma de cabecera compuesta por tres leyes (LISMI, LIONDAU y LINSADIS, de 1982, 2003 Y 2007 respectivamente) hasta que fueron refundidas en 2013

Estas medidas políticas consagradas constitucionalmente estarían dentro del principio de tutela pública que, a su vez y siguiendo los dictados de CUENCA GÓMEZ, contiene dos mandatos con diferente signo: el primero, enmarcado en el modelo de Estado social y democrático, ordena la puesta en marcha por parte de los poderes públicos de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y a la prestación de la atención especializada que requieran –esto derivado también de la exigencia de libertad e igualdad real y efectiva del artículo 9.2–; y el segundo mandato –que se inscribe en el contexto del Estado de Derecho y conecta con el artículo 14 referido al principio de igualdad y la prohibición de discriminación– obliga a los poderes públicos a un amparo especialmente dirigido a este colectivo para el disfrute de los derechos fundamentales otorgados constitucionalmente a todos los ciudadanos. Con respecto al reconocimiento constitucional de la necesidad de una atención especializada a las personas con discapacidad, debemos considerar indudable a éstas como titulares de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, pero también es innegable reconocerlos como miembros de un colectivo que requiere una especial protección y amparo para el adecuado disfrute de los mismos, en virtud de una obligación individualizada. Por otro lado, la obligación de los poderes públicos de amparar especialmente a estas personas para el disfrute de sus derechos y deberes fundamentales otorgados a todos los ciudadanos no puede impedir u obstaculizar la plena titularidad y el ejercicio efectivo de tales derechos; es más, se debería facilitar la inclusión de la mayoría de las situaciones posibles de discriminación para conseguir esa pretendida libertad e igualdad efectiva y real¹⁰⁶.

por el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

¹⁰⁶ Estas son las dos perspectivas que CUENCA GÓMEZ, P. (2010). “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales”, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Ed. Dykinson, Madrid, p. 43, entiende complementarias y que explicaría la referencia constitucional a la “atención especializada”, si bien dentro de la “inclusión” en la normalidad de la vida ordinaria, del trabajo ordinario, de la educación ordinaria y de las formas de convivencia ordinarias, prestándose para ello los apoyos “especializados” que resulten necesarios. Por ello, siguiendo su opinión, sería conveniente distinguir en materia de derechos de las personas con discapacidad, “aquellos derechos de prestaciones sociales, de aquellos derechos antidiscriminatorios”. Matiza que se debería “concretar ese amparo especial que las personas con discapacidad requieren para lograr su equiparación real en derechos”.

No debemos olvidar que este mandato constitucional de protección a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos incluye, no sólo a los que hoy día pueden clasificarse como tales –los discapacitados reconocidos de acuerdo a la normativa al respecto–, sino también a aquellos que por otras vías jurídicas –en concreto, personas incapacitadas judicialmente que no han sido reconocidas como discapacitadas–, puedan tener la necesidad de una protección institucional, estando, por tanto, incluidos en este precepto, si bien como analizaremos con posterioridad, también estarán asistidos a través de los mecanismos jurídicos de asistencia y apoyo previstos en el resto del ordenamiento jurídico español para lograr esa previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los sujetos afectados, perseguido por la norma constitucional.

En definitiva, en el marco legislativo constitucional, la Constitución –a pesar de la falta de referencia concreta a la discapacidad– sentó las bases para una adecuada y específica protección jurídica para el colectivo de personas con discapacidad, tanto en el referido artículo 49 como en el también citado artículo 9.2 al obligar a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Con ello se consiguió una protección real y efectiva a las personas con discapacidad y constituyó un mandato claro para un desarrollo normativo posterior en la materia.

Para completar este marco normativo constitucional, debemos volver a hacer referencia al artículo 14 CE, que establece la igualdad de todos ante la ley, y prohíbe la discriminación por una serie de motivos tasados. Aunque entre ellos no se encuentra expresamente la discapacidad, la cláusula abierta con la que se cierra este precepto, que prohíbe la discriminación “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹⁰⁷, ha permitido que el Tribunal Constitucional

¹⁰⁷ POZO MOREIRA, F.J. (2012). *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*. Ed. Andavira, Santiago de Compostela, pp. 11-13, afirma que la cláusula genérica del art.14 CE relativa a “cualquier condición o circunstancia personal o social” deja abierta la enumeración de criterios discriminatorios –quizás para una mejor resolución futura de forma clara y precisa que la actual– debiendo estar, en cualquier caso, para la inclusión de nuevos supuestos de discriminación, a situaciones de trato peyorativo y/o lesión a la dignidad de la persona –la discapacidad puede ser claramente una de estas situaciones–.

considere la discapacidad como motivo de discriminación prohibido¹⁰⁸. Resulta una obviedad afirmar que las personas con discapacidad tienen reconocidos por la Constitución española los mismos derechos fundamentales que todas las demás personas, pero en muchas ocasiones debe ser continuamente recordado para su eficaz y efectivo ejercicio¹⁰⁹.

2.2. Evolución legislativa postconstitucional de la discapacidad: de los disminuidos a los discapacitados (desde 1978 a 2006)

Como ya hemos señalado anteriormente, la Constitución española de 1978 impuso a los poderes públicos determinados mandatos de protección a las personas con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales y ello derivó en una serie de normas postconstitucionales de desarrollo. Ese desarrollo legislativo se llevó a cabo mediante un grupo normativo muy heterogéneo constituido por distintos tipos de normas, tanto estatales como autonómicas¹¹⁰, que ha tenido

Denomina a estas causas abiertas como “causas atípicas de discriminación constitucionales” en un doble sentido: por un lado son supuestos que se construyen de manera negativa ya que, sin estar tipificados en el artículo 14 CE, sí figuran como causas de discriminación tipificadas como prohibidas en tratados internacionales sobre la materia; y, por otro lado, pueden considerarse incluidas en las causas tipificadas constitucionalmente cuando así lo reconozca el Tribunal constitucional.

¹⁰⁸ Por todas, la STC 269/1994, de 3 de octubre, dispone que “la discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedoras de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la O.I.T.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE” (FJ 4º).

¹⁰⁹ Para MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. (2015). “La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos”, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos* (dir. E. Alcaín Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 43 y 44, “este reconocimiento genérico no es suficiente, pues existe una situación de hecho –que es el punto de partida de todo el Derecho de la Discapacidad–, consistente en la presencia de «barreras debidas a la actitud y al entorno», [...] que provocan en la práctica restricciones de sus derechos fundamentales o les impiden un ejercicio efectivo de los mismos”.

¹¹⁰ La discapacidad no constituye una materia autonómica competencial en sí misma considerada, pero son muchas las materias que conciernen a los derechos de las personas con discapacidad de acuerdo con las reglas constitucionales sobre el reparto de competencias. Así, cuestiones relacionadas con asistencia

una compleja norma de cabecera compuesta por tres leyes hasta que fueron refundidas en el año 2013 por el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Las tres leyes que, aunque ya derogadas¹¹¹, han tenido una especial relevancia en cuanto al tratamiento de la discapacidad son la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (conocida como LISMI por la abreviatura del título original que después se llamó de integración social de personas con discapacidad), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (abreviada como LIONDAU) y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establecía el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (conocida como LINSADIS).

En primer lugar, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (la LISMI) fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familiares, en el marco de los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución. Supuso un avance relevante para la época, que “participaba ya de la idea de que el amparo especial y las medidas de equiparación para garantizar los derechos de las personas con discapacidad debía basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados que les permitiera llevar una vida normal en su entorno”¹¹². Constituyó una pronta respuesta a los requerimientos constitucionales sobre la discapacidad, si bien en ese momento aún se hablaba de deficientes o minusválidos¹¹³. Se basaba en los derechos sociales de los

social y servicios sociales, urbanismo y vivienda, transportes, educación, sanidad, etc. pueden ser objeto de regulación autonómica.

¹¹¹ Derogadas por la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social

¹¹² Así lo indicó el Preámbulo del posterior Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social de 2013.

¹¹³ Según establecía el artículo 7.1, “a los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.” La consideración de persona minusválida estaba, pues, calificada como tal por la escasa integración educativa, laboral o social derivada de una deficiencia física, psíquica o sensorial previsiblemente permanente, quedando determinada de manera personalizada por

minusválidos, subrayando la dignidad que les es propia, y se propuso que alcanzaran “su completa realización personal y su total integración social”¹¹⁴. A la LISMI se le reconoce el mérito de haber sido una ley pionera por la sensibilidad que mostró hacia los minusválidos, los principios que incorporó y el conjunto de medidas que estableció¹¹⁵, si bien nació dentro de la concepción de la filosofía del modelo médico o rehabilitador, propia del momento de su aprobación¹¹⁶.

En segundo lugar, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹¹⁷ (la LIONDAU, derogada también por la Ley General de 2013), fue aprobada después de más de veinte años de vigencia de la LISMI, autoproclamándose como un complemento de ésta¹¹⁸. Siguiendo el Preámbulo de la Ley General de 2013, la LIONDAU “supuso un renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, centrándose especialmente en dos estrategias de intervención: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal”. Su contenido fundamental estaba constituido por las medidas previstas contra la discriminación y las medidas de

el órgano de la Administración que se determinara reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores. No había ninguna otra medida de calificación.

¹¹⁴ Así, en su artículo 1º, señalaba que los principios que la inspiraban se fundamentaban en los derechos que el artículo 49 de la Constitución “reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias”. Asimismo, en su artículo 7, entendía como minusválido a “toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales” y señalaba que el reconocimiento de esta condición debía ser “efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores”. De esta forma quedaba claramente diferenciada la condición de minusválido a la de incapacitado, ésta última con necesaria declaración por sentencia judicial. De la redacción de estos dos artículos 1º y 7º pueden deducirse dos de las condiciones que unos meses después, en octubre del siguiente año, serían recogidas en la trascendental reforma en esta materia de los artículos 199 y 200 del Código Civil: por un lado, que las deficiencias de la capacidad se refieran a las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, y la segunda que tales disminuidos lo sean como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

¹¹⁵ Esta es la percepción de ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención...”, *op. cit.*, p. 50.

¹¹⁶ Aunque ya por aquella época y según PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española”, *Hacia un derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 149, “la evolución en el marco del derecho internacional ya marcará un cambio de paradigma que no parece haber sido cabalmente receptado”.

¹¹⁷ Debemos hacer notar que ya se utiliza el término “discapacidad”.

¹¹⁸ Lo que revaloriza la consideración que ha tenido la LISMI para el legislador.

acción positiva, complementándose con otra serie de medidas de fomento de igualdad de oportunidades dirigidas fundamentalmente a las Administraciones Públicas¹¹⁹.

En base a estas dos ideas de no discriminación y de accesibilidad, se pudo entresacar un concepto general de personas con discapacidad “como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación”¹²⁰. Por lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación de esta ley, su artículo 1.2 disponía que tendrían la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les hubiera reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento y que en todo caso, se considerarían afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tuvieran reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

¹¹⁹ Junto con la LIONDAU, ha de hacerse referencia a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que procedió a transponer la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, al derecho interno español, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, pretendiendo luchar contra las discriminaciones basadas en la discapacidad, entre otras cuestiones, garantizando un marco general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación de conformidad con los requerimientos comunitarios. Más información sobre la transposición de esta Directiva en PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 167; y en MARTÍNEZ RIVERO, A. (2007). “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico público”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R de Lorenzo y L.C Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 561-563.

¹²⁰ Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003.

La derogada LIONDAU fue el resultado de un largo proceso que supuso un gran cambio en la manera de abordar la discapacidad, planteándola desde el modelo social¹²¹ y como una cuestión de derechos humanos.

En tercer lugar, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establecía el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (la LINSADIS, asimismo derogada por la Ley General de 2013), fue aprobada como un complemento sancionador a la LIONDAU¹²² y vino a robustecer el grupo normativo de la discapacidad¹²³.

Como ya hemos adelantado, estas tres normas específicamente dictadas para el ámbito de la discapacidad fueron posteriormente derogadas y refundidas en 2013 por el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que analizaremos más adelante.

Con estos antecedentes legislativos, el término discapacidad fue insertándose paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico con la progresiva introducción de la discapacidad en la llamada “agenda política”: de ser una cuestión históricamente residual, propia de un sector social insignificante en términos políticos, la discapacidad fue ganando visibilidad e importancia, lo que se tradujo en una mayor presencia legislativa¹²⁴. Pero no fue hasta el año 2003 cuando esta

¹²¹ Apunta PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 157. que “resulta fácil advertir que desde la misma exposición de motivos se reconoce la influencia del modelo social, ello en cuanto la norma hace referencia a las limitaciones sociales, la nueva manera de afrontar el fenómeno de la discapacidad, y la consecuente necesidad de que se elaboren nuevas estrategias”.

¹²² Sorprendentemente, la LIONDAU se aprobó sin un régimen sancionador, lo que redundó, a juicio de ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención...”, *op. cit.*, p. 51, en la caracterización del Derecho de la discapacidad como un Derecho blando, “de muy buenos principios e intenciones, pero de muy escasa efectividad [...]. Quizá la premura en aprobar la ley –dado que el plazo de transposición de la Directiva finalizaba– fuera la razón del aplazamiento del régimen sancionador. De hecho, la LIONDAU era consciente de que su regulación quedaría incompleta sin un régimen sancionador. Por eso, ella misma estableció la obligación del Gobierno de remitir a las Cortes, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor un Proyecto de Ley que estableciera el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad (disp. final 11ª). Esa previsión se cumplió –aunque con retraso– dando lugar a la aprobación de la LINSADIS.”

¹²³ ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención...”, *op. cit.*, p. 49, apunta a que este desarrollo normativo se caracterizó “por su carácter complejo y trifásico. *Complejo* porque estaba integrado por tres leyes distintas. *Trifásico* porque dichas leyes se aprobaron en tres momentos distintos.”

¹²⁴ La política legislativa autonómica sobre discapacidad, en concreto respecto a la atención a personas con discapacidad, ha estado enfocada en los servicios sociales debido al ámbito competencial propio de cada Comunidad Autónoma. Ello ha dado lugar –al igual que en otras materias– a una regulación fraccionada y diferente, que ha provocado una desigualdad entre los ciudadanos en la asistencia social.

cuestión fue tomada en consideración al aprobarse normas específicas para la discapacidad, concretamente la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. La finalidad de esta Ley, según expresa su Exposición de Motivos, era “regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial”¹²⁵. El objeto inmediato es, por tanto, “la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de la persona con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”¹²⁶.

La constitución de un patrimonio protegido para la protección patrimonial de personas con discapacidad supone que los bienes y derechos que forman este patrimonio protegido se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, formando un patrimonio de destino, teniendo las distintas aportaciones al mismo una finalidad de satisfacción de las necesidades vitales de su titular, sometiéndose a un régimen de administración y supervisión específico. Ha de señalarse que los medios económicos a disposición de los

AZÚA, P. (2009). “Evolución de la legislación española...”, *op. cit.*, pp. 134-135, pone de relieve la carencia de la vertebración de una política social con carácter general –que ha dado lugar a diecisiete sistemas de servicios sociales– y que, aunque es evidente la importancia que las administraciones autonómicas tienen en el desarrollo de la política social, al mismo tiempo refleja la laguna de la municipalización de estas prestaciones sociales. Amplio análisis del tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica en CABRA DE LUNA, M.A. (2007). “Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica. Análisis de la legislación general y específica de las Comunidades Autónomas”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 699-729. No obstante, algunos ordenamientos jurídicos autonómicos con competencias en materia civil han regulado cuestiones generales referidas a la discapacidad, como el Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, de 29 de julio de 2010, o el Código de Derecho Foral de Aragón de 22 de marzo de 2011.

¹²⁵ Como indica MESA MARRERO, C. (2009), *El contrato de alimentos: Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 15, “pese a su carácter eminentemente personal y contenido patrimonialista, tanto la vocación como el contexto en el que se enmarca la aprobación de la Ley 41/2003 son más amplios y complejos. No hay que olvidar que la norma nace en el seno de un debate de mayor envergadura en torno a la necesidad de superar los déficits de atención, protección y apoyo que, históricamente, han venido padeciendo las personas en situación de dependencia”.

¹²⁶ Se alude a la realidad social que explica esta normativa al disponer que constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del discapacitado en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse.

beneficiarios pueden ser proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas; pero una parte importante de estos medios procede de la propia persona con discapacidad o de su familia, y es a esta parte a la que trata de atender esta Ley¹²⁷.

Además de la regulación de la protección patrimonial a las personas con discapacidad, la Ley 41/2003 realiza algunas modificaciones del CC, de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad, como reza el propio título de la Ley. Entre las modificaciones realizadas al CC, cabe destacar las que afectan a la materia de autotutela, al régimen sucesorio, a la regulación del contrato de mandato y a la del contrato de alimentos, a las que haremos referencia más adelante. Y en concreto, entre los cambios que realiza, está la incorporación del término “discapacidad” en las modificaciones de los artículos 756.7, 822 y 1041.2 del Código civil, remitiendo al concepto de personas con discapacidad que da la propia Ley en el artículo 2.2 reseñado anteriormente¹²⁸.

En el contexto de la discapacidad que estamos tratando, hemos de singularizar que esta Ley de protección patrimonial a las personas con discapacidad fue la primera norma en el ordenamiento jurídico español que adoptó la expresión “personas con discapacidad”, al menos en su título¹²⁹. Su artículo 2, en el

¹²⁷ Existe numerosa doctrina acerca del estudio y análisis del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, entre otros, SERRANO GARCÍA, I. (2004). “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, 2004, pp. 231-271; DÍAZ ALABART, S. y otros (2004). *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* (dir. S. Díaz Alabart). Ed. Ibermutuamur, Madrid; MARÍN CALERO, C. (2005). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 49-103; SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Ed. Iustel, Madrid, pp. 130-156; GARCÍA PONS, A. (2008). “*Las personas con discapacidad...*”, *op. cit.*, pp. 73-106.

¹²⁸ La redacción de la Disposición Adicional cuarta añadida es la siguiente: “La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”, según dispone el artículo 13 de la Ley 41/2003.

¹²⁹ Según MARÍN CALERO, C. (2005). *La integración jurídica y patrimonial...*, *op. cit.*, p. 54, la principal nota de esta ley es la introducción por vez primera en nuestro Derecho Civil o Derecho Privado del concepto mismo de discapacidad, la física y la psíquica, y señala que la Ley ha tenido el acierto de reconocer y entrar a regular la realidad social, ya que la inmensa mayoría de las personas que, con arreglo a nuestro Derecho, podrían o, incluso, deberían ser incapacitadas, ni lo están ni es previsible que lo lleguen a estar nunca.

apartado 2º, al considerar a los beneficiarios de la misma, señala que “a los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”¹³⁰. Debe puntualizarse que el término “minusvalía”, –repetidamente utilizado en los apartados I, II y IV de la Exposición de Motivos o en el artículo 2 al señalar a los beneficiarios de la Ley– debe ser considerado hoy en día despreciativo y atentatorio contra la dignidad de la persona, y debe entenderse sustituido por el de discapacidad, tal y como reza el título de la Ley.

La acreditación de la discapacidad a tales efectos será reconocida por el certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme, entendiéndose por tal tanto la que resuelva la reclamación contra la resolución administrativa anterior como a la sentencia de incapacitación, aunque no haya resolución administrativa de discapacidad¹³¹.

En el marco de esta Ley 41/2003, a propósito de los destinatarios del contrato de alimentos en ella contemplado¹³², se identifica también al colectivo formado por los individuos que pudieran estar necesitados de apoyo o ayuda para su autonomía personal, como es el caso de las personas dependientes, ancianas o de cierta edad, ampliando de esta forma el ámbito subjetivo de la Ley, con el objetivo, como expresa a este respecto la Exposición de Motivos, de repercutir

¹³⁰ A este respecto se ha de tener en cuenta el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

¹³¹ TORRES GARCÍA, T.F. (2006), “Discapacidad e incapacitación”, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. Pérez de Vargas), La Ley-Universidad Juan Carlos I, p. 450, y SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad...*, op. cit., p. 36. Al respecto MESA MARRERO, C. (2009). *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 15, citando el dictamen 5 del Consejo Económico y Social aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 26 de marzo de 2003, en su pronunciamiento a propósito del Anteproyecto de esta Ley de Protección Patrimonial, señala que “para aquellas personas con discapacidad que no puedan constituir un patrimonio protegido, los poderes públicos deberían establecer un sistema de protección social reforzada”, no obviando el importante papel que desempeña la familia, los particulares y, en última instancia, la iniciativa privada pero que “ha de ser completada por los poderes públicos a través de los llamados sistemas formales de atención y apoyo a los discapacitados”.

¹³² Esta modalidad contractual se tipifica, precisamente a través de la modificación del CC, por el artículo 12 de la Ley 41/2003, que crea un nuevo capítulo II dentro del título XII del libro IV del Código Civil, bajo la rúbrica «Del contrato de alimentos», que engloba los artículos 1791 a 1797.

positivamente en el bienestar de estas personas, mejorando el tratamiento jurídico de cuestiones que son de su incumbencia e interés¹³³. Será en 2006 cuando la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia tenga en especial consideración al colectivo de personas dependientes y su relación con la discapacidad.

Es precisamente esta Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, conocida coloquialmente como Ley de Dependencia, la que ha sido –y sigue siendo– una norma importante en el apoyo institucional a las personas que, con independencia de que tengan la consideración jurídica de incapacitados o de discapacitados¹³⁴, estén en una situación de dependencia física y emocional y cuya promoción de su autonomía personal “constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados”, según reza textualmente la Exposición de Motivos de la Ley¹³⁵.

El concepto de dependencia viene dado en el artículo 2 de la ley definiendo como tal a “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que,

¹³³ MESA MARRERO, C. (2009). *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, pp. 15-17, señala que este colectivo de personas dependientes “no eran consideradas, en principio, destinatarias de las medidas de protección que articula aquélla”, al mismo tiempo que llama la atención “el hecho de que se aproveche la ocasión para mencionar la dependencia como circunstancia que justifica la intervención tuitiva de la norma estatal... no hay que olvidar que la norma nace en el seno de un debate de mayor envergadura en torno a la necesidad de superar los déficits de atención, protección y apoyo que, históricamente, han venido padeciendo las personas en situación de dependencia”, a los que “no alcanza la tutela del sistema, organizado a partir del estado de necesidad”. Durante estos años previos se puso de manifiesto que la población dependiente y vulnerable demandaba estructuras que posibilitasen el ejercicio de sus efectivos derechos de ciudadanía, propiciando su participación, asistencia y autonomía personales. No obstante, la propia Exposición de Motivos de la Ley, y a propósito de destacar la utilidad del contrato de alimentos, recoge que la regulación de este contrato “amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos” (punto VIII EM). De este modo, y en palabras de la autora precitada, “se amplía el círculo o ámbito subjetivo de la Ley y, junto al colectivo descrito expresamente en su propia denominación, se contempla a otras personas no consideradas, en principio, destinatarias de las medidas de protección que articula aquella”.

¹³⁴ Hay que señalar, siguiendo a GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). “Consideraciones Generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia”, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (dir. M.C. García Garnica). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 33, que ni la discapacidad ni la dependencia pueden ser considerados términos sinónimos de falta –total o parcial– de capacidad de obrar, “sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, la discapacidad o la falta de autonomía de que adolezca una persona pueda incidir en su capacidad de autogobierno y deba modificarse oportunamente su capacidad de obrar”.

¹³⁵ A pesar de esta referencia a la política social, no resulta clara la plasmación del modelo social en esta Ley, según argumenta PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.* pp. 170 – 173.

por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”¹³⁶. Conceptualmente, la dependencia es un término más amplio que el de discapacidad, ya que aquel atiende prioritariamente a la falta de autonomía de la persona para realizar actividades básicas de la vida diaria, ya sea por cuestión de edad¹³⁷, por enfermedad o por alguna deficiencia física, psíquica o sensorial –que puede implicar, no obstante, algún grado de discapacidad– y que necesita de ayuda de terceros para la realización de tales actividades básicas, mientras que la discapacidad pone el acento en el hecho de que la persona adolezca de alguna deficiencia física, psíquica o sensorial que pueda afectar en mayor o menor medida en el ejercicio de sus derechos¹³⁸.

El reto de esta norma no es otro que, según se hace ver en la Exposición de Motivos, “atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”¹³⁹. Este objetivo, sin

¹³⁶ Esta definición está tomada, en líneas generales y con una versión ampliada, de la Recomendación (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1998. Como señala PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 170, “este concepto de situación de dependencia contiene dos características y un presupuesto. Las dos características son: a) la existencia de rasgos físicos, psíquicos o intelectuales que limitan en mayor o menor grado la autonomía de una persona en la realización de actividades en la vida diaria; b) la necesidad de asistencia y/o ayuda. El presupuesto es la relevancia que se concede a la independencia y autonomía de las personas”.

¹³⁷ De hecho, el progresivo y creciente envejecimiento de la población ha llevado a una mayor toma de concienciación y a prestar una especial atención a la dependencia a nivel mundial.

¹³⁸ Según GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). “Consideraciones Generales. La eficacia transversal...”, *op. cit.*, pp. 32 y 33, ambos conceptos, dependencia y discapacidad, “concuerdan en poner el acento en la incidencia de ciertas circunstancias físicas, sensoriales o mentales de las personas en su capacidad para desarrollar una vida autónoma”.

¹³⁹ Según expresa GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 87, en eso se observa la diferencia entre la Ley 41/2003 y la Ley 39/2006: mientras que la primera regula los medios económicos de carácter privado que pueden quedar a disposición de las personas con discapacidad, la segunda –Ley de dependencia– se refiere principalmente a los medios económicos de carácter público, como una nueva modalidad de protección social de carácter complementario. Del mismo modo apunta MESA MARRERO, C. (2009). *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 18, “no cabe duda que esta iniciativa legal y el conjunto de medidas, prestaciones y servicios que en ella se contemplan están llamados a ser figuras estelares de un sistema de protección de carácter público que, con base en los principios de universalidad, igualdad y solidaridad, constituye un pilar básico –el denominado cuarto pilar– del Estado Social.”

embargo, no siempre ha sido alcanzado, muchas veces por no contar con dotación presupuestaria para ello. Además, algún sector doctrinal ha criticado que el concepto de dependencia asumido en la Ley es contemplado desde el modelo rehabilitador, y no desde el modelo social, que es el que debe prevalecer¹⁴⁰.

Junto a estas normas reguladoras de la discapacidad en sentido amplio, debemos mencionar ciertas cuestiones de relevancia que han sido objeto de regulación por normas ordenadoras de los servicios sociales, que incluyen, entre los colectivos asistidos por dichos servicios, a las personas con discapacidad¹⁴¹. Se pueden destacar resumidamente las siguientes:

a) En cuanto a la importante cuestión terminológica, el Real Decreto 348/1986, de 10 de febrero¹⁴², sustituyó los términos de «subnormalidad» y «subnormal», contenidos en las Disposiciones Reglamentarias vigentes, por «minusvalía» y «persona con minusvalía»¹⁴³.

b) En relación con la movilidad y la eliminación de barreras arquitectónicas y para llevar a cabo la política de integración de las personas con discapacidad, la voluntad del legislador español ha sido decidida en orden a facilitar la movilidad

¹⁴⁰ PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 171, critica la postura que adopta la regulación de la dependencia por la Ley 39/2006 en el sentido de que su finalidad ha sido regular la dependencia como manera de “disminuir, evitar o erradicar sólo las limitaciones funcionales individuales”, con una clara finalidad rehabilitadora, entre otras cuestiones por el concepto mismo que de dependencia hace la norma en el artículo 2.2, entendiendo aquella “sólo desde las limitaciones funcionales de la persona (sean físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) sin abarcar o tener presente las limitaciones sociales que generan o agravan las situaciones de dependencia”, es decir, de superar las limitaciones sociales.

¹⁴¹ Son disposiciones estatales y autonómicas –algunas incluso cronológicamente anteriores a las ya comentadas– que ayudan a visualizar la evolución de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español. ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención...”, *op. cit.*, p. 61, hace una exhaustiva relación normativa al respecto.

¹⁴² En su artículo 1 se establece que “los términos subnormales y subnormal, contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes, serán sustituidos por los de minusvalía y persona con minusvalía, con especificación cuando proceda, de la naturaleza física, psíquica o sensorial de dicha minusvalía, con los mismos grados y derechos actualmente reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

¹⁴³ MARTÍNEZ CALCERRADA, L. (2000). “Medidas civiles de protección...”, *op. cit.*, p. 78, señala que “es de destacar la concreción que extirpa cualquier denominación alusiva a esa conformidad deficitaria que se contiene en el Real Decreto 348/1986, de 10 de febrero.”

de las personas minusválidas mediante la progresiva eliminación de las barreras arquitectónicas¹⁴⁴.

c) En la legislación laboral, hay una amplia normativa postconstitucional en donde cabe destacar las disposiciones específicas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley General de la Seguridad Social¹⁴⁵, con sus normas de desarrollo, y el amplio catálogo de normas reglamentarias dirigidas a la integración laboral de los trabajadores con discapacidad, que incluyeron medidas específicas para personas que tuvieren reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial¹⁴⁶.

d) La legislación tributaria contempla también diversos tratamientos fiscales para las personas con discapacidad en los distintos impuestos, tanto en los de carácter directo como en los de carácter indirecto, así como en algunos impuestos locales¹⁴⁷.

e) El establecimiento de criterios homogéneos en todo el territorio español para determinar el grado de incapacidad a los efectos de la Ley del patrimonio

¹⁴⁴ En esta línea cabe volver a citar la derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que se ocupaba de la movilidad y de las barreras arquitectónicas en sus artículos 54 al 61; la Ley 3/1990, de 21 de junio, que modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (ésta a su vez reformada por Ley 8/1999, de 6 de abril), que suaviza el régimen de adopción de acuerdos por las juntas de propietarios para la realización de obras de supresión de barreras arquitectónicas; la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que faculta a los arrendatarios con minusvalía a efectuar reformas en el interior de la vivienda para mejorar su habitabilidad; la Ley 15/1995, de 30 de mayo, acerca de los límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad; todas ellas reseñadas en MARTÍNEZ CALCERRADA, L. (2000). "Medidas civiles de protección...", *op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁵ Actualmente son el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (texto refundido en el que se integraron, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y todas las disposiciones legales relacionadas) y el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido en el que se integraron, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y todas las disposiciones legales relacionadas).

¹⁴⁶ Así, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, o el Real Decreto de 11 de mayo de 1983 que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos. En opinión de ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). "Régimen legal de la atención...", *op. cit.*, p. 64, "se trata de una normativa trascendental por ser la integración laboral un aspecto clave de la integración social de las personas con discapacidad y, además, de los primeros ámbitos en ser abordados legislativamente".

¹⁴⁷ ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). "Régimen legal de la atención...", *op. cit.*, pp. 65-66, cita doctrina especializada en materia fiscal.

protegido del discapaz ha sido delimitado en el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre¹⁴⁸.

Para culminar esta relación, debemos advertir que estas cuestiones colaterales a la discapacidad han de completarse con una gran diversidad normativa sectorial que comprende específicas disposiciones sobre personas con discapacidad en materias como la sanidad, la educación, el transporte, la vivienda, el turismo, el deporte, la contratación pública, etc.¹⁴⁹.

Estos avances legislativos fueron forjando la nueva concepción de la idea de la discapacidad. Pero fue sin duda en 2006, con la aprobación por parte de Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando se culminó este cambio de enfoque de la discapacidad.

2.3. Incidencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 en el ordenamiento jurídico español

2.3.1. Consideraciones previas

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, es un instrumento internacional orientado a garantizar a las personas con discapacidad el goce y el ejercicio de sus derechos sin discriminación y en igualdad de oportunidades, convirtiéndose en el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI.

¹⁴⁸ En él se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la por entonces vigente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁴⁹ Relación más pormenorizada también en ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). "Régimen legal de la atención...", *op. cit.*, pp. 66 y 67.

La Convención es el resultado de un largo proceso en el que participaron Estados miembros de la ONU, observadores, cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, instituciones de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad¹⁵⁰.

Fue ratificada, junto con su Protocolo Facultativo, por España a través de Instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE, números 96 y 97, de 21 y 22 de abril de 2008 respectivamente, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año y pasando a formar parte de nuestro ordenamiento interno conforme a lo establecido en el artículo 96.1 de la CE¹⁵¹.

Es indudable la incidencia que ha tenido en el ordenamiento jurídico español la ratificación de este texto internacional¹⁵². A nivel constitucional, las disposiciones

¹⁵⁰ Un esmerado y profundo análisis de los antecedentes y de las negociaciones por parte del Comité de Expertos de la Asamblea General de Naciones Unidas para la aprobación de la Convención puede verse en el reciente estudio de TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 25-77.

¹⁵¹ Reza dicho artículo que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.” La interpretación doctrinal de este artículo es variada, cuestionándose si lo establecido en los tratados internacionales es derecho aplicable directamente o solo a través de la adaptación a la legislación en vigor. Por todos, TORRES GARCÍA, T.F. (2015). “La incapacitación: de Don Federico de Castro...”, *op. cit.*, pp. 397-404, apunta que la calificación de este extremo no ha sido unánime en la doctrina ya que para unos tiene plena vigencia la Convención por aplicación del citado artículo 96.1 de la CE, aunque no se hayan modificado los textos legales adaptándolos a su contenido, mientras que para otro sector de la doctrina la Convención no será plenamente eficaz hasta que no haya sido adaptada la reforma a llevar a cabo por parte del legislador. La autora citada identifica nuestro sistema como de adaptación a plazos y parcial de la Convención. Por su parte, GARCÍA CANTERO, G. (2014). “¿Persons with disability” vs. Personas incapacitadas... o viceversa? (Inserción del artículo 12 del Convenio de Nueva York, de 2006 en el Ordenamiento español)”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, octubre-diciembre nº 4, p. 77, se cuestiona el alcance de la eficacia jurídica de la Convención ya que “la Asamblea General de la ONU no constituye, todavía, el parlamento de un Estado mundial, aunque algunos lo propugnen; de aquí que no cabe trasladar *pari passu* lo que habitualmente sucede en el interior de cada Estado miembro, para incrementar —acaso con exceso—, el valor que debe atribuirse a los acuerdos mayoritarios adoptados por aquélla”.

¹⁵² Según GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Marcial Pons, Barcelona, “la Convención de Nueva York ya ha tenido un profundo impacto en nuestro ordenamiento jurídico, del cual forma parte y cuyos efectos directos emanan de la propia Constitución en su artículo 10.2”, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2018, de 22 de enero, que afirma de modo expreso que “la aplicación de la cláusula del artículo 10.2

de la Convención tienen una relevante influencia ya que, en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 de la CE –que dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales”–, afectan de un modo fundamental en la interpretación de los derechos reconocidos en nuestra norma constitucional a las personas con discapacidad. La Convención, por tanto, constituye una guía esencial y cardinal para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, en particular para las personas con discapacidad¹⁵³.

Pero es sobre todo en el concepto de la discapacidad –en concreto en la noción de capacidad jurídica– donde la Convención ha ejercido su mayor influencia. Se ha dicho que una de las virtudes de este Instrumento Internacional es la acuñación definitiva del término «discapacitado» o «persona con discapacidad»¹⁵⁴.

El Preámbulo de la Convención, en su apartado e, reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. La Convención se constituye así en el primer tratado internacional que regula la importancia de la participación de la sociedad civil en cuanto ésta ha de modificar el entorno para acoger a las personas con discapacidad como

CE, nos lleva a otorgar especial relevancia a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”.

¹⁵³ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. (2015). “La recepción de la Convención...”, *op. cit.*, p. 45, determina que este criterio constitucional de interpretación de los derechos fundamentales “resulta particularmente idóneo para asegurar su cumplimiento efectivo y para la incorporación de sus disposiciones a la práctica jurídica real”. Muestra además una ilustrativa tabla de correspondencias que permite identificar las disposiciones de la Convención que son actúan como parámetros interpretativos de cada uno de los derechos fundamentales de nuestro texto constitucional.

¹⁵⁴ Así lo señala DÍAZ ALABART, S. (2013). “La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril, p. 7, si bien remarca que ya se había utilizado el término discapacitado en otros ámbitos internacionales, como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o en el ámbito nacional en la Ley 41/2003, de protección patrimonial de personas con discapacidad. También subraya la importancia de eliminar la terminología más antigua – como hablar de minusválidos o de disminuidos, vocablos que pueden tener un sentido peyorativo o discriminatorio–, por un lado, por la carga negativa de estas palabras, y, por otro lado, por atacar con ello la dignidad de las personas.

elementos enriquecedores que ensanchan la humanidad y le agregan valor, tomando en consideración la propia intervención de las personas con capacidades diferenciadas¹⁵⁵. Puede decirse en palabras de PÉREZ BUENO que “la Convención es una decantación de una corriente de pensamiento y acción, en relación con la discapacidad, que ha tenido y está teniendo reflejo en nuestro Derecho, de un tiempo atrás. La Convención sanciona desde su rango de tratado internacional algo que ya venía fraguándose en España”¹⁵⁶. Ello supuso la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad, superando definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos¹⁵⁷.

En este sentido, el artículo 1 dispone, en el primer párrafo, que “el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Con ello, la Convención trata de garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio de derechos y libertades en condiciones de igualdad con las demás personas. Por otro lado, el párrafo 2º de este primer artículo recoge un concepto muy amplio de discapacidad ya que establece que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. El contenido de este segundo párrafo comprende una buena definición de la situación de las

¹⁵⁵ Esta idea ha sido recogida del Preámbulo de la posterior Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el ordenamiento jurídico español.

¹⁵⁶ PÉREZ BUENO, L.C. (2009). “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 322.

¹⁵⁷ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español”, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (Editora P. Cuenca Gómez). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 18-19, indican que “el cambio hacia una perspectiva sobre la discapacidad basada en los derechos humanos ha contado con gran respaldo en el ámbito de Naciones Unidas. Durante mucho tiempo, la discapacidad venía siendo abordada como una problemática de “desarrollo social”, es decir, fuera del ámbito específico de los órganos de derechos humanos del sistema.”

personas con discapacidad, confluyendo en ella tres circunstancias: las deficiencias que la discapacidad produce (físicas o psíquicas), la actitud del conjunto de la sociedad, que frecuentemente es discriminatoria, y el entorno – tanto el entorno personal, material o jurídico¹⁵⁸.

En las definiciones contenidas en el artículo 2 se hace mención a la “discriminación por motivos de discapacidad” entendiendo como tal a “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

El artículo 3 recoge como “Principios generales” de la Convención el principio de igualdad –igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades–, la no discriminación, el respeto a la dignidad inherente a la persona con discapacidad, a su propia identidad, a su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la diversidad, a su autonomía individual. A estos principios se alude continuamente a lo largo del texto de la Convención.

Debe advertirse que la Convención no reconoce nuevos derechos a las personas con discapacidad, puesto que parte de la premisa de que todas las personas son ya titulares de los derechos humanos, tratando básicamente de erradicar el problema de su efectividad; de ahí que su objetivo sea el de promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de tales derechos por todas las personas con discapacidad¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Esto es lo que argumenta DÍAZ ALABART, S. (2013). “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 8, si bien aplicado al párrafo e) del Preámbulo de la Convención.

¹⁵⁹ ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención...”, *op. cit.*, p. 39.

2.3.2. Progreso legislativo de la discapacidad: del modelo médico-rehabilitador al modelo de la diversidad funcional basado en el modelo social y de derechos humanos

La situación jurídica de las personas con alguna deficiencia o falta de capacidad fue tratada, en un primer momento, desde el llamado modelo médico o rehabilitador¹⁶⁰. Según este modelo, la discapacidad era considerada como un problema de la persona relacionado con su salud, su capacidad y su autonomía personal, ocasionado por una enfermedad, un accidente o directamente por la edad avanzada de la persona, que requeriría de cuidados médicos y asistenciales –profesionalizados o no–, prestados por terceras personas de forma individual. La discapacidad, en palabras de PALACIOS RIZZO, era considerada “una *tragedia personal* para la persona y un *problema* para el resto de la sociedad”¹⁶¹.

Desde este punto de vista médico, las causas que originaban la discapacidad eran consideradas como el resultado de una limitación o deficiencia física, psíquica o sensorial y concebidas como un problema personal que tiene su origen en limitaciones funcionales del individuo, impidiéndole un adecuado desarrollo personal. Por ello, el objetivo del modelo médico rehabilitador era, –además de constatar estas causas como médicas y, por tanto, científicas–, “rehabilitar” a las personas con discapacidad para que pudieran integrarse en un entorno socialmente “normalizado”. Según este modelo, las causas de la discapacidad eran consideradas como circunstancias biológicas individuales –no sociales– y su tratamiento jurídico había de desenvolverse prioritariamente,

¹⁶⁰ Algún sector de la doctrina ha señalado que, con anterioridad al modelo médico o rehabilitador de la discapacidad, existía previamente el modelo de prescindencia. Así, DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales...”, *op. cit.*, p. 13, mencionan este modelo de prescindencia según el cual las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas y las personas afectadas por una discapacidad son “la consecuencia del enojo de los dioses”, como una especie de castigo divino o natural, “que albergan mensajes diabólicos”, “que –por desgraciadas– sus vidas no merecen la pena ser vividas” y que son consideradas innecesarias porque no contribuyen a las necesidades de la comunidad. El término de prescindencia proviene de que “la sociedad decide prescindir de estas personas afectadas por alguna discapacidad, “ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea marginándolas o tratándolas como objeto de caridad”. Este modelo de prescindencia está claramente enfrentado con los derechos humanos reconocidos plenamente a todas las personas en las Declaraciones Universales del siglo XX.

¹⁶¹ PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 144.

cuando no exclusivamente, en el ámbito sanitario y asistencial¹⁶². En este sentido, se consideraba que la finalidad del tratamiento de la discapacidad era la recuperación de la persona para su mejor adaptación personal y social, y es por ello por lo que, desde el punto de vista jurídico, la discapacidad fue abordada básicamente por la legislación de la asistencia y seguridad social, o, desde una perspectiva civilista, a través de la regulación de la incapacitación y la tutela, como cuestiones relacionadas con el Derecho de la persona¹⁶³, sin perjuicio de considerar que el artículo 49 de la Constitución española se inspiró, de acuerdo con el momento de su redacción, en este modelo médico o rehabilitador¹⁶⁴.

Sin embargo, esta tendencia al tratamiento y protección de la discapacidad como una cuestión médica o rehabilitadora evolucionó hacia un modelo social, cambiando el enfoque y el punto de mira de la discapacidad. Desde el modelo social, las dificultades de la discapacidad no estriban en la existencia de deficiencias o limitaciones que afectan a la persona con discapacidad sino en la necesidad del entorno social de adaptarse y normalizar estas situaciones para garantizar que las personas con discapacidad puedan desarrollar plenamente su dignidad y participar en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás¹⁶⁵. Mientras el modelo médico asumía que la discapacidad suponía una causa natural de desigualdad, ya que se partía de una situación de desventaja social¹⁶⁶,

¹⁶² Así lo expresa CUENCA GÓMEZ, P. (2010). “El impacto de la Convención...”, *op. cit.*, p. 44. Nótese las comillas utilizadas en el texto original que, a nuestro juicio, hacen especial énfasis en el aspecto negativo de la discapacidad desde la visión médico-rehabilitadora.

¹⁶³ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales...”, *op. cit.*, p. 14

¹⁶⁴ En tal sentido, más de tres décadas después de la aprobación de nuestro texto constitucional, el Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señaló que la Constitución Española, en este artículo 49, reguló “la atención a las personas con discapacidad, inspirándose para ello en el modelo médico y rehabilitador, predominante en el momento de su aprobación, el cual consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales”. También siguió este criterio médico o rehabilitador la posterior Ley 13/1982, de la Integración Social de los Minusválidos (LISMI), primera ley postconstitucional dictada en desarrollo del artículo 49 de la CE, hoy derogada como ya hemos tenido ocasión de señalar.

¹⁶⁵ Este modelo social fue la adaptación del denominado en un principio “modelo de barreras sociales de discapacidad”, cuyo germen fue el “movimiento de vida independiente” gestado inicialmente en las luchas por los derechos civiles de los años sesenta en Estados Unidos, y también en el Reino Unido y en y posteriormente con repercusión a nivel mundial, y que fue una buena influencia en las actividades de las organizaciones de personas con discapacidad. Una breve aproximación al modelo social de discapacidad en PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, pp. 143-147.

¹⁶⁶ Así lo califica LIDÓN HERAS, L. (2015). “La otra mirada, presupuesto para la toma de conciencia sobre la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad-Artículo 8 de la Convención”, *La Convención*

esta diferencia, en expresión de GARCÍA PONS, “debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades y no al revés”¹⁶⁷. Es el papel de la sociedad el que debe cambiar para aceptar y adaptar las circunstancias específicas de las personas con discapacidad para que puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que los demás. Desde el modelo social, la discapacidad de una persona puede derivar, no solo por una limitación biológica o funcional, sino sobre todo por las limitaciones sociales, limitaciones provocadas realmente por la sociedad que impiden prestar servicios apropiados para asegurar que las necesidades de estas personas sean adecuadamente tenidas en cuenta para el ejercicio y satisfacción de sus derechos dentro de la organización social¹⁶⁸.

El modelo social cambia la visión de la rehabilitación individual de la persona afectada –objetivo del modelo médico-rehabilitador– por la rehabilitación de la sociedad, en donde la mirada está puesta en la sociedad que es la que debe tomar las medidas y soluciones adecuadas para responder a las necesidades de las personas con discapacidad¹⁶⁹.

internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 154. JIMÉNEZ LARA, A. (2007). “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 187, afirma que el modelo social define la discapacidad como “las desventajas que el individuo experimenta cuando el entorno es incapaz de dar respuesta a las necesidades derivadas de sus características personales”.

¹⁶⁷ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 22. LIDÓN HERAS, L. (2015). “La otra mirada...”, *op. cit.*, p. 157, considera que el paso del modelo médico al social “fue posible mediante el rechazo al determinismo biológico, y por ir más allá de la deficiencia de la persona y centrarse en los entornos, y en un sentido más amplio en el carácter discapacitante de las fuerzas económicas, políticas y sociales, así como en las leyes. El modelo social cambia la rehabilitación de la persona con discapacidad por la rehabilitación de la sociedad, que debe concebirse y diseñarse para responder a las necesidades de todas las personas mediante la gestión de la diferencia y la integración de la diversidad”.

¹⁶⁸ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales...”, *op. cit.*, p. 15, consideran que “se hace necesaria una política pública que extienda esa satisfacción, que universalice el disfrute de los derechos, prestando especial atención a las dimensiones de tipo social y haciendo desaparecer la discriminación en ese ámbito.” Por ello, en opinión de JIMÉNEZ LARA, A. (2007). “Conceptos y tipologías...”, *op. cit.*, p. 188, las soluciones debían venir desde la acción social, “pues la sociedad tiene la responsabilidad colectiva de realizar las modificaciones en el entorno necesarias para facilitar la plena participación en todas las esferas de la vida social de las personas con discapacidad”.

¹⁶⁹ LIDÓN HERAS, L. (2015). “La otra mirada...”, *op. cit.*, p. 157, concreta que esto debe hacerse “mediante la gestión de la diferencia y la integración de la diversidad”. GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). “Consideraciones Generales. La eficacia transversal...”, *op. cit.*, p. 34, basa este nuevo modelo en dos pilares fundamentales: “de un lado en la consideración de la protección de las personas con discapacidad o en situación de dependencia como una cuestión de derechos humanos y, de otro, en la toma de conciencia de que la discapacidad o la dependencia no son una cualidad ni un problema meramente

La base del modelo social es la salvaguardia de la dignidad de la persona y la declaración de los derechos constitucionalmente reconocidos –fundamentalmente en los artículos 10, 14 y 49 CE– centrándose prioritariamente en la promoción de la autonomía y en el pleno ejercicio de derechos de las personas con discapacidad. Ello ha creado una mirada diferente hacia la persona con discapacidad, focalizada en primer término en su condición de ser humano en igualdad de derechos que los demás y, en segundo lugar, en la visión de la discapacidad como aspecto que le acompaña y que requiere, en determinadas circunstancias, de medidas específicas de ayuda y apoyo para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas, asegurando de esta manera una correcta aplicación del principio de no discriminación¹⁷⁰.

A esta visión social de la discapacidad contribuyó enormemente la actividad de asociaciones familiares relacionadas con la discapacidad¹⁷¹ así como la gestión de organismos públicos nacionales e internacionales que impulsaron la creación de este concepto social de discapacidad.

Uno de los efectos más notables de la adopción del modelo social de atención a la discapacidad y a la dependencia es la transversalidad en las actuaciones que desarrollaron las Administraciones Públicas en relación con políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tienen en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad, no limitándose únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas¹⁷², lo cual ayudó

personal, sino ante todo una cuestión social”, siendo el objetivo de este enfoque, no “la normalización de la persona con discapacidad, sin la normalización de la sociedad, para hacer frente a las necesidades de todas las personas”.

¹⁷⁰ Así lo consideran autores como PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 144, GARCÍA GARNICA, M.C. (2013). “Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurídica”, *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 174, y TORRES GARCÍA, T.F. (2015). “La incapacitación: de Don Federico de Castro...”, *op. cit.*, p. 403.

¹⁷¹ Fundamentalmente a la actividad de las propias personas con discapacidad y sus organizaciones representativas, “su empuje ideológico y su movilización política han sido el elemento más importante de la construcción del «modelo social» de discapacidad que impera en la actualidad, cifrándose sus principales hitos a partir del último cuarto del siglo XX”, según apunta GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). “Consideraciones Generales...”, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷² Así lo señala PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 166. Como apunta GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). “Consideraciones Generales...”, *op. cit.*, p. 36, esta

además al cambio terminológico¹⁷³. También ayudó en la llamada “visibilidad” de las personas discapacitadas¹⁷⁴, expresión utilizada para impulsar una política de no ocultación de su existencia –frente a la exclusión, rechazo y marginación de otras épocas– como premisa para lograr su inclusión social¹⁷⁵.

La Convención Internacional consagró el modelo social de discapacidad al reconocer en su Preámbulo que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Ello supuso la sustitución definitiva del modelo médico o rehabilitador por el modelo social, lo que implicó considerar que las causas que originan la discapacidad no son

transversalidad “ha recorrido prácticamente todo el ordenamiento jurídico y las prácticas administrativas, con el objetivo de lograr la integración social, la no discriminación y el pleno ejercicio de derechos por las personas con discapacidad o en situación de dependencia”, señalando que su fuerza expansiva ha alcanzado a todas las ramas del Derecho: derecho privado, derecho fiscal, derecho penal, derecho administrativo, derecho procesal, derecho del trabajo, etc. En el sistema jurídico español se introdujo en la ya derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) que, ya en su Exposición de Motivos, consideró que las desventajas de una persona con discapacidad no solo provienen de su dificultad personal, sino también y sobre todo de los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad se oponen a su plena participación.

¹⁷³ La terminología tradicional resultaba en muchos casos ofensiva o desconsiderada, incluso atentaba contra la dignidad de la persona, no ajustándose al modelo social, y así se dejaron de emplear términos como minusválidos –“minus-valía” en contraposición a “con valía” con respecto a personas válidas–, deficientes, subnormales, dementes o imbéciles y se pasó a hablar de personas con discapacidad.

¹⁷⁴ El fenómeno de la visibilidad ha sido señalado por MARÍN CALERO, C. (2005). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 2-3, y por GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 23, indicando que “todo ese mundo oculto, sumergido e invisible a los ojos de la sociedad ha salido a la luz, de repente se ha hecho visible y adquirido toda su dimensión humana y social”.

¹⁷⁵ Hasta no hace mucho estas personas terminaban recluidas en su hogar, con pocas o nulas relaciones sociales, o eran internadas en establecimientos o instituciones específicas, públicas o privadas, donde únicamente “sobrevivían”. En palabras de GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). “Consideraciones Generales...”, *op. cit.*, p. 35, “en un proceso histórico vertiginoso, los discapacitados de cualquier clase y etiología han sido reconocidos por la sociedad, y han logrado hacerse visibles junto al resto de los ciudadanos. Los avances y mejoras en la consideración y el tratamiento social de la discapacidad han sido el resultado de este nuevo enfoque social”; y añade “más recientemente, y con un enfoque más amplio, de personas en situación de dependencia”, si bien creemos que la situación de personas dependientes, aunque con muchos puntos en común con las personas con discapacidad, debe ser considerada como colectivo diferente”. No obstante, según JIMÉNEZ CANO, R.M. (2010). “Hacia un marco conceptual de la normativa española sobre personas con discapacidad”, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (editora P. Cuenca Gómez). Ed. Dykinson, Madrid, p. 70, tal modelo social desaparece –a la hora de las definiciones– del articulado” ya que dicha Ley no define directamente a la discapacidad, sino a las personas con discapacidad como “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento...”. La discapacidad, en la normativa jurídica española de ese momento, seguía identificándose con alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial permanente.

individuales, sino que son esencialmente sociales. La discapacidad, desde la perspectiva social que adopta la Convención¹⁷⁶, es toda merma en la participación social de una persona, en igualdad de condiciones que el resto, provocada por obstáculos físicos o de actitud, que provienen sobre todo de los obstáculos y condiciones limitativas –barreras no sólo físicas– que en la propia sociedad se oponen a su plena participación¹⁷⁷. La Convención ha supuesto una evolución en la visión de las personas con discapacidad ya que desde la consideración de los discapacitados como personas enfermas, apartadas de la sociedad, incluso ocultas de la vida social, se ha pasado a una dimensión humana y personal basada en la universalidad de los derechos fundamentales de toda persona¹⁷⁸.

Uno de los pilares sobre los que pivota la visión de la discapacidad en la Convención es el tratamiento de ésta desde el principio de igualdad y de no discriminación. Como indica PALACIOS RIZZO, “más allá de la proyección de este principio en los múltiples ámbitos, la Convención debe ser *leída, interpretada y aplicada* siempre desde el prisma de la no discriminación”¹⁷⁹. Además, este principio de igualdad y de no discriminación se presenta en la Convención estableciendo obligaciones para los Estados, comprometiéndose estos a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivo de discapacidad, debiendo asimismo, adoptar todas las medidas pertinentes, incluidas las medidas legislativas, para modificar o derogar

¹⁷⁶ TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 101, indica que “las organizaciones no gubernamentales, entre las que se encontraron muchas representando a las personas con discapacidad mental o intelectual, tuvieron un papel decisivo en la negociación de la Convención y fueron ellas las que precisamente dieron un impulso decisivo al modelo social”. El lema acuñado por aquéllas, “nada para nosotras (las personas con discapacidad) sin nosotras”, resumía a su vez el espíritu e ideología del nuevo modelo social de la discapacidad.

¹⁷⁷ BARRIFFI, F. J. (2009). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 366. De la idea de discapacidad que da este autor, se pueden identificar los dos elementos de los que se compone: la deficiencia (física, intelectual, mental o sensorial) y las barreras sociales. Hay que reconocer que la Convención no define la discapacidad, pero en su artículo 1 señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

¹⁷⁸ Así lo plantea GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁷⁹ PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 174, que gráficamente utiliza la expresión de “ponerse las gafas de la no discriminación”.

leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad¹⁸⁰. En este sentido, TORRES COSTA apunta que lo que defiende el modelo social de la discapacidad es que “la persona sea dueña de sus propias decisiones, para lo cual ha de prestárseles el apoyo necesario para conocer el alcance de las mismas y, por lo tanto, ser igualmente dueñas de sus obligaciones y responsabilidades”.

A pesar de los parabienes doctrinales acerca del modelo social de la discapacidad, ha surgido algún sector crítico hacia este modelo¹⁸¹. Según BARRIFFI, el mayor inconveniente y la mayor debilidad del modelo social reconocido por la Convención es “determinar hasta qué punto la discapacidad es netamente de carácter social, y, por ende, hasta qué punto la misma puede ser siempre compensada mediante un ajuste”¹⁸². En un sentido similar, ALEMANY argumenta muy críticamente los continuos cambios en el “relato sobre la discapacidad” que imponen lo políticamente correcto, y no ve razonable un concepto de discapacidad basado en el denominado “constructivismo social”¹⁸³.

¹⁸⁰ Ese es el mandato del artículo 4.1 b) de la Convención, que a su vez en el artículo 2 define lo que se entiende por “discriminación por motivo de discapacidad”. Por ello, como menciona PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, p. 177, “podría decirse que la Convención ha adoptado un enfoque amplio en cuanto al marco protector del derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades”.

¹⁸¹ Una visión crítica del modelo social en ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (2010). “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución* 24, pp. 15 y ss.

¹⁸² BARRIFFI, F. J. (2009). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar...”, *op. cit.*, p. 367, que considera el propio concepto de ajuste razonable “hace eco de esto al incluir el concepto de razonabilidad, que, a su vez, viene desde el mismo concepto de discriminación, y que básicamente se acredita, cuando existe una distinción irrazonable o injustificada”.

¹⁸³ ALEMANY GARCÍA, M. (2018). “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General nº1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp. 214-218. Ante esta argumentación, TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, p. 99, alega que “el crecimiento de entidades participantes y la diversidad de las mismas tanto durante la negociación como tras su entrada en vigor pone en evidencia que son las propias personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad intelectual o mental también representadas, las que demuestran que el modelo social no nace de un simple «postureo» políticamente correcto, si se nos permite la expresión, sino de una situación de desigualdad social a la que hay que dar respuesta”. Por ello concluye que “el modelo social aboga por resaltar y potenciar las capacidades al máximo y apoyar a la persona para que pueda desarrollarse”.

De la tensión surgida entre el modelo médico-rehabilitador y el modelo social, se puede añadir un tercer modelo explicativo de la discapacidad: el modelo de integración que surge como una consecuencia del modelo social pero desde una perspectiva integradora que permite establecer relaciones entre los niveles biológico, personal y social en los que se manifiesta la discapacidad¹⁸⁴. En este sentido y siguiendo a GARCÍA PONS, “la palabra clave es la integración, la integración del discapacitado en todos sus sentidos, social, cultural, laboral, en pie de igualdad y sin discriminación alguna”¹⁸⁵. Así, desde este punto de vista, podemos convenir con el autor citado que la Convención opta por un modelo social-integrador, promoviendo y protegiendo los derechos de las personas con discapacidad, fomentando su participación e integración social en igualdad de condiciones, con plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo su autonomía e independencia individual y comprometiendo a los Estados parte a la adopción de medidas tendentes al logro de los objetivos propuestos. En este sentido, se integra a la persona con discapacidad en el contexto social y se le considera como sujeto apto para desenvolverse en todas las esferas sociales, políticas y económicas, como sujeto útil y necesario para la sociedad, con un proyecto viable de vida independiente¹⁸⁶. Incluso el artículo 49 de nuestro texto constitucional tiene un significado diferente a partir del punto de partida de los presupuestos del modelo social-integrador, ya que las medidas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración que exige deben ser adoptadas por los poderes públicos adquieren un sentido más integral si se tienen en cuenta los condicionantes sociales que impiden que las personas con discapacidad puedan desarrollarse en igualdad de condiciones con los demás. Ello implica una interpretación de nuestro texto constitucional más acorde y adecuada con sus principios y valores básicos que permite dar cabida al modelo social¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Por eso es también denominado modelo bio-psico-social. Ver por todos JIMÉNEZ LARA, A. (2007). “Conceptos y tipologías...”, *op. cit.*, p.189.

¹⁸⁵ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 24 y 41.

¹⁸⁶ GANZEMÜLLER ROIG, C. (2015). “Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompañarse a los mandatos de la Convención. Acceso a la justicia”, *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos* (dir. E. Alcáin Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 118.

¹⁸⁷ CUENCA GÓMEZ, P. (2010). “El impacto de la Convención...”, *op. cit.*, pp. 46 y 51.

Pero el tratamiento de la discapacidad desde el modelo social también está imbuido de la consideración de aquella como una cuestión de derechos humanos¹⁸⁸. Este nuevo aspecto fue el que permitió la recatalogación de la discapacidad desde la perspectiva de estos derechos. Y ello conforme a los principios básicos de respeto a la dignidad inherente a la persona, la promoción de la autonomía individual –incluyendo la libertad de tomar las propias decisiones y las condiciones que garanticen una vida independiente–, la no discriminación, la participación e inclusión efectivas en la sociedad, el respeto a la diversidad humana –y por tanto el derecho a la diferencia de las personas con discapacidad–, la igualdad real de oportunidades y la accesibilidad universal¹⁸⁹.

La Convención visibiliza la discapacidad¹⁹⁰ desde el punto de mira del modelo de derechos humanos, constatando el binomio derechos humanos-discapacidad y definiendo dichos derechos desde la igualdad, la no discriminación y la autonomía de toda persona¹⁹¹. Con el planteamiento de la discapacidad enfocado desde el modelo de derechos humanos, se entiende que la Convención

¹⁸⁸ CUENCA GÓMEZ, P. (2010). “El impacto de la Convención...”, *op. cit.*, pp. 45 y 52, alude a que “la Convención obliga a los Estados a “tratar” la discapacidad como una cuestión de derechos humanos de acuerdo con los rasgos que definen el modelo social [...]. De este modo, los Estados se comprometen no solo a desarrollar políticas específicas que traten la cuestión de la discapacidad de acuerdo con los principios apuntados, sino también al tratamiento “transversal” de la discapacidad...”. De esta forma, el modelo social se encuentra “estrechamente relacionado con la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos pues son los derechos los instrumentos jurídico-políticos idóneos para posibilitar que las personas con discapacidad puedan desarrollar su dignidad en igualdad de condiciones con los demás, esto es, diseñar y llevar a cabo libremente sus propios planes de vida”.

¹⁸⁹ GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). “Consideraciones Generales...”, *op. cit.*, pp. 34-36, considera que uno de los pilares fundamentales del modelo social es “la consideración de la protección de las personas con discapacidad o en situación de dependencia como una cuestión de derechos humanos”. En el mismo sentido, LIDÓN HERAS, L. (2015). “La otra mirada...”, *op. cit.*, p. 157, califica al modelo social como el modelo de derechos humanos ya que incorpora el imperativo moral mediante el cual “cada ser humano tiene derecho a contar con los medios que necesite para desarrollar su propio potencial y compele a la sociedad a reconocer el valor del individuo en su condición de persona... se asienta en la dignidad, la autonomía e individualidad, lo que implica una visión más amplia que reconoce que todas las personas participan y contribuyen a la sociedad”. ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención...”, *op. cit.*, p.47, defiende la actualidad de nuestras normas constitucionales, a pesar de las cuatro décadas de vigencia, y su aplicación al amparo de las nuevas perspectivas de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos o de diversidad funcional, afirmando que “nuestra Constitución es anterior a la plena consolidación en los textos internacionales y europeos del paradigma integrador de la discapacidad. Sin embargo, ese paradigma es fácilmente incardinable en nuestros parámetros constitucionales. Teniendo en cuenta que el paradigma de la integración social descansa en la consideración de los problemas de los discapacitados como un problema de derechos humanos, todos los derechos y principios constitucionales están llamados a servir a dicho propósito, ya que evidentemente ninguno de ellos excluye a las personas con discapacidad”.

¹⁹⁰ Es el denominado fenómeno de la visibilidad anteriormente comentado.

¹⁹¹ JIMÉNEZ CANO, R.M. (2010). “Hacia un marco conceptual...”, *op. cit.*, p. 73.

no incluya la solidaridad como uno de sus principios ya que los derechos reconocidos corresponden a todos por la condición de ser persona¹⁹².

Ello ha supuesto un cambio paradigmático de las actitudes respecto de las personas con discapacidad. Se supera definitivamente la perspectiva asistencial –el modelo médico-rehabilitador– de la discapacidad, para abordar una basada en los derechos humanos. Se abandona así la anterior concepción paternalista y meramente tuitiva de las personas con discapacidad y se logra que se considere a éstas como sujetos titulares plenos de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social¹⁹³, intentando lograr la efectividad de tales derechos y de garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad¹⁹⁴.

En la actualidad, podemos hablar de un nuevo modelo –variable del modelo social–, basado en la diversidad, adoptando plenamente el enfoque de los derechos humanos y los postulados de vida independiente. Esta variante considera a toda persona –y en particular a la persona con discapacidad– como un ser valioso en sí mismo por su diversidad, incluso se permite sustituir el calificativo de persona con discapacidad por el de persona con diversidad funcional¹⁹⁵. La discapacidad es contemplada, no como una limitación o deficiencia –ya sea individual o social– sino como un conjunto de circunstancias diversas que sencillamente diferencian una persona de otra. La presencia de esta diversidad en las personas, todas en igualdad de condiciones, es un

¹⁹² LIDÓN HERAS, L. (2015). “La otra mirada...”, *op. cit.*, p. 157, cuestiona acertadamente que en este valor de la solidaridad se sigan fundamentando derechos o mecanismos de equiparación y garantía. Desde la perspectiva constitucional española, ello sería el reflejo de la aplicación de los principios fundamentales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad –reconocidos a toda persona sin distinción– junto con la garantía del principio de igualdad –se atentaría contra el principio de igualdad al reconocer posibles situaciones de discriminación de derechos–, proclamados en los artículos 10 y 14 del texto constitucional.

¹⁹³ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2016). “La capacidad de obrar”, *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona* (coord. F. Oliva Blázquez y L. Vázquez–Pastor Jiménez), 2ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 143.

¹⁹⁴ En este sentido, GARCÍA HERRERA, V. (2019). “Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega”, *Actualidad Civil*, nº 7, julio-agosto 2019, p. 8, resalta que la discapacidad se contempla como una cuestión de derechos humanos y que el modelo social y el principio de no discriminación que adopta la Convención “colisiona con la figura de la incapacitación en cuanto mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar”.

¹⁹⁵ No en vano la tercera acepción del prefijo “dis” dada por la Real Academia Española de la Lengua implica diferenciación o distinción –de ahí las palabras “discernir” o “distinguir”–, por lo que la expresión “persona con discapacidad” puede entenderse como aquella persona con una capacidad diferente o distinta.

verdadero factor de enriquecimiento en la sociedad¹⁹⁶. Esta tendencia basada en el modelo de la diversidad –junto con el modelo social del que deriva–, supone manejar un concepto amplio de discapacidad que no atienda a porcentajes de discapacidad¹⁹⁷, sino más bien a la situación concreta en la que se encuentra la persona. Cuestiona además el enfoque tradicional de la dignidad humana, basado en la idea de que cuantas más capacidades, más dignidad, y del papel social de la persona en la sociedad, en el sentido de que cuanto más se aporta a la sociedad, también más dignidad. Siguiendo a JIMÉNEZ LARA debemos contemplar la discapacidad “como paradigma de la diversidad humana y con la necesidad de diferenciar la especificidad de cada individuo, necesaria para identificar adecuadamente sus necesidades y proporcionar respuestas idóneas”¹⁹⁸. Es precisamente en la búsqueda de estas necesidades –y en el encuentro de las soluciones jurídicas adecuadas– donde la Convención trata de centrar sus esfuerzos¹⁹⁹.

2.3.3. Repercusión de la Convención en los conceptos tradicionales de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Crisis en el concepto de incapacitación: de la incapacitación judicial a los procesos de determinación de apoyos

Como ya hemos tenido ocasión de comentar, tradicionalmente la capacidad jurídica ha sido considerada como la aptitud de la persona para ser titular de

¹⁹⁶ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales...”, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁷ Nuestras normas españolas hacen referencia a porcentajes iguales o superiores al 33%.

¹⁹⁸ JIMÉNEZ LARA, A. (2007). “Conceptos y tipologías...”, *op. cit.*, pp.189-190, intentando con ello superar la contraposición entre lo que ha dado en llamar “paradigma de la rehabilitación” y “paradigma de la autonomía personal”.

¹⁹⁹ TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 139, muestra su preocupación y pone en evidencia que el Informe Final del Comité destaca, en el marco de los principios y obligaciones generales a cumplir por el estado español, el incumplimiento de la Convención y el modelo de derechos humanos de la discapacidad de varias legislaciones y políticas nacionales regionales y municipales. Sin embargo, se ha de destacar en la implantación de la Convención la importancia de otras medidas que, complementando a las legislativas, puedan ayudar a alcanzar una verdadera igualdad de oportunidades. Estas medidas pueden ser desde el aspecto promocional, es decir, generar conciencia e interés social para que la no-discriminación sea cada vez más efectiva, hasta medidas sancionadoras –imponiendo el Estado un perjuicio o un castigo al discriminador–, pasando por medidas en el ámbito judicial previendo herramientas procesales adecuadas para facilitar un acceso real a la justicia, PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social...”, *op. cit.*, pp. 177-178.

derechos y de obligaciones, siendo una cualidad inherente al sujeto que posee por el mero hecho de ser persona y de tener personalidad jurídica. Por el contrario, y desde la misma óptica tradicional, la capacidad de obrar es la aptitud de la persona para ejercer sus derechos y sus obligaciones por sí misma, dependiendo de las circunstancias relativas a su edad y a sus condiciones de madurez²⁰⁰. Ambos conceptos –capacidad jurídica y capacidad de obrar– han sido considerados diferentes, pero al mismo tiempo complementarios.

Con la llegada de la Convención se modifica la concepción que se tenía hasta ese momento de la personalidad jurídica, en la que se incluye la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, y se engloba la capacidad de obrar en el marco de la capacidad jurídica contemplándola como una manifestación o un ejercicio de esta²⁰¹. Las personas con discapacidad son consideradas como sujetos con plena capacidad jurídica –como no podía ser menos por su condición innata de persona que conlleva implícita la personalidad jurídica– y con capacidad de obrar, pasando de ser atendidos como destinatarios de tratamiento y protección social a ser considerados sujetos con posibilidad de ser titulares de derechos y de poder ejercitarlos en igualdad de condiciones.

Por ello, la cuestión de la capacidad ha sido uno de los ámbitos en los que la Convención ha tenido un especial impacto debido al cambio fundamental en la manera de abordarla²⁰². Esta fue una de las cuestiones que puso en peligro la adopción de su texto final ya que en las propias negociaciones –desde el momento en que el concepto de “capacidad jurídica” apareció en el primer

²⁰⁰ Por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2015). *Curso de Derecho Civil (I)*, op. cit., p. 326.

²⁰¹ TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, op. cit., pp. 49-77, realiza un extenso estudio acerca de las negociaciones que tuvieron lugar en el proceso de elaboración de la Convención acerca del concepto de capacidad jurídica y concluye que la cuestión quedó zanjada en el texto correspondiendo “tanto a la tradicional capacidad jurídica como a la capacidad de obrar, esto es, a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y a la capacidad de ejercicio de los mismos”.

²⁰² A los efectos de una mejor interpretación de los conceptos de capacidad jurídica y de obrar a la luz de la Convención, MARTÍNEZ DE AGUIRRE C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 70, denomina “capacidad legal” (inspirándose en la versión inglesa de la Convención, que emplea la expresión “*legal capacity*”) a “la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones (que en nuestro Derecho recibe el nombre convencional de capacidad jurídica), y la aptitud para actuar esos derechos y obligaciones, o más genéricamente, para desarrollar una actuación válida y eficaz desde el punto de vista jurídico (que entre nosotros recibe la denominación, igualmente convencional, de capacidad de obrar)”, distinguiendo una dimensión estática de la capacidad legal, que se identificaría con la personalidad jurídica y con la mera posibilidad de tener derechos y obligaciones, y una dimensión dinámica de la capacidad legal, que sería la aptitud concreta de ejercitar los derechos y obligaciones, es decir, la capacidad de obrar.

borrador– comenzaron a surgir intensas discusiones sobre su significado jurídico²⁰³, incluso tuvo repercusión en el informe que presentó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) sobre el asunto de la capacidad jurídica. Estas diferencias nos llevan a entender que no es generalizada en otros ordenamientos jurídicos la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que se observa en nuestro Derecho español²⁰⁴.

Debemos partir de la base de que la expresión “capacidad de obrar” no aparece en el texto de la traducción española de la Convención, siendo aparentemente engullida por la genérica “capacidad jurídica” y de manera más específica como “ejercicio de la capacidad jurídica” (*ex art. 12 Convención*). Esta es una de las principales cuestiones de debate doctrinal con respecto a la Convención y que aún hoy en día no está del todo resuelta.

El artículo 12 de la Convención, bajo la rúbrica “igual reconocimiento como persona ante la ley”, en su apartado 1, establece que “los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”²⁰⁵. Esta afirmación es compatible

²⁰³ Mientras que algunos Estados –como los de la Unión Europea y América– defendían con tesón el pleno reconocimiento y garantía tanto de la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar para las personas con discapacidad, otro grupo de Estados –como los países islámicos, China y Rusia– abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin mención a la capacidad de obrar. Así lo describe GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p.42. También PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, p. 337, señala que en una primera etapa de discusión del texto del artículo se tuvo que incluir una “novedosa nota a pie de página”, luego desaparecida, en la que se indicaba que “en los idiomas árabe, chino y ruso, el término capacidad jurídica se refiere a la capacidad legal para tener derechos más que a la capacidad para actuar”. BARRIFFI, F. J. (2009). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar...”, *op. cit.*, pp. 358-359, señala que la capacidad jurídica como puerta de acceso al ejercicio de los derechos humanos presenta grandes diferencias desde el punto de vista semántico según países, regiones o sistemas jurídicos, lo que ha generado problemas interpretativos importantes. Extenso estudio sobre las negociaciones del Comité Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas, respecto al nacimiento del artículo 12 de la Convención y al cambio de paradigma en el concepto de capacidad jurídica, en TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, pp. 37-77.

²⁰⁴ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, p. 347.

²⁰⁵ Esta norma es una transcripción casi literal del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, pero aplicado a las personas con discapacidad. El artículo 12 de la Convención es uno de los artículos más importantes del texto. Se ha calificado a este artículo como “el corazón que late y da vida a toda la CDPD”, GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*, p. 41.

con lo establecido en el ordenamiento jurídico español –baste recordar los artículos 29 y 30 de nuestro CC para afirmar la determinación de la personalidad jurídica de la persona desde su nacimiento con vida según ya hemos expuesto–, por lo que no debe haber ningún problema en su aplicación. Pero al mismo tiempo, en los siguientes apartados, distingue dos acepciones de la capacidad: por un lado, el apartado 2 se refiere al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida, y por otro lado, en los apartados 3 y 4 se hace referencia al ejercicio de la capacidad jurídica²⁰⁶. Podemos entender que este doble tratamiento de la capacidad trata dos conceptos separados al referirse en el apartado 2º a la capacidad jurídica que tienen las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” y al ejercicio de la capacidad jurídica al reconocer el apartado 3º que se “adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (ex apartado 3º)²⁰⁷.

La terminología utilizada en este artículo ha generado cierta polémica al no estar claro si, utilizando nuestra terminología tradicional, se podía seguir manteniendo los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar en los mismos términos que hasta ahora, o si dichos conceptos desaparecían o se unificaban. Ha sido la doctrina científica, tanto autores del campo de la Filosofía del Derecho como de la doctrina civilista, la que ha tratado estos planteamientos²⁰⁸.

Una primera tendencia entiende que la expresión “capacidad jurídica” de la Convención tiene el mismo significado que en el Derecho español y que lo que

²⁰⁶ Según GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, op. cit., p. 45, los apartados 3 y 4 del artículo 12 son seguramente “los más polémicos de la Convención”.

²⁰⁷ Estas acepciones fueron ya utilizadas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, en donde el artículo 15 apartado 2 establece que “los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad”, y el apartado 3 añade que “los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo”.

²⁰⁸ GARCÍA PONS, A. (2013). “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de los Estados signatarios: El caso de España”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 1, pp. 73-74, trata este planteamiento desde diversas ópticas doctrinales.

la Convención denomina “ejercicio de la capacidad jurídica” es la capacidad de obrar del Derecho español. Es lo que GARCÍA PONS denomina “la pretendida unificación de la capacidad jurídica en el Convención de Nueva York”²⁰⁹. Por ello y siguiendo esta interpretación doctrinal, se puede deducir que estos dos conceptos –capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica– se corresponden con las categorías que tradicionalmente hemos denominado capacidad jurídica y capacidad de obrar, si bien referidos preferentemente a las personas con discapacidad intelectual o psíquica, ya que a las personas con discapacidad física o sensorial no se les cuestiona su capacidad de obrar.

Desde una óptica diferente, parece ser que el artículo 12 de la Convención integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar. En este sentido, CUENCA GÓMEZ propone fusionar los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar en uno único –capacidad jurídica– y “la nueva regulación de la capacidad jurídica debe partir no del establecimiento de las causas que permiten la restricción de la capacidad, sino de un reconocimiento general de la igual capacidad jurídica (que englobaría la capacidad jurídica y la capacidad de obrar) de todas las personas mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad”²¹⁰. En la misma línea, TORRES COSTAS concluye que “quedó zanjada en el texto la cuestión relativa al concepto de «capacidad jurídica» que equivaldría tanto a la tradicional capacidad jurídica como a la capacidad de obrar, esto es, a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y a la capacidad de ejercicio de los mismos”²¹¹.

Por el contrario, a MARTÍNEZ DE AGUIRRE no le parece razonable esta fusión de conceptos ya que empobrecería el análisis y desembocaría necesariamente en la necesidad de acuñar nuevos términos con los que identificar las

²⁰⁹ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 diciembre 2006*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, p. 44, “aunque otro tema sería la posibilidad práctica y real de llevarla a cabo por dificultades de movilidad, accesibilidad, etc., pero ésta es otra cuestión”.

²¹⁰ CUENCA GÓMEZ, P. (2012). “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja* (REDUR), 10/2012, p. 79. También para BARRIFFI, F. J. (2009). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar...”, *op. cit.*, p. 378, “queda bastante claro que la intención generalizada y consensuada de los Estados Parte fue la de incluir en el término capacidad jurídica, la capacidad de obrar”.

²¹¹ TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 77.

dimensiones estática y dinámica de la capacidad legal –él mismo ha acuñado estos dos nuevos términos–. Según su planteamiento, la expresión “capacidad jurídica” en la Convención tiene un significado más amplio reconducible a lo que él denomina “capacidad legal”, con sus dos dimensiones: estática o “capacidad jurídica” y dinámica o “capacidad de obrar”. Por tanto, la expresión “capacidad jurídica” carece en la Convención del estricto significado técnico y más restringido que tiene esa misma expresión en el Derecho español²¹². Y añade que “su diferenciación sigue siendo una herramienta conceptual útil para la comprensión de las líneas básicas del Derecho de la Persona, y en particular de las reglas relativas a la discapacidad intelectual o mental”.

En esta misma postura doctrinal, GARCÍA CANTERO resalta que, en lo relativo a la capacidad jurídica y de obrar de la persona en general, realizar una interpretación literal del artículo 12 de la Convención “sería torcer o forzar el sentido habitual de tales términos en importantes sectores de nuestro propio ordenamiento. No parece que hayamos asumido con la ONU el compromiso de alterarlo simultáneamente. Aun en el supuesto de limitarnos exclusivamente en la implementación de dicho precepto a la actuación jurídica de las personas con discapacidad, introduciríamos a sabiendas un factor de confusión jurídico, a lo que ningún Estado Parte, parece, se haya comprometido”²¹³.

Esta línea de interpretación doctrinal es la que se adopta desde las posiciones próximas al llamado modelo social de la discapacidad, hoy ya superado por el modelo de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Sectores más implicados con la discapacidad desde el campo práctico consideran que la distinción tratada hoy día carece de cualquier eficacia y solvencia, pero manifiestan claramente que la regulación actual del Código civil es incompatible con la Convención, por lo que se hace necesaria y urgente un nuevo

²¹² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, pp. 75-76, matiza que “no es que la capacidad de obrar haya quedado absorbida por la jurídica [...] sino que hay una capacidad legal genérica, que incluye tanto la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas (capacidad jurídica) como posibilidad de ejercitar las relaciones de que se es titular (capacidad de obrar)”. Concluye que no es correcto decir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar haya desaparecido, y que ambos conceptos se hayan unificado en uno solo, “ello, ni en general, ni tratándose de personas con discapacidad”.

²¹³ GARCÍA CANTERO, G. (2014). “¿Persons with disability...”, *op. cit.*, p. 97.

planteamiento jurídico de la discapacidad²¹⁴. Como señala PEREÑA VICENTE es una misión delicada “si tenemos en cuenta que cualquier reforma que incida sobre el ejercicio de la capacidad jurídica va a tener un impacto transversal, profundo y directo, en todos los ámbitos del Derecho civil”²¹⁵. Sin embargo, algún sector profesional ha manifestado que ello puede inducir a errores indeseados y señalan que “sería aconsejable que, de algún modo, la mención a la capacidad de obrar se incorporase al texto, y como mínimo, constase en la Exposición de Motivos la equiparación de ese concepto clásico con el de «*ejercicio de la capacidad jurídica*»”²¹⁶.

No obstante, a día de hoy y en el ámbito del ordenamiento jurídico español, aún se mantiene la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en los términos expresados anteriormente²¹⁷, si bien la consideración dominante es que la expresión “capacidad jurídica” en el ámbito de la Convención se refiere, no solo a la capacidad de la persona de ser titular de derechos, sino también a la capacidad de obrar, esto es, a la posibilidad que tiene la persona de actuar como

²¹⁴ Esta fue la postura adoptada 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, formulada por la Subcomisión de Expertos sobre el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar del Real Patronato sobre Discapacidad de 13 de junio de 2012. Y, más recientemente, el Anteproyecto de Ley propuesto por la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación de reforma del Código civil en materia de discapacidad, presentado en 2018, optó por utilizar únicamente la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica”, expresión que se ha introducido en el título del consiguiente Proyecto de Ley de 2020, actualmente en fase de tramitación. Como señala PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), p. 63, es una misión delicada “si tenemos en cuenta que cualquier reforma que incida sobre el ejercicio de la capacidad jurídica va a tener un impacto transversal, profundo y directo, en todos los ámbitos del Derecho civil”. Sin embargo, algún sector profesional ha manifestado que ello puede inducir a errores indeseados y señalan que “sería aconsejable que, de algún modo, la mención a la capacidad de obrar se incorporase al texto, y como mínimo, constase en la Exposición de Motivos la equiparación de ese concepto clásico con el de «*ejercicio de la capacidad jurídica*»”; así lo manifiesta el Consejo General de la Abogacía española en las propuestas que presenta relativas al Anteproyecto de Ley.

²¹⁵ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 63.

²¹⁶ Así lo manifestaba el Consejo General de la Abogacía española en las propuestas que presentó relativas al Anteproyecto de Ley.

²¹⁷ Para ROVIRA SUEIRO, M. E. (2016). “La Convención de las Naciones Unidas...”, *op. cit.*, p. 20, la utilización indistinta que en algunos casos se hace de ambas expresiones en textos legislativos internos – que podría estar justificada en textos internacionales por resultar inevitable recurrir a la traducción– resulta reprobable pues, hasta el momento, la diferencia es clara y válida. A modo de ejemplo, el párrafo 2º del artículo 25 del Código Penal hace mención a la capacidad de obrar al disponer que “a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

parte en relaciones jurídicas²¹⁸. Estos conceptos han sido abordados tradicionalmente desde la perspectiva del derecho privado, pero, a la luz de la Convención, deben ser diseñados desde un planteamiento social de la discapacidad y desde la visión de los derechos humanos y libertades fundamentales de carácter universal que la inspira²¹⁹. Es por ello por lo que podemos afirmar que la idea de la capacidad jurídica que tiene la Convención supone integrar en ella a la capacidad de obrar –comprendiendo tanto la capacidad jurídica en sentido técnico restringido como la capacidad de obrar– abarcando un significado amplio de capacidad ante el Derecho²²⁰.

En un breve recorrido jurisprudencial, en la aplicación de los cánones establecidos por la Convención y en relación con las nociones de capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica, podemos destacar la siguiente evolución:

- La STS de 29 abril de 2009²²¹, que ha sido un referente jurisprudencial en la adaptación de lo señalado en la Convención a las instituciones jurídicas de protección y apoyo a la persona con discapacidad, señala, en relación con la justificación de un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada en una persona, que “ésta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección”.

²¹⁸ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales...”, *op. cit.*, p. 28, singularizan a la capacidad jurídica como “la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

²¹⁹ Así lo entiende MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, pp. 22 y 78. También BARRIFFI, F. J. (2009). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar...”, *op. cit.*, pp. 356-358, señalando que “la conexión entre capacidad jurídica, entendida como la dimensión de acceso al ejercicio de los derechos, y los derechos humanos nos permite situar a las condiciones de ejercicio estipuladas en normas universales, por encima de toda consideración nacional, cultural, religiosa, e incluso cuestionar instituciones jurídicas con más de un milenio de vigencia”. Por ello concluye que el derecho español deba encarar una reforma profunda de la legislación civil vigente.

²²⁰ Como acertadamente afirma GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”, *Propostas de modernización do dereito* (dir. M. García Goldar y J. Ammerman Yebra). Ed. Campus na nube, Santiago de Compostela, p. 10, el término capacidad jurídica no se identifica “en el sentido que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Derecho, esto es equivalente al de personalidad jurídica (capacidad legal según el Informe del Comité de Derechos Humanos de la ONU), sino que abarca también la capacidad de ejercer tales derechos, esto es, lo que tradicionalmente hemos denominado capacidad de obrar y que el citado Comité prefiere designar como legitimación para actuar”.

²²¹ Roj: STS 2362/2009.

Establece, igualmente –en relación con la necesidad de protección–, que “la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad”²²². Por un lado, se indica que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de los derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección, y por otro lado que la incapacitación no es una medida discriminatoria al tener la situación merecedora de protección características específicas y propias, no constituyendo un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona. Esta paradigmática sentencia que, si bien no hace ninguna referencia diferenciadora entre capacidad jurídica y capacidad de obrar²²³, sí plantea de lleno la cuestión de la compatibilidad de la normativa española vigente con la Convención (fundamentalmente en los artículos 3 y 12), estableciendo las reglas interpretativas que permitan compaginar las exigencias constitucionales españolas, las de la Convención Internacional y lo dispuesto en el Código civil²²⁴.

- La STS de 24 de junio de 2013²²⁵ señala que “lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12” (FJ 2º), empleando la expresión “ejercicio de la capacidad de obrar” en un claro

²²² Así lo expresa el Fundamento de Derecho quinto al referirse a las “reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación”.

²²³ Significativo al respecto es el trabajo realizado por GANZENMÜLLER ROIG, C. (2009). “La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 391-420, dado que fue el Fiscal encargado de presentar el informe básico en la sentencia aludida, apoyando el recurso de casación, que fue desestimado por la Sala, dando lugar a la resolución en la que se fija la posición del Tribunal Supremo ante el artículo 12 del Convenio de Naciones Unidas. En este estudio, el autor indica que “la Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismos de apoyos adecuados, garantiza a la persona con discapacidad, su plena capacidad para realizar cualquier acto o negocio jurídico”.

²²⁴ Así lo expresa GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). “La persona en el Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 99.

²²⁵ Roj: STS 3441/2013

acercamiento a la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica” pero sin atreverse todavía a ello.

- Es en la STS de 27 de noviembre de 2014²²⁶ donde por primera vez se habla de ejercicio de la capacidad jurídica al establecer que “lo que se adopta son medidas de apoyo que se inician cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una situación necesitada de los mismos para permitir al discapaz ejercer su capacidad jurídica; apoyos que la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008) no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas...” (FJ 2º).

- La STS de 13 de mayo de 2015²²⁷ es otra resolución judicial que utiliza la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica” al indicar que la finalidad del proceso de incapacitación “es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica” (FJ 5º). Respecto al argumento expresado en esta sentencia, algún autor como GUILARTE MARTÍN-CALERO, en contraposición a esta interpretación judicial, expone “cómo el Ministerio Fiscal, probablemente el operador jurídico más sensible y comprometido con el enfoque de la Convención, utiliza su terminología en la redacción de su demanda, en la que habla de *juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, extensión de la capacidad jurídica, medios de apoyo para la conservación de la capacidad jurídica determinada* expresiones que son a mi juicio, desafortunadas, pues recuérdese que capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y esta cualidad en nada queda afectada por la declaración judicial que únicamente alcanza al ejercicio de esta capacidad jurídica”²²⁸.

²²⁶ Roj: STS 4767/2014.

²²⁷ Roj: STS 1945/2015.

²²⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). “Proceso de modificación de la capacidad: principio de proporcionalidad y principio de autonomía. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de

La jurisprudencia más reciente ha hecho también referencia al ejercicio de la capacidad jurídica, sobre todo al hacer mención al artículo 12.4 de la Convención que dispone que "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 [...]”²²⁹. Al hilo del análisis de estas sentencias, no cabe duda de que la jurisprudencia ha sabido reflejar la diferencia entre capacidad jurídica y su ejercicio, aplicando la doctrina generada al respecto al amparo del texto convencional internacional, esto es, refiriéndose a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y a la capacidad de ejercicio de los mismos.

Otra de las cuestiones trascendentales de la incidencia de la Convención en el ordenamiento jurídico español con respecto al ejercicio de la capacidad jurídica es el reconocimiento y la exigencia que el texto internacional hace a la adopción de medidas –las llamadas medidas de apoyo– que precisen las personas con discapacidad para ejercitar válidamente actos jurídicos de acuerdo con sus necesidades específicas²³⁰. De esta forma, se reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan mecanismos de ayuda para ejercer su capacidad

mayo de 2015”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, mayo-agosto 2016, pp. 111-129.

²²⁹ Así las SSTs de 16 de mayo de 2017 (Roj: STS 1901/2017) o la de 19 de febrero de 2020 (Roj: STS 494/2020).

²³⁰ Dos son las vías de actuación que ha permitido la Convención a la comunidad internacional para su aplicación: por un lado, la vía del reconocimiento absoluto del ejercicio de la capacidad jurídica por parte de todas las personas con discapacidad, lo que supone la imposición del sistema de apoyo como único medio jurídico válido para intervenir en la toma de decisiones de las personas que lo necesiten; y, por otro lado, la vía del reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica, como regla general, por parte de todas las personas con discapacidad pero teniendo en cuenta determinadas excepciones justificadas, lo que supone la consideración del sistema de apoyo en la toma de decisiones como regla general siendo compatible con la utilización, en casos puntuales y debidamente justificados, del sistema de sustitución por otra persona en esa toma de decisiones. Así lo ha planteado BARIFFI, F. J. (2009). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar...”, *op. cit.*, p. 387. Por su parte, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009), “La Convención Internacional...”, *op. cit.*, p. 347, considera que “el hecho de que el Texto Convencional se refiera exclusivamente al reconocimiento de la plena capacidad jurídica, no debe ser obstáculo para interpretar el art. 12 de la Convención conforme a principios uniformes, con base en los cuales, partiendo de un atributo general, el de capacidad jurídica, igual y uniforme para todos, se adopten las medidas que precisen las personas con discapacidad para ejercitar actos válidos en Derecho de acuerdo a sus específicas necesidades”.

jurídica, por lo cual los Estados deben hacer lo posible para prestar apoyo a esas personas y establecer salvaguardias contra su abuso. Así, la Convención se decanta indudablemente por el sistema de provisión de apoyos, aunque deja la determinación de las ayudas y su extensión a la regulación propia del derecho interno²³¹. Con ello, la Convención establece un cambio fundamental en la forma de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. La necesidad de contar con medidas de apoyo no debe suponer en ningún caso una limitación en el ejercicio de la capacidad jurídica –entendida ésta como la tradicional capacidad de obrar–²³².

Hasta ese momento, la existencia de limitaciones en el ejercicio de la capacidad de la persona se traducía normalmente en la constitución judicial de un cargo tutelar, con el correspondiente nombramiento de una persona que actuaba habitualmente como representante sustituto de la persona con discapacidad en la realización de muchos o de todos los actos de relevancia en el orden jurídico, principalmente en los de carácter patrimonial. Sin embargo, los dictados de la Convención reemplazan el modelo de sustitución en la toma de decisiones que ha caracterizado a muchos ordenamientos jurídicos –entre ellos el español– por un modelo de apoyo a la toma de decisiones por el propio discapacitado.

De ahí que podamos manifestar que, a propósito de la Convención, ha habido una cierta crisis en la consideración de la incapacitación judicial como adecuado mecanismo jurídico de protección a las personas con discapacidad, lo cual ha derivado en la idea de su exclusión como medida apropiada²³³. En tal sentido, han aumentado las críticas doctrinales a las instituciones centradas en exclusiva en la incapacitación para la protección de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, básicamente en las discapacidades intelectuales que son las que mayoritariamente dan lugar al sistema de protección tutelar²³⁴.

²³¹ GANZEMÜLLER ROIG, C. (2009). “La función del Ministerio Fiscal...”, *op. cit.*, p. 397.

²³² CUENCA GÓMEZ, P. (2012). “El sistema de apoyo...”, *op. cit.*, p. 79.

²³³ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales...”, *op. cit.*, p. 28, han señalado que la Convención “restringe e incluso podríamos decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que éste sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica)”.

²³⁴ En este contexto crítico y, en concreto, PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 429, considera que “en especial, se denuncia el peso excesivo que en el sistema vigente se atribuye al

El cambio propulsado por la Convención se ha denominado como el paso del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”²³⁵. Los términos de la Convención abogan por un sistema de protección basado en el apoyo a la toma libre y autónoma de decisiones, en virtud del cual no se podría sustituir a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, salvo en aquellas situaciones en las que la comunicación fuera inexistente y preferiblemente no fundamentada en la existencia de una discapacidad²³⁶.

Se ha reclamado desde entonces la adaptación de las normativas nacionales –entre ellas la española– al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones” propulsado por la Convención y plasmado en su artículo 12. Por ello, se proponen mecanismos de apoyo que no deberían limitar la capacidad para actuar de quienes se encuentran afectados por una discapacidad ni serles impuestos contra su voluntad²³⁷. Se prioriza el papel que debe desempeñar la voluntad de la persona con discapacidad a quien, de acuerdo con estos

juez y la poca permeabilidad del Derecho privado a las propuestas y principios de la Convención, que parte de la consideración del carácter subsidiario de la protección y el carácter primario de la autonomía de la voluntad”.

²³⁵ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales...”, *op. cit.*, p. 28.

²³⁶ VELASCO ORTEGA, I.C. (2014). “Del estado civil de incapacitado al de persona con capacidad modificada judicialmente: perspectivas de reforma jurídica para garantizar la autonomía de la voluntad”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (dir. M.C. García Garnica y R. Rojo Álvarez-Manzaneda). Ed. Dykinson, Madrid, p. 170. Por otra parte, ya la Observación general Nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, sobre el artículo 12, reconoció que “históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás” (punto 7). “En sus observaciones finales sobre los informes iniciales de los Estados partes, en relación con el artículo 12, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha declarado en repetidas ocasiones que los Estados partes deben “examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona” (punto 26).

²³⁷ GAZENMÜLLER ROIG, C. (2009). “La función del Ministerio Fiscal...”, *op. cit.*, p. 397, es uno de los primeros en declarar que el ordenamiento jurídico español debe optar claramente por el modelo innovador de apoyos, frente al de la sustitución representativa, siguiendo la línea de la Convención, ya que ésta “reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, por lo cual los Estados deben hacer lo posible para prestar apoyo a esas personas y establecer salvaguardias contra el abuso de ese apoyo”.

planteamientos, correspondería tomar en todo caso la decisión final en la elección de sus apoyos²³⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico, la sustitución en la toma de decisiones ha sido la actuación habitual del sujeto que ostenta la representación legal en el sistema tradicional de instituciones jurídicas de protección de la persona incapacitada judicialmente, que permite a un tercero –representante legal establecido por cualquier mecanismo legal de carácter representativo, ya sea por el tutor designado a través de la sentencia de constitución de la tutela o por la patria potestad prorrogada o rehabilitada– tomar decisiones en lugar y en nombre de la persona con discapacidad, a la que representa²³⁹.

No obstante, en nuestro Derecho actual cabe el modelo de apoyo o asistencia por un tercero en la toma de decisiones, entre otras instituciones, a través de la figura de la curatela²⁴⁰. A pesar de ello, algunos autores –y cada vez la tendencia es mayoritaria– se cuestionan si el sistema español relativo a las instituciones de protección de las personas con discapacidad responde o no a los parámetros establecidos por la Convención²⁴¹. De ahí que, a propósito de la Convención,

²³⁸ En palabras de SOTO RUIZ, J.J. (2007). “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 579-580, este “nuevo paradigma tiene como base el apoyo en la toma de decisiones, reconociendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad con otras en todos los aspectos de la vida, centrandó el papel del Estado en la obligación de tomar las medidas apropiadas para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando los derechos y voluntad de las personas con discapacidad, sin que haya conflicto de intereses”, calificando estas medidas que el Estado debe prestar para garantizar el apoyo como medidas “proporcionales, ágiles en su aplicación, y bajo el examen periódico e imparcial de tribunales independientes”.

²³⁹ Así, el artículo 267 del Código Civil establece que “el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I...*, op. cit., p. 226, consideran que la Ley de 1983 ha dado a la figura del tutor un carácter amplísimo por lo que respecta a la representación legal del incapacitado. Por su parte, TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, op. cit., pp. 103-104, pone de manifiesto que “no es lo mismo tomar decisiones «en nombre de» otro (representación) que tomar decisiones «por» otro (sustitución)”, por lo que “actuar en nombre del representado no se ha de equiparar a no seguir su voluntad porque esta no sea conveniente para sus intereses”.

²⁴⁰ Regulada en los artículos 286 al 293 CC, hay opiniones que entienden que la curatela tal y como está configurada es contraria a la Convención en cuanto impide a quien padece una discapacidad psíquica actuar por sí solo; sin embargo, otros autores apuntan que la curatela, como figura graduable y abierta, quizá con algunas modificaciones dirigidas a reforzar el papel de la voluntad del discapacitado, pueda ser empleada como mecanismo de apoyo. Relación de doctrina al respecto en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, op. cit., p. 91.

²⁴¹ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales...”, op. cit., p. 28, han señalado que la Convención “restringe e incluso podríamos

hayan aumentado las críticas doctrinales a las instituciones centradas en exclusiva en la incapacitación para la protección de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, básicamente en las discapacidades intelectuales que son las que mayoritariamente dan lugar al sistema de protección tutelar²⁴². En consecuencia, se ha planteado la ineludible adaptación de nuestra legislación sustantiva civil y procesal a los nuevos parámetros internacionales.

2.3.4. Adaptación del ordenamiento jurídico español a los parámetros de la Convención: necesarios ajustes terminológicos

Los dictados de la Convención han tenido una notable incidencia en la normativa española sobre cuestiones referidas a los procedimientos de incapacitación. El primer paso para esa adaptación fue dado por la Ley 1/2009 de 25 de marzo²⁴³ que, en su Disposición Final primera, instaba al Gobierno a remitir, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley²⁴⁴, un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarían a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adecuación a las previsiones de la Convención²⁴⁵. Fue en este contexto la primera vez que se utiliza la expresión “modificación de

decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que éste sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica)”. También lo cuestiona MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 89.

²⁴² En este contexto crítico y, en concreto, PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 429, considera que “en especial, se denuncia el peso excesivo que en el sistema vigente se atribuye al juez y la poca permeabilidad del Derecho privado a las propuestas y principios de la Convención, que parte de la consideración del carácter subsidiario de la protección y el carácter primario de la autonomía de la voluntad”.

²⁴³ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

²⁴⁴ La Ley entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, en concreto, el 26 de junio de 2009.

²⁴⁵ La Disposición Final primera, titulada Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, estableció que “El Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

la capacidad de obrar”, como locución más adecuada al nuevo planteamiento de los procedimientos de incapacitación, enfocándolo como medida de apoyo a la capacidad de la persona que se va a modificar, pero no a incapacitar o anular su capacidad, considerando con ello a la persona con discapacidad como sujeto con plena capacidad.

A nivel reglamentario, el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, modificó el título del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre²⁴⁶, cuyo título original era el de “procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía”, sustituyéndolo por el de “procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad”, además de acomodar y sustituir las referencias a los términos «grado de minusvalía», «discapacidad» y «grado de discapacidad» que hasta este momento se contienen en el mismo²⁴⁷.

²⁴⁶ El Real Decreto de 1971/1999 fue también modificado por el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, en relación con la aplicación de los baremos establecidos para la valoración de la discapacidad, primando además la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, por lo que, según expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto del 1364/2012, “se estima necesario suprimir la obligatoriedad de señalar el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias en la resolución de reconocimiento de la situación de discapacidad...; evitando connotaciones peyorativas innecesarias y promoviendo la autonomía individual de las personas con discapacidad”.

²⁴⁷ La introducción del Real Decreto 1856/2009 aclara que “hasta ahora, el Real Decreto 1971/1999 venía utilizando el término «discapacidad» para referirse, únicamente, a la restricción o ausencia de capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, sin incluir los factores sociales complementarios que dificulten la integración social. El término genérico utilizado para describir la situación global de la persona era el de «minusvalía». A través de la presente adecuación terminológica y conceptual, el término «minusvalía» viene a ser sustituido por el de «discapacidad», y las referencias que en el Real Decreto 1971/1999 se realizaban hasta ahora a la «discapacidad» se sustituyen por «limitaciones en la actividad». Además, en el apartado tres del artículo único, se incorpora una disposición adicional segunda con el siguiente contenido: “Actualización terminológica y conceptual” realizando las siguientes actualizaciones terminológicas:

“1. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término «minusvalía» quedan sustituidas por el término «discapacidad”.

2. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto a los términos «minusválidos» y «personas con minusvalía» quedan sustituidas por el término «personas con discapacidad».

3. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término «discapacidad» quedan sustituidas por «limitaciones en la actividad».

4. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término «grado de minusvalía» quedan sustituidas por «grado de discapacidad».

5. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término «grado de discapacidad» quedan sustituidas por «grado de las limitaciones en la actividad».

A los efectos anteriores, se entenderá por «grado de las limitaciones en la actividad», las dificultades que un individuo puede tener para realizar actividades, expresadas en porcentaje. Una «limitación en la actividad» abarca desde una desviación leve hasta una grave, en términos de cantidad o calidad, en la realización de la actividad, comparándola con la manera, extensión o intensidad en que se espera que la realizara una persona sin esa condición de salud”.

Posteriormente, fue aprobada la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad²⁴⁸. Tal adaptación normativa a la Convención Internacional tuvo una importancia transversal en todo el ordenamiento jurídico español ya que su finalidad fue imprimir un nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, recogándose las pertinentes adaptaciones en su articulado²⁴⁹. En este sentido, ya indica su Preámbulo que “se pasa a considerar a las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social” superándose así la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos²⁵⁰.

La discapacidad queda configurada en la Ley como “la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas

²⁴⁸ Publicada en el BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

²⁴⁹ Esta Ley tiene un desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, con el objetivo de adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención. Según señala su Preámbulo, tiene “su fundamento en el artículo 4 de la Convención, en virtud del cual, los Estados Parte se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”. SILLERO CROVETTO, B. (2015). “¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, pp. 409-410, indica una relación de normas reglamentarias modificadas por este Real Decreto 1276/2011. También la Ley 26/2011 es desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

²⁵⁰ Se sobrepasa así el anterior modelo médico-rehabilitador y se asume “la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social”. A este respecto, no debe pasar inadvertido el texto del Preámbulo que toma en consideración la discapacidad desde “la perspectiva de las capacidades diferenciadas y la diversidad funcional”, términos que más adelante serán tenidos en cuenta para definir y encajar la discapacidad en personas con diferentes capacidades. Asimismo, señala al colectivo de personas con discapacidad como una importante parte de la población mundial, estimándose alrededor de 650 millones de personas, un diez por ciento de los seres humanos, pretendiendo “incorporar a la sociedad su talento y sus valores”, “acoger a las personas con discapacidad como elementos enriquecedores que ensanchan la humanidad y agregan valor” y aceptando a las personas con discapacidad “como manifestación de la diversidad y la condición humana”.

personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona «normal»²⁵¹.

La ley es muy extensa y modifica numerosas disposiciones anteriores²⁵². Se establece como uno de sus principios la autonomía individual, sobre todo la libertad para tomar las propias decisiones, además de la independencia de cada ser humano, el respeto a la dignidad inherente a la persona, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia, etc., ahondando en el modelo social de la discapacidad y dando, según establece su Preámbulo, “un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva”.

Hay que destacar de la Ley 26/2011 la Disposición Adicional séptima, de “adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones”, para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional. En concreto, señala el mandato al Gobierno para que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, remita a las Cortes Generales un proyecto de ley estableciendo “las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los

²⁵¹ A este respecto, curiosa por novedosa es la referencia que hace la Disposición Adicional sexta referida a las “medidas en favor de las personas con capacidad intelectual límite”, que tengan reconocida oficialmente esta situación, aunque no alcancen un grado de discapacidad del 33 por ciento, añadiendo que “reglamentariamente el Gobierno determinará el grado mínimo de discapacidad necesario para que opere esta aplicación”.

²⁵² Sus 19 artículos son modificaciones de 19 leyes diferentes, algunas de las cuales han sido definitivamente derogadas por el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. DE SALAS MURILLO, S. (2013). “Repensar la curatela”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27 (enero-diciembre), p. 12, matiza que “no entra en aspectos jurídico-privados, lo cual es un indicio de la complejidad de la cuestión y de lo delicado de su tratamiento”. Por otro lado, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona* (21ª edición). Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 205, menciona que se puede concretar la *ratio legis* de tales modificaciones en dos líneas fundamentales: 1) favorecer y fortalecer el acceso a bienes y servicios de las personas con discapacidad; y 2) procurar que la información y el consentimiento en los supuestos en que intervengan personas con discapacidad se desarrollen “en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad”.

precisen”. Es por ello por lo que el tradicionalmente considerado proceso de incapacitación debe dejar de denominarse como tal y, ahora, en virtud de esta Ley 26/2011, pasa a ser conocido como “proceso judicial de determinación de apoyos”, o como lo denominó anteriormente la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, como “procedimiento de modificación de la capacidad de obrar”. Es la primera vez que legislativamente hablando se hace la precisión referida al “ejercicio de la capacidad jurídica” al igual que es la primera vez que se utiliza el término “determinación de apoyos” como modo de denominar a la necesidad de determinar medios de asistencia y ayuda para la persona con discapacidad. En este sentido, la Ley 26/2011 fue un valioso y apreciado avance para la adaptación normativa española a los parámetros de la Convención.

Pocas semanas después de la aprobación de la Ley 26/2011, en las Observaciones finales al Informe de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁵³ –que supervisan la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad–, en el punto 33 se expresó su preocupación por 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” y, en el punto 34, recomienda al Estado español para 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 de la voluntad y las preferencias de la persona”. En cierto modo, ya la Disposición Final segunda de la Ley 26/2011 había previsto tal revisión, al regular la “autorización al Gobierno para la refundición de textos legales”²⁵⁴.

²⁵³ El Comité examinó el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en el sexto periodo de sesiones (19 a 23 de septiembre de 2011) y aprobó las Observaciones finales en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011. Disponible en www.ohchr.org.

²⁵⁴ En concreto, la autorización al Gobierno era “para la elaboración y aprobación, y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, de un texto refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen las leyes 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

Este mandato al Gobierno vio la luz a través del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, con la aprobación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a escasamente un mes de que se cumpliera el plazo del 31 de diciembre²⁵⁵. Este Real Decreto Legislativo deroga expresamente y en particular, por integrarse en el texto refundido, las anteriormente citadas: Ley 13/1982, de 7 de abril, Ley 51/2003, de 2 de diciembre y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, además de buena parte del articulado de la Ley 26/2011²⁵⁶.

De acuerdo con lo señalado en el Preámbulo de esta Ley General, la labor de refundición, regularización, aclaración y armonización “resulta necesaria dadas las modificaciones que han experimentado en estos años, así como el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad. Esta tarea ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional”. Ello ha supuesto una revisión de los principios que informan la ley²⁵⁷, la dedicación de un título específico a determinados derechos de las

²⁵⁵ La Disposición Final segunda de la Ley 26/2011 fue modificada al poco por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, para ampliar el plazo al 31 de diciembre de 2013.

²⁵⁶ Por ejemplo, el artículo 1 referido a la modificación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, o el artículo 3 referido a la modificación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, disposiciones derogadas por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, por integrarse ambas en dicho texto refundido. Posteriormente, el artículo 11 fue derogado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁵⁷ El artículo 3 hace mención expresa de los siguientes principios:

- a) “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.
- b) La vida independiente.
- c) La no discriminación.
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- e) La igualdad de oportunidades.
- f) La igualdad entre mujeres y hombres.
- g) La normalización.
- h) La accesibilidad universal.
- i) Diseño universal o diseño para todas las personas.
- j) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- k) El diálogo civil.
- l) El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.
- m) La transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.”

personas con discapacidad²⁵⁸ y el reconocimiento expreso de que el ejercicio de sus derechos se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones²⁵⁹. Esta cuestión sobre la libertad en la toma de decisiones será de especial relevancia en el desarrollo de las propuestas de este trabajo.

También señala el Preámbulo que “es necesario que el marco normativo y las acciones públicas en materia de discapacidad intervengan en la organización social y en sus expresiones materiales o relacionales que con sus estructuras y actuaciones segregadoras postergan o apartan a las personas con discapacidad de la vida social ordinaria, todo ello con el objetivo último de que éstas puedan ser partícipes, como sujetos activos titulares de derecho, de una vida en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos.” En la aplicación de este principio de igualdad, es donde cabe introducir la necesidad de asistencia y ayuda para lograr esta participación en condiciones de igualdad.

Es en esta Ley General de 2013 donde se contiene una definición expresa de discapacidad al indicar en su artículo 2º a) “Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Esta definición está referida básicamente a la situación que resulta de las circunstancias que determinan la discapacidad en una persona –dependiendo de su entorno social y físico–, y no alude de una manera significativa a los propios condicionantes de la persona que puedan considerarla como persona con discapacidad. Desde este punto de vista, la discapacidad derivará no sólo

²⁵⁸ Derechos ampliamente desarrollados, junto con las obligaciones, en todo el título I, que comprende los artículos 7 al 62.

²⁵⁹ El artículo 6, dentro del Capítulo III del Título Preliminar titulado “Autonomía de las personas con discapacidad”, cuyo título literal es “Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad” dispone expresamente que “1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones. 2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles. En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.”

de una causa endógena al sujeto, sino sobre todo de circunstancias externas a la persona que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

El artículo 4 de la citada Ley, al referirse a los titulares de los derechos de la norma, hace referencia a que “1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”²⁶⁰.

Debemos llamar aquí la atención cómo todavía se utiliza en la redacción legislativa el término “deficiencia”, con una evidente carga negativa, y cómo no se supo implantar otra palabra que denotara la carencia o inexistencia de habilidades para la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, sin esa consideración desfavorable.

A escasos cuatro meses de la aprobación de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social de 2013, el Comité de Naciones Unidas presentó la Observación General n°1 (2014) sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁶¹. En ella se establece que los Estados parte deben “establecer, reconocer y proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a una amplia gama de formas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Las salvaguardias para ese apoyo deben estar

²⁶⁰ Es idéntica definición a la que establecía la Ley 41/2003 pero sustituyendo el término “minusvalía” por el de “discapacidad”.

²⁶¹ Observación General n°1 (2014) sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 11º periodo de sesiones (30 de marzo al 11 de abril de 2014) (CRPD/C/GC/1). Disponible en www.ohchr.org.

fundadas en el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad” (punto 50). Se parte de la base de que, debido a la diversidad de las personas con discapacidad, el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra, pero que, en todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones (punto 18), estableciendo que “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” (punto 29).

Por ello, con base en esta premisa, la adopción de cualquier medida de apoyo para la persona con discapacidad deberá estar basada en la autonomía de la voluntad de la persona, actuando esta voluntad como eje principal y protagonista en los mecanismos jurídicos de protección y asistencia a la persona con discapacidad.

Dado que muchos de los instrumentos de protección y asistencia a las personas con discapacidad previstos en los ordenamientos jurídicos no contemplan la voluntad de la persona en la determinación de sus medidas de apoyo, es por lo que la Observación General recalca que los Estados parte deben "examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona" (punto 26).

Si bien el significado y el valor jurídico de la Observación no es pacífica en la doctrina española²⁶², no cabe duda de que es un indiscutible referente para la

²⁶² Al igual que en otros tratados, la Convención previó un sistema de control del cumplimiento de lo en ella establecido a través de un Protocolo Facultativo –ratificado por España, junto con la Convención, a través del Instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE, números 96 y 97, de 21 y 22 de abril de 2008 respectivamente, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año– mediante el cual todo Estado Parte “reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetas a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención o en nombre de esas personas o grupos de personas”. Se dio a los Estados parte libertad para, o bien ratificar solamente la Convención y no ratificar el Protocolo, ratificar la Convención y el Protocolo, pero con una cláusula que aceptaba un tipo de control más suave (*soft control*) pero no el descrito como *hard control*, o ratificar la Convención y el

adecuación de nuestra normativa actual a lo proclamado por la Convención, de tal forma que, junto con la Ley General de 2013, se erigen en el punto de partida de muchas de las sucesivas reformas en las principales áreas jurídicas, como en el derecho penal, el derecho procesal o el derecho civil²⁶³.

En el ámbito penal, el Código Penal tuvo que ser reformado ya que el texto original de 1995 se refería impropia­mente a términos como “minusvalía” o “incapaces”. Y así se hizo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo²⁶⁴, sustituyendo aquellos términos por otros más adecuados de “discapacidad” o “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”²⁶⁵. Ya en el

Protocolo sin ningún tipo de reserva, entendiéndose que el Estado se somete a ambos controles por parte del Comité. España optó por esta última fórmula. DE SALAS MURILLO, S. (2018). “Significado jurídico del ‘apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica’ de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018, realiza un sucinto análisis doctrinal del valor de la Observación General nº 1 y la repercusión en el sistema español. Siguiendo el análisis que realiza al respecto, para algún sector doctrinal, “los pronunciamientos del Comité se erigen en criterio de interpretación auténtico y jerárquico, y gozan de la misma primacía de las propias normas internacionales sobre derechos humanos cuyo seguimiento se les encomienda” –incluso se trataría de una interpretación autorizada del Tratado que supervisan–. Sin embargo, para esta autora, aunque los Estados no puedan ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales de estos comités, no cabe hablar en términos de obligación en sentido jurídico, por lo que en última instancia el Estado parte “tiene el derecho de rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria.” En esta misma línea, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019). “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 255, la Observación General contiene lo que cabría considerar como una “interpretación ortodoxa” del artículo 12 de la Convención, no estando clara la eficacia jurídica de la Observación en relación con los Estados parte que hayan ratificado el Protocolo y no hayan hecho reserva alguna, y no existiendo a cargo de los Estados signatarios una obligación en sentido estricto de cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité. Incluso indica que sectores más críticos han afirmado que la Observación General constituye una amenaza para los derechos fundamentales de las personas con discapacidad psíquica, reprochando la ausencia de expertos médicos en el Comité.

²⁶³ Ha de tenerse en cuenta que la Ley General del 2013 ha sido recientemente modificada por la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España, cuya Disposición Final 2ª añade una nueva Disposición Adicional duodécima acerca del acceso a la nacionalidad española en condiciones de igualdad: “Las personas con discapacidad accederán en condiciones de igualdad a la nacionalidad española. Será nula cualquier norma que provoque la discriminación, directa o indirecta, en el acceso de las personas a la nacionalidad por residencia por razón de su discapacidad. En los procedimientos de adquisición de la nacionalidad española, las personas con discapacidad que lo precisen dispondrán de los apoyos y de los ajustes razonables que permitan el ejercicio efectivo de esta garantía de igualdad”.

²⁶⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁶⁵ Así lo recoge el artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, apartado doscientos cincuenta y ocho, referido a la sustitución de términos en el Código Penal: “1. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos «incapaz» o «incapaces» se sustituyen por los términos «persona con discapacidad necesitada de especial protección» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección». 2. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término «minusvalía» se sustituyen por el término «discapacidad»”.

Preámbulo de la Ley –apartado XXVII– se indicó que "las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad". A tal fin, se modificó el artículo 25 para actualizar tales términos y ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal²⁶⁶.

En la esfera procesal, es la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria la que también se adapta a la terminología que impone la Convención evitando utilizar la palabra "incapaz"²⁶⁷ y buscando, entre otras cuestiones –y así lo establece el apartado III de su Preámbulo–, la adaptación a la Convención en relación con la nueva terminología. En este sentido, abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y los cambia por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente, y sustituye la expresión "persona incapaz" por el de "persona con capacidad modificada judicialmente" o por el de "persona con discapacidad"²⁶⁸, entre otras razones porque los términos

²⁶⁶ En la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el artículo 25 establecía que "a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma". La redacción actual del artículo 25 del Código Penal dada por Ley Orgánica 1/2015, es que "a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente".

²⁶⁷ ROVIRA SUEIRO, M. E. (2016). "La Convención de las Naciones Unidas...", *op. cit.*, p. 22, se refieren a que la Ley 15/2015 ha "desterrado la palabra incapaz y alude a la discapacidad".

²⁶⁸ Así se refleja en la rúbrica de los Capítulos VII –"Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente"– y VIII –"De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente"– del Título II; o de la

“incapaz” o “incapacidad” no responden a la filosofía de la Convención, en donde se parte de la afirmación de que la persona siempre es capaz pero, en ocasiones, puede necesitar algunos apoyos determinados para ejercitar su capacidad jurídica. A lo largo de su articulado –artículos 2, 4, 5, 18, 19, 23, 26, etc.– la Ley 15/2015 alude reiteradamente a personas con la capacidad modificada judicialmente²⁶⁹. En este mismo sentido, la Disposición final 3ª de la Ley 15/2015 modifica determinados artículos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, para cambiar la expresión referida con anterioridad a los “procesos sobre incapacitación” sustituyéndola por la de “procesos sobre la capacidad de las personas” – en el artículo 748– o incluyendo la expresión “persona con la capacidad modificada judicialmente” – en los artículos 777 y 790–. No obstante, y de manera inexplicable dada la voluntad de adaptación a la nueva terminología impuesta por la Convención, permanecen en otra parte del articulado referencias reiteradas al “presunto incapaz” – artículos 757, 758, 759 ó 762–, o “incapacitado” – artículos 760, 761 ó 765–, a los “procesos de incapacitación” – artículos 757 ó 759–, a las causas de incapacitación –artículo 757– o a la “sentencia de incapacitación” – artículos 760 ó 761–.

En el ámbito civil y en este contexto terminológico, la Disposición Final 1ª de la citada Ley 15/2015 modifica determinados artículos del Código Civil, entre otros, los artículos 81 y 82 – en ambos artículos se hace referencia a “hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores” en los casos de separación matrimonial–, el artículo 756 –cuya nueva redacción incluye como causa de indignidad para suceder al “privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del

Sección 3ª –“De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente”– del Capítulo II del Título III. También en la rúbrica del Capítulo VI –“De la protección del patrimonio de las personas con discapacidad”– del Título II.

²⁶⁹ Hay que tener en cuenta la modificación de la Ley 15/2015 operada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones, que modifica el artículo 56 del Código civil, a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil –previsiblemente el 30 de abril de 2021, conforme establece su disposición final décima, en la redacción dada a la misma por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia–.

mismo”– y el artículo 1060 –se sustituye el término “incapacitado” por el de “persona con capacidad modificada judicialmente” en relación con la partición de las sucesiones–.

También en el ámbito civil, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia²⁷⁰, hace continuas referencias a “la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente” o a “la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo”²⁷¹.

Otras reformas legislativas que han propulsado el cambio terminológico y la inclusión de la condición de la discapacidad en sujetos afectados por ella han sido:

- La Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo²⁷².

- La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que hace referencia al

²⁷⁰ El Preámbulo hace alusión a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad junto con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 como acuerdos e instrumentos internacionales que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad.

²⁷¹ El artículo segundo de la Ley 26/2015 modifica el Código Civil, entre otros aspectos y en lo que afecta a la cuestión tratada, por un lado, añade el artículo 239 bis, que se refiere a la tutela por parte de la Entidad Pública y establece que corresponderá a la que “en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente”. Asimismo, hace mención a “las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo”. También modifica el artículo 303 referido a la guarda de hecho y cuando en la redacción anterior se aludía al “presunto incapaz”, ahora se refiere a “la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo”. Se añade además un segundo apartado que regula “la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho”. Finalmente, se modifica el artículo 1263, en su apartado 2º en relación con la imposibilidad de prestación del consentimiento contractual a “los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”, sustituyendo la mención anterior de “los incapacitados”.

²⁷² El artículo segundo de la Ley Orgánica 11/2015, modifica el artículo 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en el sentido de que para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

“grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad”²⁷³.

- La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su Disposición Final 3ª modifica la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, haciendo referencia a “las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental”²⁷⁴.

- La Ley 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, dando cabida a los apoyos que la sociedad debe prestar a estas personas para garantizar su efectiva y plena participación en la vida civil, en concreto su participación como miembro de un Tribunal de Jurado²⁷⁵.

- La Ley 3/2018, de 11 de junio²⁷⁶, tiene en consideración a “personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

²⁷³ La Ley Orgánica 13/2015 añade al artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, apartado 1, que “la información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita”.

²⁷⁴ La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, incluye en su Disposición final 3ª el apartado g) del artículo 2 que reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a “las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato”. También se modifica el apartado 1 del artículo 6, referido al contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, que comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, en los términos establecidos en la letra g) del artículo 2. Del mismo modo, incluye en el segundo párrafo del artículo 24 la mención a “personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental que sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato” con respecto al turno de guardia permanente para la prestación de los servicios de asesoramiento previo y de asistencia letrada.

²⁷⁵ Se modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en concreto el apartado 5 del artículo 8 que queda redactado con los siguientes términos: “las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido”.

²⁷⁶ La Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, por la Disposición final 1.1 añade el último párrafo del artículo 1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que establece que “en la aplicación de esta Ley deberán tomarse en consideración las necesidades específicas de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

- Recientemente, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, también ha contribuido a integrar a las personas con discapacidad con respecto al ejercicio de su derecho de sufragio, modificando el artículo 3 de la Ley de Régimen Electoral General en la medida en que podía ser declarada expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio²⁷⁷. En el mismo sentido, se modifica el apartado 2 del artículo 3 que queda redactado de la siguiente forma: “Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”²⁷⁸. Del mismo modo, se añade una Disposición adicional octava a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para que queden “sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley”.

Con la modificación del régimen electoral general a este respecto, se garantiza y se culmina –por ahora– el derecho de igualdad de trato y no discriminación para todas las personas con discapacidad, sin la exclusión de este derecho fundamental tanto en su titularidad como en su ejercicio. El ejercicio del derecho

²⁷⁷ La Ley Orgánica 2/2018 ha suprimido los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que, en su redacción anterior, señalaba que carecían de derecho de sufragio “b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”. Se mantiene, sin embargo, el apartado a) referido a que “carecen de derecho de sufragio: a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento”.

²⁷⁸ La redacción anterior disponía que “a los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

de sufragio en igualdad de condiciones supone la máxima expresión de participación política y pública²⁷⁹.

A pesar de todas estas reformas en el ordenamiento jurídico español para su adaptación a los parámetros de la Convención, parece ser que no ha sido más que un aparente ajuste que no ha intervenido con carácter general en las posibles y reales actuaciones de la persona con discapacidad para el ejercicio de actos con trascendencia jurídica en igualdad de condiciones que las demás²⁸⁰. Hasta aquí hemos reseñado esta necesaria adaptación –sobre todo en la adaptación terminológica– implantándose progresivamente las expresiones de “persona con capacidad modificada judicialmente” o “procesos sobre la capacidad de las personas”. Aunque todavía se sigue hablando de la incapacidad judicial, existe la tendencia generalizada –propulsada por estos cambios legislativos anteriormente señalados–, a denominar a esta situación –con un mayor rigor conceptual– como “modificación judicial de la capacidad” y, más recientemente, como “proceso judicial de determinación de apoyos”.

Pero este cambio no ha sido suficiente ya que aún perduran en nuestro ordenamiento jurídico expresiones contrarias a las postuladas por la Convención. Así, sigue empleándose los términos de “incapacitado”, “incapaz” o

²⁷⁹ El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, en el examen que sometió a España en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 de la Convención, aprobó en sus observaciones finales, en su 62.ª sesión celebrada el 23 de septiembre de 2011, la recomendación respecto del derecho de participación en la vida política y pública recogido en el artículo 29 del Tratado para que se revisara” toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica núm. 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales.» Preocupaba al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución y le inquietaba además que la privación de ese derecho pareciera ser la regla y no la excepción. Además, observaba con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se había denegado el derecho de voto.

²⁸⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 10, alude a lo que parece ser una cuestión discriminatoria para las personas con discapacidad, señalando al efecto ejemplos de actos con cierta trascendencia jurídica como pueden ser el ejercicio del voto, contraer matrimonio, testar, vender, comprar, pedir préstamos, consentir o no a determinados actos médicos, “o incluso otros aparentemente más modestos como la toma de decisiones sobre el propio domicilio o residencia”. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 22, señala que “estaríamos, entonces, ante una discriminación basada indirectamente en la discapacidad, que contravendría la prohibición de discriminación contenida en el art. 5 de la Convención”.

“incapacitación”, sin que hasta la actualidad haya habido una total adaptación²⁸¹. Muchas voces críticas se han expresado en el sentido de que no se haya aprovechado la ocasión para realizar una revisión más exhaustiva para desterrar estos términos con tantas connotaciones negativas que de los mismos puedan derivarse. Es por ello que se ha alentado a una reforma integral y sistemática de la discapacidad, que supere la técnica jurídica de muchos de los textos legales “a la hora de referirse al *status quo* de las personas con la capacidad de obrar restringida”²⁸².

Se ha observado por alguna parte de la doctrina²⁸³ la existencia de un desfase legislativo entre, por un lado, las disposiciones administrativas o de Derecho público –que han proporcionado un decisivo impulso a la integración social de las personas con discapacidad, estableciendo además el procedimiento para la calificación del grado de discapacidad²⁸⁴–, y, por otro lado, las normas de Derecho privado, que no han conseguido la plena integración jurídica de las personas con discapacidad, de acuerdo a lo promovido por la Convención.

Con este propósito se ha presentado recientemente el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁸⁵. Con esta reforma, según manifiesta el apartado I de la Exposición de Motivos, se “pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención

²⁸¹ En el CC, se sigue empleando el término “incapacitado”, “incapaz” o “incapacitación” en normas de derecho internacional privado (artículo 10.8), en normas relativas a la nacionalidad (artículos 20, 21 y 22), al régimen de visitas de los hijos (artículo 94), a la patria potestad prorrogada (artículo 171), a la incapacitación de menores de edad (artículo 201) y en toda la normativa del Título X que sigue estando bajo la rúbrica “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores e incapacitados” (artículos 215 a 306). Para ROVIRA SUEIRO, M.E., “La Convención de las Naciones Unidas...”, *op. cit.*, p. 25, “especialmente grave resulta el artículo 199 que se mantiene con la redacción que establece que *nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial*”.

²⁸² ROVIRA SUEIRO, M.E. (2016), “La Convención de las Naciones Unidas...”, *op. cit.*, p. 26.

²⁸³ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 26.

²⁸⁴ El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, reglamentariamente regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

²⁸⁵ El Proyecto de Ley fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de julio de 2020. El Anteproyecto fue presentado a propuesta de la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación para la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad en septiembre de 2018.

internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”. En el capítulo III de este trabajo nos centraremos en este texto prelegislativo.

2.3.5. La necesidad del cambio promovido por el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 2020

Tal y como recoge el título del Proyecto, lo que se pretende es reformar la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁸⁶.

La reforma tiene un contenido muy ambicioso en el ámbito civil ya que afecta fundamentalmente al Título IX del Código Civil –“De la incapacitación”– y al Título X –“De la tutela y de la curatela de los menores e incapacitados”–, ambos del Libro I, además de revisar más de sesenta artículos dispersos por los cuatro Libros del Código que hacen referencia a la “incapacitación” y a los “incapacitados”. También modifica la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria²⁸⁷. Con estas modificaciones se sientan las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la

²⁸⁶ Hemos de destacar el cambio producido en el título del Proyecto con respecto al título del Anteproyecto –que solo aludía a los cambios “en materia de discapacidad”– añadiendo aquel la pretensión de reforma en materia civil y procesal con respecto a las personas con discapacidad es “para el apoyo” y “en el ejercicio de su capacidad jurídica”, lo cual indica dos de las ideas fundamentales del cambio legislativo: por un lado, el apoyo como mecanismo de asistencia a las personas con discapacidad y, por otro lado, la introducción definitiva de la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica”, tal y como proclama la Convención en el sentido de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con todas las demás, conminando a los Estados a proporcionar los apoyos pertinentes que estas personas pudieran necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica para impedir que se produzcan abusos y vulneración de sus derechos.

²⁸⁷ En palabras de PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), p.6, los cambios pretenden “reformular el ámbito civil, tanto en el aspecto sustantivo –el Código civil– como el procedimental –la Ley de Enjuiciamiento Civil– y el registral –la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro civil”.

voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, lo cual informa toda la norma.

La idea central del nuevo sistema es la del apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, según establece el apartado III de la Exposición de Motivos, “engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”²⁸⁸. Como analizaremos en los capítulos siguientes, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas de apoyo voluntarias y preventivas –en especial los poderes y mandatos preventivos y la autotutela– frente a las medidas de apoyo de origen judicial –tutela, defensor judicial–, eliminando del ámbito de la discapacidad la tutela–que solo se mantiene para los menores de edad no sometidos a patria potestad–, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

La nueva regulación está inspirada “en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de las persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás” (apartado I de la Exposición de Motivos), y no se trata solo “de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos” (apartado III de la Exposición de Motivos).

El Proyecto de Ley intenta imponer, según indica el apartado I de la Exposición de Motivos, “el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las

²⁸⁸ Esta enumeración de actuaciones es reflejo de lo aportado por la Observación General del Comité de Expertos de Naciones Unidas elaborada en 2014.

decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”. No obstante, se prevé la posibilidad de que este apoyo se pueda concretar, excepcionalmente, en la representación o sustitución en la toma de decisiones cuando no pueda darse de otro modo.

Uno de los objetivos de esta nueva normativa es poner al día nuestro Derecho interno, con base en el respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica –abarcando ésta tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos–. En el Proyecto de Ley, la idea de capacidad –tanto jurídica como de obrar– es inherente a la condición de persona humana, por lo que no puede modificarse, como se ha hecho hasta ahora a través de la tradicional incapacitación judicial, actualmente denominados procedimientos de modificación de la capacidad. Por ello, se sustituyen estos procesos de modificación de la capacidad de la persona por un procedimiento de provisión de apoyos en donde la resolución judicial que recaiga al respecto determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso de lugar a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos (EM III). En este sentido, parece ser que la discapacidad que había quedado sin regular en España conforme a los principios de la Convención era la discapacidad intelectual, a lo que ahora, con esta propuesta de reforma de la legislación civil y procesal por el Proyecto de Ley, se da respuesta²⁸⁹.

La reforma también ha supuesto la necesidad de una adaptación transversal de toda la regulación codificada en diversas materias (nacionalidad, crisis matrimoniales, sucesorias, contractuales, etc.).

Así, en el ámbito civil, las modificaciones también afectan a normas relativas al Derecho Internacional privado, a los actos relativos a la nacionalidad, al matrimonio o a la filiación, así como a algunas reglas del Derecho de sucesiones

²⁸⁹ Así lo refería con respecto al Anteproyecto la Secretaría de Estado de Comunicación, Consejo de Ministros, referencia 21 de septiembre de 2018, www.lamoncloa.gob.es.

y de contratos y en los ámbitos del Registro de la Propiedad y del Registro Civil en lo referido a las inscripciones oportunas.

En el ámbito penal, en tanto en cuanto se considera a las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, la reforma también repercute en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal, cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, por lo que ha sido necesaria la modificación de dos preceptos del Código penal.

Así mismo, la adaptación normativa a la Convención Internacional propuesta por el Proyecto debe extenderse a la legislación procesal²⁹⁰, sustituyendo los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a la provisión de apoyos a las personas con discapacidad, no sólo en las necesarias adaptaciones terminológicas sino también en los diferentes trámites procedimentales como pueden ser la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador o la regulación de las pruebas en la tramitación del proceso judicial.

Para algunos autores como SANCHO GARGALLO, la reforma planteada en el Proyecto supone “una atenuación de la tutela judicial preventiva de las personas con discapacidad. Sobre todo, porque el sistema de guarda legal, prototipo de tutela judicial preventiva, deja de ser la regla general y pasa a serlo la guarda de hecho”²⁹¹. Además, no será necesario declarar judicialmente la modificación de la capacidad como medida previa, pero la resolución judicial que adopte las medidas de apoyo –básicamente la curatela– sí deberá motivar las razones que justifiquen el contenido de tal medida. No obstante, el control judicial se incrementaría con respecto al sistema actual, controlando no solo la forma de llevar a cabo las medidas de apoyo, sino también adecuando las medidas a las

²⁹⁰ Se introducen algunos cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

²⁹¹ SANCHO GARGALLO, I. (2018). “Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio”, *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente). Ed. Dykinson, Madrid, p. 23, que califica a la eventual tutela judicial, sin perjuicio de los eventuales supuestos donde se exige legalmente autorización judicial, como de “reactiva”.

necesidades de la persona destinataria, manteniéndolas, aumentándolas o reduciéndolas según su conveniencia²⁹².

No cabe duda de que la principal justificación de la existencia del Proyecto es la ineludible necesidad de adaptar, de una vez por todas, el ordenamiento jurídico español a los dictados de la Convención de Naciones Unidas, adaptando y modificando, sobre todo, aquellas cuestiones que afectan al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, regulando los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica²⁹³.

La reforma normativa impulsada por esta ley debe ir unida a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social²⁹⁴. Ahora bien, creemos que este cambio en la mentalidad social, aun siendo uno de los objetivos de la ley –quizás el principal y el de mayor calado–, es, salvo para el colectivo profesional dedicado a las personas con discapacidad, de las cuestiones más difíciles de conseguir, no sólo en el ámbito jurídico, sino también en la concienciación social de la discapacidad. No obstante, estas modificaciones legislativas han ido ya calando como “lluvia fina”, muy lentamente, en todos los ámbitos de la sociedad, aunque creemos que aún queda mucho por empapar. Son necesarias muchas más acciones políticas y sociales de reconocimiento y constatación de las diferentes capacidades de las personas con discapacidad –con capacidades diferentes– que impliquen un tratamiento jurídico y social en igualdad de condiciones que los demás, todo ello sin olvidar la posible vulnerabilidad de actuaciones que puedan atentar contra su dignidad. Acciones como la realización de películas como “Campeones”²⁹⁵ o la adecuación de personas con discapacidad en puestos de trabajo “normalizados”, si bien son

²⁹² La sentencia que acuerde la curatela fijará la periodicidad de la revisión, que en todo caso se hará cada tres años.

²⁹³ Se ha calificado esta reforma tanto necesaria como urgente por una gran parte de la doctrina; por todos, GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*, máxime como miembro de la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación y partícipe de la redacción del Proyecto de Ley.

²⁹⁴ La Exposición de Motivos enumera a “jueces y magistrados, personal al servicio de la administración de justicia, notarios y registradores” como profesionales del Derecho a los que especialmente se les pide un cambio de mentalidad “partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas”.

²⁹⁵ Dir. J. Fesser, España, 2018.

hechos aún muy aislados, han hecho que este siglo XXI pueda llegar a ser considerado como el siglo de las personas con discapacidad.

2.3.6. Breve referencia a las acciones normativas sobre discapacidad en el ámbito de la Unión Europea

La nueva perspectiva de la discapacidad también ha tenido su repercusión en el ámbito normativo de la Unión Europea. El Tratado de la Unión Europea ha reconocido la no discriminación como uno de sus valores y la lucha contra la discriminación como uno de sus objetivos²⁹⁶. Fue el Tratado de Ámsterdam²⁹⁷ el que incorporó una referencia expresa a la discapacidad, apoderando al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad²⁹⁸. Ello propició que, en apenas dos años, la Comisión presentara tres propuestas legislativas que se materializaron en tres Directivas sobre igualdad de trato y no discriminación²⁹⁹.

²⁹⁶ El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

²⁹⁷ El Tratado de Ámsterdam fue un acuerdo firmado por los Estados miembros de la Unión Europea el 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Constituye la tercera gran reforma de los tratados constitutivos comunitarios, siendo su objetivo fundamental el crear un espacio de libertad, seguridad y justicia común en el ámbito de la Unión Europea. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11997D/TXT>.

²⁹⁸ Así, por el artículo 2, apartado 7, del Tratado de Ámsterdam se inserta en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el artículo siguiente: «Artículo 6 A. Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.»

²⁹⁹ Estas fueron la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo –ha sido reemplazada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación– y la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, siendo ésta última la más relevante para la discapacidad ya que contempla ésta, junto con otros, como motivo de discriminación. Más iniciativas legislativas, disposiciones programáticas y planes de acción europeos en ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención...”, *op. cit.*, pp. 45-46. Ahora bien, como señala

En el actualmente denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁰⁰ se ha dispuesto, por un lado, que, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de discapacidad entre otras consideraciones como el sexo, el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la edad o la orientación sexual (ex artículo 10). Y, por otro lado, que el Consejo podrá adoptar las acciones adecuadas para luchar contra tales discriminaciones, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa aprobación del Parlamento Europeo (ex artículo 19)³⁰¹. No obstante, debe tenerse en cuenta que las competencias de la Unión Europea son limitadas ya que, como se deduce del citado artículo 19, la adopción de medidas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad deben producirse dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Tratados –no teniendo la Unión competencia para regular con carácter general la discapacidad–. En este sentido, el Parlamento Europeo y el Consejo sólo podrán adoptar los principios básicos de estímulo para apoyar las acciones que los Estados miembros emprendan con el fin de contribuir a la consecución del objetivo de luchar contra toda discriminación, excluyendo cualquier armonización de disposiciones normativas internas. En conclusión, la competencia normativa de la Unión Europea en materia de discapacidad es muy endeble o prácticamente nula.

Posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁰² también incluyó el principio de no discriminación al prohibir toda discriminación,

CABRA DE LUNA, M.A. (2009). "Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad", *Hacia un derecho de la discapacidad* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 189, "se echa en falta una Directiva específica sobre no discriminación general por razón de discapacidad".

³⁰⁰ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es el nombre que recibe actualmente –tras el Tratado de Lisboa de 2009– el que fuera Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma en 1957. Fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de marzo de 2010.

³⁰¹ El artículo 19 establece que "1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1".

³⁰² La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión

entre otras cuestiones, por discapacidad³⁰³. En la Carta son muchas las referencias, directas o indirectas, a la discapacidad – artículos 1, 3, 20 y 21–, pero en el contexto que nos ocupa, destacamos la mención que hace el artículo 26 al reconocimiento y respeto de la Unión Europea al derecho de las personas discapacitadas “a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha contribuido a generar una cierta constitucionalización de prohibiciones de no discriminación por motivo de discapacidad que vincula a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a los que se les indica que han de interpretar el Derecho interno a la luz de la normativa comunitaria³⁰⁴.

En este contexto comunitario, debemos nombrar al Foro Europeo de Discapacidad, organización sin ánimo de lucro creada en 1996, con vocación de ser la plataforma de representación y defensa de las personas con discapacidad en la Unión Europea, siendo un referente de la discapacidad en tal ámbito gracias a sus logros políticos, promoviendo la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y el ejercicio de los mismos derechos y obligaciones que el resto de ciudadanos de la Unión Europea en igualdad de condiciones³⁰⁵.

Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa. Una vez ratificado este, hace la Carta legalmente vinculante para todos los países con excepciones para Polonia y el Reino Unido. La Carta no forma parte del Tratado de Lisboa (estaba previsto que formara parte de la Constitución Europea, pero al no aprobarse ésta, se modificó la previsión), pero, por la remisión en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea tras la reforma de Lisboa, se hace vinculante para todos los Estados, con excepciones para los dos citados. El Tratado de Lisboa afirmó que la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, formando parte del Derecho originario de la Unión Europea. Está publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 83, de 30 de marzo de 2010, y disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

³⁰³ Así, su artículo 21, apartado 1, prohíbe “toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

³⁰⁴ Así, las sentencias del TJUE de 11 de julio de 2006, Asunto Sonia Chacón Navas contra Euresit Colectividades, S.A., C-13/05, Rec. 2006, p. I-6467; de 17 julio de 2008, Caso S. Coleman contra Attridge Law; de 5 de mayo de 2011, Comisión contra República Federal de Alemania, Asunto C-206/10; de 11 de abril de 2013, HK Danmark c. DAB y otros, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11; de 4 de julio de 2013, Asunto Comisión contra Italia, C-312/11. Disponibles en <http://curia.europa.eu/juris>.

³⁰⁵ VILLARINO VILLARINO, P. (2007). “Las organizaciones representativas de las personas con discapacidad a nivel internacional: el Foro Europeo de Discapacidad y las organizaciones representativas a nivel

Se ha de resaltar también que la Unión Europea, por decisión del Consejo de Ministros de 3 de diciembre de 2001, declaró el año 2003 como Año Europeo de las Personas con Discapacidad, con el propósito genérico de sensibilizar a la sociedad sobre los derechos de este colectivo, fomentando la reflexión y el debate en aras de adoptar las medidas necesarias para un ejercicio pleno y equitativo de sus derechos en igualdad de oportunidades que los demás.

Desde hace años, se intentaba avanzar en este terreno, lo que se concretó, durante el período de Presidencia Española³⁰⁶ en iniciativas tales como la celebración del Congreso Europeo de Personas con Discapacidad³⁰⁷ o el establecimiento de unas líneas de actuación y criterios básicos respecto a las políticas de dependencia en los países miembros de la Unión Europea³⁰⁸.

Este objetivo sirvió como base para lograr, pocos años después y en un ámbito internacional de mayor amplitud, la aprobación y consagración de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas de 2006³⁰⁹. Los requisitos de la Convención han sido claramente interpretados por las instituciones europeas, logrando el reconocimiento y la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que todos los demás³¹⁰.

mundial”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi Thomson, Navarra, pp. 249-268, realiza un análisis de las actuaciones más relevantes de este Foro Europeo de la Discapacidad considerado, a su juicio, como el interlocutor único ante las instituciones de la Unión Europea en representación de las personas con discapacidad.

³⁰⁶ España asumió la Presidencia de la Unión Europea en un sistema de trio de presidencias –junto con Bélgica y Hungría– desde el 1 de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2011.

³⁰⁷ Celebrado en la capital de España, los días 20 a 23 de marzo de 2002, en el que se aprueba la conocida como Declaración de Madrid.

³⁰⁸ Los diferentes Planes de Acción de Discapacidad (2003-2007; 2008-2009; 2010-2020) presentados por el Consejo de Europa fueron estableciendo las prioridades en la materia de la discapacidad.

³⁰⁹ La Unión Europea manifestó su consentimiento al Convenio mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (DOUE de 27 de enero de 2010).

³¹⁰ La Resolución del Consejo 2010/C 316/01, relativa a nuevo marco europeo de la discapacidad (DOUE de 20 noviembre de 2010), invita a apoyar la aplicación efectiva de la Convención por parte de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión Europea y a impulsar su ratificación y aplicación, a seguir trabajando en pro de la aprobación de un código de conducta y adaptar la legislación nacional y de la Unión Europea, cuando proceda, a las disposiciones de la Convención. Asimismo, incita a seguir reforzando la perspectiva europea de los derechos humanos de las personas con discapacidad, fomentando la plena inclusión social, la igualdad de oportunidades y la no discriminación, procurando la adecuada participación de todas las partes interesadas. Los hitos jurídicos más relevantes en el derecho comunitario en materia de protección jurídica de personas con discapacidad son analizados en DE

Un momento importante en la política europea fue la aprobación por la Comisión Europea de la “Estrategia de Discapacidad de la Unión Europea 2010-2020: Un compromiso renovado para una Europa sin barreras”³¹¹, incluyendo una serie de medidas que permitiesen garantizar los derechos de las personas con discapacidad en todos los países miembros. Con tal estrategia, la Comisión Europea adoptó las medidas oportunas para garantizar un marco protector para las personas con discapacidad, tanto a nivel europeo como nacional, rompiendo con las barreras que impiden a este colectivo de personas participar en la sociedad en igualdad de condiciones³¹². Este primer análisis permitiría identificar puntos fuertes y débiles, así como elementos comunes que puedan ayudar a definir mejor las líneas de actuación³¹³.

De manera específica, el Consejo de Europa ha establecido las prioridades al respecto en la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para el período 2017-2023³¹⁴ afirmando que los derechos que abarca se interpretarán a la luz de la Convención y teniendo como eje central de actuación la integración social de las personas con discapacidad³¹⁵.

Por su parte, la Comisión Europea se ha comprometido a aumentar la sensibilización sobre las condiciones de vida de las personas con discapacidad, los retos a los que se enfrentan en la vida cotidiana y las herramientas para mejorar su vida, divulgando sus actuaciones para poner en práctica lo establecido en la Convención³¹⁶.

LORENZO GARCÍA, R. (2009). “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 82-93.

³¹¹ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0636>.

³¹² VELASCO ORTEGA, I.C. (2014). “Del estado civil de incapacitado...”, *op. cit.*, p. 154.

³¹³ Centro Español de Documentación sobre Discapacidad (CEDD), Real Patronato sobre Discapacidad, <https://www.cedd.net/es/>

³¹⁴ Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de noviembre de 2016. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/disability/strategy-2017-2023>.

³¹⁵ ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención...”, *op. cit.*, p. 41, afirma que “la política comunitaria sobre la discapacidad responde al paradigma social integrador. Por ello, más allá de la prevención y de la rehabilitación de las personas con discapacidad, se ha centrado en crear instrumentos para dotar de efectividad a sus derechos y para lograr la integración plena”.

³¹⁶ A tal fin, la Comisión Europea organiza cada año la Conferencia del Día Europeo de las personas con discapacidad –3 de diciembre–, el Premio “Ciudad Accesible”, en reconocimiento a las ciudades que han hecho un esfuerzo particularmente destacado para mejorar su accesibilidad, el foro de trabajo anual sobre la aplicación de la Convención y otras actividades de formación sobre la legislación y las actuaciones de la UE en materia de discapacidad, dirigidas a profesionales jurídicos y políticos.

Una de las iniciativas europeas recientes sobre discapacidad ha sido la aprobación del Acta Europea de Accesibilidad³¹⁷, con el propósito de mejorar las condiciones para el alcance de productos y servicios del mercado a las personas con discapacidad, removiendo, por un lado, las barreras normativas existentes en cada Estado parte y ofreciendo, por otro, una normativa común en el ámbito comunitario europeo.

No obstante, y a pesar de las acciones descritas, llama la atención cómo la materia de la discapacidad no ha sido todavía objeto de un reglamento comunitario, sobre todo la referida a los diferentes modelos de protección de adultos en los casos en que se produzca una vulnerabilidad asociada a una discapacidad³¹⁸. Un objetivo prioritario en esta materia debiera ser la aprobación de una directiva transversal de no discriminación que afecte globalmente a todas las manifestaciones y aspectos de la vida cotidiana de una persona con discapacidad para garantizar el pleno y efectivo disfrute de todos sus derechos fundamentales. En cualquier caso, puede concluirse al respecto que, a pesar de estas carencias, la maquinaria de la Unión Europea ha arrojado –y sigue haciéndolo– frutos parciales y provechosos que demuestran la voluntad política en aras de resolver los problemas sociales y jurídicos de las personas con discapacidad para obtener respuestas adecuadas que permitan satisfacer sus necesidades y sus anhelos como todos los demás ciudadanos europeos³¹⁹.

³¹⁷ Directiva (UE) 2019/882 sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios.

³¹⁸ ADROHER BIOSCA, S. (2019). “La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 447-448, señala que “se ha reclamado a la UE que se sirva de su competencia externa para requerir a los Estados Miembros que se conviertan en Estados parte del Convenio de La Haya de 2000 sobre protección de adultos (CHPA) en interés de la UE”. España no ha firmado ni ratificado este Convenio, a pesar de que el Parlamento Europeo lo reclamó a nuestro país en resolución de 18 de diciembre de 2008 –resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas (2008/2123 (INI)–.

³¹⁹ DE LORENZO GARCÍA, R. (2009). “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, *op. cit.*, p. 88, trató el proceso de mejoras jurídicas en lo que él denominó una Unión Europea “abocada a una situación de práctico bloqueo y general desconcierto”.

CAPÍTULO II. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL ACTUAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Destinatarios de la protección legal o de las medidas de apoyo. Especial consideración a la discapacidad psíquica o intelectual

Para entender a quién van dirigidas las instituciones actuales de protección y/o las medidas de apoyo debemos delimitar quienes son, con carácter general, los destinatarios de estas ayudas.

De forma general, los destinatarios de las normas que regulan la discapacidad somos todos en cuanto que, por un lado, somos posibles y futuribles personas con discapacidad en el sentido de que todos estamos sometidos a la eventualidad de sufrir una discapacidad que afecte a nuestro autogobierno y a la capacidad para tomar decisiones; y, por otro lado, antes de estar afectados por una discapacidad, la ley nos permite organizar nuestra protección como mejor nos convenga y mejor se adapte a nuestra voluntad y preferencias³²⁰. Ahora bien, desde un punto de vista de técnica jurídica, los destinatarios de la norma son las personas con discapacidad, reconocida o no³²¹.

Una de las cuestiones más relevantes es determinar a qué sujetos afecta la discapacidad. Según la Organización Mundial de la Salud, la discapacidad “es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las

³²⁰ Esta es la perspectiva amplia que contempla PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 63, que además señala que “es un desafío de nuestras sociedades ya que, con el aumento de esperanza de vida, solo una enfermedad como el Alzheimer, los estudios científicos estiman que en 205 habrán aumentado los casos un 75%”.

³²¹ Esta es la perspectiva señalada por PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 63.

características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive”³²².

En el concepto de discapacidad en sentido muy amplio se incluyen tanto las personas en las que concurre una causa de incapacidad –prevista en el artículo 200 CC, en la medida en que no pueden gobernarse por sí mismas, esté o no incapacitada judicialmente–, como las personas dependientes o las que sufren una discapacidad física que en nada afecta a la capacidad cognitiva y volitiva de la persona³²³. Por ello, parece razonable pensar que en muchos casos la regulación de la incapacitación queda subsumida en el concepto de discapacidad. De una forma concisa podemos concretar que el término discapacidad “pone el acento en el hecho de que la persona adolezca de alguna deficiencia física, sensorial o mental que pueda afectar en mayor o menor medida a su normal desenvolvimiento”³²⁴.

Es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad³²⁵, la norma reglamentaria de referencia para determinar la valoración de la discapacidad. Así, el artículo 5 señala que la valoración de la discapacidad se expresará en porcentaje y se realizará mediante la aplicación de determinados baremos fijados en los Anexos al Real Decreto³²⁶.

³²² <https://www.who.int/topics/disabilities/es/>

³²³ PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, p. 203.

³²⁴ GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). “Consideraciones Generales...”, op. cit., p.32, en donde a su vez, hace una comparación con el término “dependencia”, éste como concepto más amplio “que atiende prioritariamente a la falta de autonomía”.

³²⁵ En el título original aparecía el término “minusvalía” en vez de discapacidad, cuestión que fue modificada por el artículo único del Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

³²⁶ El artículo 5 expresa que “1. La valoración de la discapacidad, expresada en porcentaje, se realizará mediante la aplicación de los baremos que se acompañan como anexo I, apartado A), del presente Real Decreto. 2. La valoración de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el anexo I, apartado B), relativo, entre otros factores, a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad”.

En el Anexo 1.A se fijan las pautas para la determinación de la discapacidad originada por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas. La Clasificación Internacional de la Organización Mundial de la Salud define la discapacidad como “la restricción o ausencia de la capacidad

De esta manera, queda perfectamente delimitada la consideración legal de personas con discapacidad para poder ser destinatarias y beneficiarias de todas aquellas medidas legales de asistencia y apoyo contempladas y reguladas para su ayuda y protección.

No obstante, determinar quiénes son sujetos con discapacidad y cuáles son, en su caso, las medidas de protección legal o de apoyo es una labor excesivamente personalizada, en la que se toman en consideración diversas circunstancias personales propias, lo que dificulta en gran medida la generalización. Las personas que tienen algún tipo de discapacidad reconocida forman un colectivo heterogéneo y, por tanto, con necesidades muy diversas en cuanto a su protección jurídica³²⁷.

Ya hemos señalado anteriormente que la Convención Internacional reconoce, en el apartado e) del Preámbulo, a la discapacidad como un término que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. El artículo 1, en su párrafo 1º, trata de garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio de derechos y libertades en condiciones de igualdad con las demás personas³²⁸. Pero es en el párrafo 2º de este primer artículo de la Convención el que se recoge

para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano". Es por tanto la severidad de las limitaciones para las actividades el criterio fundamental que se ha utilizado en la elaboración de estos baremos. En el Anexo 1.B se establecen los criterios para evaluar las circunstancias personales y sociales que pueden influir sobre la persona discapacitada en sentido negativo, agravando la situación de desventaja originada por la propia discapacidad.

En el Anexo 2 se establece el baremo para determinar la existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos.

Posteriormente, los baremos establecidos en esta norma se han modificado por el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, primando en ella además la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, por lo que "se estima necesario suprimir la obligatoriedad de señalar el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias en la resolución de reconocimiento de la situación de discapacidad...; evitando connotaciones peyorativas innecesarias y promoviendo la autonomía individual de las personas con discapacidad", según expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto del 2012.

³²⁷ DÍAZ ALABART, S. (2013). "La protección jurídica...", *op. cit.*, p. 5, expresa que "no es lo mismo la persona que tiene alguna discapacidad física, que, aunque necesite de una cierta ayuda para salvarla, en absoluto le impide gobernarse por sí misma, que quienes tengan alguna discapacidad psíquica, que en mayor o menor grado les hace acreedores de ayuda para gobernarse".

³²⁸ Dispone que "el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente".

un concepto muy amplio de discapacidad ya que establece que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Del contexto de la Convención Internacional parece deducirse que la expresión “personas con discapacidad” queda referida a sujetos que requieren de ciertos complementos de capacidad o de determinadas actuaciones administrativas encaminados a la remoción de barreras³²⁹, pero está claro que la Convención potencia la propia autonomía de la persona con discapacidad en todos los ámbitos de la vida y que la sociedad ha de propiciar que no encuentre trabas para ello³³⁰. A pesar de la búsqueda y la potenciación de esta autonomía individual, para cierto sector doctrinal ello tiene que ser “compatible con recordar que, en muchas ocasiones, las personas con discapacidad precisan de cierto nivel de protección que compense dicha discapacidad, pues esa es la única forma de que puedan estar en las mismas condiciones que los demás”³³¹.

El texto del Proyecto sigue utilizando una expresión muy amplia al optar por la referencia genérica a las «personas con discapacidad» en su propuesta de nueva rúbrica del Título XI del Código Civil “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad” por lo que se parte de la base de que la persona con discapacidad lo es, sin más previsiones³³². Las Disposiciones Generales del

³²⁹ RAMS ALBESA, J. (2011). “Hombre y persona...”, *op. cit.*, p. 251, considera que el término “barreras” en el contexto de la Convención presenta un amplísimo significado de “impedimentos removibles” que contrasta abiertamente con las “necesidades vitales no removibles” que requieren los incapaces por su falta de autonomía.

³³⁰ Ya en la derogada Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades y no discriminación, se partía de una idea similar.

³³¹ DÍAZ ALABART, S. (2013). “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 8, donde comenta que “probablemente no es la Convención el lugar adecuado para que se establezcan esas medidas adaptadas a cada tipo de discapacidad, y lo que corresponde sea incluirlos en las legislaciones de los países que la han ratificado, puesto que se trata de un texto en gran medida programático necesitado de desarrollo legal. No obstante, no hubiera sido absurdo incluir en ella un precepto genérico que contuviera la idea de la protección específica en el ejercicio de los derechos en función del tipo de discapacidad”, si bien aclara que hay algunos artículos que sí mencionan la protección, como el artículo 1 cuando habla de “promover y proteger”, al igual que en el párrafo j) del Preámbulo.

³³² Esta es una de las cuestiones matizadas por el Consejo General de la Abogacía española en las propuestas referidas anteriormente relativas al Anteproyecto de Ley: “Parece omitirse que es trascendental determinar cómo una persona adquiere ese *status*, cómo puede oponerse a adquirirlo, cómo puede ser declarado tal pese a su voluntad, pero por necesitarlo...”, p. 5.

nuevo Título XI comienzan con el artículo 248 que establece básicamente los principios inspiradores de estas medidas: el desarrollo pleno de su personalidad, el principio de igualdad, la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales, de acuerdo a los principios de necesidad y proporcionalidad, la toma de decisiones propias de acuerdo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Ningún otro artículo de estas Disposiciones Generales como ningún otro artículo del Título XI hacen mención a qué personas pueden ser reconocidas como “personas con discapacidad”. Únicamente es en el primer párrafo del artículo 248 cuando se señala que el objeto de la norma es “la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen o para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad”, por lo que se supone que habrá que estar a consideraciones legales anteriores para estimar quien es persona con discapacidad.

Al respecto comenta PEREÑA VICENTE que “las personas con discapacidad no necesitan apoyos para ejercer su capacidad jurídica. O, al menos, no el tipo de apoyos que consagra el Anteproyecto”³³³. Realmente, los destinatarios de las medidas de apoyo reguladas en el Anteproyecto no son, desde una perspectiva estricta, las personas con discapacidad en general, ni siquiera las personas que necesiten apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica³³⁴. El Anteproyecto dirige las medidas de apoyo a procurar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que tienen afectada su capacidad para tomar decisiones³³⁵.

³³³ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 64.

³³⁴ Estas personas pueden necesitar otro tipo de medidas de apoyo como puede ser el lenguaje de signos, o la utilización de un lenguaje claro y adaptado a las circunstancias de la discapacidad como puede ser la utilización de determinado software para exteriorizar la voluntad de una persona que puede tomar una decisión, pero no exteriorizarla, PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 64.

³³⁵ El Anteproyecto ha seguido la línea terminológica adoptada en otras recientes reformas de la materia como en la regulación irlandesa cuyos destinatarios son las personas que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad para tomar decisiones, entendiéndose por tal “la habilidad para entender la naturaleza y consecuencias de la decisión que se toma”, enumerando los supuestos que suponen la inhabilidad de la persona cuando ésta “no puede entender la información relevante para tomar la decisión, no puede retener la información, valorarla o comunicarla”, PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 65.

Parece ser que la discapacidad que había quedado sin regular conforme a los principios de la Convención era la discapacidad intelectual, es decir, la de las personas con alteraciones intelectuales que inciden en la formación de una voluntad plenamente consciente y libre³³⁶. Las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, pero pueden tener alguna dificultad para el ejercicio de esa capacidad jurídica –lo que tradicionalmente se ha llamado la capacidad de obrar. Con esta matización parece que la discapacidad expresada en el texto se refiere principalmente a la discapacidad psíquica, y entiende que la adopción de la medida de apoyo se justifica precisamente por esa necesidad de asistencia a las personas con dificultades en el ejercicio de su capacidad para tomar decisiones³³⁷.

PEREÑA VICENTE se plantea la posible denominación de esa persona que necesita una medida de apoyo, tratando de adoptar una terminología respetuosa, sin “caer en la tentación de utilizar eufemismos o expresiones demasiado genéricas, vacías de contenido, que no definan con precisión el supuesto de hecho al que se aplican”³³⁸.

La nueva regulación del Proyecto acoge todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita apoyo más intenso, que incluye de manera excepcional la sustitución de la voluntad del discapacitado, hasta el que necesita una mera asistencia para poder comunicarse o relacionarse o tener dificultades de movilidad. Tal configuración con un contenido tan amplio –si bien es en el ámbito de la regulación de la curatela pero que sirve para determinar la discapacidad a través de otro medio de apoyo– no va seguida de una regulación diferenciadora de los diversos supuestos, especialmente de aquellos que requieren una mera

³³⁶ PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p. 6.

³³⁷ MAGARIÑOS BLANCO V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), p. 202, propone añadir en el artículo 248 que las personas necesitadas de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica sean las personas mayores de edad o emancipados “a causa de una alteración intelectual, mental, sensorial o física”, si bien la alteración sensorial o física no necesariamente puede que necesiten apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. En opinión de este mismo autor, “otros ordenamientos jurídicos son más claros y concretan la situación sin temor”, como el Código francés o el Código civil alemán.

³³⁸ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 65, y reflexiona que “es necesario que se concrete un poco más, lo que el texto no hace, seguramente sensible ante la necesidad de adoptar una terminología respetuosa de la dignidad de la persona, neutro, «aséptico», que no estigmatice ni hiera”.

asistencia a personas que conservan sus facultades de decisión. En aras de una efectiva seguridad jurídica, sería conveniente establecer con claridad qué se entiende por discapacidad y a qué grupo de personas se les puede aplicar alguna de las medidas de apoyo contempladas.

En este sentido, algún autor estima que “es reacio el legislador a describir claramente las causas que dan lugar a la necesidad de apoyo, lo que plantea el problema de la diferenciación de las distintas situaciones en la que se puede encontrar una persona con discapacidad según la causa e intensidad de la misma”³³⁹.

Podría ser una opción concretar, dentro del ámbito de la discapacidad, a qué personas con necesidades en el ejercicio de su capacidad jurídica van dirigidas la adopción de medidas de apoyo y establecer una denominación clara al respecto. Se ha indicado como términos adecuados el referirse a «persona afectada», «persona concernida» o «persona protegida»³⁴⁰. Otra opción puede ser no tener que emplear ningún adjetivo para designarla, ya que el contexto es suficientemente claro por lo que sería bastante con referirse a ella como «la persona». Aun así, y en palabras de PEREÑA VICENTE, “es necesario designar las realidades a las que se refiere la norma y esta, aunque no lo parezca, es una de las dificultades mayores de toda reforma”³⁴¹.

Debemos también señalar que el nuevo enfoque del Proyecto excluye la discapacidad como situación jurídica referida al estado civil de la persona afectada, a diferencia del modelo anterior de incapacitación judicial que afectaba a la consideración de estado de la persona incapacitada³⁴². En este sentido,

³³⁹ MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, pp. 201-202. Siguiendo en el ámbito de la curatela, este autor hace referencia al ordenamiento jurídico suizo el cual, de modo sistemático, distingue diversas clases de curatela, según la intensidad del apoyo: curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación y general (que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales).

³⁴⁰ Otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno adaptados a la Convención hacen referencia a “*relevant person*” (Irlanda), *majeur protégée* (Francia), *personne protégée* (Bélgica) o *personne concernée* (Suiza), PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pp. 65-66.

³⁴¹ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 64.

³⁴² Hasta ahora se consideraba a la incapacidad como una cualidad jurídica de la persona incapacitada –en terminología tradicional de Federico de Castro, como ya hemos expuesto anteriormente– que al tener esta consideración común a otras personas incapacitadas se las adscribía a un grupo específico y determinado como incapacitados, reconocidos e inscritos como tales en el Registro Civil, al igual que otros

quizás sería más oportuno la revisión de los llamados estados civiles de la persona como “cualidades jurídicas” de la misma.

A partir de la Convención de Naciones Unidas de 2006, la discapacidad no debe ser considerada ya como una circunstancia que afecte al estado civil de las personas por tres razones³⁴³:

1º Porque resulta simplista considerar que tienen un grado de homogeneidad tal que puedan formar parte de un grupo determinado. Hay tanta diversidad en la discapacidad que existen tantas discapacidades como personas con discapacidad haya.

2º Porque las consecuencias de la discapacidad no pueden ser imputadas a la persona con discapacidad, sino que dependen y deben ser tenidas en cuenta por las personas capaces, que son las que han de adoptar las medidas para que las personas con discapacidad puedan ejercer una vida personal y social plena. Es misión de las personas sin discapacidad “hacer rampas” o “puentes jurídicos” que faciliten esta inclusión.

3º Porque la incapacitación o la declaración judicial de incapacidad no es el acto jurídico adecuado como determinante de su inclusión en un mismo grupo. La sentencia de incapacitación no tiene sentido desde este prisma ya que, como apunta PAU, “no se trata de proclamar oficialmente la ineptitud jurídica de una persona, sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud”³⁴⁴.

Por todo ello entendemos que las personas con discapacidad no deben ser consideradas como un grupo homogéneo y determinado, al que se le impone un mismo régimen jurídico, y calificadas, solo por esa razón, con un *status* jurídico diferente al de las personas sin discapacidad.

grupos de personas con un mismo régimen jurídico –los nacionales, los extranjeros, los casados, los menores de edad, etc.–.

³⁴³ Estas tres razones las apunta PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, pp. 10-11, que, además, equipara la evolución jurídica de las personas con discapacidad con la que se produjo hace unas décadas con respecto de la mujer casada, que no justificaba su inclusión como “grupo determinado”.

³⁴⁴ PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p. 10.

Existe una gran diversidad de causas de discapacidad, casi tantas como personas con discapacidad. El concepto de discapacidad en general no tiene el mismo grado de homogeneidad en los sujetos afectados por ella, ni la determinación de las medidas de apoyo es la misma para todos los casos; en determinados casos, no es necesaria siquiera ninguna medida de apoyo específica, únicamente tienen reconocida la condición de discapacidad para otros efectos³⁴⁵. No obstante, para poder fijar medidas concretas y adecuadas de apoyo a determinadas discapacidades, será preciso establecer de qué tipo de discapacidad adolece la persona afectada. Además, se ha de prever quién establece la discapacidad y cómo habrá de ser fijada o declarada. Es en este sentido, en la medida en que hay un régimen jurídico común de medidas de apoyo a las personas con discapacidad que lo precisen, donde no se aprecia contradicción acerca de calificarlas como grupo de personas con un específico régimen jurídico.

La Organización Mundial de la Salud, a través de la elaboración de la Clasificación Internacional del Funcionamiento³⁴⁶, clasifica los tipos de discapacidad en:

- a) Discapacidad física (motora o motriz), quienes la padecen ven afectadas sus habilidades motrices. Algunos ejemplos serían limitaciones físicas causadas por parálisis cerebral, por espina bífida, etc.
- b) Discapacidad sensorial, discapacidad relacionada con la disminución de uno o varios sentidos (discapacidad auditiva, visual o multisensorial).
- c) Discapacidad intelectual (mental o cognitiva), que es una disminución en las habilidades cognitivas e intelectuales del individuo. Aquí encontraríamos discapacidades como el retraso mental, el síndrome de Down, etc.

³⁴⁵ Así, por ejemplo, en el ámbito laboral, administrativo o educativo, hay que poner de relieve que existen medidas de asistencia y apoyo reconocidas oficialmente para las personas con discapacidad como las recogidas en la contratación laboral, las gratificaciones, el reconocimiento de prestaciones, etc.

³⁴⁶ La Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF) de la discapacidad y de la salud es considerada referencial al igual que la CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades) y ambas son importantes para la FCI (Familia de Clasificaciones Internacionales). El 22 de mayo de 2001, la clasificación de la discapacidad CIF fue aprobada por los 191 países que integran la OMS. La clasificación de la discapacidad CIF fue una gran iniciativa para poder manejar las políticas públicas a nivel individual y grupal y así poder tener los datos más certeros en lo que se refiere a discapacidad.

- d) Discapacidad psíquica, cuando la persona afectada presenta trastornos por el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanentes. Puede ser provocada por diversos trastornos mentales como la depresión mayor, la esquizofrenia, el trastorno bipolar, de pánico, esquizomorfo y el síndrome orgánico.

Desde un punto de vista jurídico, para determinar los tipos de discapacidad, partiremos de la clasificación que hace el artículo 49 de la Constitución³⁴⁷ y pudiendo distinguir a *grosso modo* tres tipos de discapacidad:

1.- La discapacidad física que atañe básicamente a la movilidad de la persona y que la necesidad de medidas de apoyo está dirigida a facilitar su movilidad y su integración en la vida social ordinaria, así como en la prestación de mejoras en la contratación laboral, gratificaciones o reconocimiento de prestaciones, adaptación de las necesidades específicas de apoyo educativo, etc.

2.- La discapacidad sensorial que incide en los sentidos humanos (básicamente vista y oído) y que puede afectar a la comunicación, pero de ningún modo a la autonomía de la voluntad de la persona, si bien la persona puede necesitar ajustes en la comunicación para manifestar su voluntad.

3.- La discapacidad psíquica o mental que afecta fundamentalmente a la formación de la voluntad del sujeto que la padece, bien porque hay una carencia o inexistencia de voluntad o bien porque hay una limitación mayor o menor en la formación de la voluntad de acuerdo con los límites normales³⁴⁸.

Debemos indicar al respecto que las discapacidades generadas por el natural y biológico envejecimiento de las personas pueden incluirse en uno o varios de los tipos anteriores ya que pueden concurrir varios a la vez.

De esta clasificación constitucional, hay que señalar que mientras que las medidas de asistencia y apoyo destinadas a la ayuda a personas con discapacidad física o sensorial están mayoritariamente contempladas en el

³⁴⁷ El texto constitucional habla de “disminuidos” que, como ya hemos comentado anteriormente, está en proceso de sustitución por otro más acorde al concepto de discapacidad o similar.

³⁴⁸ Esta categoría de discapacidad psíquica o mental englobaría los dos últimos tipos de discapacidad reconocidas por la Organización Mundial de la Salud, es decir, la discapacidad intelectual (mental o cognitiva) y la discapacidad psíquica propiamente dicha (como trastorno por el comportamiento adaptativo).

ámbito del Derecho público³⁴⁹, los sistemas de apoyo asociados a discapacidades que atañen a la formación y la manifestación de la voluntad de la persona afectada son mecanismos regulados básicamente por el Derecho privado, tanto desde la normativa civil como la procesal³⁵⁰. Es, por tanto, la discapacidad psíquica o mental el tipo de discapacidad que contempla el Derecho privado, entre otras cuestiones, por ser aquella en la que la consideración de la formación y la manifestación de la voluntad – bien por ausencia o inexistencia de la voluntad, bien por quedar ésta limitada o restringida para un eficaz y válido ejercicio de sus derechos o por afectar a la posibilidad de comunicación– es fundamental para realizar actos jurídicos válidos con trascendencia personal y patrimonial. En este sentido, las medidas de apoyo en este tipo de discapacidad deben estar encaminadas a la ayuda y el asesoramiento en la formación de la voluntad para una correcta comprensión de los actos que va a realizar, así como en la prestación del consentimiento en sí mismo³⁵¹.

³⁴⁹ Son normas administrativas las que regulan quién establece la discapacidad y cómo habrá de ser fijada o declarada. Ya hemos citado el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad como la norma reglamentaria de referencia al respecto.

³⁵⁰ BARRIFFI, F. J. (2009). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar...”, *op. cit.*, pp. 368-371, propone una distinción entre al menos cinco categorías o grupos de personas respecto de las cuales el derecho presume una falta de autonomía de la voluntad –queda excluido de esta clasificación el grupo de personas con discapacidades meramente físicas, a las que en todo caso las medidas de apoyo serán aquellas ayudas reconocidas oficialmente para las personas con discapacidad como ayudas a la movilidad, a la integración social, etc.–, y que, a la luz de lo estipulado en la Convención de Naciones Unidas, requieren una revisión de las respuestas jurídicas vigentes:

1. Personas con discapacidades mentales, también llamadas discapacidades psicosociales, que presuponen la falta de autonomía de la voluntad en el sujeto y puede justificar el internamiento y los tratamientos médicos en contra de la voluntad de la persona.
2. Personas con discapacidades intelectuales, cuyo rasgo característico es un nivel de funcionamiento intelectual menor del normal. En este grupo de personas, la voluntad queda en muchos casos limitada o restringida judicialmente para un eficaz y válido ejercicio de sus derechos.
3. Personas con discapacidades sensoriales, es decir, aquellas personas con una discapacidad que incide en los sentidos humanos (básicamente vista y oído), que puede afectar a la comunicación, pero de ningún modo a la autonomía de la voluntad de la persona, si bien estas personas pueden necesitar ajustes en la comunicación para manifestar su voluntad.
4. Personas con discapacidades generadas por el envejecimiento, con necesidades específicas diferentes a las establecidas en los tipos anteriores.
5. Personas con discapacidades referidas a ausencia o inexistencia de voluntad (Alzheimer, autismo, etc.) en donde la sustitución en la toma de decisiones se presenta como la única opción viable.

Si bien indica que “las categorías señaladas no sólo carecen de rigor médico, jurídico o sociológico..., no obstante, permiten ilustrar la complejidad de la relación entre autonomía de la voluntad y la discapacidad”.

³⁵¹ En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 35, apunta que son muchas las discapacidades que interesan al Derecho pero que “desde el punto de vista del Derecho privado, las que más interesan, y las que determinan la necesidad

Se puede deducir por tanto que, desde una óptica jurídica, lo trascendente para determinar la discapacidad psíquica en una persona –y la necesidad de proveer una serie de medidas de apoyo– debe ser la formación y la manifestación de la voluntad para realizar actos jurídicos con trascendencia personal y patrimonial.

Por otra parte, y a efectos de la clasificación de la discapacidad, debemos tener en cuenta que, a día de hoy, sigue vigente en el ordenamiento jurídico español la normativa civil y procesal relativa a la incapacitación judicial, basada en las tres condiciones básicas establecidas para que pueda considerarse causa de incapacitación; éstas son:

1º Que la persona adolezca de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, señalando la norma ambos aspectos, físico y/o psíquico, abarcando con ello todos los supuestos posibles de discapacidad³⁵².

2º Que esa enfermedad o deficiencia sea persistente, es decir, que tienda a prolongarse en el tiempo y justifique la incapacitación como medida de protección³⁵³.

de disponer de determinados mecanismos de apoyo y protección [...] son las discapacidades atinentes a la capacidad natural de autogobierno, porque ellas son las que afectan a las posibilidades de participar activamente en la vida jurídica: esto se refiere principalmente a las discapacidades psíquicas, y en mucho menor grado (me atrevería a decir que solo excepcionalmente) a las discapacidades sensoriales o físicas, las cuales habitualmente no afectan a la capacidad natural de conocer y querer”. También opina lo mismo GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (2011). “Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad”, *Estudio sobre Dependencia y Discapacidad* (dir. M. C. García Garnica). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 58.

³⁵² Según señala PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 431, aunque la enfermedad o deficiencia proceda de una causa física, ésta “debe converger siempre en un significado fundamentalmente psíquico”, siendo determinante de la incapacitación la imposibilidad de autogobierno. En este sentido, la STS de 31 de octubre de 1994 (Roj: STS 7016/1994) consideró que la demandada poseía conciencia suficiente para poder gobernarse por sí misma manteniendo su capacidad volitiva, aunque tuviese dificultades ambulatorias y dificultades en su expresión por afasia (FJ 1º). Sin embargo, otra parte de la doctrina señala que los trastornos físicos que impidan totalmente la comunicación pueden ser considerados supuestos que producen el resultado de falta de autogobierno, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1986). “Comentario al artículo 200...”, *op. cit.*, p. 179. Otros estiman que la falta de autogobierno “puede residir también en un elemento físico o biofísico de la persona, de modo que dicho elemento o circunstancia puramente física le impida de hecho gobernarse por sí misma no obstante conservar intactas sus cualidades psíquicas”, en palabras de GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

³⁵³ Según doctrina del TS, en sentencia de 19 de febrero de 1996 (Roj: STS 1055/1996), a propósito de la producción de efectos de la sentencia de incapacitación, los supuestos de incapacitación del artículo 200 del CC deben ser constantes, “lo que hay que entender como de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado” (FJ 1º). Por otro lado, en jurisprudencia más reciente del Alto Tribunal en sentencia de 21 de junio de 2018 (Roj: STS 2319/2018), citando a la sentencia núm. 683/1999, de 26 julio “se remite a la doctrina sentada por la de 1 de febrero de 1986, la cual no consideró obstáculo para la aplicación del

3º Que esa enfermedad o deficiencia impida a la persona gobernarse por sí misma, siendo este requisito el fundamento último de las causas de incapacitación³⁵⁴, por la necesidad de apoyo, ayuda o protección a la persona afectada.

La falta de autogobierno de la persona, tanto en el ámbito personal como patrimonial, es quizás la condición determinante para considerar la discapacidad en sentido amplio, apareciendo esta condición en los diferentes tipos de discapacidad, tanto física, sensorial como psíquica o mental. Pero en un sentido más estricto y en relación con la eficaz y válida capacidad de ejercitar por uno mismo sus derechos, se ha de diferenciar si existe la denominada capacidad natural de autogobierno o se carece de ella. Así, hay por un lado personas con discapacidad y capacidad natural de autogobierno, cuya condición de discapacidad no requiere en absoluto la necesidad de apoyos o ayudas jurídicas –sí que podrían necesitar apoyos o ayudas físicas, psíquicas o sociales–, y por otro lado personas con discapacidad sin capacidad natural de autogobierno, en

artículo 200 CC el que la situación de incapacitación no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia ésta que se ha de tener en cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Añade que «en suma, lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3.º CC).» Añade el alto Tribunal “en cuanto a la necesidad de que la persistencia de la anomalía impida el autogobierno de la persona, se afirma asimismo en la STS 282/2009, de 29 de abril, que «debe destacarse en este punto la importancia de la valoración que el Juez haga de los informes o dictámenes periciales, pues se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación, ya que los avances de la medicina en el terreno psiquiátrico permiten hoy un comportamiento normal a enfermos que hace unos años hubieran sido condenados a largas estancias, cuando no reclusiones de por vida, en establecimientos psiquiátricos; de donde se infiere que el carácter persistente de la enfermedad no sea suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse a sí mismo...». El hecho de que sea posible la mejora de la situación de la recurrente no afecta a la declaración de incapacidad atendiendo a las circunstancias actuales, si bien el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida» (FJ 2º).

³⁵⁴ Como señala GARCÍA PONS (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 63-64, “el impedimento de gobernarse por sí mismo resulta esencial, pues, aunque la deficiencia, discapacidad o enfermedad sea persistente en el tiempo, ello no será suficiente para declarar judicialmente la incapacitación si no impide a la persona gobernarse por sí misma”.

cuyo caso sería aconsejable la determinación de medidas jurídicas de asistencia y apoyo –no necesariamente medidas judiciales– para la ayuda en la toma de decisiones que afecten a su ámbito personal y/o patrimonial.

Estas personas con discapacidad y sin capacidad natural de autogobierno, a su vez, pueden clasificarse en:

- a) Personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, en cuyo caso la intervención judicial es utilizada como medida de apoyo y asistencia para el gobierno de su persona y/o patrimonio. La necesidad de un procedimiento de incapacitación –o de modificación de la capacidad– con la consiguiente sentencia o resolución judicial es lo que va a permitir que un concepto tan amplio como el de discapacidad pueda requerir la necesidad de medidas de protección y apoyo desde un punto de vista estrictamente judicial a aquellas personas con algún impedimento para gobernarse por sí misma, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial³⁵⁵.
- b) Personas con discapacidad no incapacitadas judicialmente, pero afectadas de una falta de capacidad natural –lo que se ha denominado “incapacidad natural”. A falta de incapacitación judicial, rige la regla general del artículo 322 CC de presunción de capacidad plena de las personas mayores de edad³⁵⁶. Es en este contexto donde debe aplicarse la protección dada legalmente a través de la ineficacia declarada de los actos jurídicos realizados por falta de consentimiento válido, pero ello genera una mayor inseguridad jurídica en la contratación con terceros³⁵⁷.

³⁵⁵ Hasta ahora la incapacitación judicial modifica el estado civil del sujeto afectado por esa resolución judicial al ser inscrita la modificación de su capacidad de obrar en el Registro civil, dando publicidad registral a esa condición y una mayor seguridad jurídica en la contratación con terceros.

³⁵⁶ El artículo 322 CC dispone que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, por lo que se podrá demostrar la incapacidad natural de una persona en un acto jurídico determinado –al tiempo de pretender mantener su capacidad, sin necesidad de tener una declaración judicial al respecto–, que determine la ineficacia de ese acto jurídico realizado bajo la afección de una incapacidad natural.

³⁵⁷ Esto puede provocar una clara situación de indefensión ya que ante esta incapacidad no reconocida oficialmente –por ninguna resolución *ad hoc*– y a pesar de que las limitaciones a la capacidad de las personas deben ser aplicadas de forma restrictiva en aras a la protección de las personas, en algunos casos, en palabras de ROVIRA SUEIRO, M.E. (2016). *Instrumentos de protección...*, *op. cit.*, p.29, “una interpretación estricta de los límites a la capacidad de obrar –o, lo que es lo mismo, una interpretación a favor de la mayor capacidad– no puede admitirse cuando se extiende más allá de lo razonable cuando existen fundados indicios para presumir precisamente todo lo contrario; esto es, cuando la falta de discernimiento es una evidencia”.

A este respecto, con el término genérico de “incapacitados” se ha hecho referencia al primer subtipo –personas con discapacidad incapacitadas judicialmente– mientras que con el término “incapaces” se ha hecho referencia al segundo –personas con discapacidad en relación con su falta de capacidad natural. En multitud de ocasiones se han utilizado indistintamente ambos términos, conduciendo inevitablemente a la confusión terminológica, siendo en muchos casos las propias normas las que emplean inadecuadamente la expresión “incapaces” –junto con la de “menores”³⁵⁸–, aunque en otros casos se considerará la palabra empleada en sus propios términos, es decir literalmente³⁵⁹.

En relación con la circunstancia de falta de autogobierno en la persona, hay un tercer grupo de personas sin discapacidad –al menos sin reconocimiento expreso de su discapacidad– consideradas “vulnerables” o “frágiles” por tener un autogobierno limitado. En tanto en cuanto no tienen reconocida la discapacidad mediante resolución administrativa, ni tienen modificada su capacidad por resolución judicial, únicamente podrá ser considerada su condición de incapacidad natural en aquellos actos que les perjudiquen personal o patrimonialmente.

Por lo que se refiere a las personas con discapacidad intelectual, éstas pueden ser personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, personas con discapacidad no incapacitadas judicialmente, pero afectadas de una “incapacidad natural”, o incluso ser consideradas personas con discapacidad, pero consideradas con una cierta capacidad natural, al estilo de la capacidad

³⁵⁸ A modo de ejemplo, el artículo 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, establece que “1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. A este respecto, fue el Tribunal Constitucional en sentencia de 16 de diciembre de 2013 quien, en la valoración de si existía o no consentimiento expreso, consideró que no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad. El Tribunal consideró necesario superar la percepción objetiva de incapacidad y partir de la premisa obvia de que “cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar”.

³⁵⁹ Así lo indica ROVIRA SUEIRO, M.E. (2016). *Instrumentos de protección...*, *op. cit.*, pp. 26-27, señalando que otras veces “se hará abstracción de la literalidad y serán tenidos como sinónimos, y, por lo tanto, intercambiables”, aunque concluyen que “hay que optar por la interpretación que resulte más favorable a los derechos fundamentales de la persona”.

natural de los menores de edad, que se valora de acuerdo a sus condiciones de madurez.

Aplicando los criterios de la Convención y teniendo en cuenta que las personas con discapacidad intelectual tienen naturalmente plena capacidad jurídica, pero pueden tener alguna dificultad para el ejercicio de esa capacidad jurídica –entendido este ejercicio lo que tradicionalmente se ha considerado como capacidad de obrar– podemos concluir, en palabras de PAU PEDRÓN, que personas con discapacidad intelectual son aquellas “con alteraciones intelectuales que inciden en la formación de una voluntad plenamente consciente y libre”, poniendo asimismo de manifiesto que “la discapacidad que había quedado sin regular conforme a los principios de la Convención era la discapacidad intelectual”³⁶⁰. Es por ello por lo que en este trabajo vamos a centrarnos en este tipo de discapacidad, tratando y analizando los diferentes mecanismos jurídicos de asistencia y apoyo necesarios para conseguir una adecuada formación de una voluntad íntegra y libre. Es justamente en este tipo de discapacidad donde son más necesarios los mecanismos de apoyos para una igualdad jurídica lo más plena posible.

2. El sistema de guarda y protección regulados por el Código Civil a partir de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma en materia de tutela

Los ordenamientos jurídicos tradicionalmente han considerado que una persona, por su condición o situación, podía tener limitada su capacidad de obrar, no pudiendo realizar determinados actos jurídicos por sí sola, y al mismo tiempo han previsto una serie de instituciones o mecanismos de guarda y protección que, dependiendo de la trascendencia de esa limitación, puedan suplir o asistir a aquella. Estas restricciones o limitaciones a la capacidad de obrar de la persona han podido reconocerse en determinadas personas como el menor de edad, el menor emancipado, el incapacitado y el pródigo, y debían ir acompañadas de un tipo de protección que asistía en el ejercicio de sus derechos y obligaciones y cuidara, cuando así se precisaba, de su persona y

³⁶⁰ PAU PEDRÓN A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p. 6.

bienes³⁶¹. Esta protección viene reconocida en el ordenamiento jurídico a través de las llamadas instituciones tuitivas de guarda y protección.

A este respecto, las instituciones tuitivas de guarda y protección permiten la realización de actos jurídicos por parte de personas con capacidad de obrar limitada, –en terminología actual, con capacidad modificada judicialmente–, a través de las figuras contempladas jurídicamente para su guarda y protección, sin que ello suponga, en algunos casos, la sustitución total de la persona sujeta a protección y sólo en aquellos actos en los que ésta no puede realizarlos por sí misma³⁶².

Es el Derecho Civil el que tradicionalmente se ha ocupado del estudio y de la regulación de las figuras de protección en el ámbito de las necesidades de la persona en relación con su capacidad de obrar, y ha dividido en dos categorías de sujetos debido a esa necesidad de protección. Por un lado, el grupo de los menores de edad cuya necesidad de protección, tanto personal como jurídica, es natural y evidente desde su nacimiento, si bien el menor va adquiriendo, gradualmente, con la edad, capacidades para su desarrollo individual y autónomo. Por otro lado, las personas con necesidad de una protección especial, adecuada a la restricción o limitación de su capacidad de obrar –entendida ésta como la falta o limitación en su autogobierno–, y normalmente declaradas incapacitadas por sentencia judicial.

La redacción originaria del Código Civil de 1889 configuraba un sistema de unidad de instituciones de guarda –denominada “unidad de guarda legal”–, con regulación sólo de la tutela, completada con el protutor y el consejo de familia

³⁶¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2003). *Derecho Civil...*, op. cit., p. 244.

³⁶² Tratándose de las limitaciones de la capacidad por razón de edad, los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez, pueda ejercitar por sí mismo (artículo 162 apartado 2, 1º CC para los hijos sometidos a patria potestad); o en los supuestos de persona con capacidad modificada judicialmente, para aquellos actos que pueda realizar por sí solo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación (artículo 267 CC para los sometidos a tutela).

como órganos de vigilancia³⁶³, denominado como “tutela de familia”³⁶⁴, en la que ésta asumía el papel preponderante, reservándose para la autoridad judicial una función subsidiaria y periférica³⁶⁵. De forma resumida y siguiendo a LACRUZ BERDEJO³⁶⁶, las características generales de la regulación originaria del Código Civil en esta materia pueden plasmarse en las siguientes notas:

- a) Unificación de las instituciones de guarda en la figura de la tutela³⁶⁷.
- b) Tutela compuesta por el tutor, el protutor y el consejo de familia.

³⁶³ La redacción originaria del artículo 199 establecía que “el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos”, por lo que se declaraba como objeto de la tutela la guarda de los que “no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos”, es decir, que, aunque debía “preceder la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes” (redacción originaria del artículo 213), no quedaba claro cuál era “el procedimiento para llevar a cabo la incapacitación, porque tampoco había normas al respecto en las leyes procesales”, PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 427. La tutela se ejercía “por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia”, según establecía el originario artículo 201.

³⁶⁴ Se denominaba “tutela de familia” porque la protección del incapacitado recaía en ella a través de las figuras del consejo de familia, del tutor y del protutor. Es la STS de 28 de abril de 1965 (Roj: STS 3273/1965) la que reconoce, en su primer Considerando, que “el Código Civil ha instaurado el sistema llamado de tutela de familia”, señalando así mismo que la Autoridad Judicial “ejerce por el contrario, una intervención más bien limitada y transitoria (...), si bien la Ley le atribuye funciones importantísimas y a fondo”, concluyendo en el segundo, que “es igualmente indudable que el organismo constitutivo de la misma se halla integrado no sólo por el tutor, el protutor y el consejo de familia, sino, además, por la Autoridad Judicial”.

³⁶⁵ Esta es la expresión que utiliza MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. (2000). “Apoderamientos preventivos y autotutela”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (dir. R. Martínez Díe). Ed. Civitas, p. 121, que añade, además, que “la designación de tutor hecha por las personas facultadas para ello por la legislación se imponía de forma automática (claramente en el caso de los menores, con mayores dudas en el de los incapacitados), y el control de la actuación del tutor se llevaba a cabo a través de órganos de composición familiar (básicamente, el consejo de familia)”. Sin embargo, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (1984). *El nuevo régimen de la familia III. Tutela e instituciones afines*. Ed. Cuadernos Cívitas, Madrid, pp. 24-25, en una de las primeras monografías sobre el nuevo régimen jurídico de la tutela a raíz de la reforma en 1983 de este sistema originario del Código civil, atribuye funciones, algunas importantes, a la autoridad judicial, como las señaladas en los derogados artículos 203, 243, 293, 310, etc. del Código originario. Señala también que el Tribunal Supremo, por su parte, “se ocupó de matizar los inconvenientes inherentes al posible exceso de autoridad familiar (SS de 5 de marzo de 1947 y 2 de julio de 1953; también, la Dirección General de Registros en R. 3 de mayo de 1946) y de resaltar el predominio del interés público en la institución tutelar (S. de 6 de febrero de 1968)”. Al respecto cabe destacar la importante función de la autoridad judicial en la tutela, a pesar de ser considerada como “tutela de familia”, como ha quedado señalado en la STS de 28 de abril de 1965.

³⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (1984). *El nuevo régimen de la familia...*, *op. cit.*, pp. 25-26.

³⁶⁷ El autor citado señala que “la pretendida unidad en el Código era sólo aparente y formal, tras la que se escondía una efectiva pluralidad”, ya que recogía una gran variedad de particularismos, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (1984). *El nuevo régimen de la familia...*, *op. cit.*, p. 50.

- c) Consideración como tutela de familia, frente a la llamada tutela de autoridad, si bien con atribución de importantes funciones a la autoridad judicial³⁶⁸.
- d) Diversidad en el contenido de la tutela dependiendo de los distintos tipos de incapacitación y de particularismos, desde la tutela de menores a la de pródigos o interdictos³⁶⁹.

Esta forma de protección no fue lo suficientemente adecuada ya que, en la mayoría de los supuestos, se promovía la incapacitación de la persona cuando ésta era titular de un cierto patrimonio e interesaba su administración legal por parte de los familiares del afectado. El aspecto personal de la protección del sujeto quedaba referido, en el mejor de los casos, a la custodia y a los cuidados ofrecidos por la familia, o, en otros casos, al internamiento en dependencias especiales; parecía que el legislador sólo se preocupaba por proteger el aspecto patrimonial, descuidando por completo el aspecto personal del protegido, o que se protegía más los intereses de la familia que los del tutelado³⁷⁰.

Aunque este sistema de protección no era deficiente en todas las situaciones, las importantes disfunciones que la realidad ofrecía y su escasa flexibilidad llevaron primero a la doctrina³⁷¹, también tímidamente a la jurisprudencia³⁷², y

³⁶⁸ Incluso se llegó a considerar doctrinalmente que el Código adoptaba un sistema mixto, intermedio entre la tutela de familia y la de autoridad.

³⁶⁹ Debemos apuntar que el párrafo 2º del artículo 32 establecía originariamente que “la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero”. Afortunadamente, la reforma del CC de 1983 suprimió tal párrafo ya que, en palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984). “Las líneas de inspiración de la reforma...”, *op. cit.*, p. 1420, “era un adefesio”. Este autor, inspirador de esta ley de reforma del CC en materia de tutela, expresa que nada se ha perdido con su supresión ya que “equiparaba demencia e imbecilidad y utilizaba el insólito término de «restricciones de la personalidad» como excepción a la regla de que la personalidad sólo se extingue por la muerte”.

³⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (1984). *El nuevo régimen de la familia...*, *op. cit.*, p. 30, cita a Díez-Picazo y colaboradores.

³⁷¹ Significativo fue el estudio para la reforma del Código Civil en materia de tutela realizado por DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., ROGEL, C., CABANILLAS, A., y CAFFARENA, J. (1977). *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*. Ed. Fundación General Mediterránea, Madrid, p. 9, en donde declaraban la inadecuación que se producía entre la realidad social y el ordenamiento jurídico respecto a la normativa aplicable a la tutela, que había permanecido prácticamente inalterada desde la promulgación del Código Civil en 1889. Por otra parte, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (1984). *El nuevo régimen de la familia...*, *op. cit.*, pp. 26 y ss., expone un apartado crítico con el régimen de tutela en la regulación originaria del Código Civil.

³⁷² La pionera STS de 5 de marzo de 1947 admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación, si bien una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la

luego al legislador, impulsados por la presión de determinados sectores sociales del momento³⁷³, a proponer la modificación de la tutela y dirigirla hacia un sistema de pluralidad de instituciones de guarda y protección³⁷⁴.

Esta modificación fue llevada a efecto por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela³⁷⁵, en concreto modificando los Títulos IX –“De la incapacitación”– y X –“De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”– del Libro I del Código Civil. Ello fue un punto de inflexión importante en la regulación legal del concepto de incapacitación y de las causas establecidas para ello.

A partir de esta reforma de 1983 en materia de tutela, el Derecho español se inclinó por un sistema formal e institucional de protección de las personas con incapacidad. Con ella, se trata de organizar la protección integral del futuro

incapacitación a la realidad social; también estableció el criterio de que las instituciones protectoras de las personas que lo necesitasen habían de ser adecuadas a las situaciones contempladas en cada caso sin incurrir en exceso ni en defecto.

³⁷³ Fue el apremio de asociaciones de padres y de familias afectadas, la que dio origen a los movimientos reivindicativos de una reforma legal en materia de la tutela. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984). “Las líneas de inspiración de la reforma...”, *op. cit.*, pp. 1418-1419, describe las diferentes razones y causas que impulsaron esta reforma. Llama la atención como plantea la discapacidad psíquica –“la subnormalidad”, en sus propios términos– como una tragedia para la sociedad “que no sabe lo que hacer con él por mucho que se esfuerce en la educación especial o en los trabajos adecuados pero cuando llega la adolescencia, o, en nuestros días, incluso a la edad adulta, se convierte en un problema insoluble. Lo es para los padres obviamente. Y lo es, después, cuando los padres faltan”.

³⁷⁴ Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984). “Las líneas de inspiración de la reforma...”, *op. cit.*, p. 1420, antes de la reforma existía la dificultad de distinguir en el Código la tutela de los locos y dementes de la tutela de subnormales u oligofrénicos y era discutible que existiera “una tutela de los subnormales como figura distinta de la tutela de los locos”. Unos años más tarde, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1999). “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, pp. 981-982, pone de manifiesto que una de las pretensiones de la reforma de 1983 “fue suprimir las más señaladas rigideces del Derecho anterior” en el sentido de que, si bien, con anterioridad, las intervenciones públicas eran “sólo para los violentos en la medida en que ponen en peligro la situación de los demás”, ahora interesa “no el aspecto público, o de internamientos por necesidad pública, sino el del tratamiento de la persona”. De ahí las acertadas nuevas perspectivas del Derecho de las personas.

³⁷⁵ El origen y la fuente de inspiración de esta ley fue el Anteproyecto privado elaborado por un grupo de profesores del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, dirigidos por el profesor Díez-Picazo y presentado por la Fundación General Mediterránea, en colaboración con el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM), materializado en el “Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela” antes citado. El objetivo de esta investigación no era otro que, en sus propios términos, “potenciar la inquietud en torno a la tutela del subnormal, sometiendo a la opinión pública en general y a las instituciones y órganos responsables o interesados, un planteamiento que abra cauces de posible solución, bien sea por aceptación o por contraste”, DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., ROGEL, C., CABANILLAS, A., y CAFFARENA, J. (1977). *Estudio para la reforma...*, *op. cit.*, p. 10.

incapaz, abarcando tanto las cuestiones patrimoniales como los posibles problemas personales en su realización como persona³⁷⁶.

Una de las novedades que en su momento supuso esta ley de reforma en la materia de tutela fue la sustitución del sistema de organización de la protección del incapacitado que pasó de ser un sistema de tutela de familia a un sistema llamado de autoridad judicial, en el cual es ésta, a través del Juez, del proceso judicial y de la intervención del Ministerio Fiscal, la que garantiza los derechos del presunto incapaz, siendo la autoridad y el procedimiento judicial los garantes de la libertad de la persona³⁷⁷. Hay que destacar que será la sentencia de incapacitación –la resolución judicial y no cualquier otra– la que pone fin al proceso, recayendo en ella el eje sobre el cual gira la declaración de incapacitación.

También fue introducida por la Ley 13/1983 la posibilidad de declarar incapacitados a los menores de edad “cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”, según dispone el artículo 201 CC que, en relación con el artículo 171, permite, por un lado, la figura de la patria potestad prorrogada para los hijos menores, incapacitados durante su minoría de edad, al llegar éstos a la mayor edad; y, por otro lado, la patria potestad rehabilitada para el hijo mayor de edad soltero, que haya sido incapacitado y que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad.

A grandes rasgos, se pueden resumir las características de esta reforma en los siguientes puntos:

1º El reformado artículo 200 CC consagra un concepto amplio y genérico de las causas de incapacitación ya que dispone, como hemos señalado anteriormente, que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

³⁷⁶ Descripción y apreciaciones críticas a la Ley 13/1983 en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (1984). *El nuevo régimen de la familia...*, op. cit., pp. 47-55.

³⁷⁷ TORRES GARCÍA, T.F. (2015). “La incapacitación: De Don Federico de Castro...”, op. cit., p. 393, considera que con ello se resaltan prioritariamente los intereses personales del presunto incapaz frente a los meramente económicos del anterior artículo 207 del Código Civil.

Es una forma abierta de enumerar las causas de incapacitación³⁷⁸, únicamente condicionada por el requisito de la falta de autogobierno. Se impide de esta forma que se amplíen –doctrinal o jurisprudencialmente– los supuestos en que una persona pueda ver restringida su capacidad.

2º Se pasa de un sistema de unidad institucional –la tutela– a un sistema de pluralidad de guarda legal ya que se elimina el carácter único que tenía la tutela como órgano de protección, constituyendo la guarda de los incapacitados sobre tres cargos: el tutor, el curador y el defensor judicial. Una de las novedades de la reforma más llamativa es, en palabras de DIEZ-PICAZO, “la resurrección de la curatela”³⁷⁹, desaparecida de nuestro ordenamiento jurídico en 1889 con la entrada en vigor del Código Civil, dándole el carácter de institución de guarda legal pero con un valor asistencial y no representativo.

3º El régimen de tutela familiar establecido anteriormente se traduce en un régimen de tutela de autoridad, en el que todo el sistema de controles y autorizaciones que antes correspondían al consejo de familia pasan a la autoridad judicial³⁸⁰. Es ahora el juez el que, al dictar la sentencia de incapacitación, fija y determina la extensión y límites de la incapacidad, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

En palabras de PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, “no cabe duda de que esta Ley 13/1983 representó un salto de calidad importante en todo lo relativo a la protección de las personas que sufrían alguna incapacidad que les inhabilitase –total o parcialmente- para autogobernarse”³⁸¹.

³⁷⁸ La redacción originaria del artículo 200 del Código Civil dictaminaba, en una enumeración taxativa de supuestos, que: “Están sujetos a tutela: 1.º Los menores de edad no emancipados legalmente. 2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir. 3.º Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos. 4.º Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil”.

³⁷⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984), “Las líneas de inspiración de la reforma...”, *op. cit.*, p. 1424.

³⁸⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (1984). *El nuevo régimen de la familia...*, *op. cit.*, pp. 50-51, apunta que “nadie añorará las suprimidas figuras del protutor y Consejo de familia, cuyo fracaso en la práctica resulta evidente y probado”.

³⁸¹ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 58-60, pero continúa señalando que “el legislador de 1983 se mostró bastante timorato, a la hora de dar entrada a algunas figuras, como la incapacitación voluntaria y la autotutela, cuyo establecimiento fue planteado en las Cortes con ocasión de la discusión parlamentaria de esta Ley, pero que todavía debieron esperar veinte años, hasta que cobraron carta de naturaleza como

La citada reforma del Código civil de 1983 reestructuró el Título IX del Libro Primero, que rubricó como “De la incapacitación”, y el Título X del mismo Libro Primero, denominándolo “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados” (artículos 215 a 316). Es en este último Título donde se establece en el primer artículo del Capítulo I, destinado a disposiciones generales, –el artículo 215–, un sistema de guarda y protección a menores o incapacitados al dictaminar que “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial”³⁸². Y continúa la regulación de este capítulo refiriéndose conjuntamente al régimen jurídico general de la tutela, la curatela y del defensor judicial como formas de guarda y protección de menores o incapacitados, entre otras cuestiones, a que las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, a que las resoluciones judiciales sobre estos cargos tutelares habrán inscribirse en el Registro Civil y a determinar las prohibiciones de quien desempeñe algún cargo tutelar (artículos 216 a 221).

Característica común a estas medidas de guarda y protección, a excepción de ciertos supuestos de tutela –los referidos a las tutelas administrativas–, es su constitución como cargos de origen judicial, es decir, son instituidos mediante una resolución judicial que trata de adecuarse a las concretas circunstancias de cada persona.

Otra de las características comunes a los distintos tipos de guarda y protección es su finalidad, no sólo asistencial y de protección a la persona con esa necesidad, sino la consecución del pleno y libre desarrollo de su personalidad – de acuerdo con lo establecido en los artículos 10.1 y 49 de la Constitución Española–, con pleno respeto a su dignidad así como a su identidad y a los

consecuencia de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.” Esta argumentación la hace Pérez de Vargas en defensa de las dos figuras que, a su juicio, han potenciado extraordinariamente la autonomía personal, como son la autotutela y los denominados poderes preventivos.

³⁸² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984), “Las líneas de inspiración de la reforma...”, *op. cit.*, p. 1424, alude a que la distinción que recoge el artículo 215 “tiene el valor de un principio de carácter organizativo, de acuerdo con la intensidad de las situaciones”.

derechos inviolables que le son inherentes³⁸³. Así mismo se caracterizan porque la actuación de las personas que ostenten estos cargos tutelares debe ser en beneficio e interés de la persona a la que asisten y protegen, en función de lo establecido por el artículo 216 CC que, en su apartado 1º, señala que “las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”³⁸⁴.

Es también común que la constitución de estos cargos tutelares vaya seguida de la correspondiente inscripción en el Registro Civil para su constancia registral. Así, según dispone el apartado 1 del artículo 218 CC, “las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil”³⁸⁵, es decir, el nombramiento del cargo o cualquiera de sus modificaciones (remoción, excusa o extinción) deben ser inscritas, si bien según señala el apartado 2 “no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones”, por lo que la inscripción es solo a efectos de terceros de buena fe, sin tener efectos constitutivos³⁸⁶. Ello sin perjuicio del carácter obligatorio de la inscripción derivado de lo establecido en el artículo 219 en virtud del cual “la inscripción de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, se practicará en virtud de la testimonio remitido al Encargado del Registro Civil”³⁸⁷.

³⁸³ Esta cuestión fue tratada por la citada STC 174/2002, de 9 de octubre que declaró que “en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre al libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la Ley (artículo 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv)” (FJ 5º).

³⁸⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 219, los concibe como “auténticas potestades” y “como derechos que están al servicio de una labor de protección del incapacitado” sin servir a los intereses de sus titulares, de manera análoga a la patria potestad. Ha de indicarse que el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela o guarda (extensible a los supuestos de curatela y del defensor judicial) se halla tipificado penalmente en los artículos 226 y ss. del Código penal.

³⁸⁵ En ese mismo sentido, lo establecía el antiguo artículo 1. II. 8º de la antigua ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, y lo establece actualmente el artículo 4, apartado 11, de la nueva Ley del Registro Civil –Ley 20/2011, de 21 de julio, con en vigor el 30 de junio de 2020– al indicar que son inscribibles “...11.º La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones”.

³⁸⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 220.

³⁸⁷ Esta es la nueva redacción dada por la modificación del artículo 219 por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Por otro lado, también tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares³⁸⁸.

La opción de una pluralidad de órganos tutelares en donde la posibilidad de graduación de la incapacitación en la sentencia que la constituya permite acomodar el sistema de protección a las características individuales de cada persona tuvo, en un principio, una crítica positiva y fue bien acogido³⁸⁹. Por otro lado, la necesidad de un proceso judicial con la imprescindible intervención de la autoridad judicial dota al sistema de una importante dosis de seguridad y control³⁹⁰.

Esta forma de protección, que en la actualidad sigue funcionando, ha sido calificado como un sistema abierto, flexible y seguro y la incapacitación ha sido considerada como un adecuado mecanismo jurídico de protección, ayuda y apoyo a la persona que, por determinadas causas persistentes que le impidan su autogobierno, necesita de tal asistencia jurídica. La existencia y necesidad de un proceso judicial, y de su culminación en una sentencia para constatar ciertas limitaciones en la capacidad de obrar de la persona, han asegurado un sistema garantista en el cambio de su estado civil, sometiendo a la persona al sistema de guarda legal institucionalizado básicamente en las figuras de la tutela o de la curatela.

³⁸⁸ El artículo 73 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil dispone, en relación con la inscripción de tutela, curatela y sus modificaciones, que: “1. Se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador. Asimismo, tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares. 2. Dichas resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones.”

³⁸⁹ VERDERA SERVER, R. (2019). *Lecciones de Derecho Civil Derecho Civil I*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 293, hace una crítica al respecto apuntando que se podía haber previsto “una única institución de contenido sumamente flexible”, en vez de establecer una pluralidad de instituciones.

³⁹⁰ “La sustitución de la familia por la autoridad judicial en cuanto a la organización y control de la tutela nunca ha acabado de ser completa, ya sea por el ámbito de intervención de la familia al seguir permitiendo el propio régimen del CC la designación por los padres de las personas que habrán de encargarse de los cargos tutelares, de la organización del funcionamiento de la tutela o guarda, y el establecimiento de mecanismos de control (artículos 223 y ss.), si bien sometido todo ello a la aprobación u homologación por la autoridad judicial, que es la que decide en último término acerca de todos estos extremos, y da posesión de su cargo al tutor nombrado, pudiendo incluso excluir todas las previsiones paternas, si estima que no serían beneficiosas para el tutelado”, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. (2000). “Apoderamientos preventivos y autotutela”, *op. cit.*, p. 122. En este sentido, el autor alude al papel preponderante de la familia en el sistema aragonés y al sistema calificado como de familiar atenuado en el Derecho catalán.

No obstante y a pesar de estas ventajas, en la realidad práctica se ha observado que son pocos los casos en los que se insta un proceso judicial, por ser para algunos una medida demasiado drástica y costosa que obstaculiza un resultado efectivo, con lo que la protección prevista por el ordenamiento jurídico puede dejar de ser eficaz³⁹¹. Por ello, y siguiendo a PARRA LUCÁN³⁹², “el paso del tiempo ha puesto de relieve cómo el sistema institucional de la incapacitación y el consiguiente sometimiento del incapacitado a un sistema de guarda (tutela, curatela) adolece de una rigidez y de una falta de flexibilidad que lo hace insuficiente para proteger a las personas que necesitan protección”.

Sin perjuicio de que más adelante trataremos la visión de este sistema de protección de acuerdo con los cánones actuales, pasaremos a exponer a continuación, de manera individualizada, el tratamiento jurídico que de cada una de ellas da nuestro ordenamiento jurídico que a día de hoy sigue estando vigente.

2.1. La tutela y la curatela como instituciones tradicionales de guarda y protección

Como ya hemos señalado con anterioridad, el ordenamiento jurídico español garantiza la protección de las personas con discapacidad exigiendo que cualquier limitación a su capacidad deba tratarse en un procedimiento judicial en el que se acredite que concurre causa para ello y se adopte un régimen de protección y guarda adaptado a las necesidades de la persona. En este sentido, el actual procedimiento de modificación de la capacidad es una de las vías para resolver la necesidad de adaptación de la persona en aquellos casos en los que la enfermedad o deficiencia persistente le impida gobernarse por sí misma, de acuerdo con los artículos 199 y 200 del Código Civil. Será la sentencia que declare la incapacitación la que determine la extensión y los límites de dicha

³⁹¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, p. 347.

³⁹² PARRA LUCÁN, M.A. (2015), “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 428, que aporta datos estadísticos al respecto.

incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda al que habrá de quedar sujeto el incapacitado (artículo 760.1 LEC).

Dado que la sentencia debe graduar la incapacidad, determinando su extensión y sus límites, será el criterio judicial el que decida, de entre esta pluralidad de instituciones de guarda, el régimen concreto más acorde a la situación específica de la persona, adecuándose el sistema de protección a sus circunstancias personales.

Tanto la tutela como la curatela han sido considerados como mecanismos jurídicos adecuados y estables para la protección de la persona incapacitada: la primera tenía por finalidad esencial la suplencia de la capacidad de obrar de quien carecía de ella y, de ordinario, comprendía la representación del tutelado –y su guarda y protección–, mientras que la curatela se había instrumentalizado para completar la capacidad de obrar del sometido a ella –sin comprender su representación y, ordinariamente, tampoco la guarda ni la administración de los bienes del curatelado. Por ello, uno de los binomios clásicos en el sistema de instituciones de guarda ha sido “tutela/representación y curatela/asistencia”, asociando la tutela con la función representativa del tutor y la curatela con la función asistencial del curador³⁹³.

Sin embargo, a pesar de este abanico de opciones, que comprende desde la determinación de una total y completa incapacidad en el autogobierno de la persona hasta la limitación a una capacidad parcial para su desarrollo personal o para el adecuado ejercicio de sus derechos, la tendencia jurisprudencial en el pasado reciente, como tendremos ocasión de analizar con posterioridad, ha sido la generalización en la determinación de la incapacidad total de la persona, en detrimento de su propia autonomía y dignidad. En consecuencia, la tutela ha sido la institución tradicional de asistencia y protección a las personas incapacitadas judicialmente que se ha establecido con mayor frecuencia desde la implantación del sistema plural de guarda legal del ordenamiento jurídico español, en

³⁹³ DE SALAS MURILLO, S. (2013), “Repensar la curatela”, *op. cit.*, p. 17; también indica, p. 21, que otro de los binomios o tendencias en la utilización de estas figuras ha sido el de asociar incapacidad total/tutela e incapacidad parcial/curatela, y que estos binomios “siguen pesando en la mente de muchos juzgadores”.

detrimento de la curatela que era considerada como institución menor³⁹⁴. Pero la llegada de la Convención de Naciones Unidas estableció unos parámetros diferentes en la consideración de la discapacidad a lo instituido hasta ese momento, lo que ha motivado un cambio de paradigma en estas instituciones tutelares tradicionales, pasando a ser la curatela el mecanismo jurídico más acorde con los principios del texto internacional, como tendremos ocasión de analizar.

2.1.1. La tutela como figura tradicional de protección a la persona con discapacidad en el sistema español

La tutela ha sido la institución que tradicionalmente se ha utilizado para la asistencia y protección a las personas a las que judicialmente se les ha modificado la capacidad y han tenido que ser sometidas a uno de los cargos tutelares³⁹⁵. Está actualmente regulada en nuestro Código Civil en los artículos 222 a 285³⁹⁶, configurándose como una institución estable de guarda y protección a menores no emancipados no sometidos a patria potestad³⁹⁷ y a

³⁹⁴ La propia normativa de la tutela en relación con la curatela, en cuanto a la extensión en número de artículos del Código Civil –sesenta y tres para la tutela frente a los ocho para la curatela–, además de la remisión que hace el artículo 291, referido a las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los curadores, a las normas para los tutores.

³⁹⁵ De “añeja y tradicional” califica a la tutela CUADRADO PÉREZ, C. (2020). “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 777, p. 19.

³⁹⁶ Algunos de estos artículos han sido modificados con posterioridad a la reforma de la tutela en 1983. Así fueron modificados los artículos 222, 229 y 232 por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación en materia de adopción; los artículos 234, 247, 248, 260, 271, 272 y 273 por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; los artículos 223 y 234 por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de personas con discapacidad, introduciendo la figura de la autotutela; el artículo 268 por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional; o recientemente la modificación de los artículos 249, 256, 259, 263, 264 y 265 por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y la modificación del artículo 239 y la introducción del artículo 239 bis por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³⁹⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil IV, Familia* (4ª edición). Ed. Dykinson, Madrid, p.420, señala expresamente que los menores no emancipados sometidos a tutela son aquellos que “no lo están a la patria potestad por cualquier causa: inicial (filiación desconocida) o sobrevenida, por evento natural (muerte de los dos cotitulares) o por disposición legal (privación). También los mayores incapacitados sometidos a patria potestad prorrogada”.

aquellas personas con capacidad modificada judicialmente cuando así lo determine la resolución judicial que lo establezca³⁹⁸.

Uno de los principios en los que se basa la regulación de la tutela en la reforma operada en 1983 es el principio de tutela judicial, ya que la tutela es constituida por la autoridad judicial y la mayor parte de las normas legales constituyen normas de orientación para esa decisión judicial³⁹⁹. Al ser una institución de guarda legal de origen judicial, la tutela se constituye siempre a través de una sentencia, una vez realizado el correspondiente proceso sobre la capacidad de la persona⁴⁰⁰, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviere suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años (artículo 231 CC).

El nombramiento de tutor es también competencia de la autoridad judicial que ha de tener en cuenta lo establecido en los artículos 234 y 235 en cuanto a orden de preferencias⁴⁰¹, si bien excepcionalmente y en resolución motivada, podrá alterar este orden. La autoridad judicial ha de tener en cuenta la capacidad correspondiente de la persona que va a designar como tutora⁴⁰² así como el que no esté incurso en causa de inhabilidad⁴⁰³. El nombramiento del tutor recaerá en

³⁹⁸ El artículo 222 del Código Civil dispone que “estarán sujetos a tutela: 1º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. 2º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. 3º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. 4º Los menores que se hallen en situación de desamparo.”

³⁹⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984), “Las líneas de inspiración de la reforma...”, *op. cit.*, p. 1426.

⁴⁰⁰ La declaración de incapacitación de una persona estaba regulada en los artículos 202 a 214 del Código civil, hoy derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, acogiendo ésta la regulación procesal en la materia de procesos sobre la capacidad de la persona, en el Capítulo II del Libro IV –artículos 756 a 763– de la Ley de Enjuiciamiento civil.

⁴⁰¹ El artículo 234 establece en su primer párrafo que “para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3º A los padres. 4º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez”.

⁴⁰² El artículo 241 dispone que “podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes”.

⁴⁰³ En los artículos 243 y 244 se enumeran una serie de personas que no pueden ser tutores. Así, el artículo 243 señala que “no pueden ser tutores: 1. Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial. 2. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior. 3. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo condena. 4. Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela”. Por otro lado, el artículo 244 establece que “tampoco pueden ser tutores: 1. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho. 2. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado. 3. Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida. 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con

una sola persona a excepción de lo establecido en el artículo 236 que prevé determinados supuestos en los que puede recaer en más de uno⁴⁰⁴, o también en personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 242 del mismo texto legal⁴⁰⁵.

Una vez que toma posesión del cargo de tutor⁴⁰⁶, las funciones de la tutela son básicamente equivalentes a las que corresponderían a la patria potestad como medio de guarda y protección tanto de la persona como de los bienes del sometido a ella, siendo también, como aquella, un cargo de actuación habitual⁴⁰⁷.

Las obligaciones, derechos y deberes que se derivan de la tutela están ampliamente regulados en los artículos 260 a 275 del Código Civil, destacándose la obligación genérica de velar por el tutelado y, en particular, procurarle

el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración. 5. Los quebrado y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona”.

⁴⁰⁴ El artículo 236 expresamente establece que “la tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo: 1.º Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente. 2.º Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad. 3.º Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela. 4.º Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente”.

⁴⁰⁵ Caben causas de excusa al nombramiento al cargo de tutor –por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa– cuando resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo, según establece el primer párrafo del artículo 251.

⁴⁰⁶ El artículo 259 –recientemente modificado por la Disposición final 1ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria – dispone que será el Secretario judicial quien dará posesión de su cargo al tutor nombrado.

⁴⁰⁷ Para algunos autores, la tutela puede ser considerada como subsidiaria de la patria potestad en los casos de menores de edad no emancipados no sometidos a ésta. Así lo señala LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil IV, op. cit.*, pp. 417 y 420, que asimila los supuestos 1º y 3º del artículo 222, con la patria potestad; el supuesto 2º, establece que la coincidencia tutela-patria potestad no es cuantitativa, pues depende de lo que disponga la sentencia de incapacitación; y en el punto 4º, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 172 con respecto a la denominada “tutela administrativa” (la tutela administrativa es la tutela encomendada a la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores cuando se constate que un menor se encuentre en situación de desamparo). En este sentido también PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2013). “La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados”, *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz) 5ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, p. 369, que considera que “la existencia de menores o incapacitados no sometidos a patria potestad –por muerte de sus padres, v.gr.– determina la necesidad de procurar su guarda y protección por medio de ciertas instituciones jurídicas de carácter subsidiario.”

alimentos, procurarle una formación integral y promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad⁴⁰⁸ (artículo 269 CC). Con respecto a esta última obligación del tutor acerca de la promoción para la reintegración de la capacidad del tutelado y de la modificación del alcance de su incapacitación, se prevé la posibilidad de revisión de la sentencia de incapacitación, permitiéndose que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida⁴⁰⁹. Además, el tutor tiene la obligación de hacer inventario de los bienes del tutelado, la constitución de fianza, si así lo considera el juez, que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, o la de rendir cuentas al juez de su administración.

La tutela es también judicial en cuanto que es la autoridad judicial el organismo de control y fiscalización de la actividad del tutor ya que se requiere su autorización para la realización de determinados actos por el tutor. El Ministerio Fiscal, por su parte, tiene un papel de vigilancia al declarar el artículo 232 que la

⁴⁰⁸ Esta obligación de promover la adquisición y recuperación de la capacidad y su mejor inserción en la sociedad toma una gran importancia, a la vista del modelo social de la discapacidad adoptado por la Convención. En este sentido, es a la sociedad a la que le corresponde remover los obstáculos que impiden a las personas con discapacidad su participación plena y efectiva y en igualdad de condiciones que los demás, pero será en concreto a la persona que ostenta su guarda y custodia a quien le corresponde velar para procurar su recuperación y el ejercicio de los derechos que pueda realizar por sí mismo, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). “La Convención Internacional...”, *op. cit.*, pp. 366-367. Por ello, considera que deben establecerse medidas legislativas adecuadas y establecer especialmente la necesidad de rendir cuentas por parte del tutor, no solo de la administración de los bienes del tutelado, sino de la obligación de cuidado y de la recuperación de la capacidad. También TORRES GARCÍA, T.F. (2013). “Efectos de la incapacitación”, *Tratado de Derecho de la Persona Física. Tomo II* (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p.152, hace referencia a que una de las necesidades de protección de la persona tutelada es la promoción para la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

⁴⁰⁹ Así lo establece el actual artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que trae causa del anterior artículo 212 del Código Civil, derogado por aquella. PALLARÉS NEILA, J. (2018). “La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 155-158, realiza un estudio de los antecedentes legislativos de esta medida de revisión de las sentencias de incapacitación, desde el Proyecto de Código Civil de 1851, que ya contemplaba la posibilidad de que el incapaz adquiriera o recuperara su capacidad, pasando por la redacción originaria del Código Civil de 1889 –donde se limitaba la obligación del tutor a procurar la adquisición o recuperación de la capacidad del loco, demente o sordomudo a cuantos medios proporcione su fortuna pero solo podía concluir la tutela por cesar la causa que la motivó en caso de incapaces sujetos a interdicción o de pródigos (artículos 264 y 278 en su versión originaria)–, hasta la redacción dada al artículo 212 en la reforma de 1983, posteriormente derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil y traspasado su contenido al actual artículo 761.

tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de parte⁴¹⁰.

El Código Civil concluye la normativa de la tutela con la regulación de los supuestos concretos para su extinción (artículos 276 y 277)⁴¹¹ y de la rendición final de cuentas ante la autoridad judicial a través de una cuenta general justificada de la administración del tutor (artículos 279 a 285).

De la regulación específica de la tutela y de la genérica del artículo 215 CC de los cargos tutelares, se puede deducir que las funciones esenciales de la tutela pueden ser, por un lado, la guarda y protección de la persona tutelada –que daría lugar a la llamada tutela personal–, y, por otro lado, la gestión de sus bienes y la administración de su patrimonio –aspecto referido a la tutela de bienes o tutela real–; o de ambas situaciones a la vez⁴¹². En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico actual permite la separación en cargos distintos y aunque, como hemos señalado anteriormente, el artículo 236 CC alude a que la tutela se ejercerá normalmente por un solo tutor, al mismo tiempo permite determinados casos en los que se puede ejercer una misma tutela por distintas personas. Así, el primer supuesto del artículo 236 CC contempla la posibilidad de que, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, actuando cada uno independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernen a ambos deberán tomarlas

⁴¹⁰ Este artículo adoptó nueva redacción a propósito de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores, ya que anteriormente la vigilancia correspondía al juez, que actuaría de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado. En palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 225, “ello no anula las facultades del juez, pues excepto en lo que se refiere a esa declaración de principios sobre el ejercicio de la tutela, en lo demás tiene las mismas facultades que el Ministerio Fiscal.”

⁴¹¹ El artículo 276 indica que “la tutela se extingue: 1. Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado. 2. Por la adopción de tutelado menor de edad. 3. Por fallecimiento de la persona sometida a tutela. 4. Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad”. Y el artículo 277 alude a que “también se extingue la tutela: 1. Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere. 2. Al dictarse resolución judicial que pongan fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela”.

⁴¹² En palabras de TORRES GARCÍA, T.F. (2013). “Efectos de la incapacitación”, *op. cit.*, p.152, ello ha supuesto “la superación del antiguo sistema de carácter marcadamente patrimonialista para dar paso a otro basado en la protección de la persona”.

conjuntamente⁴¹³. En la práctica judicial se ha llevado a cabo esta distinción entre nombramiento de un tutor para la persona y otro tutor para la gestión y administración de su patrimonio en numerosas sentencias⁴¹⁴.

Una de las cuestiones más debatidas en esta institución tutelar desde la reforma llevada a cabo en 1983 en materia de tutela, es su carácter representativo o sustitutivo de la voluntad del incapacitado, adquiriendo el tutor la condición de representante legal del incapacitado –o del menor no sometido a patria potestad–, a quien sustituye en el ejercicio de sus derechos. Se exceptúan de esta representación aquellos actos que, por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación, pueda realizar el tutelado por sí solo, según dispone el artículo 267 del Código Civil. Se desprende de esta consideración que la regla general en la tutela es la sustitución plena por el tutor en el ejercicio de los derechos de la persona con capacidad modificada judicialmente, si bien se ha de tener en cuenta la excepción prevista expresamente en el artículo 267 *in fine* referida a los actos que, por disposición expresa de la ley⁴¹⁵ o de la sentencia de incapacitación, pueda realizar el tutelado sin la representación de su tutor. A este respecto, la naturaleza sustitutiva de la tutela es lo que ha caracterizado a esta institución en comparación con los otros cargos jurídicos de protección, ya que en ella la regla de la representación legal prima sobre cualquier otra consideración⁴¹⁶.

⁴¹³ Los otros supuestos del artículo 236 se refieren a: “2.º Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad. 3.º Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela. 4.º Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente”.

⁴¹⁴ Por todas, en la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, que, si bien tuvo su máxima repercusión con respecto a la compatibilidad de los sistemas vigentes de protección con los postulados de la Convención, resolvió la cuestión planteada con el nombramiento de un tutor para la persona y otro para los bienes del declarado incapaz.

⁴¹⁵ Una aplicación analógica del artículo 162 del Código Civil –previsto para exceptuar de la representación legal de los titulares de la patria potestad en los actos de los hijos menores no emancipados relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo– puede admitir la posibilidad de ejercicio individual y autónomo de estos derechos de la personalidad por las personas sometidas a tutela, sin que quepa representación por el tutor en este ámbito personalísimo de sus derechos, la mayor parte consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009), “La Convención Internacional...”, *op. cit.*, p. 353.

⁴¹⁶ Así lo expresa TORRES GARCÍA, T.F. (2013). “Efectos de la incapacitación”, *op. cit.*, p.156. Por su parte, CAPILLA RONCERO, F. (2011). “Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona”, *Diario La Ley*, nº 7675, p. 4, acertadamente considera que la regla del artículo 267 “debiera ser exactamente la contraria, es decir,

A partir de la implantación de los criterios de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico, la propia institución de la tutela, pero sobre todo su aspecto representativo, es una de las cuestiones que ha causado mayor controversia a partir de la aplicación de sus dictados en el sistema jurídico español de incapacitación, generando diferentes tendencias doctrinales de interpretación para su adaptación⁴¹⁷.

Así, para algún sector doctrinal⁴¹⁸, la tutela, aplicada correctamente y en los términos que establece la ley, con la atribución al tutor de la representación legal del incapacitado, podría ser adecuada e incluso necesaria en algunos casos⁴¹⁹.

Sin embargo, para otros autores⁴²⁰, a tenor de los criterios del texto convencional resultaría improcedente el reconocimiento de la tutela como institución jurídica de protección, al menos en la vertiente sustitutiva de la capacidad de la persona, con la consiguiente restricción o limitación de su capacidad de decisión. Según este sector, la Convención apuesta por un sistema de autonomía de la voluntad en la toma de decisiones que afecten a la persona con discapacidad, salvo en casos verdaderamente excepcionales en los que la persona afectada no puede

que la representación del guardador legal sólo debiera alcanzar a los actos determinados en sentencia o ley, quedando el ejercicio de los restantes confiado al propio incapacitado”.

⁴¹⁷ TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, pp. 211-221, recoge exhaustivamente las diferentes propuestas para una reforma en la materia: desde las que mantienen preponderantemente el sistema tradicional alejadas de las Observaciones del Comité, hasta las propuestas con enfoque en los derechos humanos acordes con el criterio del Comité, pasando por propuestas intermedias cercanas “al sistema tradicional, aunque con algunos elementos del enfoque de derechos humanos introducido por la Convención”.

⁴¹⁸ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). “La Convención Internacional...”, *op. cit.*, p. 366, considera correcta la regulación de la tutela en el Código Civil “siempre y cuando se haga un uso de ella conforme a su regulación legal, sin que la indeterminación que se aprecia en algunas sentencias de incapacitación pueda llegar a implicar una sustitución total y completa en el ejercicio de la capacidad de obrar... confiriendo al tutor la representación legal del incapacitado solo para aquellos actos que sean estrictamente necesarios”.

⁴¹⁹ MAYOR DEL HOYO, M.V. (2013). “Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. De Salas Murillo), Ed. Dykinson, Madrid, p. 194, entiende que “la Convención crea una nueva sensibilidad que vela por la promoción de la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad en general”, pero entiende que sin desterrar la protección de las mismas cuando sea necesario y en la medida en que lo sea; por ello cree que “se genera, por tanto, una tensión entre ambos polos: protección y autonomía”.

⁴²⁰ Por todos, GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 11, en contra de la tutela a partir de la Convención para los supuestos de personas con discapacidad.

manifestar su voluntad⁴²¹. En este escenario normativo, marcado en concreto por el artículo 12 de la Convención, el clásico modelo sustitutivo en la toma de decisiones⁴²² –en donde el tutor representa a la persona sometida a tutela en prácticamente todos los ámbitos jurídicos–, ha sido reemplazado por un sistema de provisión de apoyos, entendidos estos como asistencia y ayuda a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones. Este plan de apoyos es, en el nuevo procedimiento, el eje sobre el que debe girar toda la protección a la persona que la necesite, pero sin limitar ni restringir su capacidad⁴²³.

A las tesis contrarias a la tutela considerándola como un inadecuado sistema de protección, se une el hecho de que las sentencias dictadas a partir de la reforma de 1983, a pesar de introducirse la gradación de la incapacitación⁴²⁴, han puesto de manifiesto la tendencia judicial en las últimas décadas a la incapacitación total y al sometimiento del incapacitado a tutela, a pesar de reconocer en algunos casos que el sujeto sí es capaz de regir su persona pero es incapaz para la administración de sus bienes. En tal sentido, se producía, con un cierto automatismo⁴²⁵, la determinación de una incapacitación total –a lo sumo, una

⁴²¹ Y aún en el caso de imposibilidad de manifestación de la voluntad, habría que estar, según esta tendencia, a la supuesta voluntad y preferencias de la persona, de forma que la actuación representativa debería tener en cuenta estas consideraciones.

⁴²² GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 11, lo califica de “eminente paternalista y basado en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad”.

⁴²³ Esta corriente doctrinal pone en tela de juicio el proceso de incapacitación judicial por considerar que priva de derechos y de autonomía a la persona sometida al mismo. Además, en palabras de SILLERO CROVETTO, B. (2015). “¿Constituye la curatela...”, *op. cit.*, p. 386, “la Convención ni enumera ni acota las clases o formas de apoyo, pero sí impide los sistemas de tutela clásicos”.

⁴²⁴ Primero en el artículo 210 CC de la redacción de 1983, y después en el actual artículo 760 LEC de 2000 han permitido que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y los límites de ésta, de acuerdo con el denominado doctrinalmente como el principio de proporcionalidad. Esta graduación de la incapacitación fue prematuramente recogida por el Tribunal Supremo, y con una legislación mucho más restringida, en la sentencia de 5 de marzo de 1947 al declarar que “no solo no existe obstáculo legal que impida acomodar a este último la amplitud de las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecie en cada caso, sino que además,... resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste” (Considerando 4º), admitiendo la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación.

⁴²⁵ PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho privado* (julio – agosto), p. 12, pone de relieve que el sistema de la reforma de 1983, que ya exigía el famoso traje a medida, “se ha traducido en un corta y pega en el que casi todas las sentencias se parecen a todas y en las que el abusivo recurso a la llamada incapacitación total ha desvirtuado de tal manera el sistema que estamos obligados a rediseñarlo”. De una manera más crítica, CUADRADO PÉREZ, C. (2020). “Modernas perspectivas...”, *op. cit.*, pp. 20 y 65, califica esta tendencia jurisprudencial de “injustificado y pernicioso desinterés o desconocimiento de esta materia”, advirtiendo “una alarmante y absoluta ausencia de precisión, concreción y gradación” en las resoluciones judiciales dictadas desde hace décadas que recurren de manera generalizada a las instituciones de la

incapacidad parcial pero, en cualquier caso, con sometimiento a tutela–, restringiendo prácticamente en su totalidad la capacidad de la persona. En efecto, la gran mayoría de las sentencias⁴²⁶ optaban por la modalidad de “incapacitación total” con la designación de la figura más protectora y sustitutiva de la voluntad –la tutela–, sin establecer una verdadera graduación.

La gradación de la incapacitación –exigida por el artículo 760.1 LEC que establece que la sentencia que declare la incapacitación deba determinar la extensión y límites de ésta– supone que no se asignen necesariamente las mismas soluciones a supuestos esencialmente diferentes. Por ello, el juzgador no solo debe identificar las causas específicas de la persona que propician la modificación de su capacidad –que básicamente, a tenor de lo establecido en el artículo 200, sería la falta de autogobierno señalando el grado en la limitación de la capacidad–, sino también decidir qué institución concreta, tutela o curatela, procede constituir, determinando los ámbitos donde es imprescindible sustituir la voluntad de la persona o aquellos otros en los que basta complementar la capacidad del sujeto⁴²⁷.

En el marco de la tutela y a este respecto, DE SALAS MURILLO⁴²⁸ alude a la posibilidad de supuestos de incapacitación parcial con nombramiento de tutor

incapacitación total y de la tutela. Concluye que “nuestra jurisprudencia tradicionalmente, ha incumplido flagrantemente el mandato legal de la gradación y personalización de la incapacitación en sus resoluciones y se ha limitado a ofrecer respuestas estandarizadas, p. 65.

⁴²⁶ Así, la STS 237/2004, de 25 de marzo (Roj: STS 2057/2004), determinó que “la persona cuya incapacitación se pide es capaz de regir su persona e incapaz para cualquier tipo de administración de sus bienes, en los que necesitará la actuación tutelar” (FJ 1º), constituyéndose en ese momento una tutela –hoy en día se constituiría una curatela–. La STS 533/2004, de 11 de junio (Roj: STS 4047/2004), no entra a valorar uno de los motivos del recurso de casación que se basa literalmente “en entender que no ha sido acreditado en autos por la prueba practicada que la persona esté totalmente incapacitada para gobernarse por sí misma” y, a pesar de ello, mantiene la incapacitación de la persona para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes y quedando sometida al régimen de tutela (FJ 3º). La STS 504/2012, de 17 de julio (Roj: STS 5676/2012) mantiene curiosamente el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a aspectos personales (FJ 4º). En el mismo sentido, la STS 487/2014, de 30 de septiembre, (Roj: STS 3908/2014) confirmó la decisión de las instancias inferiores donde la persona fue incapacitada parcialmente y sometida a tutela, si bien únicamente para los actos de contenido patrimonial y, en este caso, se añadió la tutela en relación con las decisiones sobre su salud. La STS 596/2017, de 8 de noviembre, consideró que era adecuada la valoración jurídica que se hacía sobre la modificación plena de la capacidad de la persona, pues no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas, por lo que “la opción por la tutela, como forma de apoyo más intensa, es correcta” (FJ 2º).

⁴²⁷ CUADRADO PÉREZ, C. (2020). “Modernas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 20.

⁴²⁸ DE SALAS MURILLO, S. (2013). “Repensar la curatela”, *op. cit.*, p. 22, haciendo mención a sentencias de diversas Audiencias Provinciales.

básicamente para el ámbito patrimonial, no recayendo la tutela sobre aspectos personales, permitiendo con ello a la persona tutelada tener un mayor margen de autonomía y libertad en su esfera personal mientras que se exige el consentimiento del tutor para la realización de actos de administración o de disposición de su patrimonio que pudiera perjudicar gravemente su economía⁴²⁹. No obstante, creemos que, en algunas ocasiones, es más trascendente la adopción de medidas de protección en el ámbito personal, sobre todo en el control de medicación para su cuidado vital, antes que en la esfera patrimonial de la persona, reflejándose esta circunstancia con mayor frecuencia en las resoluciones judiciales que establecen la curatela como forma de protección⁴³⁰.

En la constitución de la tutela para el ámbito personal y partiendo de este recorrido jurisprudencial, llama la atención cómo las sentencias de las Audiencias Provinciales de los últimos años, aun confirmando las sentencias de instancia acerca de la declaración de incapacidad total de la persona, establecen expresamente la incapacidad para ejercer su derecho de sufragio activo⁴³¹,

⁴²⁹ En este sentido, la sentencia 504/2012, de 17 de julio (Roj: STS 5676/2012), considera que, teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario del sometido al proceso de incapacitación, “está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales” (FJ 4º).

⁴³⁰ Trataremos las denominadas curatelas de salud más adelante.

⁴³¹ Así, en la STS 617/2012, de 11 de octubre (Roj: STS 6810/2012), se constata como en segunda instancia se estima la capacidad para ejercitar el derecho de sufragio activo, sin que se vuelva a manifestar el Tribunal en casación. Por otra parte, y con gran énfasis, la STS 421/2013, de 24 de junio (Roj: STS 3441/2013), señala que “en ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado” (FJ 2º). También la STS 341/2014, de 1 de julio (Roj: STS 3168/2014), revisa específicamente la privación del derecho de sufragio y considera que “se trata de una decisión que no ha sido justificada en la instancia, y no es una consecuencia necesaria de la incapacitación total” (FJ 10º). El supuesto recogido en la STS 557/2015, de

derecho fundamental que recientemente ha sido reconocido a todas las personas sin distinción por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Debemos resaltar también cómo la tendencia a la incapacitación total se acentúa en los supuestos de la prórroga de la patria potestad. En efecto, partiendo de una incapacitación previa en un menor de edad y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 171 CC, la prórroga de la patria potestad es, por ministerio de la ley, automática, manteniendo el régimen de sustitución a favor de los titulares de la misma⁴³². Si bien en algunos casos pueda ser lo procedente, sin embargo, en otros supuestos, esa incapacitación constituida durante la minoría de edad de la persona –supuestamente en previsión de que perduraría al alcanzar su mayoría de edad– podría devenir en una incapacitación parcial, orientada a la promoción de su desarrollo personal y social siendo en este caso la curatela la opción más indicada como medida de apoyo y asistencia en aquellos aspectos necesarios para ello. Similar planteamiento puede predicarse de los supuestos en los que se rehabilita la patria potestad, también previstos en el citado artículo 171 CC⁴³³. En este sentido, la STS 600/2015, de 4 de noviembre (roj. 4505/2015), rechazó

20 de octubre (Roj: STS 4283/2015, reconoció ya en segunda instancia la capacidad para ejercer su derecho de sufragio activo, lo que confirma el TS. En sentido opuesto, la STS 181/2016, de 17 de marzo (Roj: STS 1163/2016), aun reconociendo que el artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico, ejercer el derecho de voto, que se considera conveniente y beneficios, resuelve que en este caso las sentencias de instancia y la de apelación “no han actuado de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto”, justificando “la decisión restrictiva adoptada...para ejercer el derecho de sufragio” (FJ 2º). Y, de nuevo, reconociendo la capacidad de ejercitar el derecho de sufragio activo, la STS 373/2016, de 3 de junio (Roj: STS 2573/2016), fundamentándolo en que “nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre” (FJ 3º).

⁴³² El artículo 171.1 establece que “la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad...”.

⁴³³ Continúa el artículo 171.1 disponiendo que “si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título”.

la medida de rehabilitación de la patria potestad a la madre reconvirtiéndola en curatela⁴³⁴.

A propósito de la necesaria consideración de las circunstancias específicas de la persona en el proceso de incapacitación, ya el Tribunal Constitucional, en la sentencia 174/2002, de 9 de octubre⁴³⁵, advirtió que resulta decisiva la aportación de alegaciones y hechos, que permiten obtener una mejor convicción sobre la situación de la persona que se pretende incapacitar y sobre las circunstancias que la rodean, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

No obstante estas consideraciones del máximo intérprete de la Constitución y a pesar de que la introducción de la curatela como cargo tutelar en 1983 daba pie a la posibilidad de una incapacitación parcial, no fue hasta la interpretación de las instituciones tutelares a la luz de los dictados de la Convención Internacional de las personas con discapacidad cuando se ha venido a cambiar esa tendencia.

No cabe duda que el nuevo marco legal apuntado por la Convención –reconociendo su artículo 3 “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” como uno de sus principios generales– exige desplazar el carácter mayoritariamente representativo que conlleva la institución de la tutela, por otro sistema más flexible y menos autoritario, adaptado a la voluntad y las

⁴³⁴ DE SALAS MURILLO, S. (2013). “Repensar la curatela”, *op. cit.*, p. 23, hace mención también de una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de octubre de 2010, que partiendo de una incapacitación total que se tradujo en rehabilitación de la patria potestad de la madre, pasó a un régimen de incapacidad parcial pero, en este caso, manteniendo el contenido tutelar limitado sólo a los actos de disposición patrimonial, correspondiendo al incapacitado la gestión patrimonial de los actos que no fuera de disposición y todo lo relativo al ámbito personal.

⁴³⁵ RTC\2002\174. Esta consideración del Tribunal Constitucional fue realizada a propósito de la reflexión acerca de las circunstancias que han de tenerse en cuenta para la defensa prestada al presunto incapaz, tanto por el Ministerio Fiscal como por el defensor judicial nombrado al efecto o, en su caso, por el Letrado designado por el mismo incapaz, o la audiencia de los parientes más próximos –en este caso, del padre–, que “constituye «per se» una garantía objetiva de los derechos del presunto incapaz, en la medida en que facilita la aportación de alegaciones y hechos que permiten obtener una mejor convicción sobre la situación de la persona que se pretende incapacitar y sobre las circunstancias que la rodean, lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (arts. 210 CC y 760 LECiv)” (FJ 6º). Por ello, la incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable.

preferencias de la persona, siendo la curatela la institución tutelar más cercana a esta finalidad. De esta forma, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se ha ido incorporando paulatinamente la curatela como medida de complemento y asistencia a la persona cuya capacidad es modificada judicialmente, graduando y adaptando la medida de apoyo a sus necesidades específicas, sin tener necesidad de activar una sustitución completa en su capacidad. Es por ello que, como trataremos en el siguiente apartado, la curatela está actualmente considerada como la institución de apoyo y asistencia que mejor se adapta a los cánones de la Convención⁴³⁶.

2.1.2. La curatela como institución tradicional más adecuada a los principios de la Convención

En un principio se pudo pensar que la curatela había sido concebida como una institución menor con respecto a la tutela, como una figura residual⁴³⁷ respecto a ésta, y de ahí la escasa regulación que hace el Código Civil a esta institución –artículos 286 a 293 y el artículo 297, menos de una decena de artículos⁴³⁸–. Y no le falta razón a ese pensamiento inicial ya que, a pesar de la concurrencia de ambas figuras de protección legal en el ámbito de la discapacidad, la práctica judicial tendía generalmente a evitar la graduación de la capacidad de la persona, recurriendo en demasía a la tutela⁴³⁹. En este sentido, la institución de la curatela no había sido suficientemente aplicada por los tribunales, bien por considerarla como una institución de segundo orden, bien por la tendencia de los órganos judiciales en general a la incapacitación total y, con ello, a la constitución de la tutela. Pero esa idea ha ido desmontándose poco a poco tanto doctrinal⁴⁴⁰ como

⁴³⁶ Como bien señala SILLERO CROVETTO, B. (2015). "¿Constituye la curatela...", *op. cit.*, p. 404, es innegable que la curatela constituye "un instrumento jurídico dotado del valor de la flexibilidad en orden a la atención de las personas discapacitadas".

⁴³⁷ De ahí la escasa regulación que hace el Código civil de la curatela –menos de una decena de artículos, entre ellos la remisión que hace, en el artículo 291, a las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

⁴³⁸ Y entre ellos la remisión que hace, en el artículo 291, a las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

⁴³⁹ DE SALAS MURILLO, S., (2013). "Repensar la curatela", *op. cit.*, p. 16, que hace referencia a SSAP de Málaga de 2009 y 2012.

⁴⁴⁰ GARCÍA CANTERO, G. (2013). "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad", *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. De Salas Murillo). Ed. Dykinson, p.51, considera "necesario revalorizar la figura

jurisprudencialmente⁴⁴¹, y, en este sentido, con el paso del tiempo se ha ido considerando a la curatela como una de las medidas de apoyo a la persona con discapacidad que más adecuadamente se ajusta a los parámetros de la Convención⁴⁴².

La institución de la curatela fue reintroducida⁴⁴³ en nuestro ordenamiento jurídico por la reforma del Código civil en materia de tutela por la Ley 13/1983, de 24 de

de la curatela contemplada en el art. 287 Cc". RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V. (2014). "El porvenir de la curatela en el Derecho español", *Historia iuris: estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, vol. 2, p.1476, hace mención a que ya "García Cantero invocaba en los primeros años de la curatela que había que «tomarse en serio» el nuevo sistema tutelar y la curatela no es una institución menor aun cuando ninguna norma legal indica el procedimiento para que el curador prestara su asistencia".

⁴⁴¹ Ya en la sentencia 646/2004, de 30 de junio (Roj: STS 4629/2004), el Tribunal Supremo manifestó explícitamente que "habida cuenta que el grado de discernimiento del sujeto excluye la apreciación de inhabilidad para gobernarse totalmente por sí mismo... se hace innecesario establecer la tutela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que incide realmente la deficiencia, que es el relativo a los bienes" (FJ 4º), lo que lleva a imponer la curatela como medio más adecuado. DE SALAS MURILLO, S. (2013). "Repensar la curatela", *op. cit.*, p. 16, hace referencia a SSAP de Málaga de 2009 y 2012.

⁴⁴² Como apuntó PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009), "La Convención Internacional...", *op. cit.*, p. 353, "tenemos, por tanto, el instrumento, cuestión diferente es si verdaderamente lo utilizamos o si la falta de medios o, en ocasiones de rigor, se encuentra en el origen de esta falta de precisión. Una mayor precisión en las sentencias que determinen la modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad al apreciar la existencia de causa para ello, será más respetuosa a la propia configuración del sistema español y a los principios establecidos en la Convención Internacional". DE SALAS MURILLO, S. (2013). "Repensar la curatela", *op. cit.*, p. 16, señala que, en una interpretación conjunta de la Constitución Española y la Convención, no faltan pronunciamientos judiciales que consideran a "la curatela como la figura que mejor se adecúa al libre desarrollo de la personalidad". SILLERO CROVETTO, B. (2015). "¿Constituye la curatela...", *op. cit.*, p. 405, critica que "se insista en la figura de la incapacitación parcial para suplir deficiencias de orden intelectual respecto del gobierno de la persona y de sus bienes, cuando pudiese ser objeto de complementación mediante el sistema de apoyos concretos y puntuales que reconoce el artículo 12 de la Convención".

⁴⁴³ La curatela es una figura con una amplia tradición jurídica en nuestro sistema histórico, con antecedentes en el Derecho Romano. En aquella época, se reconocía la existencia de la figura de la curatela, junto con la tutela, para suplir aquellas situaciones en donde la persona *sui iuris* con plena capacidad jurídica –se adquiría la plena capacidad jurídica o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones a la muerte del *pater familias* o por medio de la emancipación– pero sin suficiente capacidad de obrar no podía ejercitar por sí sola sus derechos ni cumplir sus obligaciones. Así en muchos aspectos llegaron prácticamente a identificarse tutela y curatela. La curatela desaparece en las fuentes visigodas escritas, pero en las Siete Partidas de Alfonso X, vuelve a hacerse una distinción entre tutela y curatela (también llamada aquí cura), aunque se constituían para los mismos fines de guarda personal y patrimonial de la persona y los bienes del pupilo menor o incapacitado, si bien uno de los criterios diferenciadores se basa entre otros, en el aforismo "tutor para la persona y curador para las cosas". Así, el antiguo Derecho español regulaba, al lado de la tutela, la curatela o curaduría, que se calificaba de *ad bona* (si se otorgaba por razón de la menor edad), *ejemplar* (si era por razón de la incapacidad) y *ad litem* (si era de modo transitorio y para un asunto especial), RODRÍGUEZ ESCUDERO, M. V. (2014). "El porvenir de la curatela...", *op. cit.*, pp. 1470-1471. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, basándose en el sistema romano de las Partidas mantenido en el Derecho histórico subsiguiente, reguló, junto con la tutela, el nombramiento de tres tipos de curadores: el curador para los bienes, el curador *ejemplar* y el curador para pleitos. Dicha norma, junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885, estableció las últimas reglas del Derecho anterior al Código Civil para el nombramiento de curadores, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil IV*, *op. cit.*, p. 442. La curatela fue suprimida en el Código Civil de 1889 –por un lado, la base 7ª de la Ley de Bases solo hace mención a la tutela y, por otro, las Disposiciones

octubre, estando regulada actualmente en los artículos 286 a 297 CC – excluyendo los artículos 294, 295, 296 que, junto con el 298, fueron derogados por la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, quedando por tanto vacíos de contenido⁴⁴⁴–.

Puede definirse la curatela como una institución estable⁴⁴⁵ de asistencia y complemento de capacidad en aquellas personas físicas a las que, por medio de una resolución judicial, se les exige que, para la realización de determinados actos jurídicos, su consentimiento tenga que venir completado y asistido por el del curador⁴⁴⁶. Se ha considerado a la curatela como el sistema de guarda más benigno o menos intenso que puede prever la declaración de incapacitación en concordancia con la graduación de la incapacidad, que necesariamente tiene que hacer la sentencia judicial⁴⁴⁷.

transitorias 7ª a 10ª hacen referencia a los curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior–, salvo en el artículo 1764 que se aludió a los curadores al regular el contrato de depósito siendo ello calificado como descuido, aunque sea una cuestión incidental en la regulación del contrato de depósito. La institución de la curatela fue introducida de nuevo en el Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, en los artículos 286 a 298, pero en esta ocasión con un nuevo significado con respecto a la institución del siglo XIX.

⁴⁴⁴ Los artículos 294 a 298 CC–que trataban de la curatela en casos de prodigalidad–, fueron derogados y lo en ellos regulado pasó a formar parte de la ley procesal de la declaración de prodigalidad, actualmente contenida en los artículos 748 y ss. LEC, a excepción del artículo 297 CC que mantiene su vigencia y establece que “los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa”.

⁴⁴⁵ Sin perjuicio de la actuación intermitente y ocasional en aquellos casos en los que el curador se establece para asistir a la persona sujeta a curatela en determinados actos, complementando su capacidad, sin tener el carácter de permanencia o continuidad más propia de la tutela y a diferencia de la institución del defensor judicial que tiene un carácter básicamente transitorio. En este sentido, la emblemática sentencia 282/ 2009, de 29 de abril (Roj: STS 32362/2009), el Alto Tribunal definió a la curatela como “un órgano estable, pero de actuación intermitente”.

⁴⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil. Familia IV, op. cit.*, p. 419, define la curatela, en el régimen actual y siguiendo la doctrina jurisprudencial, como el “órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil I, op. cit.*, p.234, la define como el “cargo tutelar de asistencia al sometido a ella, pero sin que el curador le supla o sustituya como el tutor, o, si se quiere, le represente”.

⁴⁴⁷ Así lo indicaba GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1992). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, pp. 244-245, que ya en aquel momento consideraba a la curatela “entre las potestades –tutela, patria potestad– aquella de carácter menos intenso, absorbente y exclusivo”.

Los sujetos destinatarios de la curatela están claramente establecidos en los artículos 286 y 287 CC: en primer lugar, los emancipados⁴⁴⁸ cuyos padres hayan fallecido o hayan quedado impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley (artículo 286 1º, en relación con el artículo 323.1 final); con la misma finalidad, el menor que hubiera obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad⁴⁴⁹ (artículo 286 2º y artículo 323, párrafo 3º); también estarán sujetos a curatela los declarados pródigos⁴⁵⁰ (artículo 286.3); y, por último, las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (artículo 287), esto es, sujetos a los que tradicionalmente se les ha considerado como incapacitados judicialmente con una incapacidad parcial⁴⁵¹. Esta incapacitación parcial se ha vinculado a personas con una enfermedad o deficiencia persistente pero cuyo grado de autogobierno es, en terminología de BERROCAL LANZAROT⁴⁵², “aceptable”, correspondiendo al juez constatar la calificación de la incapacidad de la persona durante la tramitación del procedimiento, graduándola atendiendo a su grado de discernimiento⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Menores de edad mayores de 16 años que, en virtud de alguna de las causas establecidas en el artículo 314 CC, hayan obtenido la emancipación.

⁴⁴⁹ Menor que previamente hubiera estado sometido a tutela en vez de a la patria potestad.

⁴⁵⁰ El pródigo es una persona con conductas económicas desordenadas que afectan a los derechos alimentarios de otras personas. El artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su punto 3 que “la sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle”.

⁴⁵¹ En tanto que las causas de incapacitación establecidas en el artículo 200 CC requieren que la enfermedad o deficiencia sea persistente e impida a la persona gobernarse por sí misma, quedan excluidos del ámbito de la incapacitación judicial aquellos individuos que sufran alguna alteración transitoria u ocasional o cuya enfermedad o deficiencia no afecte a sus facultades de autogobierno, es decir, a su capacidad cognitiva y volitiva, BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). “La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, p. 2278, que lo entiende como “principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de la decisión judicial”.

⁴⁵² Considera acertadamente BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). “La curatela como institución...”, *op. cit.*, p. 2284, que resulta procedente la constitución de este órgano de guarda en aquellos supuestos en que existe un retraso mental leve o moderado (debilidad mental) que permite un cierto grado de autogobierno personal y patrimonial, o en casos de enfermedades mentales de carácter cíclico o consecuencia de la edad avanzada de la persona incapacitada (demencia senil, alzhéimer) por existir un progresivo deterioro de sus facultades mentales y una cierta dependencia del medio que las rodea siendo especialmente influenciables en la toma de decisiones que les afectan.

⁴⁵³ En el derecho catalán se centra la atribución de la capacidad de la persona en su “capacidad natural” que, junto con el criterio de la edad, permite hacer una valoración gradual de la misma (artículo 211-3 del Código civil catalán). En el derecho italiano, la Ley nº 6, de 9 de enero de 2004 introduce la categoría jurídica de “*capacità naturale*” como alternativa a la noción anterior de “*capacità d’intendere e di volere*”.

Precisamente en relación con los sujetos sobre los que puede recaer la curatela, LASARTE ALVAREZ⁴⁵⁴ distingue –aunque con una finalidad pedagógica–, dos tipos de curatelas, en función de los sujetos sobre los que se puede constituir. Por un lado, la curatela propia que incluiría a los primeros supuestos antes indicados, es decir, los menores emancipados no sometidos a patria potestad, los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad y los declarados pródigos, siendo el origen de la curatela únicamente el supuesto de hecho. Por otro lado, la curatela llamada impropia para los supuestos de personas con capacidad modificada judicialmente en donde la existencia la curatela no depende del supuesto de hecho, sino de la valoración judicial.

Existe la posibilidad de una curatela plural⁴⁵⁵ en supuestos de aplicación del artículo 292 para sometidos a curatela que con anterioridad hubiesen estado sometido a tutela y ésta hubiese sido desempeñada por varios tutores –en aplicación del artículo 236–. En caso de haber habido un tutor de la persona y otro de los bienes, continuará éste solo como curador y si eran varios los tutores de los bienes o de la persona y bienes, continuarán como curatela plural.

El estatuto jurídico del curador respecto a su nombramiento, a las causas de inhabilidad, de excusa y de remoción es el mismo que el del tutor ya que así lo establece el primer párrafo del artículo 291, añadiendo el segundo párrafo que “no podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados”.

En cuanto al contenido de la curatela, en un primer momento se llegó a pensar que la misión del curador –nombrado siempre por resolución judicial– era prestar su consentimiento a los actos de carácter patrimonial realizados por las personas a las que asistía, si así lo estimaba procedente la sentencia, sin que tradicionalmente hubiera tenido ninguna facultad sobre la esfera personal de las mismas⁴⁵⁶. Se configuraba, así, en un principio, como una institución de guarda

Así el artículo 409 del Código civil italiano, al regular los efectos de la *amministrazione de sostegno*, en su párrafo 2º, señala que el beneficiario de la asistencia puede en todo caso realizar los actos necesarios para satisfacer las exigencias propias de la vida cotidiana.

⁴⁵⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil I...*, op. cit., p. 210.

⁴⁵⁵ LACRUZ BERDEJO y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil IV*, op. cit., p. 444.

⁴⁵⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Ed. McGraw Hill, p. 116, consideraba, como uno de los rasgos distintivos de la curatela frente a la tutela, que aquella “no recae sobre la esfera personal del curatelado, de manera que la actividad del curador se circunscribe al ámbito estrictamente patrimonial del sometido, a) bien porque la ley presume la capacidad

patrimonial. Este sentido patrimonial de la curatela puede verse claramente en la asistencia del curador al menor emancipado para los actos establecidos en el artículo 323.1 CC –actos claramente de contenido patrimonial⁴⁵⁷–, o al declarado pródigo para los actos declarados en la sentencia que limita sus facultades patrimoniales –pero no las personales o extrapatrimoniales– y que, según el artículo 760.3 LEC, no pueda realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle⁴⁵⁸. Pero este significado patrimonial de la curatela no necesariamente ha de aplicarse en los supuestos de constitución de esta institución para las personas a las que una resolución judicial que modifique su capacidad coloque bajo esta forma de protección.

En este sentido, en los últimos tiempos, la doctrina⁴⁵⁹ y la jurisprudencia⁴⁶⁰ han ido otorgando a la figura del curador una función también de guarda personal del

para el autogobierno de la persona...; b) bien porque la causa que origina la constitución de la curatela excluye, sin así mencionarse expresamente en la ley, la actuación del curador en la esfera personal, como es el caso del declarado pródigo; c) bien porque la intensidad de la enfermedad o deficiencia, causa de la incapacitación y de la constitución de la curatela, no exija la intervención del curador en la esfera personal del incapacitado”. Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, op. cit., p. 107, refiriéndose a las personas con discapacidad psíquica, señala que “hasta hace poco tiempo, la curatela no era propiamente un sistema global de protección, sino un mecanismo de toma de decisiones, ya que el curador debía intervenir en los actos que la persona con discapacidad psíquica no podía realizar por sí solo, por establecerlo así una sentencia judicial”, configurándose como una institución de guarda estrictamente patrimonial. En este mismo sentido, la STS 646/2004, de 30 de junio (Roj: STS 4629/2004) instituye la curatela patrimonial alegando que basta “la protección de apoyo en el ámbito en que incide realmente la deficiencia, que es el relativo a los bienes” (FJ 4º).

⁴⁵⁷ El menor emancipado no podrá “tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”.

⁴⁵⁸ Así lo expone GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema...*, op. cit., p. 117. También PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “Comentarios a los artículos 259 a 306 CC”, *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano) tomo II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2470.

⁴⁵⁹ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). “La curatela como institución...”, op. cit., p. 2291, refiere relación de autores, tanto de los que excluyen la guarda de la persona a través de una curatela en el ámbito personal (Lete del Río, Albaladejo, Moreno Quesada) como de los que admiten la intervención del curador en la esfera personal del incapacitado (García Cantero, Gete-Alonso). También PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “Comentarios a los artículos 259 a 306 CC”, op. cit., p. 2470, considera que “cuando se trata de incapacitados, hay razones para defender que también es posible imponer la asistencia en ámbitos de naturaleza personal, si así lo establece la sentencia, previendo la asistencia”.

⁴⁶⁰ La ya citada sentencia de 31 de diciembre de 1991 (Roj: STS 16390/1991) consideró que el curador “presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la Sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el art. 290, en relación al 271 y 272 todos ellos del Código Civil” (FJ 2º). Más recientemente, la sentencia 421/2013, de 24 de junio (Roj: STS 3441/2013), estima “la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona... por lo que resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela” (FJ 2º); o la sentencia 557/2015, de 20 de octubre (Roj: STS 4283/2015), que señala que “en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289

curatelado, por lo que ha sido cada vez más habitual que la curatela no sea solo una medida para el ámbito patrimonial, sino también para el personal –incluso sólo aplicable al ámbito personal⁴⁶¹–. Esta solución basada en la constitución de una curatela para el ámbito personal es idónea sobre todo en supuestos de incapacitación parcial, en donde el sujeto incapacitado puede mantener su autonomía personal pero al mismo tiempo, en los casos que el juez considere como necesarios, se pueda llevar a cabo un apoyo externo, intentando respetar aquellos ámbitos que el sujeto pueda realizar por sí solo y controlando exclusivamente aquellos otros ámbitos que no pueda realizar sin el auxilio o asistencia del curador. Uno de los entornos donde más adecuada es la utilización de este instrumento de asistencia personal es en el ámbito de la salud –las llamadas curatelas de salud–, dirigidas a asegurar el correcto y adecuado seguimiento de los tratamientos médicos o farmacológicos, continuos y estables, prescritos a la persona necesitada de ellos⁴⁶². Son numerosas las sentencias que hacen referencia a la asistencia del curador para el control y el seguimiento de todo lo relacionado con la salud como pueden ser el manejo de medicamentos, la supervisión a un tratamiento médico⁴⁶³, las pautas alimenticias establecidas, la prestación de consentimiento informado para tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas⁴⁶⁴, incluso para la toma de decisiones

CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad” (FJ 6º). En el mismo sentido, la sentencia 373/2016, de 3 de junio (Roj: 2573/2016), que en el fallo declara a la persona “parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, la cual será complementada por un curador”.

⁴⁶¹ Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia 216/2017, de 4 de abril (Roj: STS1335/2017), considera beneficiosa la medida de apoyo que establece la sentencia recurrida –la curatela– en orden a las decisiones que afecten a la enfermedad del paciente, pero, sin embargo, discrepa en cuanto a la decisión de índole económica, estando a la presunción de capacidad de la persona para administrar sus bienes, suprimiendo que necesite medidas de apoyo para actos de disposición o administración de sus bienes (FJ 7º).

⁴⁶² En estos casos y en opinión de RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 243, “debe resaltarse que la intervención del curador es solo de acompañamiento y seguimiento en el tratamiento médico o sanitario, no de control o supervisión del mismo, y en ese caso no cabe pensar en ningún tipo de potestad de veto o similar”.

⁴⁶³ La STS 698/2014, de 27 de noviembre (Roj: STS 4767/2014), establece que “en el código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el art. 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad” (FJ 2º).

⁴⁶⁴ La STS 298/2017, de 16 de mayo (Roj: STS 1901/2017), dispone que, en la esfera personal, la persona “requerirá la intervención del curador para tomar las decisiones que excedan de las actividades básicas

acerca de su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial⁴⁶⁵.

Es por ello por lo que hoy en día la curatela tiene una función mucho más amplia aplicada al ámbito en la asistencia personal del curatelado, a excepción de la curatela de menores emancipados, de los beneficiarios de la mayor edad y los declarados pródigos a los que, como hemos indicado anteriormente, solo alcanza la curatela en el ámbito estrictamente patrimonial. Para estos casos, el artículo 288 del CC establece que “la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no pueden realizar por sí solos”.

de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos... sin perjuicio de la aplicación cuando proceda de lo dispuesto en el art. 9.2 b) y en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. El primero legitima a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Conforme al segundo, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En todo caso, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del art. 9.6 de la misma Ley” (FJ 5º).

⁴⁶⁵ Así, la STS 24 junio 2013 señaló que en la esfera personal la persona requeriría la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, la ayuda en el cuidado de su enfermedad y autocuidado personal y, además, podría decidir también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. La STS 487/2014, de 30 de septiembre (Roj: STS 3908/2014), confirma la de primera instancia que declara la incapacidad parcial de la persona restringida, aparte de los actos de contenido patrimonial, a las decisiones sobre la salud, en concreto, para el autocuidado, el manejo de medicamentos, el seguimiento de pautas alimenticias y las decisiones sobre su tratamiento, si bien en este caso fue sometida a tutela. Menciones a la intervención del curador en el ámbito médico aparecen en las SSTs de 2015, de 20 de octubre y 4 de noviembre, al igual que en la STS 552/2017, de 11 de octubre (Roj: STS 3535/2017), pero en este caso hace referencia, además, a la falta de conciencia de enfermedad, lo que agrava la situación, y reseña las facultades relacionadas con la salud de la persona que presuponen “la interlocución con los facultativos que atiendan a la paciente, con el consiguiente derecho de información y también la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica” (FJ 3º. 4). Esto es, el guardador legal puede y debe conocer el estado de la atención médica de la persona a la que guarda, hablar con los facultativos sobre el paciente, acompañarle o hacerle acompañar al médico, está legitimado para interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento del paciente. En el ámbito de las sentencias de segunda instancia que constituyen curatelas en este sentido, hace referencia a ellas BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). “La curatela como institución...”, *op. cit.*, pp. 2292 y 2293. También RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V. (2014). “El porvenir de la curatela...”, *op. cit.*, p. 1480.

En cualquier otro caso –en la curatela de los incapacitados– habrá que estar a lo establecido en la sentencia de incapacitación de acuerdo con lo señalado en los artículos 289 y 290 CC. En ese sentido, el contenido de la sentencia constitutiva de la curatela no es uniforme, sino variable en cuanto que depende de lo establecido en ella, teniendo en cada caso concreto un alcance diferente. El artículo 289 CC establece que la asistencia del curador alcanzará a aquellos actos que expresamente se determinen en la sentencia⁴⁶⁶ –ello en relación con el artículo 760 LEC, según el cual la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta–. Es por tanto la sentencia de incapacitación la que determinará en cada caso concreto, los actos en los que debe intervenir el curador⁴⁶⁷. Al respecto, se pueden dar básicamente dos situaciones en cuanto a la previsión y detalle de los actos en los que se necesita la actuación del curador. Por un lado, que la sentencia expresamente imponga la asistencia del curador en aquellos actos señalados en la misma (artículo 289 CC), es decir, hay una serie de actos predeterminados por la propia sentencia para los que se exige la asistencia del curador⁴⁶⁸. Por otro lado, que la sentencia

⁴⁶⁶ El artículo 289 CC expresamente establece que “la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”.

⁴⁶⁷ Hay que tener en cuenta otras disposiciones del CC en donde se exige la asistencia del curador en actos concretos, como puede ser para el otorgamiento y modificación de capitulaciones matrimoniales (art. 1330 CC), para la aceptación de herencia, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa (art. 996 CC), para la partición de la herencia (art. 1052.2 CC) y para donar y aceptar donaciones condicionales y onerosas (arts. 625 y 626 CC). Con respecto a la posibilidad de que la sentencia de incapacitación considere que el declarado incapacitado tenga una capacidad procesal limitada, el curador le asistirá en juicio, pero no le sustituirá (STS 16 de marzo de 2001 y la sentencia europea de Derechos Humanos, Sección 3ª, Caso Vaudelle contra Francia, de 30 de enero de 2001 (TEDH 2001/78)).

⁴⁶⁸ Normalmente son actos referidos a actos de disposición y de administración extraordinaria como pueden ser la enajenación y gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y objetos de extraordinario valor, la celebración de determinados contratos, la realización de actos susceptibles de inscripción, la administración o realización de operaciones u otros actos en los que se impliquen grandes cantidades de dinero, etc. Asimismo, la parte resolutoria de la pionera STS 31 de diciembre de 1991 (Roj: STS 16390/1991) fijó los actos para los que la persona necesitaba el concurso del curador: “para todos los actos de enajenación, gravamen y disposición en general de sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos o valores mobiliarios, así como para disponer a título gratuito de los mismos, renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en las que estuviera interesada, realizar particiones de herencia o divisiones de cosas en común (las que una vez efectuadas necesitarán además aprobación judicial), así como para entablar cualquier clase de acciones civiles y otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o los que pueda tener en el futuro y mientras persista esta situación”. La STS 646/2004, de 30 de junio (Roj: STS 4629/2004), que en su fallo determina “la extensión y límites de la curatela en el sentido de exigir la asistencia y autorización para los actos consistentes: A) Enajenar y gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, celebrar contratos y realizar actos susceptibles de inscripción; y, B) Administrar o realizar operaciones u otros actos en los que se impliquen grandes cantidades de dinero, pudiendo disponer de todas aquellas cantidades normales

no hubiese especificado los actos en los que deba ser necesaria la intervención del curador, en cuyo caso se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial (artículo 290 CC), es decir, para aquellos actos enumerados en los artículos 271 y 272 CC⁴⁶⁹.

para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (el considerado como "dinero de bolsillo") sin autorización". La STS 600/2015, de 4 noviembre (Roj: STS 4505/2015), rechazando la medida de la rehabilitación de la patria potestad como medida de apoyo por oponerse a lo establecido en la Convención, constituye la curatela como medida de asistencia en el ámbito médico, y en el ámbito patrimonial, "conservará su autonomía pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejar armas, conducir vehículos, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...), completando su discapacidad pero sin anular su autonomía personal" (FJ 4º). La STS 298/2017, de 16 de mayo (Roj: STS 1901/2017), declarando que la persona "necesita el complemento de un curador para la toma de decisiones para las que las sentencias recurridas prevén la actuación del tutor", establece que en la esfera patrimonial y de economía, la persona "conserva la iniciativa, pero necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los arts. 271 y 272 CC con las especificaciones que se señalan a continuación:

- 1.- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios.
- 2.- Celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción.
- 3.- Renunciar derechos, así como transigir o someterse a arbitraje.
- 4.- Partir herencias o dividir cosas comunes.
- 5.- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar ésta o las liberalidades.
- 6.- Hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- 7.- Entablar demanda, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- 8.- Ceder bienes en arrendamiento sujetos a prórroga forzosa o por más de 3 años.
- 9.- Dar y tomar dinero a préstamo.
- 10.- Disponer a título gratuito de bienes o derechos" (FJ 5º).

La STS 69/2018, de 7 de febrero (Roj: STS 310/2018), concluye en el fallo con la modificación parcial de la capacidad de obrar de la persona, que se limita tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y para complementar su capacidad necesita la asistencia de un curador, "el cual prestará los apoyos necesarios en el área económico-jurídico-administrativa, a excepción del manejo de dinero de bolsillo, disposiciones contractuales, como enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos, valores mobiliarios y disposición de cantidades elevadas, conducción de vehículos y uso de armas, precisando asimismo supervisión para el cuidado de su salud y para actividades instrumentales cotidianas; conservando la capacidad para la higiene personal y el vestido, manejo de dinero y para discernir y emitir el voto". En el mismo sentido, existen numerosas sentencias de Audiencias Provinciales citadas en BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). "La curatela como institución...", *op. cit.*, p. 2281.

⁴⁶⁹ El artículo 271 CC establece que "El tutor necesitará autorización judicial: 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado. 4.º Para realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial". Y el artículo 272 CC dispone que "también necesitará el tutor autorización judicial: 1.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 2.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 3.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 4.º Para ceder bienes en arrendamientos

Podría haber una tercera situación que se daría cuando la sentencia detalla los actos a realizar por el curador pero además requiere la autorización judicial⁴⁷⁰. O incluso otras fórmulas más genéricas como la de delimitar la naturaleza de los actos para los que se requiere la intervención del curador –como actos de extraordinaria administración o actos de disposición⁴⁷¹– o equiparar la situación del curatelado a la de un menor emancipado⁴⁷².

En relación con la enumeración de actos que deba realizar la persona con la asistencia del curador, se podrá colegir la limitación de la capacidad de la persona incapacitada para esos mismos actos, estando ello en función del grado de discernimiento de la persona, constatado por el juez durante la tramitación del procedimiento. En caso de faltar la intervención del curador en el acto jurídico al que es necesario su asistencia, puede ser instada la anulabilidad de ese acto siguiendo lo establecido en los artículos 1301 y siguientes del Código Civil, cuestión que será tratada en otro apartado.

La actuación del curador tiene en un principio la finalidad de asistir y complementar⁴⁷³ la capacidad de la persona sometida a ella, y por tanto no tiene ninguna función de sustituir su voluntad, sino solamente funciones de asistencia y en aras a su protección. El curador no es, en este sentido, un representante legal –al estilo del tutor o de los padres cuando ejercen la patria potestad–, ya

sujetos a prórroga forzosa. 5.º Para dar y tomar dinero a préstamo. 6.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo autorización judicial. 7.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado, salvo autorización judicial en cualquiera de los dos casos”.

⁴⁷⁰ RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V. (2014). “El porvenir de la curatela...”, *op. cit.*, p. 1479, cita como ejemplo la SAP de La Coruña 106/2010, de 2 junio, en donde se declaró al actor como parcialmente incapaz para gobernar sus bienes por patología psiquiátrica de carácter irreversible y estableció una limitación en cuanto a su capacidad patrimonial y negociar.

⁴⁷¹ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). “La curatela como institución...”, *op. cit.*, p. 2281.

⁴⁷² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2010). “Comentario al artículo 290 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo). Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 421-422.

⁴⁷³ El significado del término complementar no es del todo pacífico, sobre todo en la curatela aplicada a supuestos de prodigalidad, RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V. (2014). “El porvenir de la curatela...”, *op. cit.*, p. 1479. Considera que “en la curatela la utilización de *términos complementar, asistencia, cooperación e intervención*, no son equivalentes. *Están llenos de matices* y hay que aplicar el que mejor responda a las circunstancias de cada caso, lo que da a la curatela una multiplicidad de funciones”. También GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema... op. cit.*, pp. 421-426, analizando la naturaleza jurídica del asentimiento en la actuación del curador como complemento de la capacidad del curatelado, concluye que “por una parte, responde a la necesidad de añadir al negocio un *requisito extra para su plena eficacia* (en interés y para la protección del curatelado) y, de otro, constituye una limitación al poder dispositivo del curatelado”.

que no sustituye a la persona sujeto de protección y no suple la declaración de voluntad del curatelado, sino que tiene una mera labor de asistencia y complemento de capacidad. Su finalidad es completar la capacidad del sujeto a curatela mediante la intervención⁴⁷⁴ del curador en el acto concreto objeto de asistencia atendiendo siempre a los intereses del curatelado⁴⁷⁵. En tal sentido, el curador se establece para proteger y asistir a personas con cierto discernimiento en determinados actos, complementando su capacidad, sin ser permanente o continua como en la tutela, sino una actuación intermitente y ocasional. Por ello se ha considerado, en un primer momento, que el curador no podía ser, siquiera esporádicamente, representante legal del incapacitado o administrador de su patrimonio, limitándose únicamente a completar la capacidad para la realización de actos de disposición por el sujeto a curatela.

La función del curador como asistente y no como representante del curatelado ha sido uno de los aspectos más cuestionados en la institución de la curatela, de tal manera que se debatía la posibilidad de que el curador tuviera funciones representativas en su ámbito de actuación respecto a la persona curatelada. En un principio, parece ser que, en ese marco, el sentir mayoritario en la doctrina era que no podía otorgarse al curador la representación legal del curatelado ni confiarle la administración de su patrimonio⁴⁷⁶. Así además lo confirmaba el Tribunal Supremo en una de las primeras sentencias al respecto, la sentencia de 31 de diciembre de 1991 (Roj: STS 16390/1991), “el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación,

⁴⁷⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). “La curatela como institución...”, *op. cit.*, p. 2261, menciona la diferente terminología que utiliza el legislador en el Código Civil para referirse a la actividad desempeñada por el curador: “intervención (art. 288, 289 y 293), asistencia (art. 289) o consentimiento (art. 298)”, respondiendo a la “misma finalidad de completar la capacidad del sometido a curatela mediante el asentimiento positivo o negativo del acto concreto”.

⁴⁷⁵ Debemos tomar en consideración que la actuación del curador en el ejercicio de su función ha de regirse siempre por el principio de beneficio del curatelado y en su interés, en cumplimiento de la regla general establecida en el artículo 216 CC para todo cargo tutelar.

⁴⁷⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema...*, *op. cit.*, p. 421, afirmaba que no se trata “de una autorización ni de una adhesión a dicho acto, es una cooperación que refuerza la capacidad del curatelado que es quien realiza el acto y asume sus consecuencias”. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil IV*, *op. cit.*, p. 442, establecen que la curatela “se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo”.

sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la Sentencia” (FJ 2º).

Pero, en algunos casos de forma excepcional, algunos autores⁴⁷⁷ comenzaron a señalar la conveniencia de que el curador asumiera la representación legal del incapaz si así se cumplía mejor el fin de proteger a la persona sometida a la misma, siempre y cuando hubiera una supervisión puntual a través de la correspondiente autorización judicial. Se empieza a plantear con ello la posibilidad de constituir una curatela con funciones representativas limitadas por la sentencia, en la que la actuación del curador pueda comportar, en atención al grado de discernimiento del curatelado, su representación legal y la administración de su patrimonio. Esto ha supuesto la creación de una modalidad de curatela, caracterizada porque sus funciones o atribuciones no son las que determina la ley y justificada por las circunstancias de la persona a la que afecta⁴⁷⁸. Precisamente es la necesidad de atender a las circunstancias personales del curatelado en razón de su capacidad lo que puede hacer necesaria la función de asistencia del curador para el complemento de capacidad en la realización de determinados actos y la función de representación para otros más complejos⁴⁷⁹. Además, en este sentido, la intervención del curador debe

⁴⁷⁷ Entre otros, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1992). *La nueva normativa...*, *op. cit.*, pp. 246-247, que establece que “todo está en función del «grado de discernimiento» del incapacitado, y que aquí –a diferencia de lo que puede decirse en sede de prodigalidad, porque la sentencia no es de incapacitación– existe una declaración oficial de incapacidad”. En este sentido, la facultad de gestionar o representar se entiende solo referida a aquellos actos concretos que así hayan sido previstos en la sentencia de incapacitación. Más recientemente, PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “Comentarios a los artículos 259 a 306 CC”, *op. cit.*, p. 2479, que señala que el incapacitado puede necesitar “la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí pero no solo y la función de representación para otros”.

⁴⁷⁸ RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela...”, *op. cit.*, p. 224, si bien en el ámbito de la nueva curatela propuesta por el Anteproyecto pero que se puede aplicar a la actual curatela representativa, pone de manifiesto la equiparación de las idénticas facultades de esta curatela con la tutela parcial o mitigada, con el inconveniente añadido de no saber, “ante situaciones bastante similares, qué régimen de protección es el más apropiado, si la tutela (parcial o mitigada) o la curatela (modulada, ampliada o reforzada)”.

⁴⁷⁹ PARRA LUCÁN, M.A. (2017). “Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial”, *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), 2ª edición. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 473, defiende esta doble función de la curatela –de asistencia para unos actos y de representación para otros– atendiendo a las circunstancias personales del incapacitado, manifestando que “lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adaptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne a la institución tutelar, al cargo”. La misma autora, en PARRA LUCÁN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables (modelos para la toma de decisión en asuntos personales)*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, p. 108, considera que “nada impide que

tener en cuenta su voluntad y sus preferencias en cuanto función de complemento y asistencia a la persona curatelada⁴⁸⁰, y, con más motivo, cuando la actuación del curador es sustitutiva. En este caso y en palabras de GARCÍA RUBIO, “la persona que decida por sustitución tratará de determinar la decisión que hubiera tomado el afectado teniendo en cuenta los factores que éste habría tomado en consideración, de suerte que el motivo de la decisión no descansa en el mejor interés de la persona sino en lo que hubiera sido su voluntad (el curador deberá pensar y decidir cómo lo hubiera hecho el curatelado si hubiera podido)”⁴⁸¹.

No obstante, no toda la doctrina es unánime al reconocer facultades representativas en la curatela. Así, PEREÑA VICENTE señala que en el Derecho español no existe la flexibilidad en las medidas de protección que sí reconocen otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno⁴⁸², ya que cada una de las

se atribuyan al curador funciones de representación”, no solo en el ámbito patrimonial sino también en el ámbito personal, resaltando la advertencia que hace al respecto la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

⁴⁸⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009), “La Convención Internacional...”, *op. cit.*, p. 367, considera que “falta también en la regulación de la curatela una referencia general a la necesidad de tener en cuenta las preferencias del incapacitado, principio que ha de inspirar la actuación del curador”. En el mismo sentido, PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 13 y 15, a la hora de abordar la curatela como “medida pertinente” a la que se refiere el artículo 12 de la Convención al no conllevar representación, afirma que tal y como está configurada la curatela en nuestro ordenamiento jurídico, por un lado, al no estar concebida ésta con carácter flexible, no permite representación en los casos en los que sea necesario, y por otro lado, en el modelo actual, el curador es el que complementa la capacidad en determinados ámbitos. No obstante, afirma que “este diseño lo convierte en la persona que autoriza determinados actos, pero nada se establece sobre el proceso de toma de decisiones y los principios y criterios que han de guiarla”. En otro trabajo, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, p. 347, añade, junto a la necesidad de tener en cuenta las preferencias del incapacitado, también su interés.

⁴⁸¹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 17, que lo señala a propósito de las propuestas de modificación del Código civil español y de otros textos legales conforme al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas.

⁴⁸² PEREÑA VICENTE, M. (2014). “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 14, hace referencia al Derecho alemán que instauró la figura de la asistencia como una única medida, junto con el apoderamiento preventivo de protección, al que siguieron otros ordenamientos jurídicos como el Derecho francés en donde el curador puede representar en determinadas circunstancias, el Derecho suizo que, habiendo suprimido la tutela, “concentra todas las posibles medidas en la curatela”, o el Derecho belga que ha unificado las medidas de protección en la figura del administrador.

figuras legales de guarda han sido diseñadas con una cierta rigidez en donde el tutor representa y el curador complementa la capacidad⁴⁸³.

A nuestro juicio, si bien la curatela tiene inicialmente una función de complemento de la capacidad de la persona que necesita un mecanismo de apoyo y asistencia en la toma de decisiones personales o de carácter patrimonial, consideramos que, dado que se instituye judicialmente, el órgano judicial puede, en las ocasiones que así lo establezca en la resolución judicial dictada al efecto, otorgar facultades representativas al curador para la realización de aquellos actos de mayor complejidad en donde la persona asistida por la curatela no tenga la capacidad necesaria, a juicio del juzgador, para la realización de tales actos jurídicos, ni siquiera con la asistencia del curador. En la medida de lo posible, la intervención del curador deba tener en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona a la que asiste, pero si esta voluntad y estas preferencias, a pesar de poder ser claramente manifestadas, atentan gravemente contra sus propios intereses –con irreversibles perjuicios personales y/o económicos– el juez debería poder otorgar facultades representativas al curador para la actuación en su nombre y en su mejor interés.

Es importante destacar que el curador, al igual que el tutor, tiene la obligación de promover la adquisición o recuperación de la capacidad del curatelado y su mejor inserción en la sociedad (artículo 269 para la tutela –si bien no hay ningún precepto similar para la curatela, ni siquiera por remisión a aquella–). Por consiguiente, una correcta intervención del curador ofreciendo la información necesaria y adecuada para que pueda actuar de forma autónoma ayudaría a potenciar su capacidad⁴⁸⁴, aun manteniendo la institución de guarda establecida.

⁴⁸³ Esta autora considera que “tal y como está diseñada en el Derecho español, no es posible llegar a priorizar en todo caso la curatela por vía de interpretación jurisprudencial ya que el curador no puede representar”, PEREÑA VICENTE, M. (2014). “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 14; incluso considera, p. 16, que el Dictamen del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 19 de mayo de 2014 “ha venido a echar por tierra muchos, por no decir todos, los argumentos de esta reciente doctrina jurisprudencial”.

⁴⁸⁴ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009), “La Convención Internacional...”, *op. cit.*, p. 367, alude a la “capacidad residual” de la persona con discapacidad, que puede ser potenciada a través del establecimiento de algún mecanismo que amplíe en determinadas situaciones su capacidad de obrar.

A esta forma de entender la curatela con funciones de representación para el curador se ha dado en denominarla “curatela reforzada”⁴⁸⁵ o “tutela mitigada”⁴⁸⁶, en cuanto que el curador solo podrá actuar como representante legal o administrador del patrimonio del curatelado en los actos concretos y determinados en la sentencia, siendo su función general de complemento de capacidad y asistencia en el ejercicio de sus derechos para todos los demás actos. Ha de indicarse que en algunas legislaciones autonómicas como la aragonesa o la catalana⁴⁸⁷ sí que ha sido admitido que al curador se le pudieran atribuir funciones de representación para determinados actos de administración o representación del incapacitado⁴⁸⁸, lo que facilita la argumentación para admitir tal carácter representativo en el sistema común.

En relación con este aspecto de la curatela, la emblemática STS 282/2009, de 29 de abril todo un referente en la materia⁴⁸⁹, a pesar de que reafirmó la incapacidad total y permanente de la persona intervenida en las instancias inferiores –que limitaba funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes, por tanto la necesidad de sometimiento a tutela–, definió la figura como “la institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 289 CC” (FJ 8º). Además, consideró a la curatela como “un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la

⁴⁸⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). “La curatela como institución...”, *op. cit.*, p. 2262, considera que “esta curatela reforzada y, en general, la institución de protección de la curatela está en la línea del modelo de apoyos trazado en la Convención de la ONU”. Esta autora considera, p.2280, que en la curatela reforzada “se determine la asistencia para determinados actos, y para otros se determine cierta facultad de representación”,.

⁴⁸⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1993). “Comentario al artículo 289 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 839-840, precisa que “el amplio campo intermedio que existe entre el total incapaz y los diferentes estadios de los deficientes parece, hoy, cubierto por la curatela”. Esta afirmación –matizada con la terminología actual– sigue siendo válida como argumentación de la idoneidad de la curatela como institución de guarda más adecuada y ajustada a los criterios de la Convención para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

⁴⁸⁷ Artículo 150.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y artículo 223-4, en relación con el 223-6, del Código Civil de Cataluña – en este caso solo a efectos de administración ordinaria–.

⁴⁸⁸ También en alguna sentencia de segunda instancia se ha considerado que se pueden atribuir facultades de representación al curador de un incapaz, concurriendo determinadas circunstancias; así en la SAP Zaragoza de 3 noviembre de 1993.

⁴⁸⁹ Roj: STS 2362/2009. Esta sentencia recogió las novedosas propuestas del Ministerio Fiscal en el procedimiento al respecto, interpretando el impacto en nuestro sistema jurídico de la Convención Internacional de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad.

representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos” (FJ 8º). Esta consideración de la curatela ha sido recogida casi literalmente en múltiples sentencias de Audiencias Provinciales⁴⁹⁰ así como en la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, “Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”⁴⁹¹, que dejó bien claro que la función de la curatela no es de representación, sino de asistencia y protección en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia⁴⁹². En ello radica la principal diferencia con la tutela: en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad, sin necesidad, en principio, de actuación representativa por parte del curador.

A propósito de la adopción de medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, la sentencia precitada incluye la referencia que hace el escrito del Ministerio Público a que “la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parece la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. 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” (FJ 3º). La expresión “traje a medida” ha sido reiteradamente utilizada en diferentes

⁴⁹⁰ Al respecto, amplia relación de jurisprudencia menor en DE SALAS MURILLO, S. (2013). “Repensar la curatela”, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁹¹ El punto 3 establece literalmente que “el curador no suplente la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia, por lo que su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia”.

⁴⁹² En favor de la posibilidad de una curatela representativa, parece ser que, en la actualidad, “no cabe mantener la resolución con el rigor que se mantuvo cuando se dictó, en aras del beneficio e interés de la persona”, RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V. (2014). “El porvenir de la curatela...”, *op. cit.*, p. 1478.

resoluciones judiciales posteriores⁴⁹³ para justificar la adecuación a las concretas y específicas necesidades de la persona en el proceso de adopción de medidas de apoyo. Sin embargo, si bien la confección de concretos y particulares “trajes a medida” debiera ser la tónica general en la adopción del adecuado sistema de protección, el tan repetido “traje a medida” del sistema propuesto no ha sido en realidad más que casi un único modelo estándar de “traje para todos”⁴⁹⁴, por la predisposición judicial que hubo hacia la incapacitación total y el consiguiente establecimiento de la tutela.

Fue a partir de esta sentencia de 2009 cuando se produjo un cambio de tendencia en nuestra jurisprudencia al ir confeccionando cada resolución judicial el famoso “traje a medida” para la persona con necesidades específicas y concretas, adaptando para ella las medidas jurídicas más adecuadas y reconociendo que las figuras relacionadas con la incapacitación han de ser flexibles en aras a lograr responder a las determinadas necesidades de cada persona. En efecto, la sentencia aludida, haciendo eco de las alegaciones de la defensa del Ministerio Fiscal en el procedimiento, recoge que “la configuración tradicional de la incapacitación... puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones” (FJ 3º), debiendo evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. Por ello, el sistema de protección “no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección” (FJ 7º). Como señala CUADRADO

⁴⁹³ Entre otras, las SSTs de 29 de abril de 2009, 1 de julio de 2014, 13 de mayo de 2015, 20 de octubre de 2015, 3 de junio de 2016, 4 de abril de 2017, 11 de octubre de 2017, etc.

⁴⁹⁴ Expresión de TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, pp. 223-224, que, haciendo un estudio de la realidad actual en los procesos de capacidad ante la problemática de las personas que sufren algún tipo de demencia, señala que “la práctica ha venido a demostrar que con el modelo vigente donde la sentencia de incapacitación o de modificación de la capacidad, en la denominación actual, deberían ser trajes a medida, el 95% de ellas optaron por la modalidad de «incapacitación total» con designación de la figura más protectora y sustitutiva de la voluntad, la tutela, sin establecer una verdadera graduación”.

PÉREZ⁴⁹⁵, se debe huir de las “resoluciones judiciales tipo”, acomodando las medidas adoptadas a la realidad particular de cada persona.

Por todo ello, ha de destacarse cómo en los últimos años –prácticamente desde la sentencia de 29 de abril de 2009– el Tribunal Supremo⁴⁹⁶ ha ido corrigiendo esta tendencia llevada a cabo por Juzgados de instancia y Audiencias Provinciales, casando los recursos afectados con la constitución de curatelas –y

⁴⁹⁵ CUADRADO PÉREZ, C. (2020). “Modernas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁹⁶ Así, aparte de la referida sentencia de 29 de abril de 2009, la STS 421/2013, de 24 de junio (Roj: STS 3441/2013), que modifica la extensión y límites de la incapacidad judicialmente declarada en la instancia, sustituyendo la total por una parcial o curatela; la STS 337/2014, de 30 de junio (Roj: STS 3852/2014), que devuelve la curatela que se había constituido inicialmente, posteriormente transformada en tutela en virtud de las sentencias de las instancias inferiores; la STS 244/2015, de 13 de mayo (Roj: STS 1945/2015), que no justifica la incapacitación total, estableciendo que “la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida” (FJ 5º); la STS 553/2015, de 14 de octubre (Roj: STS 4280/2015), considerando determinante que se aplique la curatela y no la tutela, tanto en el ámbito patrimonial como en el personal (FJ 2º); la STS 557/2015, de 20 de octubre (Roj: STS 4283/2015), que estima “la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona..., y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela” (FJ 6º); la STS 373/2016, de 3 de junio (Roj: STS 2573/2016), en contra de lo ordenado en las instancias anteriores como incapacidad total y sometimiento a tutela, declara en su fallo que “es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, la cual será complementada por un curador”; la STS 216/2017, de 4 de abril (Roj: STS 1335/2017), mantiene la curatela si bien solo en orden a las decisiones que afectan a la enfermedad de la persona, ya que en el ámbito patrimonial está a la presunción de capacidad para administrar sus bienes, argumentando que “se echa en falta los concretos actos llevados a cabo por el recurrente de los que se pueda inferir ese déficit de autogobierno y la necesidad de apoyo en su beneficio” (FJ 7º); la STS 298/2017, de 16 de mayo (Roj: STS 1901/2017), que estima el motivo primero del recurso de casación y las sentencias recurridas prevén la actuación del tutor” (FJ 5º); la STS 552/2017, de 11 de octubre (Roj: STS 3535/2017), que, de una incapacitación parcial anterior, las instancias inferiores pasan a una incapacitación total, es posteriormente revocada en casación; la STS 69/2018, de 7 de febrero (Roj: STS 310/2018), estima la adecuación de la curatela al caso enjuiciado en el que “la sentencia refiere una limitación parcial del alcance de la capacidad (además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal), y en ningún caso una situación de discapacidad total que justificaría el sometimiento a la tutela” (FJ 3º); la STS 124/2018, de 7 de marzo (Roj: STS 732/2018), estima el recurso de casación en el extremo de que “es más favorable para la persona demandada, incapacitada parcialmente, la curatela en vez de la tutela” (FJ 3º); en el mismo sentido, la STS 362/2018, de 15 de junio (Roj: STS 2191/2018), sin extender la curatela “a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificarse por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador” (FJ 2º); la STS 383/2018, de 21 de junio (Roj: STS 2319/2018), confirma la constitución de la curatela por la sentencia de la Audiencia Provincial, siendo en este caso, esta segunda instancia la que revocó la tutela constituida en el juzgado de primera instancia; la STS 458/2018, de 18 de julio (Roj: STS 2805/2018), considera que, como dice el recurso, “el régimen de tutela impuesto es desproporcionado y está en absoluto desacuerdo con la jurisprudencia de esta sala..., la institución que más se adecua a las limitaciones del recurrente es la curatela, teniendo en cuenta que la sentencia de apelación declara la incapacitación parcial” (FJ 3º); y por último, la reciente STS 118/2020, de 19 de febrero (Roj: STS 494/2020), que declara que la institución que mejor garantiza la autonomía y protección de la persona en este caso es la curatela, “dado que posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, sin perjuicio de la necesaria asistencia del curador a aquellos actos ya declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial” (FJ 5º).

el consiguiente nombramiento de curador– como el sistema más flexible y adaptado a las circunstancias específicas de la persona.

Analizando la sentencia mencionada, DE SALAS MURILLO⁴⁹⁷ expone cómo los esquemas que hasta ahora ha seguido nuestro sistema están siendo objeto de revisión: “el contenido natural de la tutela era el propio de funciones representativas, mientras que las funciones de complemento de capacidad se dejaban para el ámbito de la curatela. Esta sentencia parte de lo contrario: siendo nominalmente una *tutela*, de lo que se trata es de *completar* su capacidad y solo «*excepcionalmente*», cuando sea necesario, *suplirla*, en algunas de las actividades que se mencionan”. Según opinión de esta misma autora, la intención es respetar al máximo la autonomía de la persona a la que se incapacita –lo cual se desprende del propio texto de los Fundamentos de Derecho de la sentencia–, pero el que el tutelado actuara por sí mismo, con el complemento de capacidad del tutor, no casa con la idea esencial de que en una tutela el tutor actúa siempre en nombre del tutelado⁴⁹⁸.

Desde nuestro punto de vista, es seguramente la premisa de institución representativa que tradicionalmente se ha establecido para la tutela para los casos de personas con capacidad modificada judicialmente la que se ha de cuestionar. Quizás la intención del Alto Tribunal haya sido considerar una especie de curatela representativa, en avanzadilla de lo que, una década más tarde, ha hecho el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 17 de julio de 2020.

En el nuevo modelo de discapacidad a raíz de la propuesta de reforma de la legislación civil y procesal por el Proyecto de Ley, la curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial, siendo objeto de una regulación más detenida. Así lo expresa el apartado III de la Exposición de Motivos que, además, señala que “el propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda”, recalcando su “naturaleza

⁴⁹⁷ DE SALAS MURILLO, S. (2013), “Repensar la curatela”, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹⁸ No obstante, ha de hacerse notar lo establecido para la tutela en el artículo 267 referido a que el tutor es el representante legal del incapacitado “salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo ya sea por disposición expresa... de la sentencia de incapacitación”, y éste puede ser uno de estos supuestos.

asistencial”. En esta “nueva curatela”⁴⁹⁹, la función principal del curador consiste en la asistencia en el ejercicio de la capacidad de la persona a quien presta apoyo, sin excluir las facultades representativas en los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de las personas con discapacidad. La Exposición de Motivos recalca su naturaleza asistencial, excluyendo en lo posible las figuras de naturaleza representativa. Por ello, en la llamada curatela representativa, solo excepcionalmente, ya sea para actos aislados, ya sea para actos de alcance general – ésta más excepcional todavía–, se constituirá en aquellas situaciones en las que la persona está absolutamente privada de cualquier capacidad de decidir, se podrá nombrar un curador que decida por el curatelado y actúe en su nombre. En los demás casos –que deben ser la mayoría–, la curatela tendrá funciones de apoyo, asistencia y ayuda.

Desde nuestro punto de vista, la curatela es sin duda el mecanismo jurídico de origen judicial que recoge de la manera más adecuada la determinación de los posibles apoyos –tanto para el desarrollo personal como patrimonial de la persona con discapacidad– cuando estos sean necesarios. No solo es una institución con un cierto arraigo en nuestra tradición jurídica –aunque no fue del todo atendida y acogida lo suficiente tras la reforma de 1983 en materia de tutela⁵⁰⁰–, sino que además es una figura flexible, que se adapta a las circunstancias personales del curatelado, pudiendo manifestar éste su voluntad y preferencias, y lograr expresar, a través de la asistencia del curador, las decisiones más convenientes. Además, con la introducción de la denominada curatela representativa –para casos en los que excepcionalmente sea imposible o muy difícil llegar a la manifestación de voluntad del sujeto–, la institución de la curatela es lo suficientemente amplia como para permitir la asignación judicial de la facultad de representación en el curador.

⁴⁹⁹ Expresión utilizada por RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela...”, op. cit., p. 215.

⁵⁰⁰ Diríamos incluso que fue considerada como una institución menor a la vista de la escasa regulación en el ordenamiento jurídico español –con escasos nueve artículos en el Código Civil frente a los más de sesenta artículos referidos a la tutela–. Ahonda además en esa idea la remisión que hace el artículo 291 de aplicación a los curadores de las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

Siguiendo las pautas de PAU, que indica que “es necesario forzar la incorporación del cuidado a la justicia”⁵⁰¹, creemos que la curatela es, precisamente, la institución que da una mejor respuesta de acogimiento y cercanía al cuidado de la persona con discapacidad.

2.2. Breve referencia al defensor judicial como institución de guarda y protección a las personas con discapacidad

El defensor judicial es, junto con la tutela y la curatela, la tercera institución de guarda y protección de la persona y/o de los bienes prevista en el Código Civil (artículo 215 del Código Civil) para la guarda y protección de personas con capacidad modificada judicialmente⁵⁰² –referida también para los menores–. El Código Civil dedica los artículos 299 a 302, en capítulo independiente y solo para esta figura⁵⁰³, habiendo sido modificados alguno de ellos recientemente por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria⁵⁰⁴.

Puede definirse como la persona designada por resolución judicial que asume temporalmente la representación y el amparo de los menores de edad o incapacitados en los casos previstos en la ley y con las atribuciones que se le hubieran conferido judicialmente⁵⁰⁵. Es por ello un cargo judicial de asistencia y protección, pero a diferencia de la tutela y de la curatela, es un cargo transitorio, temporal y limitado para la defensa puntual de determinados intereses de la

⁵⁰¹ PAU PEDRÓN, A. (2020). “El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo), p. 27.

⁵⁰² TORRES GARCÍA, T.F. (2013). “Efectos de la incapacitación”, *op. cit.*, p.157, critica la consideración del defensor judicial como institución de protección junto con la tutela y la curatela por la diferencia de funciones con aquellas, entre otras cuestiones, por no ser un órgano permanente.

⁵⁰³ La reforma del Código Civil en 1983 reguló unitariamente por primera vez el cargo, ya que anteriormente se regulaba de forma diferente el defensor judicial designado por la desaparición de una persona (en el artículo 181) y el designado en caso de conflicto de intereses entre titulares de la patria potestad y el hijo sometido a ella (en el artículo 163), DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil, vol. I, op. cit.*, p. 235. Actualmente sigue existiendo la mención en estos supuestos a la figura del defensor, pero ya interpretada como institución única.

⁵⁰⁴ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en su Disposición final primera, de modificación de determinados artículos del Código Civil, modificó los artículos 299 bis, –incluyendo a la curatela junto con la tutela, además de la función del Secretario judicial–, el artículo 300 –al referirse a que el nombramiento del defensor judicial ha de seguirse en expediente de jurisdicción voluntaria– y el artículo 302 –al modificar alguna expresión verbal–.

⁵⁰⁵ Por todos, definición extraída de PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2016). “La tutela, la curatela y la guarda...”, *op. cit.*, de los menores e incapacitados”, p. 427.

persona con capacidad judicialmente modificada – o del menor–, sin tener el carácter de estabilidad que deben perseguir las otras dos instituciones.

Los supuestos en los que procede el nombramiento de defensor judicial están previstos en los artículos 299 y 299 bis CC. El artículo 299 se refiere básicamente a dos supuestos: en primer lugar, a la existencia de un conflicto de intereses entre la persona protegida –menor de edad o incapacitado– y sus representantes legales o curador, y, en segundo lugar, a que quien deba desempeñar esas funciones tuitivas no actúe adecuadamente, mientras cese la causa determinante y se designa otra persona para desempeñar el cargo. Un tercer supuesto es el previsto en el artículo 299 bis que, con la modificación ordenada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁰⁶, establece que, cuando se tenga conocimiento de que una persona deba ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa, pero si además del cuidado de la persona hubiera de procederse al cuidado de los bienes, el secretario judicial⁵⁰⁷ podrá designar un defensor judicial que administre los mismos. La Ley de Jurisdicción Voluntaria, dentro de la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas, hace referencia en parecidos términos, a los supuestos de nombramiento de defensor judicial⁵⁰⁸.

Además, la regulación del Código de los supuestos incluye una cláusula genérica al referirse el artículo 299 expresamente a “los demás casos previstos en este

⁵⁰⁶ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, añadió la curatela al supuesto de la tutela si se tiene conocimiento de persona que deba ser sometida a ellas, sustituyó al Juez por el Secretario Judicial –ahora Letrado de la Administración de Justicia–, como el indicado para designar un defensor judicial que administre los bienes si los hubiere –antes se refería a la designación de un Administrador de los mismos–.

⁵⁰⁷ Todas las referencias que se contengan en las normas jurídicas a "Secretarios judiciales" deberán entenderse hechas a "Letrados de la Administración de Justicia" por la disposición adicional 1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁵⁰⁸ Así el artículo 27.1 establece que “se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los casos en que proceda conforme a la ley el nombramiento de un defensor judicial de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o por modificar y, en todo caso, se solicitará: a) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o personas con capacidad modificada judicialmente y sus representantes legales o su curador, salvo que con el otro progenitor o tutor, si hubiere patria potestad o tutela conjunta, no haya tal conflicto. b) Cuando por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo. c) Cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento”.

Código” que, sin identificar cuáles son, parece que pueda interpretarse como que queda abierta a otras aplicaciones futuras, o que sirva para acoger una regulación unitaria del defensor judicial⁵⁰⁹.

El nombramiento del defensor judicial se hará en expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, y se nombrará a quien se estime más idóneo para el cargo, según dispone el artículo 300 CC⁵¹⁰.

Las atribuciones otorgadas al defensor judicial, según establece el artículo 302 CC, serán las que se le hayan concedido expresamente en la resolución judicial⁵¹¹ y, además, tendrá el deber de rendir cuentas de su gestión una vez concluida⁵¹².

En la práctica judicial, esta institución ha tenido poco predicamento por su escasa aplicación, suponemos que por su carácter provisional y transitorio. En los supuestos en los que se ha utilizado ha sido preferentemente en situaciones en donde se hacía necesario determinar el nombramiento de defensor judicial por

⁵⁰⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I, op. cit.*, p. 236. VERDERA SERVER, R. (2019). *Lecciones de Derecho Civil...*, op. cit., p. 310, explica esta calificación unitaria a partir de la aplicación del artículo 27.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que, al establecer el ámbito de aplicación de las normas relativas al nombramiento del defensor judicial –en similitud a cómo lo regula el Código Civil, dispone que “también se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los casos en que proceda la habilitación y ulterior nombramiento de defensor judicial”.

⁵¹⁰ El nombramiento del defensor judicial también se prevé en los artículos 8.2 y 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer, por un lado, que en los casos “en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél” y, por otro lado, que “el presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado”.

⁵¹¹ El artículo 30.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que “en la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el Secretario judicial estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera”.

⁵¹² El artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que “serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial competente”, por lo que también entendemos que la rendición de cuentas ha de tramitarse ante el Letrado de la Administración de Justicia (en terminología actual) competente. Con respecto a las causas excusa y remoción, junto con las de inhabilidad, el artículo 301 CC se remite a las de los tutores y curadores.

la existencia de conflicto de intereses, sobre todo referido este conflicto entre titulares de la patria potestad en relación con hijos menores de edad⁵¹³.

No obstante, la reciente STS 597/2017, de 8 de noviembre (Roj: STS 3923/2017), se dictó para la resolución de un supuesto de limitación de capacidad de una persona y su sometimiento a tutela. En ella se estima como procedente el nombramiento de defensor judicial, considerando tal nombramiento “como garantía para los casos en que promueve el proceso el Ministerio fiscal y el presunto incapaz no comparece con su propia defensa y representación” (FJ 4º). La sentencia se complementa además con la determinación de la libertad que tiene el juez para elegir a la persona que pueda desempeñar el cargo⁵¹⁴, y aclara que “no existe inconveniente alguno en el nombramiento de un defensor judicial que sea una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados” (FJ 4º). Con esta doctrina jurisprudencial podemos constatar la eficaz función de esta institución tutelar como medida de protección, aunque sea provisional y transitoria, en la asistencia a personas con discapacidad.

2.3. La guarda de hecho y su nueva dimensión como mecanismo jurídico actual de protección y asistencia

La reforma del Código civil de 1983 en materia de tutela⁵¹⁵ configuró, junto con las instituciones específicas de la tutela, la curatela y el defensor judicial indicadas anteriormente, la figura de la guarda de hecho como una de las

⁵¹³ SSTs de 17 de enero de 2003 (Roj: STS 127/2003), de 4 de marzo de 2003 (Roj: STS 1472/2003), de 23 de octubre de 2003 (Roj: STS 6542/2003), 5 de noviembre de 2003 (Roj: STS 6895/2003), 30 de junio de 2004 (Roj: STS 4629/2004) y 9 de julio de 2004 (Roj: STS 4989/2004); en todos los casos era necesario el nombramiento de un defensor judicial que representara al menor y amparase sus intereses. No obstante, la sentencia 926/2008, de 15 de octubre (Roj: STS 5217/2008), sí que se refiere al correcto nombramiento de defensor judicial a solicitud del mismo tutor, hermano del incapaz, para que le representase en la herencia de sus padres por tener intereses opuestos, habiendo accedido a ello el juzgado de instancia (FJ 1º).

⁵¹⁴ Expresamente establece que “el art. 300 CC y el art. 30.2 de la LJV atribuyen al juez gran libertad a la hora de escoger a la persona que va a desempeñar el cargo de defensor judicial. No se establece un orden de prelación, ni hay remisión a las normas que lo establecen para el nombramiento de tutor. Tampoco se exige motivación alguna, aunque, naturalmente, para valorar la idoneidad el juez debe atender al beneficio del menor o incapaz, lo que dependerá del motivo que ocasione su nombramiento”.

⁵¹⁵ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

denominadas genéricamente “instituciones de tutela y guarda”⁵¹⁶. La guarda de hecho se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico a través de su regulación en el Capítulo V del Título X del Libro Primero, bajo la rúbrica “De la guarda de hecho”, regulándose ésta por primera vez en los artículos 303⁵¹⁷, 304 y 306 –la reforma derogó y dejó sin contenido a los artículos 305 y 307 a 313, de este Capítulo V–, como un nuevo sistema institucional de protección a menores de edad o a personas que pudieran precisar de una institución de protección y apoyo⁵¹⁸.

Hasta ese momento, la guarda de hecho había sido una institución fáctica de protección de persona necesitada de protección y apoyo a través de otra persona, guardador de hecho que, sin nombramiento institucional, se hacía cargo voluntariamente del cuidado de aquella, siendo un supuesto frecuente en

⁵¹⁶ La redacción originaria del Código Civil en 1889 no hizo alusión a esta figura jurídica, a excepción del artículo 173 que contenía una referencia “a la persona que estuviera ejerciendo la guarda del adoptando”, sin mayores especificaciones respecto a las características de dicha guarda, salvo el hecho que debía ser oído el guardador en la adopción. Sin embargo, la guarda de hecho de menores o incapacitados tutelados o protegidos por personas que no ostentaban potestad alguna sobre ellos siempre había tenido una relativa presencia social, siendo una situación fáctica extraña a la ley, según señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo IV (14ª edición). Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 400-401. En palabras de YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*. Ediciones ICAI, Madrid, p. 152, parece ser que se trataba de “una práctica muy extendida al margen de la ley, debida a la general ineficacia del complejo mecanismo tutelar” del momento, Por ello, siguiendo a BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, p. 2846, “en la doctrina se hablaba de «tutela de hecho» considerando que existía tal figura cuando una persona ejercía funciones de tutor sin tener derecho a ello; o cuando no era ejercida por quien tenía legalmente ese cargo, sino, en su lugar, por otra persona que no lo ostenta legítimamente. Sin faltar quienes negaban su propia autonomía y la asimilaban al mandato o gestión de negocios ajenos; o simplemente, optaban por aplicar a la misma las normas propias de la tutela regular”, donde, en notas a pie de página, hace las correspondientes referencias doctrinales.

⁵¹⁷ Posteriormente modificado por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduciendo un segundo párrafo en el apartado 1º del artículo 303 mediante el cual se admite la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho.

⁵¹⁸ Los trabajos llevados a cabo por la Comisión General de Codificación dirigidos a la reforma de los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil sirvieron de base para esta reforma de la tutela en 1983 y se inspiraron con carácter general en un Anteproyecto privado (Anteproyecto SEREM), encargado por la Fundación General Mediterránea a un grupo de juristas compuesto por L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, C. ROGEL, A. CABANILLAS y J. CAFFARENA en 1977 y que se plasmó en el “Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela” anteriormente citado. En el Preámbulo de este *Estudio* se afirmaba que “es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida por aquellos otros que habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo. Hasta hoy, el derecho ignoraba tal situación...”, pp. 28-29.

la vida diaria. Esta figura reflejaba situaciones en las que las funciones de guarda y custodia no se realizaban por el titular de la patria potestad o de la tutela, sino por un tercero, que satisfacía las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, sin ningún régimen legal y de forma superpuesta con la guarda legal⁵¹⁹.

La consideración jurídica de la guarda de hecho no era nueva ya que se había venido atendiendo como tal a la ejercida por persona que no tenía la condición legal de tutor y que, actuando con generalidad y permanencia, se asimilaba a la gestión de negocios ajenos⁵²⁰. Parece ser que se trataba de una práctica muy extendida al margen de la ley, debida a la general ineficacia del complejo mecanismo tutelar del momento⁵²¹, siendo denominada metafóricamente “tutela de hecho”⁵²².

⁵¹⁹ Referidas estas situaciones a la guarda de hecho de menores de edad, en muchos casos “no nos enfrentamos con supuestos de privación de la patria potestad, sino del ejercicio por terceras personas de facultades paternas superpuestas a aquélla, que subsiste”, AFONSO RODRÍGUEZ, E. (1995). “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores”, *Actualidad Civil*, 1995-2, p. 321. En esa contextualización, pueden ser aplicados a los supuestos de tutela, concebida ésta a imagen y semejanza de la patria potestad. En este sentido, la autora citada expresa el denominado “modelo institucional” de protección y su insuficiencia ya que, a pesar de que “los diversos mecanismos de protección de menores se encuentran relacionados entre sí según criterios de supletoriedad y complementariedad, configurando un sistema cerrado y completo”, sin embargo “no comprende todos los mecanismos tutelares...”. Por ello y siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1992). “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, Fascículo IV, octubre-diciembre, p. 1474, en la práctica se han dado con cierta frecuencia, situaciones de menores atendidos en sus necesidades por quienes no ostentaban respecto a ellos título legal alguno (abuelos, parientes, vecinos...), con independencia de si se encontraba o no formalmente sometidos a alguno de los mecanismos institucionales de protección, calificando a estos mecanismos de protección como de “funcionales” o “asistenciales”, dado que su objetivo esencial es alcanzar de hecho la protección real del menor. En el ámbito de la discapacidad, también MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, pp. 117-130, analiza el papel de la guarda de hecho como una medida de atención adecuada a las personas mayores de edad afectadas por una discapacidad psíquica, que proporciona “al discapacitado psíquico la atención y apoyos que precisa, sobre todo desde el punto de vista personal” y destacando que “en términos generales, esta guarda de hecho no es conflictiva, problemática ni litigiosa”.

⁵²⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil IV*, *op. cit.*, pp. 445-446 hace referencia a que, en el Preámbulo del Anteproyecto redactado en 1977, anteriormente citado, se reconoce que “hasta hoy, el derecho ignoraba tal situación mientras que la doctrina tendía, mayoritariamente, a asimilar estos supuestos a los de la gestión de negocios ajenos”, añadiendo que así se evita que “jueguen los principios menos ventajosos para él [menor o presunto incapaz] de la gestión de negocios o del mandato, sin tener, por otra parte, que sufrir los efectos perjudiciales de la gestión del guardador de hecho”.

⁵²¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 152.

⁵²² BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2846, haciendo referencia a diferentes sectores doctrinales, señala que “en la doctrina se hablaba de «tutela de hecho» considerando que existía tal figura cuando una persona ejercía funciones de tutor sin tener derecho a ello; o cuando no era ejercida por quien tenía legalmente ese cargo, sino, en su lugar, por otra

Las razones existentes para justificar la constitución de la guarda de hecho podían ser desde la desconfianza que algunos guardadores de hecho sentían hacia las formalidades legales, o el simple desconocimiento o la ignorancia de las formalidades a seguir para la constitución de los organismos tutelares, pasando por el temor a los costes que pudiera generar el procedimiento de incapacitación si fuera necesario, y la consiguiente constitución de tutela. Se podría añadir en la misma línea, el recelo de la familia a la intromisión de terceras personas, instituciones y órganos ajenos a ella⁵²³.

Se trataba, pues, de una figura surgida al margen de la ley pero que, tras la reforma de 1983, adquirió un cierto reconocimiento legal⁵²⁴, otorgándosele efectos jurídicos a una situación constituida sin formalidad legal alguna, sin una delimitación clara de los supuestos de hecho que pueden ampararse bajo estas normas ni darle tampoco una definición legal⁵²⁵.

persona que no lo ostenta legítimamente. Sin faltar quienes negaban su propia autonomía y la asimilaban al mandato o gestión de negocios ajenos; o simplemente, optaban por aplicar a la misma las normas propias de la tutela regular”.

⁵²³ DE COUTO GÁLVEZ, R.M. (2000). “Comentario a los artículos 286 a 313 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil, T.II, vol. 2º* (coord. J. Rams Albesa y R. M. Moreno Flórez). Ed. Bosch, Barcelona, p. 2077.

⁵²⁴ Si bien este reconocimiento parece seguir siendo escaso en su alcance ya que, en opinión de BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2853, “el Código Civil ni define la guarda de hecho, ni fija los supuestos de hecho que pueda ampararse bajo la misma, ni el régimen jurídico aplicable; lo que corresponde a la doctrina suplir esta carencia, dando lugar a diversas concepciones de la misma, dependiendo de la postura amplia o estricta que se pretenda dotar a esta figura”.

⁵²⁵ DE COUTO GÁLVEZ, R.M. (2000). “Comentario a los artículos 286 a 313 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 61, se consideró al guardador de hecho como “aquella persona que, careciendo de potestad legal sobre un menor o incapaz o susceptible de serlo, ejerce respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses”. Y añadió que “se entienden incluidos en este instituto a los tutores en quienes concorra causa de inhabilidad legal o que hubieren comenzado su ejercicio sin da cumplimiento a los requisitos legales, o extendieren su función después de haberse extinguido la tutela”.

En la misma línea de búsqueda para llegar a una definición de la guarda de hecho, FÁBREGA RUIZ, C. (2010). “Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S. de Salas Murillo). El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 297-298, señala dos rasgos básicos, “el primero positivo, cual es la asunción de algún deber de protección de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico”. Y añade que, en este contexto, el guardador de hecho será “aquella persona que, sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado del menor, de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma”. Por su parte, PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. de Salas Murillo). Ed. Dykinson, Madrid, p. 215, no considera criticable la ausencia de definición de la guarda de hecho “porque de esta forma permite de manera flexible que las más variadas situaciones fácticas puedan quedar incluidas en la previsión legal”.

La escasa regulación normativa, con solo tres artículos, con que nuestro Código civil⁵²⁶ dotaba a la guarda de hecho y la propia concepción legal de la figura, a pesar de las buenas intenciones de la doctrina, cuestionaban seriamente la idoneidad de la misma para ayudar a las necesidades tuitivas del guardado con una cierta permanencia y estabilidad⁵²⁷. Es por ello que se decía que la guarda de hecho no tenía asignada una vocación de futuro. El guardador de hecho tenía un carácter transitorio y provisional, su situación era considerada como algo provisional tendente a desaparecer⁵²⁸, tan pronto fuera descubierta su existencia para ser sustituido por una de las figuras tuitivas del artículo 215, es decir, por el tutor, el curador o el defensor judicial. Esta provisionalidad se derivaba del propio artículo 303, en la redacción dada en 1983, que obligaba a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, tan pronto tuvieran conocimiento de esta realidad y de forma inmediata, a promover las instituciones tutelares, instando el correspondiente procedimiento de incapacitación.

Uno de los caracteres de la figura era precisamente su situación fáctica⁵²⁹. Sin embargo, esta situación de hecho, positivizada y regulada legislativamente, debía ser cuestionada en el sentido de plantear cómo podía una institución de hecho ser regulada por el Derecho y producir efectos jurídicos⁵³⁰. Era una guarda

⁵²⁶ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2847, compara la regulación que el Capítulo V dedica a la guarda de hecho –con solo tres preceptos–, con la más amplia regulación que se dedicó a la figura en el “Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela” de 1977.

⁵²⁷ Así lo plantea LECIÑENA IBARRA, A. (2016). “La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 73, pp. 91-110

⁵²⁸ Siguiendo las palabras de ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho*. Ed. Tecnos, Madrid, p. 28, “la impresión que da, al analizar el artículo 303 del Código civil –primero y principal de los reguladores de la guarda de hecho– es la de que el legislador [...] lo primero que quiere, lo único casi, es ponerle fin, hacerla desaparecer”.

⁵²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 119, considera este carácter puramente fáctico como un dato clave para entender correctamente la guarda de hecho al decir que “no estamos ante una institución legal, sino ante una situación de hecho, que el Derecho toma en consideración a determinados efectos”. Siguiendo sus palabras, p. 127, “quienes están atendidos por un guardador de hecho son quienes están atendidos por un guardador que carece de título legal”.

⁵³⁰ Siguiendo a LECIÑENA IBARRA, A. (2016). “La nueva dimensión de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pp. 91-110, la regulación de la guarda de hecho en el Código civil durante ese período no fue más que “el reconocimiento retrospectivo de una situación fáctica no prohibida con el único fin de regular lo que hubiera sucedido hasta su descubrimiento: requerir al guardador para que informe de la persona y bienes del guardado, reconocer a aquél un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como

efectivamente ejercida, asumida de hecho, al margen de las formalidades legales, pero dotada de un reconocimiento legal. Incluso se la podía llegar a considerar como una institución de protección de personas con discapacidad legalmente reconocida y con el mismo rango normativo que las tradicionales instituciones de guarda –tutela y curatela–, en donde la guarda de hecho y la habilitación para actuar del guardador provienen directamente de la ley, y no de una resolución judicial o de un documento administrativo previo. En este sentido, se puede señalar que el guardador de hecho recibía sus facultades de actuación directamente de la ley⁵³¹. No obstante, convertir la realidad sociológica de la guarda de hecho en una centralidad legal⁵³² puede dar lugar a lo que PARRA LUCÁN considera una “incapacitación más relajada, sin procedimiento judicial contradictorio, sin las garantías del procedimiento de incapacitación y [...] una relajación en las garantías puede impedir una protección adecuada y dejar abierta la puerta a fraudes y abusos”⁵³³. Efectivamente, el sistema garantista en la protección a las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico impone unas pautas y un cierto control judicial hacia quien ejerce una función tutelar –ya sea tutela, curatela o defensor judicial–; pues, con más motivo, debe haber esa intervención judicial en aquellas situaciones fácticas en las que una persona, por el motivo que sea –por parentesco, por afecto, por responsabilidad y desinteresadamente–, se convierte en guardador de hecho de una persona con discapacidad.

consecuencias del ejercicio de la guarda amén de la conservación de los actos que hubiera realizado en interés del guardado siempre que hubieran redundado en su utilidad”.

⁵³¹ SANTOS URBANEJA, F. (2017). *La guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*, disponible en:

http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=10455&groupId=10228&folderId=418602&name=DLFE-224013.pdf, p. 29, si bien señala que la tutela y la curatela, al ser tradicionales instituciones de guarda, que provienen del Derecho romano, son más conocidas por el ciudadano medio, y sin embargo la guarda de hecho, al ser incorporada al ordenamiento jurídico civil en el año 1983, su efectividad es aún desconocida para muchos juristas y para el ciudadano medio.

⁵³² Así lo denomina y critica MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 128, que señala que la guarda de hecho daría lugar, por un lado, a “introducir legalmente, pero sin las debidas garantías, un factor de heteronimia que limita las posibilidades de actuación de la persona con discapacidad psíquica”, y, por otro lado, a “disminuir las garantías legales del discapacitado” ya que se produciría sin control judicial, impidiendo una protección adecuada y podría dar lugar a fraude y abusos.

⁵³³ PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pp. 263-264.

En este sentido sí que surgía la obligación de comunicar la situación a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y por ello se entendió que la guarda de hecho era una situación a extinguir. Por eso se consideraba *a priori*, como otra de las características de la guarda de hecho, su ya apuntada provisionalidad o transitoriedad⁵³⁴. Así, el párrafo 1º del artículo 303, establecía que “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”⁵³⁵. En este sentido, como establecía el precepto citado –y ello sigue estando vigente⁵³⁶–, cuando la autoridad judicial tuviera conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, aquella podía requerirle para que informara de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su

⁵³⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2855, justifica la temporalidad de la guarda de hecho al señalar que “nos encontramos ante una figura de configuración transitoria, operante mientras no se nombre el tutor o curador... de ahí que se pueda afirmar que la guarda de hecho nace obligatoriamente para su extinción. Goza, por tanto, de una existencia temporal”. Por otra parte, PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 217, ha puesto de manifiesto “el enfoque de provisionalidad con que el legislador estatal se ocupa de la guarda de hecho, y se reivindica la función de la guarda de hecho en la protección de incapaces, al tiempo que se exige una regulación más extensa que elimine los problemas que suscita esta figura y que incluya, en particular, la posibilidad de acreditar frente a terceros la condición de guardador para actuar en representación del guardado” –esta última cuestión ya ha sido abordada por la modificación del artículo 303 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁵³⁵ El artículo 203 –derogado posteriormente por el apartado 2.1º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil–, mencionado en el texto del artículo 303, hacía referencia a la obligación del Ministerio Fiscal de promover la declaración de la tutela si las personas obligadas a ello por el artículo 202 no existían o no lo hubieran solicitado, así como establecía la obligación del juez competente, en los mismos casos, de adoptar de oficio las medidas que estimara necesarias y pusiera el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Por otro lado, el artículo 228 también mencionado en el texto del artículo 303 dispone que “Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”. Nótese como no se hace referencia expresa a la necesidad de incapacitación judicial, aunque sí se señala expresamente a la situación del “presunto incapaz” como sujeto a guarda de hecho, expresión que ha sido eliminada recientemente por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, siendo sustituida por la expresión “de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo”.

⁵³⁶ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria en su artículo 52.1 establece que “a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos”.

actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considerara oportunas⁵³⁷.

Esta posibilidad permitía a la autoridad judicial, o bien permanecer inactiva y no adoptar medida alguna –con lo que se consolidaba el carácter estable de la guarda–, o bien solicitar al guardador de hecho un informe respecto a la situación de la persona que estaba siendo guardada, de sus bienes, así como respecto de su actuación en relación con los mismos. Por ello, se podía decir que, desde que el órgano judicial conocía la existencia de la guarda de hecho y la mantenía, convertía a esta guarda de hecho en una “guarda de derecho”⁵³⁸. De esta manera la pervivencia de la guarda de hecho podía garantizarse durante un cierto tiempo como medio de protección y apoyo debido a las medidas de control y vigilancia adoptadas si el juez lo consideraba oportuno, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, salvando así la necesidad de tener que iniciar un procedimiento de incapacitación⁵³⁹. Cabía por ello que el juez mantuviera al

⁵³⁷ Tales medidas podían ser nombrar un administrador de los bienes o nombrar un defensor judicial de acuerdo con el artículo 299 bis CC.

⁵³⁸ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pp. 2855-2856, señala que “la guarda de hecho muestra que, si bien no constituye una verdadera institución tutelar, sino una mera situación de hecho, no deja de cumplir una función protectora y desde el momento en que faculta –que no impone ni ordena– al juez para controlar su desenvolvimiento, es llano que el legislador adopte una actitud favorable a su continuidad en el tiempo, dentro de la provisionalidad que es razonable asociar a una situación de mero hecho en tránsito hacia una guarda institucional”. Por ello considera que el legislador se mantiene neutral para “conferir a la autoridad judicial un amplísimo margen de decisión, hasta el punto de permitirle mantener la actual situación de guarda de hecho como alternativa a la designación inmediata de defensor judicial que haga las veces de tutor en tanto se proceda el nombramiento de este (artículo 299.2 del Código Civil)”. También argumenta que “aunque el artículo 215 del Código Civil no la menciona entre las instituciones de protección de la persona y bienes, sin embargo, la regula dentro del Título X dedicado a la tutela, curatela y de la guarda de los menores e incapacitados, y la somete como las demás al correspondiente control judicial (arts. 216 y 303 del Código Civil)”.

⁵³⁹ En las situaciones reales, parece ser que quienes ejercen la guarda de hecho de un discapacitado no acuden a la autoridad judicial para comunicar la situación y no pasa nada. Mientras estén cubiertos satisfactoriamente el cuidado personal –que es una de las cuestiones más relevantes– y una adecuada gestión administrativa en el ámbito patrimonial, no habrá consecuencias jurídicas que lamentar. Con todo, y siguiendo a PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 222, “no hay que desconocer el riesgo de que la persona guardada carezca de otros parientes que puedan denunciar el mal uso y abuso que el guardador de hecho realice al gestionar el patrimonio del guardado en su exclusivo beneficio e interés” –incluso en la dejadez y en el abandono de los cuidados personales, que es aún peor–.

guardador de hecho si no existía razón para desconfiar de él⁵⁴⁰ –mientras no se resolviera de forma definitiva sobre la designación de la persona del tutor⁵⁴¹–.

En la práctica judicial no era desconocida su aplicación como “guarda de derecho” ya que, en opinión de algún autor, se dotaba a esta figura de una cierta apariencia de cargo tutelar, por estar sometida al control judicial y con una cierta vocación de permanencia⁵⁴². La expresión “guarda de derecho”⁵⁴³ alude a la quizás excesiva intención del legislador de regulación y control de la figura que hacen excluir *de facto* la eficacia de la misma. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la normativa actual permite al Juez establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Así resulta del artículo 52.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁴⁴ y de la remisión que hace el artículo 303.1⁵⁴⁵ del Código civil a lo dispuesto en el artículo 228 del mismo texto legal⁵⁴⁶.

La regulación de la guarda de hecho por la reforma del Código civil de 1983 en materia de tutela se completa con los artículos 304 y 306, que siguen manteniendo la redacción dada por aquella ya que no han sido modificados. El artículo 304 establece que “los actos realizados por el guardador de hecho en

⁵⁴⁰ Así lo expresaba BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). “Comentarios a los artículos 303-306”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Ed. Tecnos, Madrid, pp. 789 y 792.

⁵⁴¹ Ha de hacerse notar que el artículo 229 CC, al indicar quiénes están obligados a promover la constitución de la tutela, señala, además de a los parientes llamados a ella, a la persona bajo cuya guarda se encuentre el incapacitado y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

⁵⁴² PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 227, comenta, a propósito de la intervención judicial –con el nombramiento como administrador judicial o como defensor judicial de quien venía ejerciendo la guarda de hecho– que “ya no será un guardador de hecho sino un guardador de derecho”.

⁵⁴³ “Guarda de derecho” la denomina también BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2855.

⁵⁴⁴ El artículo 52.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que “2. El juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal”.

⁵⁴⁵ Recordemos que, en clara sintonía con lo establecido en el artículo 52.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, el punto 1 del artículo 303 CC señala que “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.”

⁵⁴⁶ La diferencia es que mientras que el artículo 228 CC únicamente se refiere a la constitución de la tutela, el artículo 52.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria tiene en cuenta, acertadamente, que lo procedente en estos casos también puede ser un régimen de curatela.

interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”; luego, si no redundan en su utilidad, sí que pueden ser impugnados⁵⁴⁷. El artículo 306 dispone que “será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor”, concediéndosele, pues, al guardador de hecho la indemnización de daños establecida para los cargos tutelares⁵⁴⁸. Es decir, se podrá establecer una posible indemnización con cargo a los bienes del tutelado –en este caso del guardado–, de no poder obtener por otro medio el resarcimiento, por los posibles daños y perjuicios sufridos por la persona que en el ejercicio de una función tutelar los sufra sin culpa por su parte⁵⁴⁹.

No obstante, a pesar de los parabienes reseñados de la institución de la guarda de hecho desde su introducción en el ordenamiento jurídico español en 1983, no ha sido hasta la recientemente aprobada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuando esta figura ha sido relanzada y potenciada de una manera más definitiva al ser modificado, entre otros el artículo 303. En efecto, la Ley 26/2015, en su propósito de adaptar los instrumentos de protección jurídica a los cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores⁵⁵⁰ –y la guarda de hecho

⁵⁴⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, pp. 122-124, analiza la validez y eficacia de los actos realizados por el guardador de hecho que puedan incidir en la esfera jurídica de la persona con discapacidad no incapacitada y, al amparo de los artículos 304 y 1259 ambos del CC, se refiere a la posibilidad de convalidación de los actos realizados por el guardador que redunden en la utilidad de la persona guardada, o en la procedencia de ejercitar la acción de anulabilidad de faltar dicha utilidad.

⁵⁴⁸ Según PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 253, “el derecho a la indemnización de daños y perjuicios hubiera podido defenderse igualmente por aplicación de las normas previstas en sede de mandato (art. 1729 CC) y de gestión de negocios ajenos (art. 1893 CC)”, añadiendo que “la remisión a una norma concreta plantea la duda acerca de si resulta posible aplicar al guardador de hecho otros preceptos establecidos para el tutor”.

⁵⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil IV*, *op. cit.*, p. 447, considera que no es una retribución, si bien ésta podría ser acordada casuísticamente por el juez al amparo del artículo 303, ya que no parece que el control haya de ser necesariamente negativo. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 254, que considera que “a la hora de valorar los daños sufridos por el guardador se considere el tiempo y la dedicación personal prestada”.

⁵⁵⁰ Aunque el objeto de la Ley 26/2015 sea la protección a la infancia y a la adolescencia, en la justificación de la modificación de los artículos relativos a la regulación de la tutela ordinaria se hace referencia tanto a los menores como a las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo, introduciendo oportunas modificaciones en los artículos 239 y 239 bis CC. El Preámbulo de la Ley, en el apartado I, hace mención de la demanda de una mejora de los instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del artículo 39 de la Constitución y de las normas de carácter internacional referidas a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de

es uno de esos instrumentos– modificó el artículo 303 CC, estableciendo en el primer párrafo del punto 1 que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.”

La nueva redacción mantiene prácticamente igual el primer párrafo, salvo la supresión de la mención anterior al artículo 223 –manteniendo la referencia al artículo 228⁵⁵¹– y la desaparición de la expresión “presunto incapaz” y su sustitución por la de “persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo”. Parece ser que la nueva redacción sustituyendo la expresión “presunto incapaz” por la de “la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo”, zanja el debate sobre la posibilidad de la guarda de hecho de personas con capacidad modificada judicialmente, ya que al menos no hace referencia a la exclusión de aquellos que tienen su capacidad modificada y estén sometidos por ello al régimen de protección establecido judicialmente. La referencia de la anterior redacción al “presunto incapaz” había dado pie a sostener que la guarda de hecho sólo era aplicable a personas cuya

noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007.

⁵⁵¹ El artículo 228 dispone que “si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieran conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”.

capacidad no había sido modificada judicialmente⁵⁵², es decir, no estaban incapacitadas judicialmente siguiendo la terminología del momento⁵⁵³.

No cabe duda de que una de las cuestiones más cruciales de la reforma ha sido la introducción de un segundo párrafo en el apartado 1º del artículo 303 CC mediante el cual se admite la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho, al establecer que “cautelamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores”.

Con la introducción de este segundo párrafo al apartado 1º del artículo 303 se incorpora al texto del precepto la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores, aunque solo sea cautelarmente y “hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera”⁵⁵⁴. Tal y como ha

⁵⁵² DE PABLO CONTRERAS, P. (2009). “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad: Comentario Sentencia del TS de 29 de abril de 2009”, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. M. Yzquierdo Tolsada), vol. 3. Ed. Dykinson, Madrid, p. 572, señala al respecto que el Código civil solo trata de la figura del guardador de hecho en la medida en que se trate del cuidado de un “presunto incapaz”, esto es, “de alguien en quien concurra alguna causa que obliga, de momento, a dictar una sentencia de incapacitación, pero cuyo agravamiento y persistencia podría obligar a hacerlo en un futuro suficientemente próximo”. Por otra parte, LECIÑENA IBARRA, A. (2014). *La guarda de hecho de las personas mayores*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 55, ya expresaba su apoyo a la idea de la posibilidad de guarda de hecho de un incapacitado, ya que la necesidad de guarda de éste se podría presentar sustancialmente idéntica a la que pudiera plantear una persona que mantuviera su capacidad sin modificar. También de esta opinión BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). “Comentarios a los artículos 303-306”, *op. cit.*, p. 788.

⁵⁵³ También recoge expresamente la posibilidad de guarda de hecho de persona con capacidad modificada judicialmente el artículo 43.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, cuando dispone que “el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción”; o el artículo 52.1 del mismo texto legal al establecer que “a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos”.

⁵⁵⁴ PARRA LUCÁN, M.A. (2016). “La guarda de hecho”, *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 778, comenta que si bien parece evidente que la expresión “si procediera” se refiere al otorgamiento judicial de facultades tutelares, no se descarta que, de hecho, en la práctica se otorguen facultades judiciales y se entienda, en cambio, que no proceda poner en marcha ninguna otra medida”. Sin embargo, la versión dada en la Propuesta de Código Civil por la Asociación de Profesores de Derecho civil, en el proyectado artículo 180-2, relativo a la información sobre la situación de guarda, específicamente señala en su segundo párrafo que “cautelamente, mientras se mantiene la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección que

expresado LECIÑENA IBARRA, con ello se eleva “la figura de la guarda de hecho, aunque solo sea cautelarmente, a la consideración de cargo tutelar a añadir al elenco de figuras que recoge el artículo 215 CC”, y se equipara –casi con recelo– a las instituciones tutelares de guarda y protección de la tutela, la curatela y el defensor judicial⁵⁵⁵.

La posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a la guarda de hecho acerca nuestro sistema legislativo al “escenario de los apoyos creado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en una modalidad de protección para asistir a éstas en el ejercicio de su capacidad jurídica”⁵⁵⁶. Ello permite un sistema de protección a la persona con discapacidad necesitada de medios de asistencia y apoyos, pero sin la obligación de interponer un proceso judicial para el nombramiento de tutor o curador, que, en muchos

proceda, el juez puede atribuir al guardador algunas de las facultades previstas para los apoyos estables”, por lo que parece negar la atribución de facultades tutelares al guardador con vocación de permanencia y las condiciona siempre a la constitución de la medida de protección que proceda. LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 297, considera sin embargo que “el artículo 303 CC permite en la actualidad, no solo que el guardador sea dotado de facultades tutelares en el tránsito hacia una medida de protección adecuada según el marco legal vigente sino también que la autoridad judicial, a la vista de los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad que recoge la Convención, pueda decidir que la sola atribución al guardador de esas facultades baste *per se* como medida de protección del guardado, sin necesidad de otras actuaciones sin duda más invasivas. Quien mejor que la persona que cuida de otra con discapacidad para asumir un papel protagonista en su protección y apoyo”.

⁵⁵⁵ LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 296, considera que el artículo 303 CC puede servir sin duda para superar el punto de fricción que genera la declaración contenida en el artículo 12 de la CDPC con el marco legal vigente, convirtiéndose la guarda de hecho en uno de los apoyos que mejor se adapta a las circunstancias de la persona con discapacidad”. Por otro lado, PÉREZ MONGE, M. (2019). “La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 323, comparando la ubicación de la regulación de la guarda de hecho en el Código civil español con la ubicación de la misma figura en el “Código del Derecho Foral de Aragón” –Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas– constata que en éste último la guarda de hecho se integra –pero sin equiparla– en las instituciones de guarda y protección referidas a la tutela, la curatela y el defensor judicial, ya que en el artículo 100, titulado “Instituciones tutelares”, señala en su apartado 2 que “a la guarda y protección pueden contribuir la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela”.

⁵⁵⁶ LECIÑENA IBARRA, A. (2016). “La nueva dimensión de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pp. 91-110, añade acertadamente que “con ello se asiste al sujeto guardado en el ejercicio de su capacidad, lejos de los procedimientos invasivos de modificación de su capacidad, parcial o total y en clara alternativa a los mismos, con la ventaja de resultar proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona además de poder aplicarse en un breve plazo de tiempo, si bien sujeta a exámenes periódicos por parte de la autoridad judicial competente, independiente e imparcial”.

casos, es costoso, doloroso y traumático⁵⁵⁷. En palabras de PARRA LUCÁN⁵⁵⁸, aquí “el legislador ha dado otro paso en la dirección de permitir la adopción de medidas de protección, en este caso judiciales, sin que se haya incapacitado ni llegue a iniciarse el procedimiento de incapacitación”.

Es la primera vez que legislativamente se dan estas facultades tutelares al guardador de hecho en el derecho común⁵⁵⁹. Si bien en el ámbito de los derechos civiles autonómicos, la figura de la guarda de hecho ya había sido recogida en

⁵⁵⁷ PÉREZ MONGE, M. (2019). “La guarda de hecho: de la transitoriedad...”, *op. cit.*, p. 322, comenta que este posible rechazo hacia el procedimiento judicial de incapacitación puede ser bien por desconocimiento e ignorancia jurídica de los familiares, bien por cierta renuencia de éstos a interponerlo. Además, estima oportuno que cada persona sea protegida según su necesidad, siendo en algunos casos la guarda de hecho la institución de protección más adecuada.

⁵⁵⁸ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 429.

⁵⁵⁹ Se pueden encontrar alusiones a la figura de la guarda de hecho con facultades específicas en textos legales vigentes entre el momento de la reforma del Código civil en materia de tutela en 1983 y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Así, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, con esta finalidad se le concede legitimación al guardador de hecho para constituir un patrimonio protegido (artículo 3.1 c). Por otro lado, si bien en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, se refiere en exclusiva a la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación en la solicitud de reconocimiento de la dependencia (artículo 28), en las Comunidades Autónomas se ha llevado a cabo una adaptación de las reglas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común que permite al guardador presentar la solicitud declarando “bajo su responsabilidad”. En la Disposición adicional única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, al tratar la legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho. En el ámbito personal, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a efectos de prestar consentimiento cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, y carece de representante legal, se señala que podrán prestar el consentimiento las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (artículo 9.3 a). En el ámbito procesal, el artículo 43.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria establece que “el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción”; o el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, modificado por la Disposición Final 3ª.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, donde se admite que el juez pueda suspender en el ejercicio de la guarda de hecho respecto de los menores que dependan de él, al inculcado por violencia de género.

diferentes normas⁵⁶⁰, fue el legislador catalán⁵⁶¹ el que primero permitió a la autoridad judicial conferir al guardador las funciones tutelares ejercidas sobre personas que estuvieran en potestad parental o en tutela, si éstas lo solicitasen, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hicieran aconsejable⁵⁶².

Con este otorgamiento judicial de facultades tutelares a los guardadores se establece así un medio capaz de garantizar la protección de las personas con discapacidad sin modificar su capacidad de obrar y se les legitima para desarrollar actos patrimoniales, al amparo del artículo 304 CC, en interés y en utilidad de la persona guardada, con garantías suficientes para el tráfico jurídico. Como prueba de su existencia, el guardador puede aportar la resolución judicial que lo nombra y que además puede dotarla de la publicidad que le ofrece el Registro Civil a través de su anotación preventiva⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Por un lado, la Ley 25/2010, de 29 de julio del Parlamento de Cataluña, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en el Capítulo V del Libro II –con unas delimitaciones más precisas que las que se contenían en el derogado Código de Familia catalán (Ley 9/1998, de 15 de julio, artículos 253 a 258)–, el artículo 225-1 estableció que es guardadora de hecho “la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen”. Por otra parte, en el Capítulo VII del Título III del Libro I (artículos 156 a 159) del Código del Derecho Foral de Aragón –aprobado como Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón–, el artículo 156 definió el guardador de hecho como “la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada”. Ha de hacerse notar la referencia que en ambas normas autonómicas se hace a la posibilidad de que el guardador de hecho pueda ser persona jurídica, ya sea de derecho privado o como Entidad pública.

⁵⁶¹ El artículo 225-3 del Código Civil catalán, en su apartado 2º, establece que “en la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela”.

⁵⁶² El Derecho aragonés atribuye al guardador de hecho facultades de representación legal para realizar los actos de administración que sean necesarios con intervención a tal efecto de la Junta de Parientes (art. 159 CFA). Sobre ello puede verse PEREZ MONGE, M. (2010). “Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. (coord. S de Salas Murillo). Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 339-396. Por otro lado, LECIÑENA IBARRA, A. (2016). “La nueva dimensión de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, llama la atención de cómo el legislador foral se ha adelantado al legislador común “al haber incorporado ya tal reconocimiento a sus ordenamientos territoriales”. Añade la autora que “en estos casos, la guarda de hecho pasa a configurarse como guarda de derecho perfectamente diseñada y controlada por el juez que la ha ordenado”.

⁵⁶³ El artículo 40.3.9º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dispone que “pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: ...9.º El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho”, ley que todavía no ha entrado en vigor, manteniéndose vigente en esta materia el artículo 38 de la Ley del Registro Civil de 1957 (redactado por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del registro civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios

En otro orden de cosas, el segundo punto del artículo 303 regula la posibilidad de declarar en situación de desamparo a los menores y a las personas con la capacidad modificada judicialmente⁵⁶⁴ en situación de guarda de hecho, estableciendo que “procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis. En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.” Con ello se hace referencia a la posibilidad de guarda de hecho en personas con la capacidad modificada judicialmente al prever expresamente la posibilidad de declaración de desamparo a tales personas⁵⁶⁵.

Ahora bien, no se ha recogido expresamente en estas últimas modificaciones la posibilidad de la guarda de hecho de un curatelado. Es posible el supuesto de un curador que hiciese dejación de sus funciones, delegase o abdicase de las mismas a favor de otro sujeto o fuera removido del cargo, y el que la persona que pasase a ser su cuidador pudiera ser calificada como guardador de hecho⁵⁶⁶.

protegidos) que dispone que “a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: ...6.º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz”.

⁵⁶⁴ Con respecto a los menores de edad, el artículo 172. 1 CC, en su segundo apartado, considera como situación de desamparo “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. En el mismo sentido y con respecto a las personas con capacidad modificada judicialmente, el artículo 239 bis del mismo texto legal establece que “se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor”. En opinión de BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2851, la Ley 26/2015 establece una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y desamparo, conceptos jurídicos indeterminados que, por primera vez, se definen en una normativa de rango estatal.

⁵⁶⁵ Algún autor como LECIÑENA IBARRA, A. (2016). “La nueva dimensión de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pone de manifiesto “la mala técnica legislativa que en este punto incurre el legislador” ya que la situación de guarda de hecho *per se* es incompatible con la situación de desamparo por implicar la existencia de un sujeto cuidado por una persona, aunque ésta carezca de funciones tutelares.

⁵⁶⁶ Ello teniendo en cuenta que la función del curador puede no solo centrarse en completar puntualmente la capacidad del curatelado para determinados actos patrimoniales especificados en la sentencia, es decir, que la curatela puede no circunscribirse solo a la esfera patrimonial del afectado, sino que también pueden atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como puede ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico.

Por ello y dado que el curatelado, por virtud de un procedimiento judicial de modificación de capacidad, es una persona cuya capacidad ha sido modificada judicialmente y a quien se le ha designado un curador, no cabe excluir a éste de las mismas posibilidades de actuación que se hace con respecto al tutor⁵⁶⁷. Del mismo modo, tampoco cabe excluir la declaración de situación de desamparo del curatelado, asumiendo la curatela la Entidad Pública en virtud del artículo 239 bis CC⁵⁶⁸.

El papel de la jurisprudencia en la aplicación de la guarda de hecho en los últimos años ha sido decisivo para la consideración de esta figura como un auténtico instrumento de auxilio a la persona necesitada de protección, revelando la versatilidad de la guarda como instrumento de protección con vocación de futuro⁵⁶⁹. En tal sentido se ha considerado el devenir de la nueva guarda de hecho como una figura de gestación jurisprudencial⁵⁷⁰, incorporándolo *de facto* a la enumeración de instituciones de guarda recogidas en el artículo 215. De esta forma, a la guarda de hecho se le reconocieron efectos jurídicos ante la existencia de una situación de protección real y se reguló como una institución tutelar más entre la patria potestad prorrogada, la tutela, la curatela y el defensor judicial. Además, han sido frecuentes las demandas judiciales con el claro objetivo de regularizar o legalizar la guarda de hecho, ya sea solapándose ésta con la existencia de la patria potestad o de la tutela –bien por dejación por parte de los titulares de la potestad parental o de la tutela de las funciones propias,

⁵⁶⁷ El último párrafo del artículo 303 legitima al guardador de hecho a promover –además de la privación o suspensión de la patria potestad– la remoción de la tutela o el nombramiento de tutor, pero nada se dice con respecto a esa misma posibilidad cuando el guardador sea un curador.

⁵⁶⁸ El artículo 239 bis fue introducido por el apartado veintisiete del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia estableciendo que “la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor”.

⁵⁶⁹ LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 296.

⁵⁷⁰ LECIÑENA IBARRA, A. (2016). “La nueva dimensión de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pp. 91-110.

bien por suspensión en sus cargos–, o ya sea ante una situación de necesidad⁵⁷¹ en donde los propios guardadores solicitaban el reconocimiento judicial de su posición⁵⁷².

En este marco legislativo, puede decirse que la modificación de la guarda de hecho operada por la Ley 26/2015 le ha dado a esta figura una nueva dimensión como mecanismo jurídico actual de protección y asistencia. Se ha considerado que ello responde a la necesidad de acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los principios de la Convención⁵⁷³, ya que hasta entonces parecía que se mantenía la modificación judicial de la capacidad de una persona necesitada de protección como único remedio tuitivo. Comienza así una etapa en la que la utilización de esta figura se configura como una buena herramienta para ofrecer los apoyos a las personas que lo necesiten y permitiendo con ella que el juez acuerde la prestación del apoyo que se precise a través de la persona más cercana cual es la de su guardador⁵⁷⁴.

A tenor de lo expuesto, la guarda de hecho puede considerarse actualmente como una institución fáctica de protección de persona necesitada de asistencia y apoyo a través de otra persona guardador de hecho que, sin nombramiento institucional –no hay resolución judicial al respecto–, se hace cargo voluntariamente del cuidado de aquella, pudiendo requerirle la autoridad judicial información de la situación de la persona y de los bienes de la persona protegida

⁵⁷¹ En algunos casos, el reconocimiento de la existencia de un guardador de hecho servía para dejar sin efecto la declaración de desamparo; por todas, la STS 582/2014, de 27 de octubre (Roj: STS 4243/2014).

⁵⁷² Relevante fue el Auto del Juzgado de 1ª instancia de Córdoba nº 5, de 29 de abril de 2013 (Roj: AJPI 18/2013), en donde el juez adoptó y acordó, de conformidad con el artículo 216.2 del Código civil, en relación con el 158 del mismo texto, habilitar a los padres en su condición de guardadores de hecho de su hijo, mayor de edad, con Síndrome de Down pero no incapacitado judicialmente, a disponer de los fondos de una cuenta bancaria que éste tiene abierta, ello “en clara aplicación de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Ley 39/2006 de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”. Por otro lado, la STS de 1 de julio de 2014 (Roj: STS 3168/2014) es un ejemplo en donde el órgano judicial declara mantener en la guarda legal como guardador de hecho a la institución pública tutelar que ya estaba ejerciendo de hecho la guarda de la persona, mientras no se resuelva de forma definitiva sobre la designación de la persona del tutor (FJ 9).

⁵⁷³ LECIÑENA IBARRA, A. (2016). “La nueva dimensión de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, lo califica como un guiño del legislador al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁵⁷⁴ PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 264, si bien con anterioridad a la reforma de 2015 que otorga cautelarmente al guardador de hecho facultades tutelares, considera “no deseable una generalización de las guardas de hecho al margen de los modelos configurados legalmente, porque se está privando al incapaz de las garantías que en su beneficio el legislador ha previsto al diseñar las instituciones de guarda y protección”.

así como establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. La posibilidad de establecer medidas de control y vigilancia por parte de la autoridad judicial cuando lo considere oportuno permite un mayor y mejor seguimiento del desarrollo de la guarda por el guardador de hecho. Las medidas pueden ser las cautelares del artículo 762 LEC⁵⁷⁵, así como las de los artículos 158 CC (por remisión expresa del artículo 216, 2º párrafo) y 299 bis CC⁵⁷⁶.

Por otro lado, la posibilidad que ha dado el artículo 303.1 CC al establecer que “cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación”⁵⁷⁷ permite que el órgano judicial pueda no actuar a pesar del conocimiento de esta realidad, manteniendo *sine die* esa situación, permitiendo que esta interinidad se haya convertido, en la realidad jurídica de los últimos tiempos, en una situación continuada y estable⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ El artículo 762 LEC, en su apartado 1, establece que “cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación”. Ello, en relación con el 757.2 del mismo texto legal –que obliga al Ministerio Fiscal a promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior (el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz) no existieran o no la hubieran solicitado– permite al Ministerio Fiscal mantener el *statu quo* de la guarda descubierta al no considerar oportuno el inicio del procedimiento de incapacitación, proyectando la guarda hacia un futuro con ciertas pretensiones de organización y estabilidad, si bien sometida a supervisión judicial. Lo indicado por el artículo 762.1 venía a moderar tal exigencia al recoger la posibilidad de que quedara a juicio del Ministerio Fiscal si lo estimaba procedente.

⁵⁷⁶ El artículo 158 CC indica las medidas judiciales a adoptar en supuestos relativos a relaciones paternofiliales mientras que el artículo 299 bis CC contempla la asunción de la representación y defensa por el Ministerio Fiscal “cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento” y si, además del cuidado de la persona, hubiera de procederse al de los bienes, es el letrado de la Administración de Justicia quien puede designar un defensor para el cuidado de los bienes de la persona guardada, tras la modificación operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria al respecto.

⁵⁷⁷ Esta posibilidad ya se establecía en el artículo 303 antes de la reforma de 2015.

⁵⁷⁸ PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “Comentario al artículo 303 CC”, *op. cit.*, p. 2533, reflexiona sobre el calificativo de transitoriedad expresamente señalado en el Derecho aragonés, concluyendo que “es posible el mantenimiento de la guarda de hecho como institución estable de protección del incapaz natural, y en este sentido, no sería necesariamente transitoria”, continuando la autora señalando que “en la lógica de la ley, lo razonable será que se ponga fin a la situación de hecho y se establezca una institución tutelar en sentido amplio, aunque muy probable en la práctica, el Ministerio Fiscal no llegue a promover la incapacitación, si se trata de un presunto incapaz, no solo por la relajación con que se actúa en este ámbito, sino también por la convicción de que en los casos concretos no es la mejor fórmula para proteger a la persona”.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, la guarda de hecho puede considerarse como una verdadera y válida opción para la protección de la persona y del patrimonio en los siguientes supuestos:

- a) Menores de edad en situación de desamparo o abandono.
- b) Menores sometidos a patria potestad o tutela, pero no siendo ejercidas las funciones propias por los titulares de estas instituciones en una cierta dejación de sus funciones⁵⁷⁹.
- c) Menores discapacitados protegidos durante la minoría de edad con la tutela o la patria potestad pero que, alcanzada la mayoría de edad, no se insta el proceso de modificación de su capacidad.
- d) Personas mayores con su capacidad modificada judicialmente cuyo tutor o curador no ejercen adecuadamente sus funciones.
- e) Personas de especial vulnerabilidad, sin tener su capacidad modificada judicialmente, como pueden ser presuntos incapaces, discapacitados o dependientes, que puedan necesitar de una institución de protección o de apoyo.
- f) Personas incursas en un procedimiento de modificación de su capacidad, durante la sustanciación del proceso⁵⁸⁰.

De entre estos supuestos, la guarda de hecho ha tenido y tiene un gran impacto en la realidad social asistencial de las personas mayores con falta de autogobierno, motivado por su llegada a una edad senil, con facultades volitivas e intelectuales limitadas pero sin tener la capacidad modificada judicialmente⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ En este apartado podríamos incluir a menores emancipados sometidos a curatela, en aplicación analógica del artículo 291 CC por el que se establece que “son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores”.

⁵⁸⁰ El juez puede nombrar un defensor judicial mientras se incoa el proceso de incapacitación, pudiendo recaer tal condición en el guardador de hecho o incluso denominarlo “tutor cautelar” al establecer tal figura como medida cautelar durante la tramitación del procedimiento de incapacitación y posterior constitución del organismo tutelar, tal y como indica BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2851.

⁵⁸¹ El aumento de la esperanza de vida en las personas mayores junto con el aumento de las enfermedades neurodegenerativas y de discapacidades psíquicas o físicas que suponen una pérdida progresiva de la autonomía personal del individuo, evidencian la necesidad de medidas de apoyo, asistencia y protección como puede ser la guarda de hecho que, como indica BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2851, “pese a carecer de legitimación para actuar en la esfera personal y patrimonial, da satisfacción a las necesidades cotidianas que se plantean”. Ciertamente podemos encontrarnos con personas mayores, en las que no concurre necesariamente causa de incapacitación, y sin embargo, en la situación en la que se encuentran, necesitan de una protección tanto en su ámbito personal como patrimonial, siendo la guarda de hecho, en opinión de la citada autora,

Es por ello por lo que la guarda de hecho tiene una gran dimensión social como institución asistencial de las personas mayores debido a que el aumento en la esperanza de vida en las personas de edad avanzada junto con el aumento de enfermedades degenerativas y de discapacidades psíquicas o físicas, demandan medidas de asistencia y apoyo por la progresiva pérdida de la autonomía personal del individuo. La condición de dependencia de la persona y el reconocimiento de la figura de los cuidadores no profesionales por la ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁵⁸², ha hecho más visible si cabe esta situación.

En cuanto al colectivo de personas menores de edad, la figura de la guarda de hecho ha sido aplicada básicamente a los supuestos de menores sometidos a patria potestad cuyos titulares no podían hacerse cargo de la guarda y custodia de los hijos, siendo ésta llevada a cabo por los abuelos, los tíos u otros familiares de los menores, en lo que se podría denominar un “cierto desamparo paternal”⁵⁸³. Sin embargo, en el contexto interesado de la materia propia de este trabajo, debemos destacar la importancia de esta figura en el caso de menores discapacitados protegidos durante la minoría de edad con la patria potestad o la tutela pero que, alcanzada la mayoría de edad, no se insta el proceso de incapacitación. Una vez alcanzada la mayoría de edad, la situación de protección por la patria potestad o por la tutela se extingue, y se suele pasar a una guarda de hecho, como una especie de “patria potestad prorrogada de hecho”⁵⁸⁴. En estos casos, la persona discapacitada cuya discapacidad proviene de la minoría de edad, al alcanzar la mayoría de edad, quedará, en muchos casos –si no se

“una de las opciones posibles y más favorables, lo que exigiría aparte de su reconocimiento, su mantenimiento con una duración que puede ser limitada en el tiempo, y, sometiéndola, por supuesto, a todas las medidas de control y vigilancia, que se consideren oportunas y necesarias; o de otorgarles además, cuando lo considere oportuno el juez, funciones tutelares que, posibiliten su actuación tanto en la esfera personal como patrimonial del guardado. Le dota de cierta representatividad que, de otra forma carece”. También propone “la posibilidad de transformar, si se considera conveniente, al guardador de hecho en acogedor tanto respecto de personas mayores como en caso de menores en situación de desamparo, en una suerte de acogimiento familiar, o nombrarle como tutor”, indicando sentencias de Audiencias Provinciales con tales soluciones.

⁵⁸² La Disposición adicional cuarta establece que “reglamentariamente el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización”.

⁵⁸³ LECIÑENA IBARRA, A. (2014). *La guarda de hecho de las personas mayores*, op. cit., p. 55.

⁵⁸⁴ Expresión utilizada por BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, op. cit., p. 2851.

insta un proceso de modificación de capacidad–, en esta situación de guarda de hecho prorrogada, si la situación exige esta modalidad de asistencia y protección, ya sean sus guardadores los mismos que ostentaban la patria potestad, ya sean otros diferentes.

Las ventajas reconocidas de esta figura han creado una tendencia a dotarla de un mayor reconocimiento legal y a exigir una regulación más extensa que elimine los problemas que puedan suscitarse en la práctica. Sin embargo, hay un cierto recelo doctrinal a su generalización por las insuficientes garantías como institución tutelar. Como señala PARRA LUCÁN, aunque “las propuestas de una mayor regulación de la guarda de hecho están llenas de buenas intenciones”, lo cierto es que “si se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos y formalidades, acreditaciones y controles, a medio o largo plazo, ya no será una guarda de hecho, sino que en la práctica se convertirá en una guarda de derecho sin previa incapacitación, o si se quiere una «incapacitación» más relajada, sin procedimiento judicial contradictorio, sin las garantías del procedimiento de incapacitación”, concluyendo que “la relajación en las garantías puede impedir una protección adecuada y dejar abierta la puerta a fraudes y abusos; ...no resultando deseable una generalización de las guardas de hecho al margen de las guardas configuradas legalmente, porque se está privando al menor o incapaz de las garantías que en su beneficio el legislador ha previsto al diseñar las instituciones de guarda y protección”⁵⁸⁵. No cabe duda de que la constitución judicial de la tutela o de la curatela permitirá poner término a una situación de hecho que, en palabras de GÓMEZ CALLE, “por su falta de control y de garantías, debería tener un carácter excepcional”⁵⁸⁶. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE comenta el carácter excepcional que debe tener la guarda de hecho ya que la posibilidad de que quien cuida y atiende a la persona con discapacidad

⁵⁸⁵ PARRA LUCÁN, M.A. (2013). “Comentario al artículo 303 CC”, *op. cit.*, pp. 2533-2534. A la consideración de tales “peligros”, en visión de BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 2852, son más “los beneficios o las bondades como mecanismo de apoyo que puede favorecer la protección de un determinado grupo de población sin tener que recurrir en última instancia a la incapacitación judicial como única forma de protección de personas de edad avanzada”, lo que representa lo que denomina “revitalización” de la guarda de hecho.

⁵⁸⁶ GÓMEZ CALLE, E. (2016). *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. Fernández de Buján y Fernández). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 338, para el que sería conveniente no dotar a la guarda de hecho de mayor regulación para no institucionalizar una guarda de derecho sin las necesarias garantías.

pueda actuar en su nombre, sin estar legitimado por una decisión judicial, no es conforme con las previsiones de la Convención⁵⁸⁷.

No obstante, y a pesar de estas voces críticas, en nuestra opinión, la oportunidad y la eficacia de la guarda de hecho, desde su introducción en la reforma de la tutela en 1983, pasando por el otorgamiento judicial de facultades tutelares al guardador de hecho reconocido en la Ley 26/2015, confieren a esta institución como una de las medidas de apoyo de carácter externo a tener más en cuenta en las perspectivas de futuro. Ha sido y es una institución tutelar que, a pesar de nacer con un carácter transitorio, por su importancia y trascendencia práctica, ha venido para quedarse. En este sentido, la guarda de hecho ya ha sido prevista en el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal –se destaca el reforzamiento de la figura en apartado III de la Exposición de Motivos– como una medida que se establece externamente una vez constatada la necesidad de apoyo, transformándola en una propia institución jurídica de apoyo que no precisa de una investidura judicial formal; por eso sigue siendo una institución de hecho. No obstante, la figura de la guarda de hecho proyectada en la reforma no es una mera continuación de la institución actual; entre otras cuestiones porque deja de ser una institución meramente provisional y se le da un carácter permanente si quien esté ejerciendo como guardador lo hace adecuadamente, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente⁵⁸⁸. En este sentido, como señala PEREÑA VICENTE, la guarda de hecho es subsidiaria respecto de la curatela y los mandatos preventivos, si estos son eficaces; pero también puede leerse “en sentido inverso: no procederá una curatela si existe una guarda de hecho que funciona adecuadamente”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. de Salas Murillo). Ed. Dykinson, Madrid, p. 39.

⁵⁸⁸ Así lo dispone el proyectado artículo 263 CC según la reforma prevista y que será abordada en el capítulo III de este trabajo.

⁵⁸⁹ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 68, que se basa en lo que califica como “la suficiencia de la guarda de hecho”, que 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 salvaguardas adecuadas. De esta forma, la guarda de hecho dejará de ser la Cenicienta de las instituciones de protección de las personas mayores, como ella misma alegóricamente califica, para pasar a ser la princesa del cuento infantil.

3. Otros instrumentos de protección basados en la voluntad de la persona: la autotutela y los poderes preventivos

3.1. Consideraciones previas

Las posibilidades legales de protección ofrecidas por la reforma de 1983 del Código civil en materia de tutela parece ser que no fueron del todo aprovechadas en la práctica judicial⁵⁹⁰, ya que los tribunales aplicaban fórmulas estandarizadas de protección a la persona con discapacidad centradas básicamente en la tutela, con la implicación de representación que ello conlleva.

Pero ya desde el comienzo del siglo XXI, se han podido apreciar otras formas particulares de protección, que podrían considerarse como de autoprotección, en especial para situaciones de pérdida progresiva de la capacidad en donde las personas que la sufren sienten que sus capacidades se difuminan y agotan. Algunas de estas formas son recogidas en multitud de protocolos notariales que reflejan la diversidad de la realidad jurídica⁵⁹¹. Otras son el resultado de los

⁵⁹⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). "El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo", *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 127, apunta que la reforma era "mucho mejor en el texto que en su aplicación real, llegando a tal cúmulo de resoluciones injustas, abusivas y desproporcionadas que se necesita un nuevo planteamiento de la protección de las personas que funcione a modo de revulsivo, de cambio radical". Tal consideración es realizada en el marco de la adaptación del ordenamiento jurídico privado español a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad y, en concreto, a la posible próxima conversión y modificación de la materia por el Anteproyecto de Ley que se reforma la legislación civil y procesal en dicha materia. No obstante, creemos es perfectamente aplicable para justificar las modificaciones introducidas con respecto al protagonismo de la voluntad por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

⁵⁹¹ A este respecto, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. (2000), "Apoderamientos preventivos y autotutela", *op. cit.*, p.117, refiere una serie de fórmulas de autoprotección tales como: a) el contrato de renta vitalicia y el llamado contrato de vitalicio o de cesión de bienes a cambio de alimentos, "figuras ambas mucho más vivas y ricas en la práctica que en la escasa regulación legal"; b) el recurso a una persona jurídica, ya sea una fundación, mediante la vía de la constitución de una fundación de tipo familiar, con beneficiarios determinados (su validez fue discutida históricamente en el Derecho español), ya sea una sociedad mercantil, y en particular las de tipo capitalista, para la gestión del patrimonio de quien siente que sus capacidades se menguan, ya sea, incluso, una sociedad unipersonal; c) "aseguramiento patrimonial e incluso personal, a través de instituciones que atribuyan a determinadas personas un determinado rendimiento económico, actual o futuro, condicionado a su actuación en beneficio del transmitente", tales como la actuación de un tercero como delegado o fiduciario del testador o las atribuciones a título gratuito con la condición de prestar al disponente, por parte del beneficiario, los cuidados que aquel precise hasta el momento de su fallecimiento; d) el (mal) llamado "testamento vital", o también "documento de voluntades anticipadas", en el que, entre otros asuntos, una persona física, con capacidad suficiente, puede designar a otra persona habilitada para la toma de determinadas decisiones en su nombre, sobre todo en el ámbito sanitario.

factores de flexibilización que no son más que reflejos de una idea que se va imponiendo paulatinamente: la autorregulación de los propios intereses, la clásica autonomía de la voluntad. Son aquellas instituciones que hacen referencia a distintos aspectos de autoprotección del sujeto afectado y que reconocen el ámbito de decisión a la autonomía de la voluntad, tradicionalmente vedada en nuestro ordenamiento jurídico en la esfera jurídica extrapatrimonial del individuo. Así, figuras como la autotutela –o incluso la autocuratela⁵⁹²– o los llamados poderes preventivos (también denominados mandatos de protección o apoderamientos preventivos), otorgados por una persona, con capacidad suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, son introducidas en el Código civil, a través de las modificaciones correspondientes, operadas por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad⁵⁹³.

Tanto la autotutela como los poderes preventivos son instrumentos de expresión del respeto a la voluntad de un sujeto cuando es plenamente capaz para el caso de que, en un futuro más bien cercano, deje de serlo. En palabras de PARRA LUCÁN, se permite con ello “la configuración de un sistema de protección no judicializado de personas que no están en condiciones de decidir por sí pero que, en una situación previa de plena capacidad, deciden voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos cuando él no pueda hacerlo (otorgando, cuando es plenamente capaz, y a favor de una persona de su confianza, un poder para que se haga cargo de su persona y de sus bienes cuando no pueda hacerlo por sí). Esto significa que puede haber medidas de protección sin incapacitación”⁵⁹⁴.

⁵⁹² BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). “La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas”, *La Ley-Derecho de familia*, núm. 2 (abril), p. 32, introduce la autocuratela como análoga a la autotutela que recoge el párrafo 2º del artículo 223 del Código civil.

⁵⁹³ El artículo 223, en su párrafo segundo, permite que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, pueda adoptar en documento público cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. El artículo 234, en su primer párrafo y en relación con la preferencia en el nombramiento del tutor, se señala que en primer lugar será al asignado por el propio tutelado conforme al párrafo segundo del artículo 223. Y el artículo 1732, en el último párrafo y a propósito de los modos de acabarse el contrato de mandato, dispone que éste no se extinguirá si se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste.

⁵⁹⁴ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 428.

También ha de tenerse en cuenta la regulación que hace la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, de las llamadas “instrucciones previas”, con la posibilidad de designar un representante al efecto. Ello hace pensar que, aunque sea fragmentariamente, se tienda, desde la perspectiva legislativa, a utilizar medidas de protección sin necesidad de incapacitación judicial y promoviendo la autonomía y decisión personal del sujeto afectado.

Uno de los momentos decisivos en la singularización del protagonismo de la voluntad de la persona en la determinación de las medidas para su protección y asistencia en caso de discapacidad tuvo lugar con la aprobación de la Convención de Naciones Unidas de 2006. Ya en el Preámbulo indicó “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” (letra n). En el mismo sentido, en el artículo 3, referido a los principios generales, se recoge como uno de ellos “la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones” (letra a), y el artículo 12.4, refiriéndose a las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica, dispone que se asegurarán que tales medidas “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”.

Todo ello indica que la voluntad de la persona con discapacidad es decisiva al diseñar una medida de protección y que esa autonomía es consustancial con otros conceptos como la independencia, la dignidad, o el respeto al protagonismo de la persona⁵⁹⁵.

3.2. El protagonismo de la voluntad de la persona en la determinación de medidas para su protección y asistencia en caso de discapacidad

En el ordenamiento jurídico español vigente, la institución de la incapacitación y el correlativo sistema de guarda han sido concebidos como un sistema de

⁵⁹⁵ Así lo destaca DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). “El protagonismo de la persona con discapacidad...”, *op. cit.*, p. 129, que señala que “el concepto de «autonomía» que se deduce de la Convención es mucho más amplio que el de autonomía de la voluntad al que estamos acostumbrados los civilistas como manifestación del poder de autorregulación que asiste a los particulares, relacionándose con la autonomía de la persona que sufre discapacidad para tomar sus propias decisiones”. Por otro lado, PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión...”, *op. cit.*, p. 196, considera que al principio de protección de la persona le ha sido contrapuesto el principio de autonomía.

protección de la persona cuyas limitadas facultades intelectivas y volitivas le impedían autogobernarse⁵⁹⁶. De esta manera, estos instrumentos estaban dirigidos a una adecuada protección de sus intereses por lo que los mecanismos clásicos de apoyo a la persona con discapacidad han estado centrados en la idea de su protección –tanto personal como patrimonial–, y basados en el supuesto interés de la persona protegida –visto este interés desde la perspectiva de la institución que protegía–, sin apenas tener en cuenta la voluntad de la persona afectada.

Ahora bien, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de toda persona reconocido constitucionalmente en el artículo 10 deben avocar en un mayor protagonismo del respeto a la voluntad del sujeto en cualquier decisión que le afecte, y sin lugar a dudas, en lo referido a su capacidad jurídica.

Se ha recurrido al principio de la autonomía de la voluntad –tradicionalmente instalado en el ámbito patrimonial– para extenderse a otras materias del Derecho civil como en el Derecho de familia y de persona⁵⁹⁷. Tímidamente, en la reforma de 1983, se reconoció una pequeña presencia de la autonomía de la voluntad al permitir realizar a los padres algunas disposiciones respecto de sus hijos en relación con el nombramiento de tutor o el establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela –artículo 223 CC–, la posibilidad de actuación solidaria de los tutores –artículo 237 CC– o la exclusión de determinadas personas del cargo de tutores –artículo 245 CC–. Con respecto a la voluntad del propio incapacitado, la autonomía de su voluntad quedaba únicamente reflejada en la

⁵⁹⁶ TORRES GARCÍA, T.F. (2012). “La persona y el Derecho civil”. *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. José González García, Universidad de Jaén*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 168. GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). “La persona en Derecho Civil...”, op. cit., p. 99, añade que “no como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar”.

⁵⁹⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, pp. 26-27, considera que “existe una tendencia notablemente acusada por parte del legislador de potenciar el recurso a la autonomía de la voluntad como el medio ideal para el tratamiento de las relaciones familiares... en cuanto a la inoperancia por parte del sistema para poder solventar los problemas que derivan de la convivencia entre personas. De esta forma se intenta que los tribunales no tengan que inmiscuirse más de lo estrictamente necesario en las relaciones más personales de los ciudadanos, encomendando a estos la función de autorregular sus intereses”.

posibilidad de comparecer en el procedimiento de incapacitación con su defensa y representación y ser oído en el mismo⁵⁹⁸.

Parte de la doctrina⁵⁹⁹ censuró la actitud del legislador ante esta escasa presencia legislativa de la autonomía de la voluntad en materia de incapacitación y el inexistente reconocimiento de la autonomía del sujeto, destacando el recurso a la autonomía de la voluntad como el medio idóneo para la protección de las personas susceptibles de incapacitación⁶⁰⁰. En este contexto, fue la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad la que, reformando algunos artículos del CC y de la LEC, reconoció la autonomía de la voluntad como instrumento adecuado para el diseño de la futura protección del sujeto en materia de incapacitación, si bien en el marco de algunos derechos autonómicos existía ya un mayor reconocimiento de la voluntad del sujeto en lo referente al cuidado de su persona y bienes⁶⁰¹.

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, enumeró entre sus principios rectores, en el artículo 3 a), “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia

⁵⁹⁸ En otros supuestos, como la posibilidad de audiencia para el nombramiento de su tutor –artículo 231 CC– o autorizar alguna decisión importante sobre su persona o bienes –artículo 273 CC–, se exige que tenga suficiente juicio.

⁵⁹⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, pp. 27 y 59, donde hace una referencia expresa a bibliografía al respecto.

⁶⁰⁰ Por el contrario, el legislador italiano introdujo la institución de la *amministrazione di sostegno* a través de la Ley nº 6, de 9 de enero de 2004, operándose una profunda revisión del tradicional criterio y mecanismo de protección de la persona que recaían en las típicas figuras de la *interdizione* y la *inabilitazione* que, aún relegadas a un segundo plano, modificadas y readaptadas, siguen estando recogidas actualmente en el Código Civil italiano. Con ello se adelantó a los dictados establecidos dos años más tarde por la Convención de Naciones Unidas de 2006 reconociendo la valoración y la promoción de la autonomía de la persona, limitando lo mínimo la capacidad de la persona y ofreciéndole todo el apoyo necesario para el ejercicio de sus derechos y de cuanto sea posible para su desarrollo y su autodeterminación. Un estudio de las figuras jurídicas de asistencia y apoyo en el ordenamiento jurídico italiano actual en NADDEO, F. (2004). “Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale”, *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, (coord. G. Stanzione y G. Sciancalepore). Ed. IPSOA Scuola d’impresa, Milán, pp. 186-187. También en DE STEFANO, F., CRESCENZI, A., SEBASTIANO, M.T. (2011). *Il procedimento di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*. Giuffrè Editore, Milán; y FERRANDO, G. (2012). *Amministrazione di sostegno. Interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*. Zanichelli Editore, Bolonia.

⁶⁰¹ Así, en el Derecho catalán, la voluntad de la persona tuvo su relevancia al tratar las delaciones voluntarias de la tutela la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, en los artículos 172 y ss.– norma hoy derogada siendo sustituida por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia–.

de las personas” y en el artículo 6 se reguló ese respeto a la autonomía de las personas con discapacidad estableciendo, en el punto 1, que “el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones”.

Si bien es en este marco legislativo donde la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad adoptaron un papel relevante en la determinación de la medida de protección y apoyo –respondiendo al principio de autonomía personal o principio de autonomía de la voluntad–, no siempre se ha tenido en cuenta la consideración a su voluntad y preferencias en el momento de determinar sus mecanismos de apoyo, sobre todo en el ámbito de las personas con discapacidad intelectual. En efecto, en la mayoría de los casos y de forma habitual⁶⁰², se procedía a la incapacitación plena, con la constitución y nombramiento de tutor que le representara en todos los actos jurídicos, actuando éste mayoritariamente por sustitución, y sin tener en cuenta en absoluto la voluntad o preferencias de la persona tutelada. Ello implica la marginación jurídica y la muerte civil de las personas con discapacidad intelectual y que, en muchos casos, a día de hoy aún persiste.

Desde el punto de vista de la discapacidad considerada en general, el principio de autonomía aplicado a las personas con discapacidad presenta un doble aspecto: la autonomía física –referida a la accesibilidad al entorno⁶⁰³– y la autonomía volitiva, que afecta a la toma de decisiones y es la que debe tener un mayor protagonismo en la adopción de medidas de apoyo para la persona con discapacidad⁶⁰⁴.

⁶⁰² PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p.7, menciona la estimación del 95% de los casos, según Informe del Grupo *Ética y Legislación* de la Asociación Española de Neuropsiquiatría en marzo de 2015.

⁶⁰³ El Preámbulo de la Convención, apartado v), reconoce “la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural”, en un concepto más amplio que el que dio origen a la noción de accesibilidad centrado en la eliminación de barreras arquitectónicas, PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión...”, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁰⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión...”, *op. cit.*, pp. 196-205, configura los “perfiles del principio de autonomía” distinguiendo entre autonomía física y la autonomía volitiva. Es la autonomía volitiva la que afecta a la toma de decisiones, que, a su vez, presenta una doble vertiente: la autonomía preventiva, que se manifiesta en el respeto de la voluntad de la persona en la toma de decisiones para supuestos futuros de necesidad de apoyos, y la autonomía consustancial a la persona, que se manifiesta en el espacio de cuestiones personales y derechos de la personalidad en relación con su capacidad natural.

La autonomía volitiva, a su vez, presenta una doble vertiente: la autonomía preventiva, que se manifiesta en el respeto de la voluntad de la persona en la toma de decisiones para supuestos futuros de necesidad de apoyos, y la autonomía consustancial a la persona, que se manifiesta en el espacio de cuestiones personales y derechos de la personalidad en relación con su capacidad natural⁶⁰⁵.

En la primera vertiente preventiva es donde cabe encajar los supuestos de autotutela, poderes preventivos y disposiciones voluntarias o medidas *ad hoc* contenidas en documentos de voluntades anticipadas⁶⁰⁶. Estas medidas se relacionan con la evolución que pueda atravesar la capacidad del sujeto, sobre todo cuando la propia persona prevé que progresivamente va perdiendo capacidad por la avanzada edad o por enfermedad y se anticipa a sus propias necesidades de acuerdo con su voluntad⁶⁰⁷.

Estas figuras jurídicas fueron introducidas en el Código civil por la ya citada Ley 41/2003, de 18 de noviembre, a propósito de la protección patrimonial de las personas con discapacidad –a la vista de la poca eficacia de los mecanismos de protección institucional–, como otros instrumentos de protección, encaminados a conseguir un sistema más flexible de protección, si bien desde un punto de vista de la discapacidad⁶⁰⁸, y no de la incapacidad, y por ello no necesariamente destinados a personas incapacitadas judicialmente.

Así, la Ley 41/2003 introdujo, por un lado, la posibilidad de constitución del llamado patrimonio protegido⁶⁰⁹ de la persona con discapacidad –concepto

⁶⁰⁵ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), p. 34, enfoca estas medidas volitivas, desde la nueva visión del Anteproyecto de Ley de 2018 de reforma en materia de discapacidad, como medidas de apoyo “anticipatorias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toman por el interesado *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo”.

⁶⁰⁶ Los supuestos pueden referirse a cuestiones generales de índole personal como la salud o el domicilio o de índole patrimonial o a actos concretos de cualquier naturaleza.

⁶⁰⁷ Caben también otras alternativas basadas en la autonomía de la voluntad pero que se mueven en el campo contractual, como pueden ser el acogimiento de personas mayores o la realización de un contrato de alimentos, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p. 28, que pone de manifiesto que no son excluyentes por lo que “conjugando unas y otras es perfectamente posible que el interesado diseñe su propio modelo de tutela integral, tanto de su persona como de sus bienes, evitando la necesidad de acudir a la incapacitación”.

⁶⁰⁸ Debe hacerse notar la tendencia en ese momento al cambio terminológico legal hacia la discapacidad.

⁶⁰⁹ Se trata de un patrimonio cuya creación por el propio interesado, por sus padres, tutores o curadores o cualquier persona con interés legítimo se fomenta en la ley con medidas fiscales.

novedoso en nuestro sistema jurídico en aquel momento⁶¹⁰–, y, por otro lado, teniendo en cuenta el debido respeto a la voluntad del posible futuro incapaz cuando es todavía plenamente capaz para el caso de que deje de serlo, introdujo las figuras jurídicas de la denominada autotutela y de los llamados poderes preventivos, que pasaremos a tratar a continuación.

3.3. La denominada autotutela

La autotutela⁶¹¹ fue regulada en el Derecho español a través de la modificación de los artículos 223 y 224 del Código civil por el artículo 9 de la Ley 41/2003. Así, en el artículo 223 se introdujo en el párrafo 2º que “asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”. En coherencia con ello, en el artículo 234 –en donde se determina la relación de personas que en nuestro Derecho se prefieren para ser nombradas tutores– se introduce un primer supuesto para la preferencia en el nombramiento del tutor de la siguiente manera: “Para el nombramiento del tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”⁶¹². En el mismo sentido basado en el respeto a la voluntad de la persona, el artículo 14 de la Ley 41/2003 modificó la legislación procesal –dando nueva

⁶¹⁰ Ya en este contexto legislativo el concepto de discapacidad es diferente al de incapacidad, ya que no necesariamente esta figura de protección estaba dirigida exclusivamente a persona incapacitada judicialmente.

⁶¹¹ El término autotutela fue creado por el Abogado del Estado Eloy Sánchez Torres, aunque el que recomendó la introducción de esta figura en nuestro derecho fue Diego María Crehuet del Amo que la denominó «tutela fiduciaria», “si bien la denominación de esta figura no ha sido pacífica en la doctrina”, según BELLO JANEIRO, D. (2006). “Autotutela e incapacitación voluntaria”, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley-Universidad Juan Carlos I, pp. 41-42, que la denomina también “delación voluntaria de tutela”. SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 20, considera que la expresión no es afortunada “porque tutela significa protección...; es una contradicción que quien no puede defenderse, establezca un mecanismo de defensa para sí mismo; en verdad no se trata de disponer su propia tutela, que siempre es competencia judicial, sino de una declaración de voluntad dirigida al Juez para señalar a quien se prefiere como tutor para el caso de ser declarado judicialmente en el estado civil de persona incapacitada”.

⁶¹² Sin perjuicio de lo que establece el párrafo segundo de este artículo 234 CC que faculta al Juez para que, excepcionalmente y en resolución motivada, pueda alterar el orden establecido en el párrafo primero o incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio de la persona sometida previsiblemente a tutela así lo aconseja.

redacción al artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– en materia de legitimación para promover la declaración de incapacidad permitiendo al presunto incapaz promover su propio procedimiento de incapacitación⁶¹³.

No hay una definición legal de lo que es la autotutela si bien es únicamente en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 –apartado VI–, donde se consideró la autotutela como “la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas”⁶¹⁴. A pesar de que la Exposición de Motivos establecía que procedía a regularse la autotutela “introduciendo unos cambios mínimos en el Código civil”, estos fueron criticados por algún sector de la doctrina como insuficientes⁶¹⁵.

La autotutela se ha definido doctrinalmente como “la facultad que tiene una persona, con capacidad de obrar suficiente, para designar, en documento público notarial, a su propio tutor, o para excluir a alguien de este cargo, en previsión de su futura incapacitación”⁶¹⁶. Es una medida de protección tomada

⁶¹³ El artículo 757 LEC dispone que “la declaración de incapacitación puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz”. Con anterioridad a esta redacción, se negaba al interesado la posibilidad de instar su propio procedimiento de incapacitación, si bien podía acudir al Ministerio Fiscal con esa pretensión o acudir directamente ante el juzgado solicitando las medidas de protección necesarias; sí se le permitía demandar la modificación de su incapacitación cuando sobrevenían nuevas circunstancias que aconsejaban la reintegración de su capacidad, de acuerdo a la redacción del anterior artículo 213 CC.

⁶¹⁴ La propia Exposición de Motivos señala que, admitida la posibilidad de que los padres adopten las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados recogida en el párrafo 1º de este mismo artículo 223, no hay obstáculos para reconocer esta misma posibilidad a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo para el caso de ser incapacitada.

⁶¹⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p. 35, hace mención a las críticas por los cambios en el Código civil con respecto a la autotutela, a pesar de señalar que se regula claramente su forma –en documento público notarial–, su adecuada publicidad –mediante la indicación de la existencia del documento en la inscripción del nacimiento– y reformando también el orden de los llamados a la tutela incluyendo en primer lugar a la persona designada por el propio tutelado – *ex* artículo 234 CC–.

⁶¹⁶ VAQUER ALOY, A. (2004). “La autotutela en el Código civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *La Ley*, nº 5961, febrero 2004, analiza detalladamente la regulación de la autotutela en el Código civil con la intención de reconocer el mayor poder de configuración posible a la persona que prevé su incapacitación futura. Más recientemente, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela...”, *op. cit.*, p. 69.

por la propia persona a la que va a proteger que se proyecta hacia el futuro, en previsión para el caso de una posible incapacitación⁶¹⁷.

La finalidad de esta figura es que, ante la previsión de una futura pérdida de capacidad –ya sea por la propia naturaleza del ser humano que deriva a su vejez, ya sea por el padecimiento de una enfermedad degenerativa que suponga la certeza de esta pérdida de capacidad en un futuro más o menos cercano–, la persona pueda manifestar libre y anticipadamente su voluntad, estableciendo cuantas disposiciones tenga por conveniente en cuanto a su persona y a sus bienes, así como a la constitución de la tutela⁶¹⁸. En palabras de GARCÍA GARNICA, “la novedad radicó en reconocer, dentro del régimen jurídico de la tutela ordinaria, cierto margen a la autonomía de la voluntad a favor de toda persona con capacidad de obrar suficiente, con respecto a su eventual sujeción a tutela en un futuro”⁶¹⁹.

A este respecto y a pesar de la literalidad del artículo 223 que se refiere expresamente a la “previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro”, cabe preguntarse si podría concluir un negocio de autotutela aquella persona que tiene modificada su capacidad de una manera limitada, habiendo quedado sometida a un régimen de curatela por lo que, si la sentencia no contiene pronunciamiento expreso sobre la cuestión, el Notario autorizante deberá realizar un juicio de capacidad, valorando, en el caso concreto, si tiene o no dicha capacidad⁶²⁰.

Una cuestión relacionada con esta materia fue la modificación del artículo 757.1 de la LEC por el artículo 14 de la Ley de protección patrimonial a personas con discapacidad, que introdujo la posibilidad de que el propio interesado pueda

⁶¹⁷ Como hemos indicado anteriormente, se ha admitido también la posibilidad de que sea el propio sujeto el que inicie el proceso de incapacitación al modificar la Ley 41/2003 el artículo 757.1 LEC al disponer que sea el presunto incapaz, entre otros, el que pueda promover la declaración de incapacitación.

⁶¹⁸ Las decisiones pueden referirse a la declaración de voluntad de someterse o no a determinados actos o tratamientos médicos, a la constitución y administración de un patrimonio protegido, al establecimiento de reglas de administración de su patrimonio, a la determinación de medidas y órganos de control y vigilancia de la tutela, a la exclusión de determinadas personas para el ejercicio del cargo de tutor, a la posible remuneración del tutor, etc.

⁶¹⁹ GARCÍA GARNICA, M.C. (2013). “Comentarios a los artículos 215 a 233 CC”, *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano), t.II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2093.

⁶²⁰ PEREÑA VICENTE, M. (2007). “La autotutela ¿Desjudicialización de la tutela?”, *Diario La Ley*, núm.6665. Sería similar a lo que sucede cuando, según lo previsto en el artículo 665 CC, el incapacitado pretende otorgar testamento y la sentencia no se ha pronunciado sobre su capacidad para testar.

acudir al Juez solicitando su propia incapacitación⁶²¹. En efecto, el apartado 1 del artículo 757 LEC señala que, entre otras personas, el presunto incapaz puede promover la declaración de incapacidad⁶²², teniendo por tanto legitimación procesal activa –y pasiva al mismo tiempo– para solicitar e iniciar su propio proceso de modificación de su capacidad.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la autotutela, hay que decir que es un negocio constitutivo con las siguientes notas configuradoras o caracteres: negocio *inter vivos*, unilateral, revocable, solemne, personalísimo y no recepticio⁶²³. Ha de destacarse la exigencia expresa del precepto referida a que la declaración de voluntad emitida por la persona interesada para la adopción de la autotutela debe manifestarse en todo caso en documento público notarial, con el objetivo de asegurarse su constancia en el Registro Civil⁶²⁴ y posibilitar de esta forma, su conocimiento por el órgano judicial responsable del proceso relativo a la modificación de la capacidad de la persona⁶²⁵.

⁶²¹ Por ejemplo, cuando por los síntomas de una enfermedad sabe que en un futuro próximo tendrá limitada su capacidad de autogobierno.

⁶²² No hay unanimidad doctrinal acerca de la oportunidad de esta legitimación procesal. Así, mientras que PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela...”, *op. cit.*, p. 63, apunta que esto “significa avanzar por ese loable camino que conduce a la persona a un ámbito cada vez más amplio de autonomía en las cuestiones relativas a su protección”, VELASCO ORTEGA, I.C. (2014). “Del estado civil de incapacitado...”, *op. cit.*, p. 204, considera no factible que el presunto incapaz pueda ir contra sí mismo, es decir, siendo demandante y demandado al mismo tiempo, pero que en cualquier caso, lo justifica “a través de la autotutela o los poderes preventivos, llevados a cabo por el presunto incapaz en su momento, y en donde éste llegado el caso hubiese manifestado su deseo a la incapacitación”.

⁶²³ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela...”, *op. cit.*, p. 70, explica cada uno de estos caracteres: *inter vivos* porque va dirigido a producir sus efectos en vida del interesado; unilateral porque la declaración de voluntad procede solo del interesado, sin que sea necesaria la aceptación de nadie; revocable porque la voluntad del interesado puede cambiar justificadamente; solemne porque la declaración de autotutela deber recogerse en documento público tal y como exige el artículo 223, párrafo 2º, del Código civil; personalísimo porque solo puede llevarse a efecto por el propio interesado; y no recepticio porque para la producción del efecto deseado –la designación de tutor– no se requiere que la declaración de voluntad del interesado sea dada a conocer a la persona designada. Discrepa del carácter de no recepticio BELLO JANEIRO, D. (2006). “Autotutela e incapacitación voluntaria”, *op. cit.*, p. 44, que considera que es recepticio “en tanto que, para la producción de los efectos negociales, es necesario que la declaración de voluntad sea notificada, es decir, dada a conocer a otra persona”.

⁶²⁴ El párrafo 3º del artículo 223 dispone que “los documentos públicos a los que se refiere este artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado”.

⁶²⁵ GARCÍA GARNICA, M.C. (2013). “Comentarios a los artículos 215 a 233 CC”, en *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano), t.II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2100, se plantea la eficacia de esta declaración de voluntad si estuviera recogida en documento privado, y concluye que “la forma pública en este supuesto es un requisito de validez, ya que garantizará no solo la publicidad de esta declaración de voluntad, sino su autenticidad y la capacidad del declarante en el momento de su emisión”.

El contenido de la autotutela queda plasmado en abstracto en el párrafo 2º del artículo 223 cuando se refiere a la adopción de “cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación del tutor”. Ello puede comprender decisiones referidas a la voluntad de someterse o no a determinados actos o tratamientos médicos, a la constitución y administración de un patrimonio protegido, al establecimiento de reglas de administración de su patrimonio, al nombramiento de tutor –o de curador–, a la determinación de medidas y órganos de control y vigilancia de la tutela, a la exclusión de determinadas personas para el ejercicio del cargo de tutor –la denominada “autotutela negativa” –, a la posible remuneración del tutor, etc. Hay, sin embargo, algunos actos que escapan al poder de autorregulación del sujeto en el diseño de las disposiciones relativas a su autotutela: en concreto aquellos para los que se necesita autorización judicial, tasados y enumerados en los artículos 271 y 271 del Código civil, ya que según expresa DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “tratándose de normas imperativas que además configuran un modelo de protección por el que optó el legislador en su día y que no puede ser alterado hasta ese extremo por la voluntad de los particulares”⁶²⁶. No obstante, y como acertadamente matiza GARCÍA GARNICA, en todo caso serán aplicables “los límites de la autonomía de la voluntad señalados con respecto a las disposiciones de los padres. En particular, no serán válidas aquellas disposiciones que excluyan o limiten las facultades de control y vigilancia de la tutela legalmente conferidas a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal, ni aquellas que el Juez estime contrarias al interés del tutelado”⁶²⁷.

En el contexto del contenido de la autotutela, hay una cierta interferencia material con los llamados testamentos vitales⁶²⁸, también denominados documentos de

⁶²⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación? La Autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2006, p.37.

⁶²⁷ GARCÍA GARNICA, M.C. (2013). “Comentarios a los artículos 215 a 233 CC”, *op. cit.*, p. 2099.

⁶²⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p.37, indica que esta denominación fue adquirida por la influencia de la figura del *living will* de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas. Recientemente, GULARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, p. 9, presta especial atención al consentimiento informado en la esfera médica Y, analizando la evolución de las diversas normas tras realizar un recorrido sobre el modelo del Código civil relativo a la prestación del consentimiento y su posible traslación a otros ámbitos, considera que “la regla general sería la capacidad para consentir, a no ser que se establezca la denominada curatela de la salud”, mencionando el criterio de la STS de 11 de octubre de 2017. Interesante es la conexión que hace VELASCO ORTEGA, I.C. (2014). “Del estado civil de incapacitado...”, *op. cit*, pp. 195-198, entre el respeto a la

voluntades anticipadas o documentos de instrucciones previas regulados por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En estas instrucciones previas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de dicha Ley, “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud... El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. Se produce así la coexistencia de dos tipos de disposiciones que responden a la voluntad del sujeto como manifestación del poder supremo de decisión de la persona respecto a las cuestiones que puedan afectarle, si bien son diferentes en cuanto a su contenido, a su forma, a su publicidad y a su ámbito de aplicación: la autotutela se dirige a la figura de la incapacitación y el documento de instrucciones previas no⁶²⁹.

En consonancia con el añadido párrafo 2º del artículo 223 respecto de la autotutela, la Ley 41/2003 procedió además a alterar el orden de delación de la tutela establecido en el artículo 234 CC⁶³⁰, incluyendo la preferencia para el nombramiento como tutor de la persona designada por el propio tutelado, frente

voluntad vital de la persona, el artículo 15 CE –referido al derecho a la vida y a la integridad física y moral, y a no ser sometido a tratos inhumanos– y el artículo 143.2 CP, en relación con la eutanasia.

⁶²⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). “El protagonismo de la persona con discapacidad...”, *op. cit.*, p. 135, se refiere “al complejo campo de instrucciones previas y consentimientos como manifestaciones de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la salud”, considerando que “se trata de una materia que reviste extraordinaria dificultad, por cuanto pueden verse afectados derechos fundamentales como la vida y la integridad física”. También VELASCO ORTEGA, I.C. (2014). “Del estado civil de incapacitado...”, *op. cit.*, p. 206, alude a que la designación a este instrumento con el vocablo «testamento» no es la adecuada ya que “éste es en Derecho civil el acto jurídico por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos; admitiéndose también los actos de carácter no económico como puede ser el reconocimiento de hijos o la designación de un tutor para el hijo incapaz. Lo cual no tiene nada que ver con la voluntad en cuestiones de tipo médicas”.

⁶³⁰ SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2010). “Comentarios a los artículos 222 a 223”, *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo). Ed. Lex Nova, Valladolid, p. 361, aclara que “con anterioridad a la reforma del 2003 y aunque esta figura no estaba expresamente recogida en el Código Civil, si una persona capaz designaba tutor para él mismo en documento público, esta previsión debería ser tenida en cuenta por la autoridad judicial en aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del art. 234 y del 235 del CC”.

al resto de personas legalmente llamadas para desempeñar este cargo⁶³¹. Debe tenerse en cuenta lo establecido en el penúltimo párrafo de este artículo 234 referido a que “excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”, pudiendo, por tanto, el juez excluir la designación como tutor hecha por el propio tutelado si así lo resuelve motivadamente.

La persona designada para ocupar el cargo de tutor puede ser persona física o jurídica sin ánimo de lucro, y debe tener capacidad de obrar suficiente para ejercitar el cargo⁶³². Como ya hemos indicado anteriormente, en la misma escritura pública se puede excluir expresamente a sujetos concretos para ejercer funciones tutelares; también se pueden nombrar sustitutos y órganos de control o supervisión de la tutela. Asimismo, la persona pueda dar instrucciones de cómo quiere que sea ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al aspecto personal como patrimonial en la administración de sus bienes.

Con respecto a la posibilidad de que la autotutela pueda ser realizada por un menor de edad no emancipado, el sentir doctrinal mayoritario coincide en negarles tal posibilidad ya que, según expone por todos PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, “parece poco razonable que un menor no emancipado pueda decidir sobre cuestiones que le están vedadas realizar por sí mismo, como sería la administración de un patrimonio, o que pueda decidir sobre algo tan complejo como es el establecimiento de mecanismos de control, o que pueda distribuir las funciones entre las personas que nombre tutores, etc.”⁶³³. Tampoco un menor de

⁶³¹ TORRES GARCÍA, T.F. (2015). “La incapacitación: de Don Federico de Castro...”, *op. cit.*, p.396, entiende que, a la llamada de “el juego de la voluntad” del posible incapacitado en un futuro, éste “diseña su propia tutela, eligiendo a quien quiere que sea su tutor”.

⁶³² SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2010). “Comentarios a los artículos 222 a 223”, *op. cit.*, p. 353, indica que “los incapacitados parcialmente pueden designar tutor para el supuesto de una incapacitación total si la sentencia no les ha privado de capacidad de obrar sobre su persona y gozan de suficiente capacidad natural”.

⁶³³ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela...”, *op. cit.*, pp. 75-76, no compartiendo el planteamiento de otros autores que entienden que “los menores de edad con catorce años cumplidos, al permitirles la ley otorgar testamento (art. 663, 1º CC), podrían nombrar tutor a sus hijos en base al artículo 223, párrafo primero, del Código Civil, razón por la cual no ven problema en que también puedan nombrar tutor de sí mismo”; ello, “en vez de resolver un problema, lo único que hace es crear otro”. También hace referencia al artículo 172.1 del ya derogado Código de Familia de Cataluña –la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, fue derogada por Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia– que permitía

edad –ni siquiera emancipado en este caso– puede realizar un testamento vital o documento de voluntades anticipadas ya que el artículo 11 de la Ley 41/2002 exige expresamente que, para manifestar anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, la persona sea “mayor de edad, capaz y libre”. Ahora bien, la posibilidad de que un menor emancipado pueda manifestar su voluntad y adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor, estará a la valoración de si tiene “capacidad de obrar suficiente”, que es lo que exige el párrafo 2º del artículo 223 CC. Dicha valoración tendrá que ser apreciada por el Notario ante el que se otorgue el documento público a través de su correspondiente juicio de capacidad⁶³⁴.

En el ámbito de los derechos civiles autonómicos, la institución de la autotutela ha sido recogida, con un carácter algo más amplio y detallado, en el Código Civil Catalán⁶³⁵ –en los artículos 222-4 y ss.⁶³⁶–, y en el Código de Derecho Foral de Aragón⁶³⁷ –artículos 108 y ss.⁶³⁸–, en ambos casos bajo la denominación de

el negocio de autotutela a “cualquier persona”, no siendo correcta tal afirmación ya que “abarcaría al recién nacido y al absolutamente incapacitado, quienes, por lógicas razones, no podrían realizar este negocio”. Por el contrario, el vigente artículo 222-4.1 del Código Civil de Cataluña “se refiere ahora –con mejor precisión– a *toda persona con plena capacidad de obrar*, lo que restringirá, por tanto, la posibilidad de realizar el negocio de autotutela exclusivamente a los mayores de edad que no hayan sufrido ninguna restricción de su capacidad de obrar”. En contra, SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2010). “Comentarios a los artículos 222 a 223”, *op. cit.*, p. 353, que considera que “los menores mayores de 14 años, si gozan de capacidad para otorgar testamento notarial y, por tanto, para nombrar tutores a sus hijos, gozan, asimismo, de capacidad para ordenar la autotutela”.

⁶³⁴ En el mismo sentido se expresa PEREÑA VICENTE, M. (2007). “La autotutela ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*, p. 3, argumentando que la propia literalidad del art. 223 no exige plena capacidad sino «capacidad de obrar suficiente», y añade que “cierto es que con tal expresión el legislador no es todo lo claro que debería haber sido y que introduce un concepto que debe ser interpretado, pero nos parece evidente que no está exigiendo la mayoría de edad pues si así fuese le bastaría con haber exigido la plena capacidad”. Si bien con respecto a los menores de edad no emancipados, no ve inconveniente para que, dado que los catorce años es la edad que determina la capacidad para otorgar testamento y, por tanto, a partir de la cual el menor podrá nombrar tutor de sus propios hijos, también pueda designar tutor para sí mismo. Por ello cree que “la capacidad negocial y de actuación del menor está ligada a la idea de que éste tenga juicio suficiente y no a una determinada edad. Es el Notario el que aprecia si tiene o no suficiente juicio”.

⁶³⁵ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁶³⁶ El artículo 222-4 establece en su punto 1 que “en el supuesto de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares. También puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto al cuidado de su persona”.

⁶³⁷ Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.

⁶³⁸ En concreto el artículo 108.1 dispone que “cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas

delación voluntaria o delación hecha por uno mismo. Se ha de reseñar que en el ámbito del Derecho autonómico gallego, la STC 133/2017, de 16 de noviembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados artículos de la Ley de Derecho Civil de Galicia –Ley 2/2006 de 14 de junio–, entre ellos el referido a la autotutela, declarando la inconstitucionalidad por falta de competencia de la Comunidad Autónoma⁶³⁹.

3.4. Los poderes preventivos o apoderamientos o mandatos preventivos

La 41/2003 de protección patrimonial a las personas con discapacidad introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, además de la autotutela, la figura de los poderes preventivos, también llamados “apoderamientos o mandatos preventivos” o “mandatos de protección”⁶⁴⁰. En efecto, el artículo 11 de la ya citada ley modificó el artículo 1732 del Código civil –que regula las causas de extinción del contrato de mandato⁶⁴¹– al disponer en el último párrafo que “el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se

o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal”.

⁶³⁹ GARCÍA RUBIO, M.P. (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*, tomo LVIII, p. 176, muestra su más profundo desacuerdo con esta sentencia del Tribunal Constitucional y critica que “trate de convencernos de que este tipo de documentos carecen de vinculación con la legislación civil, argumentando que supongan exclusivamente desarrollos competenciales en materia de sanidad. Parece bastante más sensato y técnicamente correcto considerar que estamos ante instrumentos de derecho de la persona, vinculados al respeto de los derechos humanos, basados en la autonomía privada y destinados a procurar su futura protección en ámbitos personales y/o patrimoniales, lo que evidentemente les vincula de modo estrecho con el Derecho civil”.

⁶⁴⁰ PEREÑA VICENTE, M. (2007). “La autotutela ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*, cree que el legislador “se ha equivocado totalmente al admitir estos poderes, tal y como los configura, por tres motivos: el primero porque escapan totalmente al control judicial. Segundo, porque dejan al poderdante incapaz totalmente desprotegido frente a terceros ya que, a pesar del poder, podrá concluir negocios jurídicos perjudiciales cuya validez se va a presumir. Tercero, porque impiden la impugnación *a posteriori* de los actos que el representante o el propio incapaz hayan realizado”. Pueden crear, según su opinión, una especie de “tutela voluntaria” que escapa del control judicial y que genera los problemas e inconvenientes que detalla, por lo que concluye que no “es la mejor manera de proteger a la persona incapaz”.

⁶⁴¹ Se ha criticado que la regulación de los poderes preventivos se haga dentro del contrato de mandato, y no en el marco del Derecho de la persona, junto a figuras como la tutela o la curatela, lo que, en opinión de algún autor como VELASCO ORTEGA, I.C. (2014). “Del estado civil de incapacitado...”, *op. cit.*, p. 195, “determina un tratamiento jurídico radicalmente diferente de las llamadas instituciones de guarda”.

hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. De acuerdo con la nueva redacción del precepto⁶⁴², la incapacitación del mandante no extingue automáticamente el mandato porque cabe disponer que continúe después de la incapacitación, o bien cabe que el mandato se haya celebrado para desplegar sus efectos desde la incapacitación del mandante⁶⁴³. Así pues, se posibilita tanto la subsistencia del mandato, a pesar de la incapacidad del mandante y si así se ha dispuesto, como que éste despliegue sus efectos como consecuencia de esta incapacidad sobrevenida⁶⁴⁴. No obstante, existe la posibilidad, de acuerdo al artículo 1732 *in fine*, de que por resolución judicial se proceda a extinguir el mandato al constituir el organismo tutelar, o haya sido posteriormente solicitado por el tutor⁶⁴⁵. Esta opción solo deberá ser admitida en casos excepcionales ya que vulneraría el respeto de la voluntad del mandante –que es la finalidad de esta norma– e iría, además, en contra del necesario respeto a “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” proclamado en la Convención.

Tal y como acaba de exponerse, los poderes preventivos se regulan a propósito de la extinción del contrato de mandato, sin que, al igual que ocurre con la autotutela, haya una definición legal al respecto⁶⁴⁶. La doctrina los ha definido

⁶⁴² De acuerdo con la anterior redacción del artículo 1732 3º CC, la declaración de incapacidad del mandante revocaba el poder otorgado por éste, quedando la gestión y administración del patrimonio encomendada al tutor, según lo expresado en la sentencia de incapacitación, con la consiguiente extinción del mandato.

⁶⁴³ SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 261-262.

⁶⁴⁴ De una manera clara y sucinta lo explica PEREÑA VICENTE, M. (2007). “La autotutela ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*, destacando que “la regla general sigue siendo que la incapacitación extingue el mandato, y, para que este efecto no se produzca, es necesario que el mandante así lo haya previsto expresamente. Si existe tal previsión, estaremos ante un poder preventivo”.

⁶⁴⁵ Según DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p.38, la norma no relaciona directamente incapacidad sobrevenida con la posible incapacitación, “transmitiendo, una vez más, esa constante idea de que es perfectamente posible la existencia de personas faltas de capacidad, no incapacitadas, merecedores de una protección diferente, en este caso a través del apoderamiento. Por el contrario, la Exposición de Motivos sí hace referencia a la incapacitación judicial, pero no es eso lo que ha pasado a la letra del precepto en concreto, extremo que, sin duda, obedece a esa intención de no ligar indisolublemente los términos incapacidad e incapacitación judicial”.

⁶⁴⁶ A pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley se refiere a los apoderamientos preventivos como «complemento» de la autotutela, su ubicación sistemática, en sede de contratos, y su desvinculación de la intervención judicial, los alejan de ésta; así lo indica PEREÑA VICENTE, M. (2007). “La autotutela ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*

como una declaración unilateral y recepticia por la que una persona, en previsión de una futura incapacidad relativamente acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otro sujeto, para que éste pueda actuar válidamente en su nombre⁶⁴⁷. Los poderes preventivos son consecuencia de un negocio jurídico de apoderamiento –acto jurídico por el cual una persona capaz concede, consciente y voluntariamente, a otra persona un poder de representación– para el caso de que en el futuro pueda sufrir una eventual pérdida de capacidad⁶⁴⁸.

El poder preventivo o mandato de protección es, por tanto, aquel poder que otorga la persona que es todavía capaz y que no se extingue por la incapacitación sobrevenida del mandante poderdante, ya que éste dispuso su continuación o el mandato se dio para el caso de incapacidad de aquel. Su incardinación dentro del contrato de mandato supone que el poderdante es a su vez mandante que, además de facultar al mandatario para que actúe por cuenta de aquél, le legitima también para que pueda actuar en su nombre. De esta forma puede darse el caso de que, una vez que el mandante poderdante haya perdido su capacidad, continúe el mandato o precisamente comiencen sus efectos⁶⁴⁹. Teóricamente, se podría dar el caso de que coexistieran mandatario y tutor –o curador–, cada uno con su propia función y cometido en la administración del patrimonio⁶⁵⁰ o en la gestión de asuntos personales.

⁶⁴⁷ Por todos, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2006). “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. (coord. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, p. 423. Asimismo, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela...”, *op. cit.*, p. 95. Anticipadamente trató el tema también PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2001). “La Autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre 2001, pp. 937-974.

⁶⁴⁸ Como acertadamente señala DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p. 37, “el hecho de que las personas mayores otorguen, en documento notarial, amplios poderes a aquellos familiares de su confianza es una realidad incuestionable en el tráfico jurídico, aconsejada además por distintos profesionales como notarios o abogados, en algunos casos para la propia comodidad del poderdante y en otros de forma preventiva al existir una posible pérdida de capacidad en el futuro, cuando la persona está aquejada de determinadas dolencias”.

⁶⁴⁹ Se ha criticado esta posibilidad como una suerte de “mandato irrevocable” en tanto que la garantía de salvaguarda de los intereses patrimoniales queda a la libre voluntad del apoderado que, si bien en la mayoría de los casos actuará correctamente, no queda controlado por nadie, situación que no es la más adecuada como modelo de protección, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p.38.

⁶⁵⁰ El artículo 227 CC permite que el que disponga de bienes a título gratuito de un menor o incapacitado, pueda “establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla”, añadiendo que “las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor”.

Este instrumento jurídico introducido en el 2003 por el legislador español, como consecuencia de la convergencia de diversos factores⁶⁵¹, permiten evitar la incapacitación y priorizar la autonomía personal en orden a diseñar su futuro para el caso de que sobrevenga una situación de incapacidad. No obstante, la incapacitación del mandante será necesaria en aquellos supuestos en los que se requiera un control sobre la actuación del mandatario por incumplimiento de sus obligaciones como tal, si bien no será lo habitual ya que se parte de la base de que el mandatario ha sido elegido por el mandante dentro del círculo de personas de su confianza, pero, siguiendo las palabras de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “ la situación puede cambiar y tan solo el tutor estaría legitimado para actuar judicialmente contra el mandatario”⁶⁵².

El contenido de los poderes preventivos no ha quedado determinado de una forma específica, si bien de manera genérica la extensión del poder puede abarcar todo el contenido posible del contrato de mandato y referirse tanto a actos de la esfera personal como de la esfera patrimonial del mandante y, dentro de ésta, tanto a actos de administración como a actos de disposición, además de establecer los controles que estime pertinentes. Puede darse el caso de que el mandante esté en situación de guarda de hecho con respecto al mandatario, coincidiendo éste como guardador de hecho. Pero, salvo en esa circunstancia, el mandatario no tiene función de guarda concreta sobre el mandante pues debe considerarse su función como exclusivamente patrimonial y no personal,

⁶⁵¹ Entre los factores que influyeron para la introducción del mandato preventivo en el Derecho español están “las exigencias de la doctrina, la presión de importantes operadores jurídicos encargados de dar solución a los nuevos problemas que les iba presentando la realidad diaria de la vida (fundamentalmente, el Notariado), para los que podían ser una solución esta figura jurídica, y, finalmente, la acción de importantes colectivos que tienen por principal objetivo la protección y defensa de las personas discapacitadas”, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela...”, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁵² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p. 39. Como bien señala PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 428, “no es que el otorgamiento de poderes preventivos excluya la incapacitación, pero sí es cierto que puede, indirectamente, permitir la configuración de un sistema de protección no judicializado de personas que no están en condiciones de decidir por sí pero que, en una situación previa de plena capacidad, deciden voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos cuando él no pueda hacerlo (otorgando, cuando es plenamente capaz, y a favor de una persona de su confianza, un poder para que se haga cargo de su persona y de sus bienes cuando no pueda hacerlo por sí). Esto significa que puede haber medidas de protección sin incapacitación”.

actuando, a lo sumo, como representante voluntario y no como representante legal⁶⁵³.

Una de las cuestiones planteadas respecto al contenido del mandato es determinar el papel del juez en caso de una posible incapacitación del mandante en los supuestos de mandatos de gran extensión. En estos casos, tales mandatos deberían prevalecer por contener la voluntad expresada en los mismos, debiendo ser esta tenida en cuenta y respetada en las motivaciones de las resoluciones judiciales de incapacitación⁶⁵⁴. En cualquier caso, ante la escasa y a veces insuficiente regulación de estos apoderamientos y, a falta de una regulación específica de los poderes preventivos, deberán ser de aplicación las normas del contrato de mandato –artículos 1709 a 1739 del Código civil–⁶⁵⁵.

Interesante al respecto es la consideración hecha por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de octubre de 2016 que justifica y da “razón de ser a los «poderes preventivos», generales normalmente, basados no ya en la autonomía de la voluntad, sino en el propio ámbito de decisión personal”.

Por otra parte, del mismo modo que no cabe admitir la autotutela en menores de edad no emancipados, se podría aplicar los mismos argumentos para impedir el otorgamiento de poderes preventivos en menores de edad, si bien cabría admitir tal posibilidad en un menor emancipado al amparo de la habilitación general que hace el artículo 323 CC “para regir su persona y bienes como si fuera mayor”⁶⁵⁶.

En el ámbito de los derechos autonómicos, por un lado el Código civil de Cataluña regula el apoderamiento preventivo en el artículo 222-2 en previsión de

⁶⁵³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁵⁴ No obstante, SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil y...*, *op.cit.*, p. 31, opina lo contrario al afirmar que la autotutela es una propuesta al juez que es quien decide si la aprueba o la rechaza, es decir, que “las decisiones sobre su persona o bienes, no tienen eficacia por sí mismas, sino que tienen que ser aprobadas o autorizadas por el Juez oído el Ministerio Fiscal”.

⁶⁵⁵ Ello además sirve de argumento, como indica DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p. 40, para justificar la intención del legislador de regular el poder preventivo de una “forma totalmente separada de las instituciones de guarda de la persona”.

⁶⁵⁶ Con las salvedades establecidas respecto a “tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”.

una pérdida sobrevenida de capacidad⁶⁵⁷. Según este artículo no es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses. Añade el artículo 222-44 que el apoderado, de acuerdo con el artículo 222-2.1, necesita la autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente (algo que se realiza «ex ante» y sin contemplar la composición futura de su patrimonio, o posibles beneficiarios también futuros).

Por otro lado, en el derecho aragonés, el artículo 109 del Código del Derecho Foral de Aragón se refiere al mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación⁶⁵⁸.

Como conclusión a este apartado referido al protagonismo de la voluntad en la determinación de medidas para la protección y asistencia en caso de discapacidad, podemos indicar que la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de estas figuras reconoce en la persona afectada ámbitos de autonomía cada vez más amplios para organizar todo lo relativo a su esfera personal y patrimonial, para proveer la atención a sus propias necesidades. Con ello se potencia extraordinariamente la autonomía personal, el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, ya que la propia persona afectada puede decidir lo que estime procedente con vistas a una eventual

⁶⁵⁷ El artículo 222-2 establece que “1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura. 2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder. 3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder. 4. El poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que deba adoptar el apoderado y participar en ellas”.

⁶⁵⁸ El artículo 109 señala expresamente que “cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”.

discapacidad que, por enfermedad, edad avanzada u otras causas, pueda llegar a sufrir en un futuro⁶⁵⁹.

Esta priorización de la autonomía personal ha sido uno de los principios marcados posteriormente por la Convención de Naciones Unidas de 2006 como camino a seguir, y, que de una manera anticipatoria, recogió acertadamente nuestro ordenamiento jurídico, a través de la introducción de estas medidas preventivas⁶⁶⁰.

Sin embargo y con posterioridad a la Convención, parece ser que no se ha puesto suficientemente de relieve la incidencia que el protagonismo de la voluntad de la persona con discapacidad marcó la Convención en figuras como la autotutela y el mandato preventivo⁶⁶¹. Ello ha podido ser porque con ocasión de las reformas introducidas en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 41/2003, ya estaba consolidado el camino hacia la priorización de la voluntad de la persona con discapacidad en el diseño de las medidas de apoyo que necesite y decida. La prevalencia de los deseos y preferencias de la persona en el establecimiento de sus medidas de apoyo está ya suficientemente asegurada, por encima de cualquier consideración relativa al interés de su persona. Como señala GARCÍA RUBIO, “como regla general, es él el encargado de decidir su mejor interés”⁶⁶².

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el éxito de estos instrumentos jurídicos donde se plasma la voluntad expresa de la persona con respecto al diseño de su futuro en materia de la necesidad de apoyos depende también de la actitud de respeto que mantengan los distintos operadores jurídicos que se relacionen con la persona, en especial las resoluciones judiciales que se dicten

⁶⁵⁹ Como indica BELLO JANEIRO, D. (2006). “Autotutela e incapacitación voluntaria”, *op. cit.*, p. 51, “es positivo facultar expresamente a una persona para que pueda tomar decisiones sobre su futura asistencia personal; que pueda ordenar, con el grado de detalle que considere oportuno, la manera en que será administrado su patrimonio y serán aplicadas las rentas de sus bienes; que pueda poner en marcha estos instrumentos de protección cuando todavía conserve una cierta autonomía personal, a fin de que pueda ir desplegando su eficacia progresivamente y no cuando los miembros de la familia crean que ha llegado la hora de incapacitarlo”.

⁶⁶⁰ Son medidas preventivas en cuanto que, en terminología de GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 175, “se toman por el interesado *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo”.

⁶⁶¹ Esta es la opinión de SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil y...*, *op.cit.*, p. 19.

⁶⁶² GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 17.

al respecto y sobre todo en la estimación de que no siempre es necesaria la incapacidad⁶⁶³.

4. Protección legal a través de la ineficacia de los actos jurídicos realizados por persona con discapacidad

Otra manera de amparar los actos de personas con discapacidad –vulnerables jurídicamente y necesitadas de protección– es el sistema funcional e institucional establecido para determinar la eficacia o ineficacia de un acto jurídico a través de la declaración de nulidad o de anulabilidad del mismo. La ineficacia de un acto jurídico supone la no producción de los efectos propios de tal acto o al menos, que no surte todos o los mismos efectos que le corresponden⁶⁶⁴.

Por ello, se puede indicar que la protección jurídica a una persona a la que se le haya modificado judicialmente la capacidad para la realización de determinados actos jurídicos –o la realización de los mismos precise la preceptiva autorización judicial y ésta no se ha recabado–, puede también venir dada por la ineficacia legal de las decisiones tomadas, siguiendo las reglas generales sobre validez e invalidez de los actos voluntarios⁶⁶⁵. Este concepto extenso de ineficacia puede concretarse acudiendo a sus causas, en concreto, a la prestación de un consentimiento contractual válido realizado por persona que carece de

⁶⁶³ Como acertadamente indica GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, pp. 35-36, “es indudable que con este tipo de medidas se ahorran costes al sistema, al evitar que se ponga en marcha el mecanismo institucional necesario... pero sobre todo se protege al máximo la libre determinación de los ciudadanos adultos”. Señala además “el incremento exponencial de este tipo de medidas en previsión de una futura discapacidad experimentado en los últimos años”.

⁶⁶⁴ Diferente conceptualmente es la invalidez de un acto jurídico, que es la negación de efectos por defectos en sus requisitos o elementos constitutivos o ilicitud de su contenido en los casos previstos por el Derecho objetivo, DE PABLO CONTRERAS, P. (2018). “Ineficacia e invalidez de los contratos”, *Curso de Derecho Civil. Tomo II, vol. I: Teoría General de la Obligación y el Contrato* (coord. C. Martínez de Aguirre), 5ª ed. Ed. Edisofer, Madrid, p. 475. Por ineficacia puede entenderse también a “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la irregularidad del contrato, por la disconformidad entre cómo ha sido previsto y como ha sido realizado”, de acuerdo con la teoría general de la invalidez de los contratos, PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2019). “La invalidez del contrato”, *Manual de Derecho Civil. Derecho Civil Patrimonial I* (coord. F. Infante Ruiz y L. López de la Cruz). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 119.

⁶⁶⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España, op. cit.*, p. 51, al comentar los efectos de la capacidad de obrar en la persona, reconoce que “el efecto típico y primario de la capacidad de obrar es el de condicionar, de modo general, la eficacia o ineficacia de cada uno de los actos de la persona, respecto a su propia esfera jurídica. La falta de capacidad de obrar produce, según el estado que la origine, diferentes formas de ineficacia (nulidad, anulabilidad, rescisión)”.

capacidad para ello⁶⁶⁶. Dicha protección consistiría en evitar la eficacia legal de las decisiones tomadas por la persona afectada que puedan serle perjudiciales⁶⁶⁷. Es en este sentido en el que debe interpretarse la protección legal dada por la posibilidad de ejercitar la acción de anulabilidad a la persona con discapacidad –por sí misma cuando proceda o por medio de su representante legal– en tanto que es una de las respuestas tradicionales que el ordenamiento jurídico da como posibilidad a cualquier contrato celebrado con menor de edad no emancipado o con persona con capacidad modificada judicialmente, siempre y cuando se considere el consentimiento prestado como anulable por trascender aquellos actos que pueda realizar por sí mismo⁶⁶⁸.

De acuerdo a la teoría general de la ineficacia de los negocios jurídicos, podemos aplicar la categoría de la anulabilidad a un contrato, en palabras de DE PABLO CONTRERAS, “cuando el ordenamiento concede a una de las partes –o excepcionalmente, a otro sujeto– la facultad de impugnarlo (teniéndolo aquél por nulo si prospera tal impugnación) o de confirmarlo (teniéndolo entonces por

⁶⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España, op. cit.*, p. 311, refiriéndose a los efectos de la declaración de incapacidad, en concreto a “la incapacidad del declarado loco”, considera los distintos modos de eficacia de sus actos: desde la producción de nulidad de todos los actos o negocios jurídicos realizados por la persona declarada incapaz por demencia, pasando por la declaración de validez de sus actos mientras no se demuestre que el acto se realizó en estado de locura, hasta la declaración de anulabilidad ya que la persona ha sido declarada protegida y su guarda se ha confiado al tutor, siendo ésta última la postura más favorable a la defensa de los intereses del incapacitado.

⁶⁶⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, pp. 105-106, considera esta forma de protección jurídica consistente en “evitar la eficacia legal de las decisiones tomadas por el discapacitado y que, como consecuencia de la discapacidad que le afecta, pueden serle perjudiciales” como una de las finalidades a las que hay que atender a la hora de construir un sistema legal de atención a las personas con discapacidad psíquica. Según este autor, esta finalidad “tiene un contenido puramente negativo, y puede traducirse (tradicionalmente así ha ocurrido): 1) en una limitación general de la capacidad de obrar [...]; 2) en una limitación que podemos calificar como refleja, al ser fruto no de una resolución directamente limitativa, sino del establecimiento de actos para los que es precisa la representación o la asistencia de un tercero [...]; 3) en limitaciones legales particulares, no uniformes, para la realización de determinados actos, considerados especialmente relevantes, como ocurre entre nosotros, destacadamente, en relación con el matrimonio (art. 56.2 CC); 4) en el recurso a las reglas generales sobre validez e invalidez de los actos voluntarios, lo que obliga a analizar cada acto”.

⁶⁶⁸ Frente a la doctrina que defendía la nulidad absoluta o inexistencia del acto por falta de consentimiento, DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España, op. cit.*, p. 313, justificando la anulabilidad, argumenta que aquella “confunde la condición del acto celebrado por el incapacitado por locura con la del celebrado por una persona en un momento de locura [...]. Cuestión de importancia práctica, pues según esta teoría se priva al loco de las ventajas del sistema de la anulabilidad y se niega la posibilidad de confirmar sus actos”.

válido para siempre y desde siempre)⁶⁶⁹, estando regulada con carácter general en los artículos 1300 a 1314 CC⁶⁷⁰.

El artículo 1300 establece que “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”, pudiendo ser uno de los “vicios” aquel que afecte a una de las partes –o a las dos– ante la posible imposibilidad de prestar válido consentimiento contractual, requisito imprescindible según el artículo 1261 CC.

Normalmente la posibilidad de ejercitar la acción de anulabilidad es referida a actos realizados por la persona con discapacidad de contenido patrimonial⁶⁷¹, si bien existen otros actos jurídicos personalísimos –como los referidos a negocios jurídicos testamentarios o a la prestación del consentimiento matrimonial– que tienen un régimen jurídico específico relativo a la capacidad exigida y un correlativo régimen jurídico propio de nulidad.

En el ámbito de los actos patrimoniales *inter vivos*, no pueden prestar consentimiento, según dispone actualmente el apartado 2º del artículo 1263 del Código civil, “los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”⁶⁷², por lo que cualquier acto jurídico realizado por una persona con su capacidad modificada judicialmente que

⁶⁶⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2018). “Ineficacia e invalidez de los contratos”, *op. cit.*, p. 482.

⁶⁷⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España, op. cit.*, p. 313, pone de manifiesto una serie de consideraciones a favor de la teoría de la anulabilidad de los contratos del incapacitado.

⁶⁷¹ Es el denominado “enfoque patrimonial de la incapacitación”, poniendo la doctrina de relieve que normalmente solo se procede a la incapacitación cuando la persona es titular de un patrimonio importante y no se incapacite cuando carece de bienes, CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental”, *La Ley*, nº 6364, noviembre 2005, p.1. No obstante, puede haber otros motivos para no instar el proceso de modificación de capacidad de una persona, como pueden ser la desconfianza hacia las formalidades legales, por desconocimiento social, por temor a las costas del procedimiento, por miedo a que las actuaciones del procedimiento afecten negativamente al sujeto protagonista causándole mayores trastornos, etc., aunque principalmente hoy día puede ser la búsqueda de autonomía personal y de igualdad persiguiendo la normalización en todos los aspectos de la persona.

⁶⁷² En redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, es tajante la afirmación de que no pueden prestar consentimiento los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial, a diferencia de lo establecido en apartado 1º de ese artículo 1263 para los menores no emancipados que podrán prestar consentimiento, *sensu contrario*, “en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de su representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

contradiga lo dispuesto en la resolución judicial podrá ser declarado anulable de acuerdo a las reglas generales de validez de los contratos⁶⁷³. Por ello, la anulabilidad es la opción legalmente predispuesta por el ordenamiento jurídico para la actuación de la persona declarada por resolución judicial con capacidad modificada para aquellos actos establecidos en ella⁶⁷⁴.

A pesar de que la anulabilidad se predica para los contratos realizados por las personas que tienen su capacidad modificada judicialmente en los términos señalados por la resolución judicial, –relacionando el artículo 1300 con el 1263 como acabamos de reseñar–, se debe, no obstante, tener en cuenta la realización de actos jurídicos *inter vivos* por personas que, sin tener modificada su capacidad por resolución judicial, no tienen, en el momento de prestar el consentimiento para el acto en cuestión, el discernimiento adecuado ni la voluntad propia requeridos en cada caso concreto, pudiendo realizarse la impugnación de ese acto probando la ausencia del entendimiento preciso para ese supuesto. Es lo que doctrinalmente⁶⁷⁵ se conoce como los actos del “incapaz natural” –o del incapaz no incapacitado en terminología más antigua– siendo éste una persona formalmente capaz pero que carece, de forma permanente o transitoria, de sus plenas facultades intelectivas o volitivas y que puede incidir en la validez o ineficacia de actos jurídicos por él realizados que requieran que el sujeto goce de la aptitud mental suficiente para formar y exteriorizar su voluntad⁶⁷⁶. En síntesis, se denomina incapacidad natural aquella situación en la que la persona carece de aptitud de entender y querer, siendo una situación puramente de hecho y que, desde el punto de vista jurídico, choca con la presunción de capacidad de toda persona mayor de edad. La incapacidad natural comprende tanto las alteraciones mentales que privan absolutamente de razón

⁶⁷³ Debe tenerse en cuenta también que, por un lado, el artículo 1261 CC señala que no hay contrato sino cuando concurre el consentimiento de los contratantes, junto con el objeto cierto que se materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca, y, por otro lado, el artículo 1300 del mismo texto legal dispone que “los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”.

⁶⁷⁴ GORDILLO CAÑAS, A. (1986). *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, op. cit., p. 249, considera la anulabilidad como la “sanción legalmente predispuesta solo para la actuación del enfermo declarado incapaz”, en terminología del momento.

⁶⁷⁵ Los autores que tratan la capacidad de la persona suelen hacer mención de la situación jurídica del “incapaz natural”. Así, PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, op. cit., p. 450; VERDERA SERVER, R. (2019). *Lecciones de Derecho Civil...*, op. cit., p. 275.

⁶⁷⁶ Esta aptitud mental suficiente es la denominada “capacidad natural”.

al sujeto que las padece, como aquellas que, sin anular totalmente su capacidad intelectual y volitiva, la disminuyen lo suficiente como para impedirle una adecuada formación del consentimiento –que ha de apoyarse en una voluntad consciente y libre–, con independencia de que la perturbación psíquica sea permanente o transitoria⁶⁷⁷. En consecuencia, si bien rige la presunción general de capacidad mientras no haya resolución judicial de modificación de la misma, es posible la solicitud de impugnación y declaración de ineficacia de los actos realizados por personas no incapacitadas mediante la prueba de la ausencia de entendimiento y voluntad en el momento de la celebración del acto jurídico⁶⁷⁸. En estos supuestos, la cuestión es determinar si procede aplicar las normas para la nulidad del acto jurídico –ya que puede entenderse que no ha habido consentimiento válido– o las normas relativas a la anulabilidad, que permiten una determinada forma de protección del incapaz natural. Se trata de una cuestión controvertida sobre la cual la doctrina mantiene posiciones dispares acerca de si la consecuencia jurídica procedente es la nulidad o la anulabilidad⁶⁷⁹.

Durante un tiempo, se venía considerando nulos, con nulidad absoluta de pleno derecho, los actos del incapaz no incapacitado, al entender que no había contrato por no existir consentimiento, tanto cuando el incapaz natural actuaba bajo una perturbación permanente como cuando ésta era transitoria⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Cuestión ligeramente diferente es si la persona sufre una disminución de sus facultades mentales, dándose cuenta, aunque imperfectamente, del acto realizado, aplicándose en este caso los llamados “vicios de la voluntad” y el correlativo sistema de anulabilidad conforme a los artículos 1300 y ss. CC, “ya que supondría un consentimiento viciado, imperfectamente formado, acarreado la anulabilidad del negocio celebrado”, siendo el negocio “simplemente impugnabile ya que existe consentimiento”, CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos...”, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁷⁸ “En particular, esa prueba viene facilitada cuando el sujeto, no incapacitado, padece habitualmente un trastorno síquico que debiera dar lugar a su incapacitación”, PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 450.

⁶⁷⁹ CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos...”, *op. cit.*, pp. 2-3, hace un breve análisis de las diferentes posturas doctrinales que analizan el régimen jurídico de los contratos celebrados por incapaces naturales. Por otra parte, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “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*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), p.187, a propósito de las modificaciones proyectadas en materia de anulación de los contratos celebrados por personas con discapacidad, destaca la intención del Anteproyecto de querer cerrar la disputa académica actualmente existente sobre la calificación del tipo de invalidez del contrato celebrado por la persona que no poseyendo capacidad de entender o de querer –la llamada capacidad natural para contratar–, no tiene judicialmente modificada su capacidad.

⁶⁸⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1973). *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, vol. I, 2ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, p. 69, al hilo de la sentencia que comenta de 27 de marzo de 1963, apunta –aunque no lo comparte– que el Tribunal Supremo entiende que el régimen jurídico de los contratos celebrados por

En contraposición a esta consideración, se ha defendido la aplicación de las normas de la anulabilidad a los negocios jurídicos celebrados por personas afectadas por una incapacidad natural o no declarada –al menos judicialmente–, en primer lugar, por la aplicación analógica con la incapacitación⁶⁸¹; también por no tener la enumeración de los vicios del consentimiento del artículo 1265 el carácter de *numerus clausus* y, finalmente, por ser la protección de la persona afectada el fundamento último de la impugnabilidad de los negocios jurídicos⁶⁸².

En la actualidad, la tendencia en la práctica es aplicar el régimen de la anulabilidad⁶⁸³, que, según PARRA LUCÁN, “es la forma de invalidez que el

una persona oligofrénica, que no ha sido incapacitada judicialmente, ni, por tanto, sometida a tutela, “no es el de la anulabilidad, propio de los contratos de los incapacitados, sino que se trata de contratos inexistentes”. Del mismo modo, DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1984). “Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, V, abril-agosto, p. 1573, pone de manifiesto que “doctrina y jurisprudencia parecen estar de acuerdo en entender nulos de pleno derecho tales actos, en tanto en cuanto se demuestre la falta de consentimiento, por aplicación, entonces, del artículo 1261 1º”. Por su parte, GORDILLO CAÑAS, A. (1986). *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, op. cit., pp. 249-250, señala que “lo cierto es que la *communis opinio* ha venido entendiendo que la anulabilidad es sanción legalmente predispuesta sólo para la actuación del enfermo declarado incapaz; por tanto, no aplicable a los actos del llamado incapaz natural”, por lo que “desde esta diferencia podrá explicarse que la anulabilidad sea la sanción propia y general de cuantos actos pueda realizar el incapacitado, mientras que la nulidad resulta ser el remedio concreto contra los actos del enfermo que se demuestren realizados a impulso de su enfermedad”. También CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos...”, op. cit., p. 2, entiende que, “dado que el incapaz no declarado es legalmente capaz, los negocios jurídicos celebrados por él sólo pueden ser atacables por falta de consentimiento, y, en este caso, la única acción posible para lograr su ineficacia es la nulidad absoluta o inexistencia, no pudiendo convalidarse”. Recientemente, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M. (2018). “La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas”, *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. M. Pereña Vicente). Ed. Dykinson, Madrid, p. 393, especifica que si los actos son realizados con anterioridad a la adopción de medidas de protección y la persona carecía de entendimiento y voluntad para llevarlos a cabo a causa de sus deficiencias psíquicas, tales actos serán nulos de pleno derecho.

⁶⁸¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1973). *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, op. cit., p. 67, pone de manifiesto cómo el Tribunal Supremo, en la sentencia que comenta de 9 de febrero de 1949 –importante sentencia para la interpretación del artículo 1304 CC, extendiendo la anulabilidad a los actos del incapaz no declarado judicialmente– parece inclinarse por una equiparación sin matices de ambos supuestos: el contrato de un incapacitado y el contrato de un enfermo mental no incapacitado.

⁶⁸² Fundamentada argumentación en favor de la anulabilidad de los actos y contratos otorgados por incapaces no incapacitados la que hace DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1984), “Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984”, op. cit., p. 1574, que defiende la aplicación de la medida protectora del artículo 1304 –la anulabilidad como la sanción aplicable a estos actos y contratos– “también a los incapaces no incapacitados judicialmente, aun sin negar que, en lo demás, el régimen de sus actos sea la nulidad absoluta”. Comparte la misma opinión GORDILLO CAÑAS, A. (1986). *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, op. cit., pp. 251-274, que aboga por la aplicación de la anulabilidad a los actos del incapaz no declarado.

⁶⁸³ Significativa en este sentido ha sido la STS de 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1169/2016) que refiriéndose a la sanción que ha de corresponder a los contratos y actos jurídicos celebrados por los incapaces no incapacitados, señala que “es esa una cuestión discutible y discutida por la doctrina científica. Pero lo cierto es que antiguas sentencias de esa Sala se pronunciaron con claridad en el sentido de la nulidad de pleno derecho o absoluta” (FJ 2º). No obstante, parece que deja abierta a favor de la

Derecho predispone para la protección de una de las partes del contrato⁶⁸⁴, sin perjuicio de que proceda la nulidad absoluta cuando se acredite la falta total de consentimiento –al igual que sucede con los menores o con los incapacitados–, como se deduce del artículo 1261 CC. De acuerdo con las reglas generales de la ineficacia de los contratos (artículos 1300 a 1314 CC), si procede la nulidad, la acción podrá ejercitarla cualquier interesado –también el que contrató con el incapaz– y no cabe confirmación del contrato, mientras que, si procede ejercitar la acción de anulabilidad, ésta solo podrá ser ejercitada por el sujeto afectado por la incapacidad, o por sus representantes legales, y el acto anulable es susceptible de confirmación⁶⁸⁵.

Dentro de la incapacidad natural como condicionante de la ineficacia de un acto jurídico, debemos destacar la consideración de una discapacidad reconocida en una o varias de las personas que actúan. En este punto, se podía afirmar que las personas discapacitadas no incapacitadas –sin modificación judicial de su capacidad– no gozaban en nuestro ordenamiento jurídico de una protección específica hasta la promulgación en el 2003 de leyes concretas para una protección propia⁶⁸⁶, y, salvo que estuvieran bajo una guarda de hecho con la protección legal prestada por tal institución, carecían del apoyo legal necesario, siendo sujetos vulnerables necesitados de una protección legal específica⁶⁸⁷.

anulabilidad al referirse a la posibilidad de admitir de modo excepcional un recurso de casación por la vía del interés casacional cuando “la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia”, basándose en el Acuerdo adoptado por esa Sala el 30 de diciembre de 2011.

⁶⁸⁴ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 451.

⁶⁸⁵ Como ya recalca DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España*, *op. cit.*, p. 312, “por ser la incapacitación en beneficio del protegido por ella, no pueden alegar la incapacidad las personas capaces con quienes el incapacitado contratara”. Por su parte, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1973). *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, *op. cit.*, pp. 66-67, recuerda que “la impugnación del contrato de un incapacitado puede pretenderla su representante legal, sin otro fundamento que el de la incapacidad misma. Es un contrato confirmable y la acción de impugnación está sometida al plazo de caducidad de cuatro años. Los contratos de un enfermo mental no incapacitado sólo pueden ser atacados por falta de consentimiento (cfr. Arts. 1261 y 1263 CC), cuya prueba corresponderá al demandante”.

⁶⁸⁶ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, de no discriminación y de accesibilidad universal de las personas con discapacidad, esta última hoy derogada por la disposición derogatoria única b) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

⁶⁸⁷ DÍAZ ALABART, S. (2013). “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 5, considera que “se echa en falta la acuñación de un principio hoy indispensable, paralelo al del interés superior del menor, el *del interés superior del discapacitado*, que se refleje en el ordenamiento jurídico y que, de modo similar a como se hace respecto de los menores, sirva de criterio de interpretación en las normas que les afecten”. Hoy día,

Como ya se ha expuesto, en caso de que no haber una declaración de incapacidad, existe una presunción general de capacidad, por lo que el acto jurídico celebrado por una persona con una incapacidad natural para prestar el consentimiento debe considerarse válido, de manera que su nulidad solo se alcanzará cuando se acredite con pruebas sólidas que el sujeto no estaba en su sano juicio en el momento de contratar.

Por el contrario, respecto a los actos realizados por persona con capacidad modificada judicialmente, ha de tenerse en cuenta la imposibilidad de admitir la validez de un negocio jurídico celebrado por persona con capacidad modificada judicialmente, en intervalo lúcido, aunque éste se probase⁶⁸⁸. Si hay resolución judicial de modificación de la capacidad y dependiendo de lo establecido en ésta –con señalamiento de los actos para los que se necesita la intervención del tutor o del curador–, cualquier contrato, se haya celebrado o no en un intervalo de lucidez, está sometido a las reglas de la anulabilidad, lo cual implica que es válido, pero puede dejar de serlo en el momento que se ejercite la acción de impugnación alegando la declaración de incapacidad, quedando confirmado si no se impugna en el plazo de prescripción establecido para ello. Es más, si hubiera sido realizado en un intervalo lúcido, el legitimado para ejercitar la acción de anulabilidad –el tutor, el curador o él mismo, cuando proceda– podrá, o bien ejercitarla si considera que el acto es perjudicial para el incapacitado, o bien confirmarlo, o dejar pasar el plazo de prescripción de la acción para que se convalide automáticamente.

El recurso a las reglas generales sobre validez e invalidez de los actos voluntarios, realizados por persona con discapacidad pero sin resolución judicial de modificación de capacidad, obliga a analizar cada acto jurídico, de forma individual e independiente. Por ello, si no hay resolución judicial de modificación de capacidad, aunque la persona padezca una enfermedad persistente que le impida gobernarse por sí misma, la impugnación debe realizarse acto por acto,

esta idea del interés superior del discapacitado ha quedado básicamente superada por la preferencia a los deseos y la voluntad de la persona con discapacidad.

⁶⁸⁸ En principio, “el legislador presume en este caso que el sujeto, en tanto que incapacitado, es incapaz de gobernarse por sí mismo y por eso carecen de virtualidad los eventuales intervalos lúcidos, excepto cuando la ley expresamente lo consienta”, CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos...”, *op. cit.*, p. 3.

probando la ausencia del entendimiento preciso para cada caso, porque es posible que el acto concreto que se impugna se haya celebrado en un intervalo lúcido⁶⁸⁹. Siguiendo las palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, este mecanismo sólo puede aplicarse a través de un análisis “subsiguiente (solo actúa cuando el acto de que se trate ya ha sido realizado), particular (solo afecta al acto de que se trate) y de prueba más complicada en el proceso”⁶⁹⁰, en el supuesto de tener que probar que en el momento de realizar el acto jurídico que la persona sin capacidad modificada judicialmente –o modificada para determinados actos jurídicos en los que no se incluye el acto en cuestión– carecía de capacidad natural suficiente para llevarlo a cabo. La falta de autorización judicial, en el caso de ser preceptiva, es fácilmente demostrable.

De la misma manera se predica la ineficacia de los actos realizados por el tutor sin la autorización legal para aquellos actos en los que es preceptiva de acuerdo con lo exigido en el artículo 271 CC. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha mantenido, a lo largo del tiempo, una posición única al respecto⁶⁹¹. En un primer momento y partiendo de la consideración del artículo 271 CC como norma imperativa, se calificaba la ineficacia del acto realizado por el representante sin autorización judicial –en concreto, referido a aquellos para los que el tutor necesita la preceptiva autorización judicial– como nulo, con nulidad radical o absoluta, por ser contrario a una norma imperativa, incurriendo por ello en la sanción de nulidad (en aplicación del art. 6.3 CC⁶⁹²). Con posterioridad, la tendencia jurisprudencial mantuvo la opción de la nulidad, pero esta vez

⁶⁸⁹ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 450.

⁶⁹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 106, que concluye en este sentido que “no es contemplable, sin embargo, un sistema legal que considere válidas y eficaces todas las decisiones tomadas y actos realizados por un discapacitado psíquico, puesto que ello desembocaría en una falta de protección real que le podría provocar graves perjuicios personales y patrimoniales”.

⁶⁹¹ CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos...”, *op. cit.*, p. 3, señala sentencias del TS en donde no parece existir dudas sobre la consideración de nulidad o inexistencia de los actos y contratos de carácter patrimonial celebrados por incapaces no declarados como tales, por falta de consentimiento, requisito exigido en el artículo 1261 1º del CC. Así, señala, entre otras, la sentencia de 27 de marzo de 1963 que distingue la anulabilidad para los actos de los enfermos incapacitados y la nulidad radical para los actos del llamado incapaz natural. Pero también indica que existen otras sentencias que “apuntan a la solución de la anulabilidad”, como la sentencia de 9 de febrero de 1949, si bien ésta extendió la anulabilidad a los actos del incapaz no declarado por la referencia a la falta de legitimación activa.

⁶⁹² El art. 6.3 CC establece que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

justificándolo, por aplicación del art. 1259 CC, con la argumentación de tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder⁶⁹³. Este ha sido el sentido de los pronunciamientos de las SSTS de 22 de abril de 2010 (Roj: STS 2561/2010), 8 de julio de 2010 (Roj: STS 4705/2010) y 28 de octubre de 2014 (Roj: STS 4773/2014)⁶⁹⁴.

Recientemente, la STS de 10 de enero de 2018 (Roj. STS 56/2018) ha descartado la solución a favor de la nulidad, entre otros motivos porque “el régimen de nulidad absoluta no protege adecuadamente el interés del

⁶⁹³ El artículo 1259 CC establece en su segundo párrafo que “el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

⁶⁹⁴ La STS 22 abril 2010 ha puesto de manifiesto las diferentes tendencias jurisprudenciales al tratar la ineficacia de los actos realizados por el representante legal –en este caso concreto es el titular de la patria potestad– sin autorización judicial. Menciona al respecto que, desde el momento de la entrada en vigor del Código civil, se empezó a plantear la cuestión del tipo de ineficacia que afectaba a estos actos realizados sin autorización judicial, apuntando diversa jurisprudencia del pasado siglo, pero aludiendo al mismo tiempo que “la doctrina de esta Sala no se ha pronunciado de forma uniforme sobre los efectos del acto efectuado por el titular de la patria potestad sin autorización judicial” (FJ 4º). Indica las tres posturas que ha mantenido la Sala, resolviendo, por regla general, a la vista del caso concreto. Por un lado, está la postura a favor de la nulidad radical del acto argumentada por ser *per se* un contrato inexistente al faltarle uno de los requisitos, además de ser un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, incurriendo en la sanción de nulidad del hoy art. 6.3 CC (así se pronunciaban las sentencias de 29 abril 1904; 8 junio 1917; 21 junio 1943; 9 diciembre 1953; 25 junio 1959; 14 marzo 1983; 17 febrero 1995 y 21 enero 2000, entre otras). Por otro lado, se encuentra la posición judicial a favor de la nulidad, justificada por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplicaría el art. 1259 CC (así las SSTS 9 diciembre 1953 y 21 mayo 1984). Y finalmente, otra parte de la jurisprudencia de la Sala opta por la solución de la anulabilidad, argumentando que sí hubo consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261, 1º del Código civil, aunque adoleciera de la falta de autorización judicial, no dando lugar esta falta a la nulidad radical del contrato sino a que éste sea anulable (así, las sentencias de 30 marzo 1987; 9 mayo 1994, 23 diciembre 1997 y 3 marzo 2006). Esta sentencia se inclina en este caso por la sanción de nulidad justificando tal solución en que el contrato no reúne los requisitos explicitados del artículo 1259. Esta doctrina jurisprudencial explicada en relación a los padres titulares de la patria potestad debe aplicarse también a los casos de actuación del tutor sin autorización judicial, porque obedece a la misma finalidad; así lo dispone la STS 8 de julio 2010 que procede declarar la nulidad del contrato de opción de compra y venta que no fue autorizado judicialmente, como debería haberlo sido según el art. 271 CC. Posteriormente, la STS 28 octubre 2014 toma como referente las sentencias anteriores, destacando que “la incertidumbre de este contexto interpretativo, por otra parte explicable dada la complejidad conceptual y metodológica del tema y el insuficiente tratamiento técnico de la cuestión por la dogmática codificadora, tiende a resolverse si [...] se procede a invertir la perspectiva de análisis en atención a un planteamiento dinámico y flexible de la ineficacia derivada que adopta su contenido y alcance a los criterios anteriormente expuestos [...] La razón de la ineficacia derivada se aleja de los parámetros propios de una suerte de ineficacia absoluta, de carácter estructural e insanable, para recalcar, más bien o ajustadamente, en una ineficacia funcional y relativa, propia de los contratos o negocios jurídicos de ejecución progresiva o incompletos, que generan una eficacia provisional o claudicante hasta que se produce su eficacia definitiva; bien por el propio cumplimiento de la circunstancia o condición, ya por la propia convalidación del afectado mediante su ratificación expresa o tácita y, en su caso, por el transcurso del plazo establecido. Todo ello, conforme a la interpretación sistemática del precepto, particularmente de su correlación con el artículo 1259 del Código Civil y del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos” (FJ 2º).

representado, que es precisamente el que trata de tutelar la norma que impone el control judicial [...] La representación legal no legitimada por una autorización judicial quedaría asimilada a una representación sin poder” (FJ 5º), que permitiría la ratificación permitiendo de esta manera la ratificación por el menor o por la persona con la capacidad modificada judicialmente cuando dejen de serlo, lo que en principio es favorable a su interés⁶⁹⁵. Por ello, la Sala entiende que el régimen aplicable es el de la anulabilidad, entre otras razones, porque impide a la otra parte contratante revocar el acto, se acomoda de mejor manera al régimen de la vigente Ley de Jurisdicción Voluntaria⁶⁹⁶ y permite la confirmación y el control judicial posterior al otorgamiento del acto.

Es por ello que, de acuerdo a esta jurisprudencia reciente, creemos que la solución más acertada es la opción de la anulabilidad ya que la falta de la autorización judicial en los actos en los que es preceptiva no es considerada como carencia de un presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261, 1º CC, sino que, habiendo consentimiento contractual, aunque éste adolezca de la falta de autorización judicial, no debe generar la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad sino la de anulabilidad.

En el mismo sentido pero con respecto a la guarda de hecho en el sistema vigente, los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad (*ex art. 304 CC*), lo que implica que los actos realizados por el guardador en nombre del discapacitado mayor de edad no incapacitado, de faltar dicha utilidad, podrían ser impugnados por carecer aquel de funciones representativas o tuitivas que

⁶⁹⁵ En concreto, para los actos de disposición, establece que la exigencia legal de autorización judicial contenida en el artículo 271 no va acompañada de un régimen jurídico que de manera expresa precise las consecuencias de la enajenación realizada por el tutor sin autorización judicial. Ello obliga a considerar el régimen de la nulidad con un criterio de análisis funcional, que tiene en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego, esto es, ponderando, de acuerdo con los criterios generales de nuestro Derecho, “cuál es el tratamiento más adecuado para alcanzar un equilibrio entre la protección de los intereses de la persona sometida a representación legal y la seguridad jurídica” (FJ 5º). La propia sentencia señala, sin embargo, algunos inconvenientes a esta postura en relación con el artículo 1259 CC; estos pueden ser dejar abierta la puerta a la revocación por la otra parte del contrato –privando por tanto de eficacia al acto antes de que sea ratificado– o la exclusión de la aplicación del plazo.

⁶⁹⁶ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, en su artículo 61, se refiere literalmente a la tramitación del expediente en los casos en que el representante legal necesite autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a sus bienes o derechos o al patrimonio protegido, salvo que hubiera establecida una tramitación específica.

legitimen dicha actuación (*ex art. 1259 CC*), siendo procedente el ejercicio de la acción de anulabilidad⁶⁹⁷.

En el ámbito de los negocios jurídicos *mortis causa* también puede darse la imposibilidad de prestación de consentimiento por una persona que no tiene capacidad para ello, bien porque así lo establece una sentencia judicial, bien porque no tiene capacidad suficiente para prestar consentimiento válido para tal acto⁶⁹⁸, si bien podrá haber diferencias en uno u otro caso⁶⁹⁹.

El testamento es el negocio jurídico *mortis causa* en donde con más frecuencia se discute acerca de la validez del consentimiento del testador. En este ámbito testamentario, debemos recordar que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico sobre la capacidad para disponer por testamento viene recogida en el artículo 622 del CC del que se extrae una presunción favorable para testar a toda persona a quienes la ley no lo prohíba expresamente. Además, si el testamento es notarial, dicha presunción se ve reforzada por el juicio que debe realizar el fedatario público acerca de la aptitud del otorgante para disponer por testamento. Ahora bien, se trata de una presunción *iuris tantum* que puede destruirse mediante prueba en contrario acerca de la incapacidad del otorgante en el preciso momento de prestar su declaración⁷⁰⁰.

En cualquier caso habrá que estar a lo establecido en el artículo 666 del Código civil en virtud del cual “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento” –en relación con el artículo 685 que establece que “deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar”–, por

⁶⁹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁹⁸ El testamento y el matrimonio, como actos personalísimos que son, “no plantean un problema de capacidad *strictu sensu* respecto de la persona con una enfermedad mental, ya que no se prohíbe *a priori* su realización, ni una sentencia de incapacitación podría hacerlo, sino que únicamente la ley requiere un consentimiento válido en el momento de actuar”, CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos...”, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁹⁹ Si el negocio jurídico lo realiza una persona con capacidad modificada judicialmente, se presumirá su falta de aptitud para actuar, a menos que se demuestre lo contrario, mientras que, si es realizado por una persona que, sin tener una resolución judicial al respecto, tenga alterada su aptitud mental en el momento de prestar el consentimiento, se presumirá su aptitud mental salvo, igualmente, prueba en contrario.

⁷⁰⁰ MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, pp.11 y ss, trata esta cuestión de manera concreta y concisa haciendo una referencia expresa a la capacidad testamentaria de los incapacitados.

lo que se considerará suficiente el juicio del Notario otorgante⁷⁰¹. La validez del testamento, por tanto, depende de que el otorgante haya podido prestar consentimiento válido con discernimiento y voluntad propia de querer tal acto, encontrándose el testador en el dominio de sus facultades mentales en el mismo momento de la realización del testamento⁷⁰².

Puede ocurrir que la limitación de prestar consentimiento en el ámbito testamentario sea judicial, por lo que habrá que estar a lo establecido en la sentencia. En este sentido, hay que tener en cuenta lo señalado en el artículo 665 del Código civil el cual apunta que “siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

Fuera del ámbito patrimonial, también ha de tenerse en cuenta la posibilidad de declarar ineficaces actos jurídicos que afectan al ámbito personal, como pueden ser la celebración de matrimonio o cuestiones relativas a los derechos de la personalidad del sujeto sin capacidad modificada por sentencia judicial, pero con limitaciones conceptuales al respecto.

En cuanto a la celebración de matrimonio, el consentimiento matrimonial de los contrayentes es el requisito imprescindible sin el cual no hay matrimonio (*ex art.*

⁷⁰¹ Se ha considerado jurisprudencialmente al juicio notarial de capacidad de testamentación del otorgante como una presunción *iuris tantum*, y “es abundante la jurisprudencia que, para declarar la nulidad del testamento, exige prueba cumplida que desvirtúe la presunción de capacidad”, PARRA LUCÁN, M.A. (2015). “Resoluciones judiciales...”, *op. cit.*, p. 451. No cabe duda de la importancia que tiene el juicio de capacidad por parte del Notario que, a pesar de ser considerado como una presunción *iuris tantum*, es apreciado como una buena *praxis* para la valoración de la capacidad; en la práctica hay pocos casos de impugnación motivado por la confianza en el principio de la buena fe notarial, por la diaria protección notarial hacia los particulares –y en concreto de las personas vulnerables–, y por el considerable número de documentos no autorizados por el Notario por no apreciar la suficiente capacidad. No obstante, MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar...*, *op. cit.*, pp. 91-99, considera que “el juicio acerca de la idoneidad del otorgante para testar es una opinión subjetiva y propia del notario” y, a pesar de suponer, según constante jurisprudencia, un refuerzo de la presunción de capacidad, “no es un juicio definitivo o indestructible”. Significativa en este sentido es la STS de 15 de marzo de 2018 (Roj: STS 936/2018) en la que se declara que “no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes”, haciendo referencia a su vez a doctrina reiterada de esa Sala (FJ 4º).

⁷⁰² Desarrollo doctrinal sobre los negocios jurídicos testamentarios celebrados por incapaces en MESA MARRERO, C. (2002). “Régimen jurídico de los menores e incapaces...”, *op. cit.*, pp. 169-189; también en CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos...”, *op. cit.*, pp. 5-6.

45 CC). Por otro lado, los artículos 46 y 47 CC⁷⁰³ establecen las prohibiciones para prestar consentimiento matrimonial –sin perjuicio de las causas de dispensa judicial permitidas en el artículo 48–. Como señala DE PABLO CONTRERAS al respecto, “los requisitos de capacidad e impedimentos tipificados por la ley, si bien constituyen un *numerus clausus*, no encierran el examen de la aptitud de los sujetos para contraer matrimonio, que abarca también la exigencia de la madurez psíquica suficiente para prestar el *consentimiento específicamente matrimonial*”⁷⁰⁴. Los contrayentes, por tanto, han de tener capacidad natural de querer y entender el acto jurídico matrimonial⁷⁰⁵, examinándose esta capacidad natural *a priori* en el expediente matrimonial a efectos de autorizar o no la celebración del matrimonio.

Todo ello no es óbice para que puedan contraer matrimonio personas con discapacidad, tengan o no modificada su capacidad. En estos casos, ha de aplicarse el artículo 56, en concreto el párrafo 2º, que dispone que “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”⁷⁰⁶.

Ha de tenerse en cuenta que a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, –modificada por la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria y a su vez modificada ésta por la Ley 4/2017, de 28 de junio–, este

⁷⁰³ El artículo 46 establece que: “No pueden contraer matrimonio: 1º Los menores de edad no emancipados. 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.” Y el artículo 47 dispone que: “Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3. Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.”

⁷⁰⁴ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). “El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. Martínez de Aguirre), 5ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, p.125.

⁷⁰⁵ “Esto es, de aprehender y asumir el matrimonio en los rasgos esenciales con que lo configura el derecho positivo”, DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). “El matrimonio civil como acto jurídico...”, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁰⁶ La resolución de la DGRN de 1 de diciembre de 1987 consideró que la aptitud para prestar consentimiento matrimonial se dará cuando los contrayentes “muestren un conocimiento aceptable sobre lo que supone el matrimonio y sus consecuencias, y se pueda apreciar un grado aceptable de voluntad como para prestar consentimiento válido”. Según señala DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). “El matrimonio civil como acto jurídico...”, *op. cit.*, p. 126, “la práctica de la Dirección General es guiarse en este punto por el criterio de la edad mental del futuro contrayente, autorizando el matrimonio cuando el dictamen médico la considera superior a los catorce años, que era en nuestro ordenamiento el límite de la capacidad natural requerida para celebrar la unión”, pero “atendiendo a la actual supresión de tal dispensa, lo lógico es entender que el mayor de edad discapacitado tenga la capacidad de entender y de querer que se tiene a los dieciséis años necesarios para la emancipación”.

artículo 56 tendrá nueva redacción, en concreto en lo que respecta al párrafo 2º que establece que “el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”⁷⁰⁷ Es evidente el cambio de consideración en la tramitación del acta o expediente por parte de las personas encargadas para ello, incluyendo expresamente en el texto del artículo la posibilidad de “la provisión de los apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes”, no siendo necesario el anterior dictamen médico que exige la redacción vigente del artículo 56.2 CC. Únicamente y como excepción, se recabará dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento matrimonial cuando, por condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo⁷⁰⁸. Ello es consecuencia de la oportunidad de la aplicación de medidas de provisión de apoyos propulsadas por la Convención a las personas con discapacidad.

En cualquier caso –y aún con la nueva redacción del artículo 56–, nada impide el ejercicio de una posterior acción de nulidad del matrimonio por falta de

⁷⁰⁷ El párrafo 1º del artículo 56 apenas tiene variación, quedando con la siguiente redacción: “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código”.

⁷⁰⁸ Así lo expresó la STS 235/2015, de 29 de abril (Roj: STS 1938/2015), que señaló que “solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedir prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”. Posteriormente, la STS 145/2018, de 15 de marzo, (Roj: STS 846/2018) profundiza en esta tendencia al indicar que “puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina *per se* la nulidad del matrimonio” (FJ 3º).

consentimiento matrimonial – en base al artículo 73 del Código civil–, bien por falta de madurez psíquica permanente⁷⁰⁹ de alguno de los contrayentes, bien por falta de discernimiento no permanente en el momento de prestar el consentimiento⁷¹⁰.

Otras de las cuestiones que pueden afectar al ámbito personal de la persona con discapacidad es la relativa al ejercicio de sus derechos fundamentales, en particular respecto de su propia imagen⁷¹¹. Nuestro ordenamiento jurídico solamente protege de forma directa y específica a quienes están sometidos a una institución de guarda, ya sean menores de edad⁷¹² o personas con la capacidad modificada judicialmente –éstas últimas siempre que en la resolución judicial se someta el ejercicio de estos derechos al apoyo de la institución de guarda–, por lo que los demás sujetos no sometidos a ella pueden estar en una situación de desprotección⁷¹³. En este sentido, la posible declaración de ineficacia del acto jurídico realizado por persona con discapacidad –pero sin tener su capacidad modificada al respecto– debe apoyarse en la falta de capacidad natural del sujeto para prestar el consentimiento necesario, es decir, en la falta de la capacidad necesaria y suficiente de querer y entender el sentido y las consecuencias jurídicas de lo realizado. Para ello se debe destruir la

⁷⁰⁹ A pesar del dictamen técnico del facultativo que puede ser revisado.

⁷¹⁰ La ya citada STS de 15 de marzo de 2018 establece que “en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de prueba se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio” (FJ 3º). Por otra parte, ha de mencionarse que en el matrimonio no solo es esencial el momento constitutivo del mismo sino también el desarrollo posterior de esa relación matrimonial, por lo que es tradicional la discusión en la doctrina acerca de la posibilidad de matrimonio de un enajenado durante un intervalo lúcido, CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos...”, *op. cit.*, p. 4.

⁷¹¹ DÍAZ ALABART, S. (2013). “La protección jurídica...”, *op. cit.*, pp.11-15, trata como posibles supuestos de desprotección comparando las dos normas que se refieren directamente al derecho a la propia imagen, que, aunque no hagan referencia expresa a su ejercicio por parte de personas con discapacidad, pueden ser útiles con respecto a la tutela de sus derechos. Tales normas son la LO 1/ 1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁷¹² El derecho a la propia imagen de los menores de edad está reconocido en el artículo 4 de la L.O. 1/1996, antes mencionada, junto con el derecho al honor y a la intimidad.

⁷¹³ La Convención Internacional de 2006 no menciona específicamente el derecho de las personas con discapacidad a su propia imagen, pero se puede entender que lo hace indirectamente en el artículo 22 al tratar el derecho a la privacidad de los discapacitados y dentro de esa privacidad cabe incluir el derecho a la propia imagen. También en el artículo 4.4 se establece que “no se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención”.

presunción general de capacidad del artículo 322 CC⁷¹⁴ o apoyar la invalidez del acto en el consentimiento evidentemente viciado del que lo presta⁷¹⁵.

Para finalizar este apartado referido a la protección legal a través de la ineficacia de los actos jurídicos realizados por personas con discapacidad hemos de tener en cuenta la tendencia marcada por la Convención acerca de la preferencia de la toma de decisiones propias por el sujeto afectado por una discapacidad –sobre todo cuando ésta afecta a una limitación psíquica o mental–. El sistema actualmente vigente en nuestra legislación, en el que predomina la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a personas con capacidad modificada judicialmente, ha de evolucionar a un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones⁷¹⁶.

El nuevo modelo deber tener como idea central el apoyo personal o institucional a la persona que pueda tener alguna dificultad en la realización de cualquier acto jurídico, desde el simple acompañamiento amistoso, a la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o incluso, la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad⁷¹⁷.

Ahora bien, el reconocimiento de la adopción autónoma de decisiones por parte de la persona con discapacidad –sobre todo las relativas al ámbito patrimonial, pero también en el ámbito personal– puede provocar la asunción de una serie de riesgos derivados de posibles decisiones equivocadas –incluso en algunos casos procedentes de abusos de terceros–, con efectos perjudiciales, muchas

⁷¹⁴ La presentación de la certificación administrativa de discapacidad psíquica o psicofísica en un porcentaje igual o mayor al 33% podría ser, en su caso, un elemento de prueba suficiente para destruir la presunción de capacidad.

⁷¹⁵ DÍAZ ALABART, S. (2013). “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 16, hace mención a la STS 19 de enero de 2010 (Roj: STS 147/2010) como una de las pocas sentencias que tratan de decidir a qué debe otorgarse prevalencia: si a la falta manifiesta de capacidad natural, evidente y apreciable a simple vista o a la regla general del derecho recogida en el artículo 322 CC, siendo ésta última la opción del Alto Tribunal en aquel momento.

⁷¹⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). “Algunas consideraciones sobre el consentimiento...”, *op. cit.*, p. 5, observa que, aunque se ha visto ampliada la esfera de actuación de las personas con discapacidad en el ámbito contractual, sin embargo la ley se remite a la sentencia de modificación de la capacidad que, más que reconocer un ámbito de capacidad, se extiende de forma automática a la incapacitación “más allá de lo en ella previsto y se excluya de la toma de decisión a la persona mayor vulnerable”.

⁷¹⁷ En este punto entrarían en juego las medidas preventivas que pueda tomar la persona interesada en previsión de una futura necesidad de apoyo, como son los poderes y mandatos preventivos.

veces irreparables, y con unas consecuencias perniciosas. Las medidas ofrecidas por nuestro ordenamiento jurídico en su regulación generalista referida a la impugnación del acto jurídico –nulidad o anulabilidad ya tratadas–, no suelen tener en cuenta la diversidad de situaciones de personas con discapacidad⁷¹⁸. Es de destacar, en opinión de MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS y como una de las soluciones más adecuada, la opción de rescisión de los actos onerosos por causación de un perjuicio o lesión patrimonial superior a la cuarta parte del valor de los bienes entregados a cambio, siempre que el perjuicio derive de la discapacidad⁷¹⁹, en aplicación analógica del artículo 1291 CC. De esta forma y siguiendo con la misma opinión, “la rescisión puede constituir un remedio interesante en aquellos supuestos en los que no resulta fácil determinar una disminución de la capacidad apreciable”⁷²⁰. No obstante, y en virtud del artículo 1294 que establece que la acción de rescisión es subsidiaria y que no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, la acción rescisoria solamente podrá ejercitarse cuando el perjudicado carezca de otro recurso procesal para obtener su reparación.

⁷¹⁸ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 497-498, señala que “así, la solución, por ejemplo, de la nulidad se puede antojar excesiva en algunos supuestos, al no contemplar la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda decidir de manera acertada o, al menos, no tan errónea como pudiera preverse. Quizás podría verse en estas regulaciones un mecanismo de discriminación positiva, por cuanto en su horizonte se contempla la inadmisión de cualquier perjuicio a dichas personas. Sin embargo, esta visión adolece de una gran ceguera por cuanto no tiene en cuenta la anulación de numerosas personas que pueden decidir y actuar por sí mismas, la negación de su dignidad, libertad y autonomía personales”. Por ello aboga por introducir alguna modificación en el régimen general establecido en el CC que permita adaptar el mismo al reconocimiento del *status* de las personas con discapacidad. En concreto, en el supuesto de que la persona con discapacidad haya actuado sin la intervención de la persona designada como apoyo obligatorio, establece diversos supuestos de ineficacia, en función de la naturaleza del acto en cuestión: desde la nulidad de pleno derecho para los actos de enajenación a título gratuito hasta la anulabilidad de estos mismos siempre que puedan perjudicar a la persona y el efecto negativo derive de la discapacidad.

⁷¹⁹ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales...”, *op. cit.*, p. 504, creando con ello “un nuevo supuesto cualificado de rescisión, que no solamente requiere de la existencia del factor objetivo del perjuicio, sino que exige de forma conjunta el subjetivo de la discapacidad”. El autor precisa que la inclusión de este nuevo supuesto hace referencia a personas con discapacidad que no han sido incapacitadas, pues en dicho caso, la solución pasaría por la intervención del tutor –o del curador, si se aplica el artículo 1291 1º por analogía–.

⁷²⁰ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales...”, *op. cit.*, p. 504.

En cualquier caso, el mejor criterio para determinar la ineficacia de un acto jurídico realizado por persona con discapacidad es la concurrencia o no de la capacidad suficiente para la realización del mismo, siendo una de las formas más eficaces de asegurar la concurrencia de capacidad suficiente el juicio notarial de capacidad, en donde el fedatario público tendrá en cuenta la naturaleza del negocio jurídico a celebrar y las propias circunstancias subjetivas de la persona que lo va a realizar⁷²¹.

No obstante, ha de destacarse la posibilidad de instar la ineficacia de los actos jurídicos realizados por personas con discapacidad –ya sea ejercitando la acción de nulidad, de anulabilidad o de rescisión– como una de las medidas de protección y como una de las posibilidades efectivas de corrección de graves perjuicios personales y patrimoniales del afectado⁷²². Ahora bien, también se ha de subrayar que, a pesar de la validez y efectividad de esta medida, el ejercicio de la correspondiente acción tiene ciertas desventajas, como es la necesaria intervención judicial y la demostración del perjuicio, por lo que en la práctica, acudir a la vía judicial para instar estos procedimientos, no suele ser lo más frecuente por las dificultades reales que ello acarrea.

En la proyectada reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se proyectan modificar determinadas normas referidas a la validez y la eficacia del contrato celebrado por personas con discapacidad, intentando buscar, en palabras de GARCÍA RUBIO, “el equilibrio entre las nuevas ideas sobre la más amplia capacidad posible de actuación de las personas adultas con discapacidad y la protección de los derechos de los terceros de buena fe con quienes aquellos pueden llegar a celebrar todo tipo de acuerdos”⁷²³. Así, las modificaciones

⁷²¹ Incluso, según MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales...”, *op. cit.*, p. 500, “el notario debe tener en cuenta, en todo momento, el mayor beneficio e interés de la persona con discapacidad”.

⁷²² Desde una visión procesal y una vez que se haya iniciado un proceso de modificación de la capacidad, el artículo 762 LEC– con anterioridad a la LEC de 2000 eran los artículos 203 y 209 del Código civil los que regulaban estas medidas provisionales– permite al juez que adopte medidas provisionales de protección, previas al proceso o en cualquier estado del procedimiento, consistentes en, según las necesidades de cada caso, el nombramiento de un administrador para los bienes, la intervención de cuentas corrientes, el nombramiento de un defensor, la anotación del procedimiento de incapacitación en el registro Civil o en el de la Propiedad, etc.

⁷²³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, *op. cit.*, p. 181.

proyectadas al respecto apuestan por la anulabilidad de estos actos si bien con algunos cambios de relevancia respecto a lo regulado actualmente en el Código Civil⁷²⁴. También son significativas las modificaciones en las normas sobre la rescisión de los contratos en aquellos casos que se hayan celebrado sin autorización judicial⁷²⁵.

⁷²⁴ Se propone cambiar la redacción del artículo 1301 CC en cuanto que se establece que “la facultad de anular el contrato caducará a los cuatro años y este tiempo empezará a computarse: [...] 4º Cuando la facultad se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato. En todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato”. También se propone que el artículo 1302 CC contemple, entre otras cuestiones, que “los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan”.

⁷²⁵ La redacción propuesta para el artículo 1291 CC 1º es que son rescindibles “los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores, los apoderados y mandatarios preventivos o los curadores con facultades de representación siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos”.

CAPÍTULO III. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO BASADAS EN LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA DE LAS CLAVES DE LA REFORMA PROYECTADA

1. Planteamiento de la cuestión.

Debemos partir de la consideración, obvia para muchos, pero todavía no del todo generalizada en la sociedad, de que la persona con discapacidad como sujeto y titular de derechos, debe actuar en igualdad de condiciones que los demás, con la misma capacidad jurídica y con igual posibilidad de ejercicio de esa capacidad jurídica. Ya hemos abordado el tratamiento del principio general de igualdad reconocido en el artículo 14 CE al establecer que no puede prevalecer discriminación alguna, en otras, por razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, pudiendo ser la discapacidad una de las causas de discriminación.

La Convención de 2006 reafirma esa consideración al partir en todo su texto de la igualdad de todas las personas con discapacidad al resto de personas, reconociendo su igual capacidad jurídica sin perjuicio de los apoyos puntuales que pueda precisar en momentos y circunstancias concretas. Las personas afectadas por una discapacidad no deben verse representadas ni sustituidas por otra persona en la realización de actos jurídicos, y, en aras de un adecuado ejercicio de sus derechos, deben disponer de la asistencia y apoyos necesarios para tomar sus propias decisiones. Con ello se trata, entre otras cosas, de fomentar la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, de respetar sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, impidiendo, al mismo tiempo, que se cometan abusos contra ellas y que no haya ningún tipo de conflicto de intereses ni de influencias indebidas⁷²⁶.

Como hemos tenido ocasión de tratar anteriormente, en el ordenamiento jurídico español vigente, la institución de la incapacitación y el correlativo sistema de guarda han sido concebidos –y aún hoy lo siguen siendo– como un sistema de protección de la persona con capacidades limitadas de autogobierno. Con este

⁷²⁶ Así lo plantea VELASCO ORTEGA, I.C. (2014). “Del estado civil de incapacitado...”, *op. cit.*, pp. 168-169.

planteamiento, los mecanismos clásicos de apoyo a la persona con discapacidad han estado centrados en la idea de su protección –tanto personal como patrimonial–, y basados en el supuesto interés de la persona protegida –visto este interés desde la perspectiva de la institución que protegía–, sin apenas tener en cuenta la voluntad de la persona afectada.

Ahora bien, la actual interpretación del libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de toda persona, reconocido constitucionalmente en el artículo 10, ha llevado a un mayor protagonismo del respeto a la voluntad del sujeto en cualquier decisión que le afecte, y, sin lugar a duda, también en lo referido al ejercicio de su capacidad jurídica. En esta línea, la nueva concepción de la discapacidad, planteada desde la Convención, está basada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias⁷²⁷. Partiendo de un concepto amplio de discapacidad, esta línea de actuación centra su regulación en aquellos aspectos en los que dicha discapacidad afecta sobre todo a la integridad de la conciencia y la voluntad en la toma de decisiones⁷²⁸.

Ante la necesaria reforma para la adaptación definitiva de nuestro ordenamiento jurídico español a esta nueva concepción de la discapacidad, el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 2020 coloca la voluntad, los deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier otra consideración. Ello supone un cambio total de perspectiva y, como avanza el apartado I de su Exposición de Motivos, “se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias

⁷²⁷ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (2010). “El proceso de toma de decisiones...”, *op. cit.*, p. 21, matizan que “el ideal normativo de la Convención y el modelo de los derechos no se colman con la igualdad formal y de oportunidades, sino con la autonomía de las personas con discapacidad”, y añaden que “una interpretación adecuada de los principios y objetivos de la Convención debe partir de que la condición humana sintetiza dos rasgos aparentemente antagónicos: la autonomía y la dependencia”, por lo que “el reconocimiento de la dependencia y su conversión en oportunidad de vida son las claves de la autonomía”.

⁷²⁸ GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 17.

decisiones”. Se consagra así un nuevo sistema “que reposa en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y procesal”.

La nueva regulación apuesta claramente por la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad sobre cualquier otra propuesta legal o de otro tipo, optando por la supresión de toda referencia al interés de la persona con discapacidad en la determinación de sus medidas de apoyo⁷²⁹. No obstante, son reiteradas las alusiones al criterio del interés de la persona en los pronunciamientos judiciales más recientes, sin obviar ni desatender a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad como principal criterio en la determinación de cualquier medida que le afecte.

Por ello, el legislador español se enfrenta a estas dos cuestiones esenciales y transversales, a nuestro juicio no necesariamente contrapuestas, en la regulación de las instituciones de protección a las personas con discapacidad: la voluntad de la persona y su interés a la hora de determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad⁷³⁰. Desde nuestro punto de vista, creemos que no debe ser incompatible la elemental consideración de las personas con discapacidad como plenos sujetos de derechos y el reconocimiento a su integridad y dignidad en igualdad de condiciones que el resto, con la necesaria obligación, en determinados casos, de prestarles asistencia y ayuda, y considerarlos por tanto como sujetos necesitados de protección⁷³¹, a los que el ordenamiento jurídico debe velar en aras de su mejor interés. Es en ese sentido en el que defenderemos la posibilidad de que se tenga en cuenta el mejor interés posible de la persona con discapacidad, sin dejar de dar prioridad a su voluntad,

⁷²⁹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*, se refiere además que “en ningún caso apela ni considera relevante el interés superior (o mejor interés) de la persona con discapacidad, que ni siquiera es mencionado en el texto”, siguiendo fielmente el criterio de la Observación General Primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad.

⁷³⁰ PARRA LUCAN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables...*, *op. cit.*, p. 134, señala que “en la tensión entre autonomía y el mejor interés de la persona con discapacidad, la tendencia actual en Derecho comparado es la de priorizar la primera, la voluntad del propio interesado, bien sea la expresada antes de que sobreviniera la discapacidad, bien la voluntad de la persona con discapacidad en la medida en que pueda identificarse por el tutor o el guardador”.

⁷³¹ Preferimos omitir la mención a que las personas con discapacidad sean objeto de protección dada la connotación negativa del término “objeto” referido a una persona.

deseos y preferencias en la realización de cualquier acto de naturaleza personal o patrimonial, cuando ello no le perjudique ni vaya en contra de sus propios intereses.

Antes de abordar el estudio de la adopción de medidas de apoyo basadas en la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, conviene examinar en líneas generales las medidas de apoyo previstas en la reforma proyectada, tanto las medidas preventivas como las de origen judicial, así como el régimen de ineficacia previsto en el Proyecto para los contratos celebrados por persona con discapacidad en los casos en los que se cuestione su validez.

2. Las medidas de apoyo de acuerdo con el nuevo modelo de discapacidad propuesto por el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

El Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 17 de julio de 2020 y pendiente de aprobación por el Congreso de los Diputados, que supone la reforma de Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil⁷³², está sentando las bases para un profundo y trascendental cambio del sistema actualmente vigente en la legislación española en materia de discapacidad⁷³³.

La necesidad de la reforma ha venido dada por los cambios propuestos por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y la incompatibilidad de numerosas normas de nuestro ordenamiento jurídico con

⁷³² También modifica la Ley del Notariado, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁷³³ Para nuestro estudio y análisis, si bien en un principio se tuvo en cuenta el texto del Anteproyecto de Ley presentado por el Consejo de Ministros con fecha 21 de septiembre de 2018 por el que se reformaba la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 2018, se ha utilizado el texto oficial del mencionado Proyecto de Ley (en adelante, el Proyecto). La referencia a los artículos del CC serán siempre de acuerdo con la modificación impulsada por el mismo.

lo en ella establecido, tanto en el aspecto sustantivo del derecho civil (básicamente los títulos IX y X del Código Civil), como en el aspecto procedimental (la Ley de Enjuiciamiento Civil) y en el registral (la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil), lo cual ha obligado a la adaptación del ordenamiento jurídico español en todos sus ámbitos⁷³⁴.

Esta propuesta de reforma pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional; así, en palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto, ello “supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno”⁷³⁵.

La idea central del nuevo sistema propuesto por el Proyecto es la determinación de apoyos a la persona que los precise; apoyos que, como indica la Exposición de Motivos en el punto III y haciendo referencia a la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, “es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”. En la constitución de este sistema de apoyos debe predominar el respeto a la voluntad y a las preferencias de la propia persona que lo necesite, si bien en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad,

⁷³⁴ Como “inaplazable adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención” lo califica PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 62, además de no ser “tarea fácil ni sencilla”.

⁷³⁵ En la Exposición de Motivos –apartado I– del Proyecto de Ley también se invocan las importantes novedades que introduce la Convención en el tratamiento de la discapacidad, “además de exigir a los Estados Partes 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”.

este pueda concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones⁷³⁶.

Uno de los presupuestos básicos del Proyecto es la consagración del respeto a la dignidad de la persona con discapacidad⁷³⁷, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias, adaptando, de una vez y de forma definitiva, lo establecido en la Convención, en concreto en el extenso y complejo artículo 12 a la realidad actual. Como ya hemos indicado anteriormente, este artículo establece, en su punto 4, entre otras cuestiones, la necesidad de que las medidas de salvaguardias, adecuadas y efectivas, proporcionadas a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”.

Ya hemos analizado cómo en los mecanismos jurídicos de protección y asistencia en el sistema jurídico actual ha predominado básicamente –y en muchas ocasiones sigue predominando– la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Frente a este sistema, en el nuevo modelo propuesto de discapacidad, las medidas de apoyo están basadas en el respeto a la voluntad y a las preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones.

En este sentido, el Proyecto⁷³⁸ modifica el Título XI del Libro I del Código Civil, y lo sustituye con la rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” y con el contenido reflejado en los proyectados artículos 249 a 299. Debemos destacar la referencia expresa que hace el propio título a la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica”, en clara sintonía con lo dispuesto en la Convención. También ha de subrayarse que la necesidad de estas medidas de apoyo tiene como finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad de la persona con discapacidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, debiendo estar

⁷³⁶ Así se expresa la Exposición de Motivos en su primer apartado.

⁷³⁷ Se hace referencia a ello en la Exposición de Motivos en cumplimiento de lo exigido en el artículo 10 de nuestra Constitución.

⁷³⁸ En el punto veintidós del artículo 2º que es el dedicado a la modificación del Código Civil.

inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales⁷³⁹ (ex artículo 249).

Siguiendo a GARCÍA RUBIO, el Proyecto distingue dos tipos de medidas de apoyo: por un lado, las medidas anticipatorias o preventivas que son aquellas que se toman por la persona interesada antes de una posible necesidad de apoyo y en previsión de esta necesidad y, por otro lado, las medidas reactivas que surgen cuando la persona necesita los apoyos y surgen en reacción a esta necesidad⁷⁴⁰. Entre las primeras estarían los poderes y mandatos preventivos, la denominada autcuratela⁷⁴¹ y cualquier otra medida de provisión anticipada⁷⁴²; entre las segundas, las que específicamente el Proyecto denomina instituciones de apoyo: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial⁷⁴³.

Las medidas preventivas son medidas de naturaleza voluntaria⁷⁴⁴ en tanto que su constitución se basa en la declaración de voluntad de la persona interesada mientras que las medidas reactivas, en principio, tienen un origen judicial ya que

⁷³⁹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p.17, ya predijo que la propuesta de modificación “afecta sobre todo a la integridad de la conciencia y la voluntad en la toma de decisiones, que evidentemente es lo que más interesa al Derecho civil”, estando basada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de sus deseos y preferencias como manifestación de su voluntad.

⁷⁴⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 34, califica a las medidas preventivas como *ex ante* ya que se toman por el interesado antes de la necesidad del apoyo y a las medidas reactivas como *ex post* ya que se establecen con posterioridad a la constatación de la necesidad de apoyos.

⁷⁴¹ El primer párrafo del artículo 253 CC del Proyecto establece que “cualquier persona mayor de dieciséis años, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad 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”.

⁷⁴² Serían medidas *ad hoc* contenidas en documentos de voluntades anticipadas, como pueden ser medidas relacionadas con el cuidado de la salud –los denominados testamentos vitales–, nombramientos voluntarios de apoyos puntuales, etc.

⁷⁴³ Textualmente el proyectado artículo 250 CC dispone que “las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”. PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 62, muestra su preferencia por la expresión “medidas de protección” en vez de “medidas o instituciones de apoyo” que es la terminología del Anteproyecto, ya que “la Convención no obliga a adoptar un determinado tipo de medida ni una determinada denominación, y que lo que exige es que las medidas sean «apropiadas» para alcanzar una finalidad que es «prestar apoyo» en el ejercicio de la capacidad jurídica, siendo el apoyo la finalidad perseguida y no la denominación impuesta”. Añade que es la terminología utilizada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷⁴⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 68, también las denomina medidas volitivas.

serán constituidas por la autoridad judicial, a excepción de la guarda de hecho y la autotutela⁷⁴⁵ –ésta última, aun debiendo constituirse judicialmente, sin embargo, su origen es claramente voluntario.

Hemos indicado que, en la nueva regulación prevista, uno de los pilares principales de los mecanismos de asistencia a las personas con discapacidad es el respeto a su voluntad, sus deseos y preferencias. En este sentido, la determinación de las medidas de apoyo debe basarse preferentemente atendiendo a la voluntad de la persona a la que va a asistir. Es por ello por lo que se otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, es decir, las que puede tomar la persona interesada en previsión de una futura necesidad de apoyo⁷⁴⁶.

Estas medidas preventivas han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente –aquellas que no provienen de las preferencias y la voluntad del interesado–, una vez constatada la necesidad de apoyo. Con ello se pretende revitalizar y potenciar tales medidas de apoyo, institucionalizándolas como medidas suficientes y adecuadas, en detrimento de aquellas que provienen de una intervención judicial⁷⁴⁷. En palabras de PAU PEDRÓN, hay una “preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación, es decir, de la regulación privada sobre la regulación legal o judicial”, si bien puede haber una coexistencia de ambas cuando las primeras sean insuficientes⁷⁴⁸.

En cuanto a las tradicionales instituciones jurídicas de protección de las personas con discapacidad, el Proyecto regula de forma detenida y con mayor complejidad la institución de la curatela, mantiene como medida de apoyo ocasional al defensor judicial e introduce la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo estable para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona que lo precise. Por otro lado, elimina del ámbito de la discapacidad a la clásica y añeja

⁷⁴⁵ Es la primera vez que legislativamente se alude a la autotutela –al estilo de la autotutela del artículo 223 párrafo 2º en la redacción vigente del Código civil–, a la que se le dedica una subsección propia del capítulo IV del Proyecto destinado a la curatela.

⁷⁴⁶ El párrafo 2º del proyectado artículo 253 CC apunta que “solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

⁷⁴⁷ En opinión de algún autor, este detrimento es “quizás, de modo excesivo, y con un cierto temor o poca confianza en la efectividad de la intervención judicial de modo compatible con los principios de la Convención”, MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 200.

⁷⁴⁸ PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p. 13.

institución de la tutela que, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad no emancipados en situación de desamparo y los no emancipados no sujetos a patria potestad⁷⁴⁹.

En el nuevo contexto jurídico propuesto, la curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad que necesiten de apoyo estable y continuado, siendo primordialmente de naturaleza asistencial⁷⁵⁰, excluyendo en lo posible su naturaleza representativa. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general.

Se configura así la curatela como la institución de apoyo judicial básica para las personas con discapacidad que precisen esta asistencia, ampliando y dando un nuevo contenido a esta antigua institución⁷⁵¹. Se sustituye el anterior modelo dual tutela-curatela por la instauración de esta única figura estable y flexible de naturaleza judicial⁷⁵².

⁷⁴⁹ En esta línea se elimina también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En cuanto al complemento de capacidad requerido por los menores emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos que hasta ahora correspondía a la figura de los padres o del curador, será atendido por un defensor judicial.

⁷⁵⁰ El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución como asistencia, apoyo, ayuda. PAU PEDRÓN, A. (2020). “El principio de igualdad y el principio de cuidado...”, *op. cit.*, p. 18, trata el denominado “principio de cuidado” aplicándolo a las personas con discapacidad e indica que, al elaborar la propuesta normativa del Anteproyecto, se ha puesto especial interés en que se denomine precisamente *curador* a la persona que asiste y, en casos límite, represente a la persona con discapacidad.

⁷⁵¹ Como hemos tenido ocasión de analizar, la curatela se había ido aplicando judicialmente con mayor frecuencia desde la implantación de los criterios de la Convención Internacional. En ese sentido, afirma RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela...”, *op. cit.*, p. 223, que la novedad del Anteproyecto de ley en la regulación de la nueva curatela es relativa ya que “hasta cierto punto puede considerarse que convalida los desarrollos que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo en los últimos 10 años”, que ha conducido a que la curatela ha resultado el régimen de guarda preferente.

⁷⁵² La postura de instaurar una única figura fue la adoptada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 139, al señalar que “no es imprescindible que el Derecho prevea varias instituciones diferentes, cada una con su propio contenido y características (al modo como lo hace el Derecho español con la tutela y la curatela), sino que sería suficiente con establecer una sola figura de contenido variable”. Sin embargo, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil mantiene la distinción entre tutela y curatela (art. 165-1 para la curatela y art. 166-1 para la tutela), además de incorporar la figura de la asistencia cuando la disminución no determine la provisión de apoyos estables. Al final, en palabras de RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela...”, *op. cit.*, p. 224, “el Anteproyecto de ley hace suya la hibridación de funciones por la vía de unificar la tutela y la curatela en una sola institución”.

El artículo 250 del Proyecto establece que “la curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo”, para realizar una regulación más detallada desde el artículo 268 al 294.

Destaca en la nueva configuración legal de la curatela que el cargo del curador es un instrumento para la realización y efectividad de la voluntad de la persona a la que presta su apoyo en el ejercicio de sus derechos, sin tener una posición de superioridad, dominio o potestad⁷⁵³. En este sentido, el curador en el ejercicio de la curatela debe tener en cuenta, como en cualquiera de las medidas de apoyo reguladas en el Proyecto, la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona a la que asiste⁷⁵⁴. Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible la representación por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad (ex art 269 del Proyecto).

Es por ello por lo que la denominada curatela representativa queda relegada a situaciones excepcionales en donde el estado de la persona es tal que de ninguna manera pueda expresar su voluntad. La representación puede darse en los casos en los que la persona con discapacidad está absolutamente privada de sus facultades volitivas y cognitivas para el ejercicio de sus derechos, tanto

⁷⁵³ RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela...”, *op. cit.*, pp. 226-227, critica el hecho de que se haya suprimido el deber de velar y controlar a la persona. GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, *op. cit.*, p. 192, sostiene que las instituciones de apoyo no serán encargadas de vigilar o controlar a la persona con discapacidad, “muy al contrario, estarán destinadas a realizar ese apoyo *ad hoc* cuando sea necesario y con mínima intervención, de tal modo que solo en casos excepcionales tendrán también deberes de vigilancia, control o similares, sobre la persona a la que prestan apoyo”.

⁷⁵⁴ Así lo dispone expresamente el artículo 268 CC del Proyecto cuando señala que “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”. También el proyectado artículo 282 CC hace referencia a que el curador, “una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida”, lo cual hace suponer que estas funciones encomendadas están claramente definidas. Además, el mismo artículo recalca que “el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias” y “procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones” y “procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro”.

en casos concretos y determinados como para actos de alcance general⁷⁵⁵. En cualquier caso, el curador estará obligado a tratar de averiguar el sentido de la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiese habido representación. Para ello deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que presta su apoyo⁷⁵⁶.

Algunas voces críticas se han hecho eco de que la posible excepcionalidad que predica el Proyecto pueda convertirse en la tónica general –sobre todo en los primeros años de aplicación de la nueva legislación– y la curatela representativa sea lo que actualmente es la tutela pero con distinta denominación⁷⁵⁷. Especialmente crítico con la excepcionalidad de las facultades de representación en la curatela es MARTÍNEZ DE AGUIRRE en cuya opinión “tales figuras de carácter sustitutivo son en todo caso necesarias si se quiere disponer de una panoplia suficientemente amplia de mecanismos capacitantes”, matizando que en algunos casos no se trata de sustituir la voluntad sino de suplir la ausencia o inexistencia de esa voluntad, supliendo esas deficiencias con la actuación representativa del curador; y no solo cuando la persona con discapacidad no tiene capacidad natural para tomar alguna decisión, sino también cuando corre “un grave riesgo de tomar decisiones no solo equivocadas, sino directamente

⁷⁵⁵ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 182, señala que si excepcional es la curatela representativa para actos aislados, más excepcional será todavía la curatela representativa de alcance general.

⁷⁵⁶ Esta fue la idea planteada por el Comité al establecer que “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». Y éste ha sido también el planteamiento recogido en el tercer párrafo del artículo 249 del Proyecto –dentro del capítulo destinado a Disposiciones generales de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica– cuando dispone que “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”.

⁷⁵⁷ Así lo expone RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela...”, *op. cit.*, p. 247. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2019). “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas...”, *op. cit.*, p. 254, apunta que “esta nueva curatela refunde lo que en el régimen vigente son la tutela y la curatela”. Por su parte, CARRASCO PERERA, A. (2018). “Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *Publicaciones Jurídicas Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha, p. 4, considera que, como pone de manifiesto la jurisprudencia actual, la curatela es preponderante y la tutela es residual, “nada hay en el Anteproyecto que indique que la cosa deba ser de otra forma, y que la «curatela con representación legal» vaya a ser más residual que lo es hoy”.

perjudiciales para ellos mismos o también para terceros”⁷⁵⁸. En este sentido, compartimos el planteamiento propuesto por el autor citado que establece que, en estos supuestos de representación, el curador debe actuar conforme al superior interés de la persona afectada por la discapacidad, incluso en algunos casos, prescindiendo de su voluntad o contra ella⁷⁵⁹.

No obstante, en cualquier caso, la previsión de que el curador pueda tener facultades representativas es una herramienta a disposición de la autoridad judicial por lo que esa posibilidad –valorada individualmente a través de una evaluación formal e independiente de su capacidad real– parece ser una ventaja en esta nueva concepción de la curatela, a pesar de ser considerada, *a priori*, la representación como una cuestión excepcional.

En cuanto al contenido y alcance de la curatela tal y como la contempla el Proyecto, queda acentuado el deber de una mayor individualización en su determinación –el “traje a medida” utilizado en la jurisprudencia reciente– en tanto que la resolución judicial que la establezca debe tener en cuenta la situación y circunstancias de la persona con discapacidad (*ex art. 250*), determinando los actos para los que la persona requiera la intervención del curador atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (*ex art. 269*), en contraposición a la referencia genérica del actual artículo 290 CC cuando establece que, si la sentencia no hubiese especificado en qué actos es necesaria la intervención del curador, lo será para aquellos para los que los tutores necesitan autorización judicial. A este respecto, la literalidad del párrafo 4º del proyectado artículo 269 es muy claro al establecer que “tanto los actos en los

⁷⁵⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2019). “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas...”, *op. cit.*, pp. 263-264, que incluso califica la razonable previsión que hace el Anteproyecto de una curatela con facultades de representación, aunque lo haga de forma “vergonzante” por la insistencia del carácter excepcional de la representación.

⁷⁵⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2019). “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas...”, *op. cit.*, pp. 266-268, apuesta claramente por la tesis de que “el curador representativo tiene que poder adoptar decisiones que diverjan e incluso contradigan la voluntad actual (insuficientemente formada como consecuencia de la discapacidad) de la persona sujeta a curatela, y tomarlas no en función de la voluntad de dicha persona (porque eso sería tanto como perpetuar el problema), sino de su interés o beneficio: ello conduce a incluir el principio de interés superior de la persona con discapacidad como criterio rector de la actuación del curador representativo”.

que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa”⁷⁶⁰.

Con respecto a la guarda de hecho, esta figura se refuerza y se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, adquiriendo con la nueva regulación un papel esencial –más allá del que ya habitualmente tiene⁷⁶¹–, no solo como apoyo y asistencia en los actos ordinarios personales de la vida de la persona con discapacidad que lo necesite, sino para asistirle, con la ayuda o apoyo de otra persona, en el ejercicio de su capacidad jurídica, que es uno de los objetivos de las medidas de apoyo⁷⁶². Desde nuestro punto de vista, es significativa su ubicación legal en la enumeración del art. 250 del Proyecto como primera institución jurídica de apoyo y el desarrollo posterior en los artículos 263 a 267, por delante incluso de la curatela, lo que parece conferirle, categóricamente, un valor superior⁷⁶³.

Según el art. 250, guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente⁷⁶⁴, por lo que esta figura se entiende como subsidiaria

⁷⁶⁰ Además, se contempla que el curador que ejerza funciones de representación necesita autorización judicial para los actos expresamente determinados en el art. 287 y también para los actos que determine la resolución judicial.

⁷⁶¹ LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 294, considera que aunque la reforma haya incorporado la guarda de hecho al elenco de instituciones de apoyo, “no implica que tal consideración vaya a cambiar a mutar su verdadera naturaleza”, destacando más la presencia de apoyos en la dimensión personal del guardado –en lo referente a apoyos diarios de tipo asistencial y en el proceso de toma de decisiones en todos los aspectos de la vida– que en su dimensión jurídica, “en la que solo aparecerá cuando ocasionalmente la deficiencia que padece la persona a su cuidado le impida la toma de decisiones que afectan a su persona y bienes”. Por el contrario, PÉREZ MONGE, M. (2019). “La guarda de hecho: de la transitoriedad...”, *op. cit.*, p. 328, analiza la regulación de la guarda de hecho concluyendo que “muestra una evolución hacia su consolidación”.

⁷⁶² Como ya adelantó GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 17, la nueva regulación hará un reconocimiento amplio de los apoyos no formales o no formalizados, pasando la guarda de hecho a ser una auténtica institución de apoyo con mecanismos de control y salvaguardia. DÍAZ ALABART, S. (2009). “La Ley 17/2009 de modificación de la Ley del Registro civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 17, pp. 1989 y ss., propuso, en su momento, un cargo que podría denominarse colaborador tuitivo, que sin ser su representante ni su curador, fuera una persona encargada de velar por el discapacitado pero con la particularidad de contar para su constitución con el consentimiento del propio discapacitado, si bien sometido a algún tipo de control externo que podría ser administrativo.

⁷⁶³ Sin embargo y a pesar de lo dicho, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2019). “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas...”, *op. cit.*, p. 254, afirma que, entre las medidas de apoyo introducidas por el Anteproyecto, “la centralidad legal corresponde a la curatela”, sin afectar ello a “la centralidad sociológica que caracteriza a la guarda de hecho”.

⁷⁶⁴ Si hay medidas voluntarias o judiciales que se están aplicando eficazmente, en palabras de LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 299, “la guarda resultaría

siempre que no esté vigente cualquier otra medida voluntaria o judicial sobre la persona guardada⁷⁶⁵. Deja de ser una situación provisional –como lo es en el Derecho vigente– y pasa a convertirse en una institución suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad⁷⁶⁶, dándole a la guarda un carácter permanente⁷⁶⁷. Mientras el guardador de hecho actúe correcta y adecuadamente, no debe haber motivo para cambiar este apoyo⁷⁶⁸.

Según aprecia la Exposición de Motivos del Proyecto, “la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables– que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”⁷⁶⁹.

innecesaria ya que los cuidados y apoyos que demandaría la persona con discapacidad los obtendría por estas vías”.

⁷⁶⁵ Esta es una de las aplicaciones del principio de subsidiariedad anteriormente comentado. No obstante, a tenor de lo señalado por el planeado artículo 250 CC, puede haber una guarda de hecho, aun existiendo medidas voluntarias o judiciales, si éstas no son eficaces; por ejemplo, porque hay dejación de funciones del designado en las medidas para prestar el apoyo o porque éstas, tal y como se ha diseñado, no cumplen bien su función. En estos casos, siguiendo a PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 73, “la guarda de hecho tendrá previsiblemente, un carácter provisional, hasta que el curador sea removido y se proceda al nombramiento de otro”, ya que, de acuerdo con la nueva filosofía del Proyecto, “si se ha puesto en marcha una curatela es porque ello es necesario”. Hay que tener en cuenta que se prevé el nombramiento de defensor judicial “cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona” (ex art. 295 1º CC del Proyecto). Por otro lado, LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 300, enfoca la interpretación de este artículo 250 en el sentido de que “continuará la guarda de hecho que se viniera ejerciendo adecuadamente salvo que pudiera preverse más oportuno su sustitución por la adopción de medidas voluntarias o judiciales que pudieran resultar más eficaces, por ejemplo, cuando se considere pertinente instar el procedimiento de constitución de apoyos en sustitución de la guarda de hecho”, con lo que considera debería mejorarse la redacción propuesta.

⁷⁶⁶ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 81, basa la garantía de la permanencia de esta institución en la denominada “suficiencia de la guarda de hecho”: pasa de ser la Cenicienta de las instituciones de protección de las personas mayores a ser la princesa como una verdadera institución de apoyo y protección, siempre que se acompañe “de un régimen que permita disipar los recelos que despierta y que la convierta, realmente, en una institución suficiente”.

⁷⁶⁷ La permanencia como característica de la guarda de hecho del Proyecto puede desprenderse del nuevo artículo 255 al establecer que “cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas”.

⁷⁶⁸ PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁶⁹ En opinión de MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 214, esta presunción generalizada de solidaridad y de apoyo entre familiares olvida que en muchos

Como su propio nombre indica, la guarda sigue siendo un apoyo de hecho que nace sin formalidad alguna, es decir, que no surge de un nombramiento judicial formal⁷⁷⁰, sino que aparece por la voluntad del guardador –y en algunos casos del guardado⁷⁷¹– de asumir ese apoyo.

A pesar de que la guarda de hecho no sea un cargo investido judicialmente, para garantizar la efectividad de esta medida, se ha de llevar a cabo un control judicial en el ejercicio de la guarda de hecho, sin perjuicio de la necesidad de recabar autorizaciones judiciales cuando sea preciso realizar actos de representación por el guardador. De esta manera, se reconoce a la guarda de hecho como una verdadera y eficiente medida de apoyo para personas con discapacidad con necesidades de ayuda en su autogobierno, sin necesidad de someterse a un sistema de guarda legal estable.

En los casos en los que la autoridad judicial interviene en el reconocimiento de la existencia de una guarda de hecho, compartimos la apreciación de LECIÑENA IBARRA que, además de reconocerle a este reconocimiento “una virtualidad declarativa y no constitutiva”, da una precisa definición de guarda de hecho al decir que “el juez constata que el guardador, por propia iniciativa, sin tener legitimación alguna para ello, ni legal ni voluntaria, ha estado ejerciendo

supuestos se producen abusos y desatenciones, no tanto en la guarda de hijos y nietos por parte de padres y abuelos, sino sobre todo si se trata de asistencia a padres y abuelos, que es dejada la asistencia a guardadores extraños a la familia que, aunque puedan tener un trato afectivo y efectivo de asistencia personal, puedan provocar controversias en el ámbito patrimonial.

⁷⁷⁰ En los casos de guarda de hecho en los que ya ha habido intervención judicial para autorizar algún acto o actos concretos, algún autor habla de que la guarda ha sido “judicializada”, PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 74. Al no nacer *ex novo* de ninguna resolución judicial, no se le otorga ningún tratamiento de publicidad. A este respecto, LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 307, considera que la imposibilidad de inscribir la guarda de hecho en el Registro Civil, aún en el supuesto de su reconocimiento judicial, es “el resultado lógico de una valoración consciente de la virtualidad declarativa de tal resolución que justificaría que su publicidad careciera del valor probatorio que proporciona la inscripción”. Sí que se podría inscribir en el Registro de la Propiedad, *ex art.* 303 del Proyecto que establece que “cuando las resoluciones judiciales afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación registral”. LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 308, entiende que “nada obsta a que también pudieran inscribirse en otros registros públicos cuando la actuación precise la publicidad que los mismos ofrecen”.

⁷⁷¹ La guarda de hecho puede tener su origen en un mandato que la persona ha dado con anterioridad a su situación de discapacidad o dependencia, cuando tenía capacidad para tomar esa decisión, PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 73. O incluso, la guarda podrá ser confirmada con posterioridad a su instauración por el propio sujeto guardado cuando éste pueda manifestar que ese es su deseo y su voluntad.

adecuadamente la guarda con una intención continuada en el tiempo, con carácter de estabilidad y permanencia, desempeñando funciones de tipo asistencial y prestando los apoyos que el guardado haya podido necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y todo ello con responsabilidad decisoria lo que lo diferenciaría del simple cuidador que tan solo ejercería funciones de mera asistencia, auxilio o cuidado”⁷⁷².

Además de la guarda de hecho y de la curatela, la tercera institución jurídica de apoyo de origen judicial para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, reguladas en el artículo 250, es la figura del defensor judicial. Esta institución está especialmente prevista para dar respuesta a una eventual necesidad de apoyo ante ciertos tipos de situaciones ocasionales como pueden ser la necesidad de ayuda que no esté garantizada por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad o la imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo resuelva⁷⁷³. Una de las posibilidades es la simultaneidad del guardador de hecho y del defensor judicial nombrado cuando, a juicio de la autoridad judicial, se precise un apoyo ocasional, sobre todo teniendo en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del artículo 263 al indicar que “la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan”⁷⁷⁴.

Hemos de tener en cuenta que todas las medidas de apoyo descritas en el Proyecto deberán ajustarse a los denominados principios de necesidad y proporcionalidad (ex art. 249). El principio de necesidad supone que las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad y el principio de proporcionalidad implica que todas las medidas de apoyo que se adopten han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona⁷⁷⁵. Ambos principios están íntimamente ligados: por un lado, el principio

⁷⁷² LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 302.

⁷⁷³ El Proyecto propone la regulación del defensor judicial en particular en los artículos 295 a 298 CC.

⁷⁷⁴ Como señala LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 318, “inquieta pensar si la guarda de hecho no acabará convirtiéndose en una medida de apoyo de incierta suerte, al quedar su reconocimiento al albur de que el juez que deba conocer de ella no prefiera articular los apoyos que se le demandan por la vía del nombramiento de un defensor judicial”.

⁷⁷⁵ MUNAR BERNAT, P. A. (2018). “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), p. 133, añade, respecto de la curatela –si bien puede aplicarse a cualquier otra medida–, el principio de “personalización

de necesidad trae consigo que el apoyo sea el estrictamente necesario pero, por otro lado, el apoyo debe ser suficiente y proporcional a las necesidades de la persona⁷⁷⁶.

El Proyecto también aplica el llamado principio de subsidiariedad, entendiendo por tal a la preferencia que se otorga a las medidas preventivas o volitivas respecto de las medidas judiciales⁷⁷⁷ (ex artículo 253.2), a las medidas que no impliquen representación sobre las que sí lo impliquen (ex artículo 269.3) o, en el supuesto de la guarda de hecho, se ejercerá este apoyo cuando no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente (ex art. 250.3) –o incluso, en sentido inverso, cuando se establece que no procederá una curatela si existe una guarda de hecho que funcione adecuadamente⁷⁷⁸.

Para culminar este análisis de las medidas de apoyo de acuerdo con el nuevo modelo de discapacidad propuesto por el Proyecto de Ley, debemos hacer una referencia al régimen de la rescisión y la anulabilidad de los contratos celebrados por persona con discapacidad. Las medidas de apoyo a la persona con discapacidad pueden consistir en proporcionarle determinada ayuda para la prestación de un consentimiento contractual concreto, dependiendo de la mayor o menor complejidad del acto jurídico que va a realizar. En este sentido, y teniendo presente que, como regla general, el consentimiento debe prestarse por la persona que celebra el contrato, el Proyecto da nueva redacción al artículo 1263 CC estableciendo en su párrafo 2º que “las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las

de la medida” en el sentido de que todo mecanismo de apoyo debe respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien se presta el apoyo.

⁷⁷⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 34, hace referencia a la expresión jurisprudencial del “traje a medida”, o mejor aún, “tantos trajes a medida como sean necesarios”, pues el apoyo ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona que lo requiere.

⁷⁷⁷ RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela...”, *op. cit.*, p. 252, considera fundamental la subsidiariedad de las medidas de apoyo formales, obligando a “profundizar en la posibilidad de ofrecer cobertura legal a iniciativas y experiencias de apoyos informales, que reducen la estigmatización de las personas involucradas en los actuales procesos de capacidad de las personas”, evitando la necesidad de intervención judicial. No obstante, la mayor dificultad estriba en garantizar la debida asistencia a la persona con discapacidad y la seguridad jurídica de sus actuaciones.

⁷⁷⁸ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 68, haciendo referencia al artículo 267 CC del Anteproyecto –actualmente es el artículo 269 del Proyecto– cuando establece, en su párrafo 1, que “la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”.

derivadas de ellas”⁷⁷⁹. Si las medidas de apoyo implican excepcionalmente la representación de la persona con discapacidad, el sujeto que presta el consentimiento contractual en sustitución de ésta deberá respetar, en la medida de lo posible, su voluntad, deseos y preferencias⁷⁸⁰.

En relación con este planteamiento, el Proyecto modifica las normas sobre rescisión de los contratos celebrados sin la preceptiva autorización judicial cuando fuese necesaria por las personas que representan a personas con discapacidad. Así, el proyectado artículo 1291.1º, aunque referido también al tutor del menor de edad, considera rescindible el contrato que hubiera podido celebrar sin autorización judicial el apoderado y mandatario preventivo o el curador con facultades de representación cuando la persona a la que represente haya sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquel⁷⁸¹.

Por otro lado, el Proyecto califica como anulable el tipo de invalidez del contrato celebrado por persona con discapacidad que, sin tener la capacidad natural necesaria para entender y querer, precisa de apoyo para otorgar el consentimiento contractual de que se trate⁷⁸². En este sentido, modifica las

⁷⁷⁹ Ha de tenerse en cuenta que si la persona que precisa de apoyos puede otorgar contratos con los apoyos que se hayan establecido, se corre el riesgo de que se otorgue un poder amplio a favor de un cuidador –negocio jurídico inducido por el propio cuidador– y que, a través de este, provoque un enriquecimiento injusto del apoderado y un empobrecimiento injustificado del discapacitado apoyado, SERRANO GARCÍA, I. (2020). “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad punto un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada). Ed. Wolters Kluwer, Madrid, p. 86.

⁷⁸⁰ Ya GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). “Algunas consideraciones sobre el consentimiento...”, *op. cit.*, p. 20, formulaba en su propuesta de *lege ferenda* que debía articularse un sistema que permitiera “la toma de decisiones a la persona con discapacidad por sí misma, si tiene capacidad suficiente, o acompañado por las personas legalmente determinadas e, incluso, por su representante legal si tal actuación fuere exigida por la protección del interés de la persona con discapacidad”. Por otro lado, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, *op. cit.*, p. 182, en su línea argumental al respecto, considera que la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se han de respetar siempre.

⁷⁸¹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, *op. cit.*, p. 182, apunta que este artículo 1291, ya en la versión vigente, tiene un ámbito de aplicación muy limitado, estimando que la redacción propuesta reduce todavía más esa probabilidad. Reconoce el escaso margen de aplicación de la norma en el supuesto de las medidas representativas de apoyo, pues esta rescisión por lesión “queda limitada únicamente a las curatelas representativas genéricas y a los poderes preventivos igualmente genéricos que, en este último caso, no prevean sus propias sanciones antes actos lesivos del apoderado”.

⁷⁸² Postura crítica con el sistema de anulabilidad propuesto en la nueva regulación es la que mantiene CARRASCO PERERA, A. (2018). “Discapacidad personal y estabilidad contractual...”, *op. cit.*, p. 5, cuando afirma que “aquí reside la patología del sistema: que un contrato pueda ser anulable por no respetarse

normas relativas a la anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar en los supuestos en que se haya prescindido de ellas cuando fueran precisas. Así, el párrafo 2º del propuesto artículo 1302 establece que podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan y también por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiera fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Asimismo, el párrafo 3º señala que “si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal”. Se ha suprimido la posibilidad que recogía el Anteproyecto de que ejercitara la acción el encargado de proveer el apoyo del que la persona con discapacidad prescindió. A juicio de GARCÍA RUBIO, “su falta queda cubierta por la legitimación concedida al Ministerio Fiscal”⁷⁸³. Sin embargo, en nuestra opinión, el que no esté entre los legitimados para ejercitar la acción la persona encargada de prestar el apoyo, puede perjudicar grave e irreversiblemente los intereses de la persona que prestó su consentimiento contractual sin el apoyo preciso.

Para los casos en que la persona que presta apoyos sea un guardador de hecho, la nueva regulación de esta figura de guarda como una auténtica medida de apoyo conlleva que la legitimación para anular el contrato corresponda también al guardador, no siendo necesario el recurso al Ministerio Fiscal.

Según la nueva versión legislativa y en opinión de GARCÍA RUBIO, la acción de anulabilidad no se aplicará a aquellos contratos que hubieran sido celebrados por el curador con facultades de representación de la persona con discapacidad sin contar con la exigible autorización judicial ya que puede interpretarse como que “la actuación del curado representativo no legitimado por una autorización

las medidas de apoyo no conectadas con el consentimiento y que un contrato pueda ser anulable a pesar de que éstas han sido observadas”, añadiendo que “debería haberse previsto que todo sujeto cuya discapacidad sea susceptible de afectar al consentimiento contractual necesita de asistencia del curador en el contrato”.

⁷⁸³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, *op. cit.*, p. 187.

judicial queda asimilado al representante sin poder y, por tanto, al régimen del artículo 1259 CC”⁷⁸⁴.

3.- El protagonismo de la voluntad de la persona en la determinación de medidas de apoyo en caso de discapacidad

Hasta ahora, como hemos visto, la determinación de las medidas de apoyo para la persona con discapacidad que tuviera afectada su autogobierno, según las causas establecidas en el artículo 200 del Código Civil, era mayoritariamente adoptada en una resolución judicial –a través del correspondiente proceso de modificación de capacidad– constituyendo la autoridad judicial el sistema de guarda legal, básicamente tutela o curatela, que precisara. También han proliferado en la práctica sistemas de guarda de hecho, creadas *de facto* sin necesidad de resoluciones judiciales que modifiquen la capacidad de la persona; cabe señalar que, a raíz de la modificación del artículo 303 del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se les puede otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.

Sin embargo, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad han ido tomando importancia en los últimos años en la determinación de la medida de apoyo, respondiendo al principio de autonomía personal, o principio de autonomía de la voluntad. Es por ello por lo que ésta es una de las líneas maestras de las propuestas de modificación que adopta el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁷⁸⁴ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, *op. cit.*, pp. 185-186, defiende la opción de la anulabilidad en cuanto que la persona con discapacidad pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias, “por ejemplo a través de la ratificación del acto realizado por quien era su representante pero se excedió en su actuación, bien porque contrató fuera de su poder de representación, bien porque lo hizo sin la autorización judicial requerida. En los casos más difíciles, en los que el interesado no pueda expresar esa voluntad *ex post* y la actuación indebida del curador no haya sido útil a la persona con discapacidad e implique «incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio», podría considerarse la remoción del curador”.

Ya hemos resaltado la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, principio general declarado en la Convención. Como bien nos hace ver PARRA LUCÁN, las decisiones propias de cada persona deben ser adoptadas por ella misma⁷⁸⁵ y, si no se encuentran en condiciones de decidir por sí mismas por no tener criterio suficiente, deberán recibir el apoyo de otras personas. En este sentido, el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad reafirma la idea de que estas son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones⁷⁸⁶ y, ni siquiera cuando hay representación debe prescindirse de las preferencias y de la voluntad de quien por sí solo no está en condiciones de tomar una decisión. Se ha de priorizar en todo caso la voluntad del propio interesado, ya sea la expresada antes de que sobreviniera la discapacidad, ya sea la expresada a través de la persona que presta el apoyo –curador o guardador–⁷⁸⁷. Se sitúa de esta forma a la voluntad y el respeto a los deseos y preferencias de la persona en el centro del nuevo orden legal; en palabras de PEREÑA VICENTE, “en el eje central de todas las instituciones de apoyo, impliquen o no representación”⁷⁸⁸.

En consonancia con la trascendencia que se da a esta autonomía e independencia de la persona con discapacidad, la propuesta del Proyecto de

⁷⁸⁵ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables...*, *op. cit.*, p. 13, hace referencia a decisiones que afecten al ámbito personal como la elección del lugar de residencia, las personas con las que quiere convivir, el estilo de vida, el número de hijos, los tratamientos que desee someterse, etc.

⁷⁸⁶ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 66, recuerda que “aunque el Derecho vigente no priva de este derecho, es muy oportuno que la ley lo consagre expresamente, ya que las derivas de la práctica han podido conducir, en algunos casos, a su anulación”.

⁷⁸⁷ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables...*, *op. cit.*, p. 13, insiste en que “sólo excepcionalmente, cuando ni siquiera con los apoyos de otras personas de su entorno y de su confianza pueda llegar a formarse una opinión propia sobre lo que quiere y le conviene, es admisible que la decisión sea tomada por otra persona en su lugar. Pero ni siquiera en este caso debe prescindirse de las preferencias, la personalidad, las creencias, la voluntad de quien por sí solo no está en condiciones de tomar una decisión”. En los casos en que sea la persona que presta el apoyo la que toma directamente la decisión en nombre de persona a la que asiste, deberá tener en cuenta todos los factores posibles para averiguar cuál podría haber sido su voluntad, señalando como posibles factores el comportamiento seguido en ocasiones anteriores por el propio interesado, sus valores, sus principios y su personalidad.

⁷⁸⁸ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 67. Por su parte, LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret 2*. 2020, p. 126, considera que la voluntad, deseos y preferencias de la persona aparecen “como límites y directrices que necesariamente han de seguir los encargados de suministrar los apoyos, incluso llegando a su comprensión por vía interpretativa”.

Ley, plantea, entre otras cuestiones, un cambio del sistema hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma se indica que “siguiendo los precedentes de otros ordenamientos jurídicos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer, una vez constatada la necesidad de apoyo”⁷⁸⁹.

La idea central del nuevo sistema propuesto es la de apoyo a la persona que lo precise⁷⁹⁰, y en la constitución de este sistema de apoyos debe predominar el respeto a la voluntad y a las preferencias de la propia persona que lo necesite, si bien en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones.

Por ello, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, es decir, las que puede tomar la persona interesada en previsión de una futura necesidad de apoyo, como son los poderes y mandatos preventivos y la denominada autocuratela⁷⁹¹. Estas medidas preventivas han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente⁷⁹², una vez constatada la necesidad de apoyo. Con ello se pretende revitalizar y potenciar tales medidas

⁷⁸⁹ Punto III de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley.

⁷⁹⁰ Apoyo que, como indica la Exposición de Motivos en el punto III y haciendo referencia a la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas de 2014, lo concibe como “un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”.

⁷⁹¹ Es la primera vez que se regula expresamente la autocuratela al estilo de la autotutela del artículo 223 párrafo 2º del actual Código Civil, en una subsección propia del capítulo IV del Anteproyecto destinado a la curatela.

⁷⁹² Por medidas que se establecen externamente se ha de entender aquellas que no provienen de las preferencias y la voluntad del interesado. Estas medidas externas serían las adoptadas *de facto* por el guardador de hecho, que a su vez se institucionaliza como medida jurídica de apoyo, o la curatela como única opción de apoyo de origen judicial, excluyendo en lo posible la curatela de naturaleza representativa.

de apoyo, institucionalizándolas como medidas suficientes y adecuadas, en detrimento de aquellas que provienen de una intervención judicial⁷⁹³.

En el ordenamiento jurídico español, se ha recurrido al principio de la autonomía de la voluntad –tradicionalmente instalado en el ámbito patrimonial– para extenderlo a otras materias del Derecho civil como el Derecho de familia y de la persona⁷⁹⁴. Tímidamente, en la reforma del Código Civil en materia de tutela operada por la Ley 1/1983, de 24 de octubre, se reconoció una pequeña presencia de la autonomía de la voluntad al permitir realizar a los padres algunas disposiciones respecto de sus hijos en relación con el nombramiento de tutor o el establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela (artículo 223), la posibilidad de actuación solidaria de los tutores (artículo 237) o la exclusión de determinadas personas del cargo de tutores (artículo 245). Con respecto a la voluntad del propio incapacitado, la autonomía de su voluntad quedaba únicamente reflejada en la posibilidad de comparecer en el procedimiento de incapacitación con su defensa y representación y ser oído en el mismo⁷⁹⁵.

Parte de la doctrina⁷⁹⁶ censuró la actitud del legislador ante esta escasa presencia legislativa de la autonomía de la voluntad en materia de incapacitación y el inexistente reconocimiento de la posibilidad de decisión del propio sujeto. Por el contrario, se proponía un mayor registro de las decisiones propias de la persona como el medio idóneo para la protección de las personas susceptibles de incapacitación. En este contexto, fue la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (en adelante, Ley 41/2003) la que, reformando algunos artículos del Código Civil y de la Ley de

⁷⁹³ En opinión de algún autor, este detrimento es “quizás, de modo excesivo, y con un cierto temor o poca confianza en la efectividad de la intervención judicial de modo compatible con los principios de la Convención”, MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 200.

⁷⁹⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, pp. 26-27, considera que “existe una tendencia notablemente acusada por parte del legislador de potenciar el recurso a la autonomía de la voluntad como el medio ideal para el tratamiento de las relaciones familiares [...] en cuanto a la inoperancia por parte del sistema para poder solventar los problemas que derivan de la convivencia entre personas. De esta forma se intenta que los tribunales no tengan que inmiscuirse más de lo estrictamente necesario en las relaciones más personales de los ciudadanos, encomendando a estos la función de autorregular sus intereses”.

⁷⁹⁵ En otros supuestos, como la posibilidad de audiencia para el nombramiento de su tutor –artículo 231 CC– o autorizar alguna decisión importante sobre su persona o bienes –artículo 273 CC–, se exige que tenga suficiente juicio.

⁷⁹⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p. 59.

Enjuiciamiento Civil, reconoció la autonomía de la voluntad como instrumento adecuado para el diseño de la futura protección del sujeto en materia de incapacitación, si bien hay que hacer notar que en el marco de algunos derechos civiles autonómicos existía ya un mayor reconocimiento de la voluntad del sujeto en lo referente al cuidado de su persona y bienes⁷⁹⁷.

Así, la Ley 41/2003 introdujo, por un lado, la posibilidad de constitución del llamado patrimonio protegido⁷⁹⁸ de la persona con discapacidad –concepto novedoso en nuestro sistema jurídico en aquel momento⁷⁹⁹–, y, por otro lado, teniendo en cuenta el debido respeto a la voluntad de la persona cuando es todavía plenamente capaz para el caso de que deje de serlo, las figuras jurídicas de la autotutela⁸⁰⁰ –al incluir el segundo párrafo del artículo 223 del Código Civil– y de los llamados poderes o mandatos preventivos –modificando el segundo párrafo del artículo 1732 del Código Civil–, como nuevos sistemas de protección. De esta manera, estas dos instituciones –la autotutela y los poderes o mandatos preventivos– pasaron a constituir las medidas preferentes en la determinación de apoyos para la persona con discapacidad basadas en su autonomía de la voluntad.

Es indudable la importancia de la autonomía económica en las necesidades de cualquier persona, pero aún mayor si cabe en las necesidades básicas y vitales de las personas con discapacidad. Es precisamente en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 (apartado I) donde, de una forma premonitoria, se señala que

⁷⁹⁷ En el Derecho catalán, la voluntad de la persona tuvo su relevancia al tratar las delaciones voluntarias de la tutela la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, en los artículos 172 y ss., norma hoy derogada, siendo sustituida por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, posibilitando la autotutela –dentro de las llamadas delaciones voluntarias, el artículo 222-4 se refiere a las delaciones hechas por uno mismo–, el poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad –artículo 222-2– y la asistencia –artículo 226-1 en cuanto señala que “la autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia”. Casi una década después de la regulación estatal de 2003, en el Derecho aragonés, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, introduce la delación voluntaria hecha por uno mismo o autotutela (artículo 108) o el mandato que no se extingue por la incapacitación o por la incapacitación (artículo 109).

⁷⁹⁸ Se trata de un patrimonio cuya creación por el propio interesado, por sus padres, tutores o curadores o cualquier persona con interés legítimo se fomenta en la ley con medidas fiscales entre otras cuestiones.

⁷⁹⁹ Ya en este contexto legislativo el concepto de discapacidad es diferente al de incapacidad, ya que no necesariamente esta figura de protección estaba dirigida exclusivamente a persona incapacitada judicialmente.

⁸⁰⁰ Por analogía, se introdujo la figura de la autocuratela.

“efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”. En nuestros días, uno de los objetivos para el desarrollo personal de las personas con discapacidad es conseguir un nivel de autonomía cada vez mayor, tanto desde el punto de vista personal –cuidados personales, vida independiente, relaciones afectivas, viajes, estudios, trabajo– como desde el punto de vista económico o patrimonial –realización de contratos, percepción de ingresos por remuneración laboral, por donaciones o por patrimonios protegidos, gestión de su patrimonio–, dependiendo mucho del grado de discapacidad y de sus necesidades específicas⁸⁰¹.

La autonomía de la persona, en cualquier ámbito de su vida, es tan importante que conlleva la capacidad para tomar sus propias decisiones, incluso el de oponerse a la constitución de un patrimonio protegido en su beneficio⁸⁰². No obstante, hay que tener en cuenta las dificultades reales en la gestión de cuestiones económicas o patrimoniales, agravadas cuando de éstas se ocupan las personas con determinada discapacidad, bien por desconocimiento para el ejercicio de sus derechos y la ejecución de actos jurídicos con consecuencias patrimoniales –incluso personales–, bien por la posibilidad de recibir influencias indebidas y poder sufrir el consiguiente abuso de confianza. Esta afirmación debe aplicarse básicamente a personas con una discapacidad psíquica o mental –discapacidad que afecte básicamente a su capacidad de discernimiento⁸⁰³– y

⁸⁰¹ La variedad de situaciones y de necesidades específicas de las personas con discapacidad son casi tantas como individualidades hay en cada persona con discapacidad. No es lo mismo el apoyo que necesita una persona con Síndrome de Down –cuya motivación en su autonomía personal o patrimonial supone un valioso aprendizaje para su desarrollo personal– que una persona afectada con Alzheimer –cuyo desarrollo personal irá cada vez en mayor regresión y el apoyo necesario deberá estar enfocado a su protección– u otra con una alteración mental esquizofrénica –cuyo desarrollo personal ya está consolidado necesitando apoyos para su estabilización–.

⁸⁰² Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, en su apartado III: “Sin embargo, cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico (artículo 10.1 de la Constitución), no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad”.

⁸⁰³ ALEMANY GARCÍA, M. (2018). “Igualdad y diferencia...”, *op. cit.*, p. 214, considera un grave error de la Convención “tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes y, en particular, el haber desconsiderado la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales”. En la misma línea, LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). “El principio de respeto a la voluntad...”, *op. cit.*, p. 117, es de la opinión de que “los principios de la Convención tendrían que ser matizados respecto de aquellas personas que padecen

no a personas con discapacidad física o sensorial que en poco o en nada afecta a su capacidad comprensiva. Por ello, la determinación de medidas de apoyo basadas en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad debe contar con la existencia de salvaguardas que eviten posibles abusos e influencias indebidas, tal y como se reconoce también en el art. 12.4 de la Convención⁸⁰⁴.

En este sentido, el reconocimiento de la capacidad natural de la persona con discapacidad para manifestar su voluntad, deseos y preferencias en la realización de actos personales o patrimoniales que le afecten, implica una valoración de su consentimiento que tenga en cuenta si es capaz de comprender la trascendencia del acto de que se trate⁸⁰⁵. En opinión de PARRA LUCÁN, “la exigencia rigurosa de capacidad se convierte así en un instrumento para evitar abusos de terceros”⁸⁰⁶. En los casos de personas con discapacidad intelectual, lo importante es que, en la medida de sus posibilidades, la persona forme una

demencias severas o limitaciones físicas que le impidan manifestar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones”.

⁸⁰⁴ ALÍA ROBLES, A. (2020). “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil* nº 2, febrero, p. 13, observa una discrepancia entre la referencia al término “derechos” que contiene el texto de la Convención (se utiliza la expresión “respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” en el apartado 4 del artículo 12) y el de “deseos” que utiliza el texto del Proyecto (que repetidamente hace alusión a “la voluntad, deseos y preferencias”, por ejemplo, en los artículos 249, 264, 268, 282 y 283; el artículo 270, sin embargo, sí que hace mención a “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”). A nuestro juicio, ello no debe ser una cuestión relevante ya que no desentona la expresión “deseos” de una persona que, junto con sus preferencias y su voluntad, se puede considerar como auténtico derecho.

⁸⁰⁵ En la realización de actos jurídicos celebrados ante Notario, el juicio notarial de capacidad, no concurriendo sentencia de modificación de la capacidad, puede impedir la celebración de tal acto jurídico. A este respecto y en relación con la capacidad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por personas con discapacidad psíquica o intelectual, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). “Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual”, *Revista de Derecho Privado*, núm.6, noviembre-diciembre, p. 66, señala que “es plausible pensar que en este juicio el Notario atendiendo a las condiciones o circunstancias concurrentes fruto de la discapacidad, observe una mayor vulnerabilidad o cierta dificultad para prestar un válido consentimiento al negocio al constatar en la adopción de las capitulaciones la influencia indebida o un desconocimiento palmario de lo establecido en ellas, dando como resultado acuerdos perjudiciales para el cónyuge o cónyuges”. Añade que esas carencias iniciales pueden ser subsanadas “con el asesoramiento del funcionario público como apoyo fundamental para la prestación de un consentimiento consciente al negocio, sin desdeñar el que en su caso pudieren prestar sus guardadores de hecho mediante una supervisión del contenido de las capitulaciones”.

⁸⁰⁶ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables...*, *op. cit.*, p. 139, que, refiriéndose a actos de carácter personal, hace mención a el artículo 22.1 de la Convención que dispone que “ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones”.

voluntad individual propia –con la asistencia y ayuda para ello de los mecanismos de apoyo si fuera necesario–, suficiente para el acto de que se trate⁸⁰⁷.

La necesaria autonomía de la persona con discapacidad –en igual medida en las personas con discapacidad psíquica⁸⁰⁸– conlleva el protagonismo de su voluntad en la toma de decisiones que afecten a su ámbito personal o patrimonial, pero, a nuestro juicio, ello no debe ser óbice para que, en aquellas situaciones en las que exista un grave e irreparable perjuicio para su persona o para su patrimonio– el problema puede plantearse en la determinación de la gravedad del perjuicio–, pueda entenderse que existe un conflicto de intereses entre la autonomía de la persona y la necesaria y debida protección a su persona y bienes, incluso eventuales desacuerdos y conflictos entre la persona con discapacidad y quien le presta el apoyo. En estos casos de disparidad de criterios –y únicamente en estos supuestos–, la toma de la correspondiente decisión debería incumbir a la autoridad judicial, que sólo convendría apartarse de la voluntad de la persona con discapacidad si fuera imprescindible para atender a su protección⁸⁰⁹.

El principio de autonomía aplicado a las personas con discapacidad presenta un doble aspecto: la autonomía física –referida a la accesibilidad al entorno⁸¹⁰– y la autonomía volitiva, que afecta a la toma de decisiones y es la que debe tener un mayor protagonismo en la adopción de medidas de apoyo para la persona con

⁸⁰⁷ LEGERÉN MOLINA, A. (2019). “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. (dir. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 171, menciona que “a fin de respetar las preferencias de la persona en todo momento, un presupuesto es dejar que tal voluntad *actúe y ayudarla* en los casos en que no pueda hacerlo sola”. Enmarcado en este tema, PARRA LUCÁN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables...*, *op. cit.*, p. 131, señala que a pesar de que la Ley 26/2011 ha introducido puntualmente la prestación del consentimiento por el propio interesado con los apoyos necesarios (para ser receptor de órganos, para prestar el consentimiento informado), los apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad intelectual no se han llegado a detallar, por lo que de momento, si se trata de una persona incapacitada, serán los titulares de la institución de guarda los llamados a prestar el apoyo.

⁸⁰⁸ PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derecho fundamentales...”, *op. cit.*, p. 31, matiza que “especialmente relevante es este proceso cuando la necesidad de establecer un instrumento de protección se deba a la existencia de una enfermedad mental que, por su interacción con otras circunstancias, implique instaurar una medida de protección”.

⁸⁰⁹ LEGERÉN MOLINA, A. (2019). “La relevancia de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 171, apunta que la intención es buscar “un punto de equilibrio entre la autonomía que se les ha de reconocer y su efectiva protección”.

⁸¹⁰ El Preámbulo de la Convención, apartado v), reconoce “la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural”, en un concepto más amplio que el que dio origen a la noción de accesibilidad centrado en la eliminación de barreras arquitectónicas.

discapacidad⁸¹¹. Es en la autonomía volitiva en donde debemos aplicar e interpretar el principio de autonomía de la voluntad como eje prioritario en la adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad. A este respecto, la persona con discapacidad debe desarrollar su propio proceso para decidir por sí misma y tomar, en la medida de lo posible, sus propias decisiones⁸¹².

La autonomía volitiva, a su vez, presenta una doble vertiente: la autonomía preventiva, que se manifiesta en el respeto de la voluntad de la persona en la toma de decisiones para supuestos futuros de necesidad de apoyos, y la autonomía consustancial a la persona, que se manifiesta en el espacio de cuestiones personales y derechos de la personalidad en relación con su capacidad natural. Esta libertad que afecta al proceso en la toma de decisiones, como bien indica PEREÑA VICENTE, “no es otra cosa que lo que jurídicamente denominamos la formación de la voluntad, cuya manifestación es el consentimiento”, y precisamente es aquí donde puede aparecer esa tensión “entre lo que se desea y lo posible, entre los deseos y los intereses contradictorios, entre la voluntad individual y la autoridad”⁸¹³.

En la primera vertiente preventiva es donde cabe encajar los supuestos de autotutela, poderes preventivos y disposiciones voluntarias o medidas *ad hoc* contenidas en documentos de voluntades anticipadas⁸¹⁴. Estas medidas se relacionan con la evolución que pueda atravesar la capacidad del sujeto, sobre

⁸¹¹ PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión...”, *op. cit.*, pp. 196-205, configura los “perfiles del principio de autonomía” distinguiendo entre autonomía física y autonomía volitiva.

⁸¹² LEGERÉN MOLINA, A. (2019). “La relevancia de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 195, identifica este proceso con el denominado “principio de confianza” según el cual sea uno mismo el que decida el destino de su propia existencia, lo cual ayuda de manera notable al crecimiento personal, a la autoestima y al libre desarrollo de la personalidad. PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 31, lo califica como “favorecer el empoderamiento de la persona a través del proceso de toma de decisiones”.

⁸¹³ PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 36-37.

⁸¹⁴ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 34, enfoca estas medidas volitivas, desde la nueva visión del Anteproyecto de Ley de 2018 de reforma en materia de discapacidad, como medidas de apoyo “anticipatorias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toman por el interesado *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo”. En este sentido, la autora hace referencia al punto nº 12 del *Memorandum* explicativo de la Recomendación CM/Rec (2009)11 que “dice que las medidas dirigidas a la incapacidad pueden clasificarse en dos grandes categorías: reactivas y anticipatorias. Las primeras se inician después de aparecida la incapacidad y generalmente requieren la intervención de una autoridad judicial u otra autoridad pública. Las anticipatorias son establecidas por la persona capaz, antes de la pérdida de la capacidad”.

todo cuando la propia persona prevé que progresivamente va perdiendo capacidad por la avanzada edad o por enfermedad y se anticipa a sus propias necesidades de acuerdo con su voluntad⁸¹⁵.

La adopción de estas medidas preventivas y anticipatorias por la propia persona es una forma de autorregulación en el ejercicio de su capacidad jurídica y una manifestación de su autonomía de la voluntad, siendo sus principios informadores, entre otros, el respeto a la dignidad de la persona, la subsidiariedad o mínima intervención, la proporcionalidad o flexibilidad de la medida y el respeto a la voluntad, derechos y preferencias de la persona⁸¹⁶. Como ya hemos apuntado, esta senda de la autorregulación fue iniciada con la Ley 41/2003, a propósito de la protección patrimonial de las personas con discapacidad –para algunos, a la vista de la poca eficacia de los mecanismos de protección institucional–, como otros instrumentos de apoyo y asistencia, encaminados a conseguir un sistema más flexible de protección.

Pero la autonomía volitiva tiene también la vertiente de basar las medidas legales de apoyo y las salvaguardas adecuadas para el ejercicio de los derechos de la persona protegida –adoptadas por un agente externo a la propia persona, normalmente un órgano judicial⁸¹⁷– en la voluntad y las preferencias de la persona a la que van dirigidas estas medidas, de tal forma que se adopten respetando sus deseos y su voluntad en la toma de decisiones en supuestos de necesidad de apoyos. En cualquier caso y partiendo del respeto a la autodeterminación de la persona, estas medidas reactivas –que son las

⁸¹⁵ Los supuestos pueden referirse a cuestiones generales de índole personal, como la salud o el domicilio, o de índole patrimonial o a actos concretos de cualquier naturaleza. Caben también otras alternativas basadas en la autonomía de la voluntad pero que se mueven en el campo contractual, como pueden ser el acogimiento de personas mayores o la realización de un contrato de alimentos, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación?...”, *op. cit.*, p. 28, que pone de manifiesto que no son excluyentes por lo que “conjugando unas y otras es perfectamente posible que el interesado diseñe su propio modelo de tutela integral, tanto de su persona como de sus bienes, evitando la necesidad de acudir a la incapacitación”.

⁸¹⁶ Las medidas de autorregulación, frente a las medidas de heterorregulación, es la terminología utilizada por ALÍA ROBLES, A. (2020). “Aspectos controvertidos del Anteproyecto...”, *op. cit.*, p. 9, respecto a la nueva regulación de los poderes y mandatos preventivos en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Como medidas de heterorregulación recogidas en el texto legislativo nombra la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial –no la tutela en cuanto que el nuevo texto legal aboga por su desaparición en el contexto de la discapacidad.

⁸¹⁷ Son denominadas medidas legales, reactivas o *ex post* –frente a las preventivas o *ex ante* apuntadas anteriormente–, por GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 34.

instituciones jurídicas de guarda establecidas legalmente como mecanismos de apoyo, que en principio nada ha previsto el interesado al respecto–, deben ser tenidas como medidas subsidiarias de las medidas anticipatorias o preventivas, debiendo primar éstas sobre aquéllas⁸¹⁸.

Esta es la dirección seguida por la Convención que recoge entre sus postulados el del respeto a las decisiones personales. Las medidas de salvaguarda reconocidas en la Convención no tienen como finalidad esencial proteger a la persona sino básicamente salvaguardar su voluntad. Ya en el Preámbulo⁸¹⁹ se reconoce “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” y en el primero de los principios recogidos en el artículo 3 se consagra “la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones”. En el mismo sentido y como ya hemos indicado anteriormente, el apartado 4º del artículo 12 establece que, en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas, que deben respetar “la voluntad y las preferencias de la persona”. La Convención establece con ello que las salvaguardias proporcionadas por los Estados, adecuadas y efectivas, para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos, asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetarán los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

En este sentido, al principio rector de protección de la persona con discapacidad –que con anterioridad era la máxima principal en materia de discapacidad– le ha sido contrapuesto, en el contexto de la Convención, el principio de autonomía de

⁸¹⁸ Esta es una de las ideas básicas del texto del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al prever que las medidas de apoyo de origen legal o judicial –denominadas en el Proyecto “instituciones de apoyo”– solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona que se trate, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 34. En el mismo sentido, PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p. 13, que apunta que uno de los criterios concretos sobre los que se debe asentar la regulación proyectada de la discapacidad en el Código Civil es la “preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación de la discapacidad, es decir, de la regulación privada sobre la regulación legal o judicial”, si bien admite la “posibilidad de coexistencia de medidas de autorregulación con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes”.

⁸¹⁹ Apartado n) del Preámbulo de la Convención.

la voluntad, siendo los deseos y las preferencias de la persona lo que debe primar en la determinación de las medidas de apoyo⁸²⁰.

Como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, esta idea ya fue puesta de manifiesto en la Observación General 1ª del Comité de Naciones Unidas al establecer que estas medidas han de estar “destinadas a asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”. Añade además que “cuando no sea posible determinar esa voluntad y esas preferencias después de haber hecho un esfuerzo considerable, el modelo del «interés superior» o del «mejor interés» de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de «la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias»”.

La cuestión sobre si el mejor interés o el interés superior de la persona con discapacidad debe ser uno de los principios de actuación, junto con la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias, es uno de los puntos de gran relevancia sobre los que gira el cambio profundo que se debe llevar a cabo en materia de discapacidad. Hasta el momento parecía que, a semejanza de las actuaciones en materia de menores de edad, en donde el interés del menor se configura como el objetivo prioritario⁸²¹, las preferencias de las personas con discapacidad, a la hora de diseñar su modelo de apoyo, quedaban soslayadas y suplantadas bajo el paraguas de actuar en su interés. Pero la referencia de la Convención a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en la determinación de su medida de apoyo y la invocación generalizada – tanto legalmente como jurisprudencial y doctrinalmente– al mejor interés de la persona

⁸²⁰ PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión...”, *op. cit.*, p. 196.

⁸²¹ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece, ya en la Exposición de Motivos, como principio general el de que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor. En ese sentido, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dando nueva redacción al artículo 2, recalca el interés superior del menor; así, el punto 1 dispone que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.” Asimismo, hemos de indicar que está en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha de 19 de junio de 2020, que entre otras disposiciones normativas, modifica la citada Ley 1/1996.

en la determinación de esas medidas, ha sido y sigue siendo un tema controvertido en el que no hay aún un juicio único y definido.

El planteamiento propuesto en la reforma proyectada cambia la situación en la búsqueda de los mecanismos de apoyo, eliminando el criterio del interés de la persona con discapacidad como pauta para la determinación de una medida de apoyo, centrándolo únicamente en el respeto a su voluntad y a sus preferencias⁸²². A este respecto, no se recoge en ninguna parte del texto del Proyecto que las personas que prestan el apoyo deban actuar en el mejor interés de la persona a la que asisten⁸²³. No obstante, y a pesar de que no hay una manifestación legal expresa al respecto⁸²⁴, creemos que, sin llegar a ser incompatible, se ha de añadir la consideración del beneficio o mejor interés de la persona como aspecto para tener en cuenta –en mayor o menor medida– en la determinación de las salvaguardas adecuadas⁸²⁵, como pasaremos a tratar a continuación.

⁸²² Al contrario de lo que regula el mismo Proyecto con respecto a la tutela de menores en donde la referencia a su interés es expresa en la redacción dada al artículo 227 CC cuando se regula el ejercicio de la tutela por parte de los tutores, si bien con alusión a la personalidad del menor y con respeto a sus derechos. Debe hacerse notar que una de las novedades de la nueva regulación es la desaparición de la tutela en mayores de edad, estableciéndose en su lugar y en los casos estrictamente necesarios y cuando proceda, la denominada curatela representativa.

⁸²³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, pp. 32-33, es tajante al afirmar que “el Anteproyecto de Ley establece la prioridad absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad” e indica que el Anteproyecto –y ahora el Proyecto– “coloca la voluntad, deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés”. Incluso señala que “parece conveniente suprimir algunas referencias al interés de la persona con discapacidad que todavía se contienen en algunos de los preceptos de la parte elaborada por la Sección Procesal, donde aún se alude al mentado interés de la persona con discapacidad como guía de actuación”.

⁸²⁴ Hemos de apuntar que lo establecido en la Observación General nº 1, según argumentación doctrinal ya referida y que compartimos –DE SALAS MURILLO, S. (2018). “Significado jurídico del ‘apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica’...”, *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019). “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas...”, *op. cit.*, p. 255–, aunque los Estados no puedan ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales de estos comités, no cabe hablar en términos de obligación en sentido jurídico.

⁸²⁵ Sigue esta línea de pensamiento SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre), p. 423, que destaca que “resulta insuficiente también que el Proyecto haya omitido el interés superior de la persona con discapacidad como criterio de actuación para tener en cuenta por quien presta el apoyo, poniendo el acento exclusivamente en la voluntad de la persona. En fin, parece que dicho texto solo contempla los supuestos en que la persona conserva sus capacidades volitivas e intelectivas en mayor o menor medida desatendiendo los supuestos más graves”.

3.1 El criterio del mejor interés de la persona con discapacidad en contraposición a sus deseos y preferencias en la determinación de las medidas de apoyo

El beneficio o el interés de la persona necesitada de apoyo como criterio principal en la determinación de las medidas de asistencia para las personas con discapacidad es una de las cuestiones controvertidas en relación con la preferencia de la manifestación de su voluntad en la adopción de tales medidas. En este sentido, ni la doctrina ni la jurisprudencia es pacífica al respecto.

Hasta la actualidad, la actuación en beneficio de la persona con discapacidad y el establecimiento de las medidas de apoyo en su mejor interés ha sido –y de momento lo sigue siendo– uno de los objetivos en las acciones de protección a las personas con discapacidad⁸²⁶, a pesar de la ausencia de una consagración legal expresa del interés superior de la persona con discapacidad⁸²⁷.

Puede hacerse un paralelismo de este principio del interés superior de la persona con discapacidad con el del interés del menor pero, a diferencia de éste que ha sido consagrado por el legislador⁸²⁸, aquel apenas ha tenido reconocimiento legal en nuestro ordenamiento jurídico⁸²⁹, si bien es cierto que la expresión

⁸²⁶ Esta fue la postura del Consejo de Europa que, en la Recomendación Nº R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, de 23 de febrero de 1999, en el Principio 8, titulado “Preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada” apunta que “1. Cuando se instaure o se ponga en práctica una medida de protección de un mayor incapacitado, los intereses y el bienestar de este último deben ser tomados en consideración de manera preeminente. 2. Este principio implica en concreto que la elección de una persona para representar o asistir al mayor incapacitado debe regirse ante todo por la aptitud de esta persona para proteger y promover los intereses y el bienestar del mayor en cuestión. 3. Este principio implica igualmente que los bienes del mayor incapacitado sean gestionados y utilizados en su provecho y para asegurar su bienestar”.

⁸²⁷ Así lo indica PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente), Ed. Dykinson, Madrid, p. 121.

⁸²⁸ El artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la nueva redacción dada por la modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

⁸²⁹ El artículo 216 CC hace referencia al interés de los incapaces, junto con el de los menores, cuando permite al juez adoptar las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 respecto de los hijos.

“beneficio del incapacitado” o “beneficio del tutelado” –asimilable la idea de beneficio a la del interés– sí que ha tenido mayor predicamento en los textos legales⁸³⁰.

La Convención hace continuas referencias a la “libertad de tomar sus propias decisiones” (artículo 3) o a respetar “la voluntad y las preferencias de la persona” (apartado 4º del artículo 12). No cabe duda de que ello es lo más adecuado y lo procedente de acuerdo con el principio de dignidad consagrada constitucionalmente para todas las personas. Pero no hay consenso doctrinal acerca de si la Convención recoge implícitamente el interés de la persona con discapacidad como principio subyacente a sus postulados.

Para un sector de la doctrina liderado por GARCÍA RUBIO, la alusión al interés del discapacitado “no es nada conforme con los dictados de la Convención de las Naciones Unidas para la que de ninguna manera el interés de la persona con discapacidad puede prevalecer sobre su voluntad, deseos y preferencias”⁸³¹. En este sentido, se alega que dicho interés no aparece mencionado en la Convención⁸³², y “no solo dicho interés no aparece mencionado en el párrafo citado, ni en ninguno otro de la CDPD, sino que la Observación General Primera del Comité lo excluye de manera tajante”⁸³³. Se hace alusión a las repetidas referencias que ha hecho el Comité de Expertos de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la Observación general nº1 (2014) sobre el artículo 12 de la Convención⁸³⁴, a los derechos a la voluntad y a las preferencias de las personas con discapacidad. Así, el punto 17 de esta

También en el artículo 299 CC cuando se señala que “se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses” de la persona defendida. En el ámbito procesal, el artículo 749.1 LEC establece que “el Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”; y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en los artículos 18,19 y 45, se hace referencia a los intereses de una persona con la capacidad modificada legalmente.

⁸³⁰ Así, los artículos 224, 233, 234, 235, 245 y 246 todos ellos del Código Civil. En su momento, algún autor consideró que debería “consignarse el principio general del Derecho de mayor interés de la persona con discapacidad ya que su positivización... contribuiría a evitar problemas”, GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 174.

⁸³¹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 168.

⁸³² Por el contrario, la STS de 17 septiembre 2019, (Roj: STS 2820/2019), aludiendo a su vez a otras sentencias de 2015 y 2018, aprecia que “el interés superior del discapaz es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad” (FJ 2º).

⁸³³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*

⁸³⁴ 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014).

Observación general expresamente señala que “el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”; el punto 20 indica que “el objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”; el punto 21 establece que “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”⁸³⁵; y el punto 29 matiza que “un régimen basado en el apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos”.

A este respecto y de acuerdo con esta interpretación que da el Comité de Expertos en la Observación general⁸³⁶, no se recoge en ninguna parte del Proyecto de Ley que las personas que prestan el apoyo deban actuar en el mejor interés de la persona a la que asisten⁸³⁷.

En contraposición, para otros autores, el interés de la persona con discapacidad, a pesar de no ser un principio que se explicita en la Convención, sin embargo, sí

⁸³⁵ El punto 21 se refiere a que “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”.

⁸³⁶ Algunos autores cuestionan la vinculación jurídica que tiene esta Observación General a los Estados a los que va dirigida en cuanto que, si bien estos tienen la obligación de cumplir los tratados de buena fe, no debiendo ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales de este tipo de Comités, no cabe hablar en términos de obligación en sentido jurídico, por lo que “un Estado parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor, pero tiene el derecho de rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria”. Así lo expresa DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, p. 2231.

⁸³⁷ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, pp. 32-33, refiriéndose al Anteproyecto antesala del Proyecto de Ley, es tajante al afirmar que “establece la prioridad absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad” e indica que “coloca la voluntad, deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés”. Incluso señala que “parece conveniente suprimir algunas referencias al interés de la persona con discapacidad que todavía se contienen en algunos de los preceptos de la parte elaborada por la Sección Procesal, donde aún se alude al mentado interés de la persona con discapacidad como guía de actuación”.

puede parecer que es un principio implícito en ella al establecer que los Estados Partes asegurarán que, en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionarán salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos (ex artículo 12) ⁸³⁸. De esta forma se pronuncia expresamente sobre la necesidad de evitar abusos, influencias indebidas y conflicto de intereses en la persona sobre la que recaen las salvaguardas, por lo que ello puede suponer actuar en su interés y beneficio, evitándole daños y perjuicios aunque no coincida con la voluntad expresada.

Una interpretación intermedia es la expresada por PAU PEDRÓN según la cual la orientación principal –y entendemos que no única– de la protección o el apoyo prestados a la persona con discapacidad es, según la Convención, la obtenida por el conocimiento y el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Siguiendo sus palabras, esa protección o ese apoyo “no se han de ejercitar *de un modo objetivo* –«en interés de las personas con discapacidad»–, sino *de un modo subjetivo* –«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona»”⁸³⁹. Queda así relegada, pero no excluida, la idea de qué es lo mejor para la persona con discapacidad⁸⁴⁰, o cuál es su mejor interés, debiendo primar en la determinación de los medios de apoyo la averiguación y la mejor interpretación de la voluntad de la persona. De esta forma y de acuerdo con esta doctrina, primero ha de tenerse en cuenta la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad y solo cuando la voluntad no puede expresarse, puede

⁸³⁸ Esta es la interpretación que da ALÍA ROBLES, A. (2020). “Aspectos controvertidos del Anteproyecto...”, *op. cit.*, p. 17, abogando por la presencia implícita del principio del interés de la persona con discapacidad en el texto de la Convención. PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 122, también considera que “la idea de interés no es ajena a la Convención de Naciones Unidas y, en concreto, al artículo 12”. Considera también el interés de la persona como mecanismo para evitar abusos, influencias indebidas o conflicto de intereses, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2020). “¿Tutela o curatela? Comentario a la sentencia 118/2020, de 19 de febrero”, *Centro de Estudios de Consumo*, 12 de marzo de 2020, p. 6, ya que –a propósito de la consideración de la curatela como institución adecuada para el amparo y protección de las personas con discapacidad– apunta que “se respeta la autonomía personal de la persona con discapacidad, porque en ella permanece la iniciativa para la conclusión del acto, pero se la protege al imponer la intervención de una tercera persona que, teniendo siempre presente su interés, le asiste en la conclusión del acto de que se trate o, en su caso, ejercita la acción de anulación del acto que, concluido sin su asistencia, es perjudicial y contrario al interés de la persona con discapacidad (conflicto de intereses o influencia indebida)”.

⁸³⁹ PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p.8.

⁸⁴⁰ PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, p.8, incluso señala que la expresión “interés de la persona con discapacidad” no aparece nombrado en ningún momento en la Convención, a diferencia de la expresión “interés del niño” que aparece mencionado tres veces.

entrar en juego el criterio del interés, situando este interés por detrás de la determinación de su voluntad, deseos y preferencias⁸⁴¹.

La nueva regulación prevé el supuesto en que, en situaciones excepcionales, la voluntad de la persona no pueda ser expresada –por discapacidades intelectuales severas o demencias muy avanzadas, estado de coma permanente, etc.–, no siendo posible, incluso mediante apoyos, saber cuál es la voluntad de la persona⁸⁴². En estos casos hay que acudir a las necesarias acciones de representación o apoyos intensos con funciones representativas en los que, después de tener en cuenta en la medida de lo posible su voluntad, deseos y preferencias, y pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, se deberá tener en cuenta las consideraciones sobre su vida, sus valores, las opiniones, preferencias y juicios sobre situaciones parecidas, expresadas en algún momento por la persona a la que se va a asistir, y que deben ser tenidas en cuenta por la persona encargada de la asistencia con funciones representativas. Ello, a nuestro juicio, implica el que pueda entrar en juego la aplicación del criterio del mejor interés de la persona a la que se asiste.

Del mismo modo, apostamos por la presencia y la determinación del criterio de su mejor interés cuando la persona manifiesta su voluntad pero bajo unas insuficientes condiciones de autonomía y consciencia, incluso cuando la libertad se expresa pero de forma contradictoria, de manera que pueden perjudicar gravemente sus intereses personales y/o patrimoniales⁸⁴³. En estos casos, aunque debamos realizar el esfuerzo para reconstruir –y en algunas ocasiones, sólo construir– una decisión de acuerdo con la trayectoria vital de la persona a

⁸⁴¹ Cuestión distinta de la preferencia de la voluntad sobre el interés es la “supremacía del interés de la persona con discapacidad”, cuando éste entra en colisión con el interés de otras personas, PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁸⁴² Esto queda reflejado en el párrafo 3º del proyectado artículo 249 CC, plasmando lo establecido en el punto 21 de la Observación, al establecer que “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”.

⁸⁴³ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, p. 131, se pregunta: “¿Se tendrá que respetar la voluntad aunque genere un grave perjuicio personal o patrimonial? ¿Qué ocurrirá cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona? ¿Qué ocurrirá cuando la persona manifieste voluntades contradictorias?”.

la que se asiste, de acuerdo a 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, hay que acudir al criterio del mejor interés de la persona con discapacidad para no desprotegerla o perjudicarla.

Para explicar la dicotomía existente entre interés de la persona y su voluntad como elementos a considerar para la determinación de una medida de apoyo, PEREÑA VICENTE distingue entre el estándar de intervención y el estándar de actuación⁸⁴⁴. El estándar de intervención justifica la adopción de medidas de protección o apoyo para la persona necesitadas de ella⁸⁴⁵ y actualmente se identifica con las causas de incapacitación expresadas en el artículo 200 CC. Por el contrario, el estándar de actuación es la guía que dirige la adopción de tales medidas por parte de los principales intervinientes, que fundamentalmente son el órgano judicial que establece la protección adecuada y los apoyos necesarios y la persona o personas que los llevan a cabo –básicamente la curatela y el curador respectivamente–. Y es en este estándar de actuación donde se ha generado el debate acerca de si la voluntad y preferencias de la persona deben ser el único criterio en la determinación de las medidas de apoyo, frente al pretendido interés de la persona protegida, o puede también compaginarse con el criterio del mejor interés de la persona.

El sector doctrinal que prima la voluntad frente al interés de la persona parte de la base de la incompatibilidad⁸⁴⁶ entre ambos criterios. En este sentido, GARCÍA RUBIO, una de las autoras que defiende esta tesis, considera que entre los principios básicos en el tratamiento jurídico de la discapacidad está el de la autonomía individual –incluida la libertad personal de tomar las propias decisiones–, de tal manera que el sistema de sustitución en la toma de

⁸⁴⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, pp. 119-120.

⁸⁴⁵ No debe entenderse como destinataria de estas medidas a las personas con discapacidad en general por ser éste un término demasiado amplio. PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 121, prefiere utilizar la expresión genérica de “persona protegida” en vez de la de discapacitado utilizada por el Código Civil o la demasiado general de persona con discapacidad utilizada por la Convención de Naciones Unidas.

⁸⁴⁶ De “radical incompatibilidad” la califica PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 121.

decisiones, de carácter eminentemente paternalista⁸⁴⁷ y basado en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad, debe ser reemplazado por un sistema de apoyos a la persona en la toma de sus propias decisiones⁸⁴⁸. En este sistema de apoyos, y siguiendo lo indicado por la Observación del Comité, se deben establecer todas las medidas de salvaguarda, adecuadas y efectivas, para que se asegure el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y que cuando no sea posible determinar esa voluntad y esas preferencias, después de haber hecho un esfuerzo considerable, el modelo del “interés superior” o del “mejor interés” de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de “la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias”⁸⁴⁹.

Esta opción interpretativa respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4, de la Convención, y reafirma que debe “quedar claro que el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas”⁸⁵⁰. Por todo ello y para esta parte de la doctrina, como concluye al respecto la propia Observación del Comité, el principio del “interés superior” no es una salvaguarda que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos, y 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.

⁸⁴⁷ Expone un argumento “pro paternalismo”, ALEMANY GARCÍA, M. (2018). “Igualdad y diferencia...”, *op. cit.*, pp. 202-204, que justifica el paternalismo sobre personas con discapacidad utilizando un interesante razonamiento por analogía con los menores de edad.

⁸⁴⁸ Señala que “toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que considera el «interés superior» objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias”, GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 12, considerando que la Convención de Naciones Unidas “obliga a expulsar de los ordenamientos jurídicos de los Estados destinatarios este tipo de regímenes y este tipo de figuras”.

⁸⁴⁹ La Observación General del Comité establece textualmente en su punto 21 que «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”». GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*, señala que esto es lo que algunos llaman “interés preferido”. En la misma línea, TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 105, declara que “se rechaza, así, el criterio del «mejor interés» o del «interés superior» porque la sustitución había evidenciado los enormes abusos a los que se habían visto sometidas, en nombre de tal principio”, no negando, aún así, que, de acuerdo a la Convención y al Comité, el apoyo pueda ser de muy elevada intensidad.

⁸⁵⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, pp. 8 y 11.

Por el contrario, otros autores propugnan el principio del mayor interés de la persona con discapacidad como un principio general del Derecho⁸⁵¹ –y como tal directamente aplicable–, por lo que bastaría invocar al superior interés de la persona para la determinación del apoyo más adecuado. Para esta alternativa, el interés superior de la persona con discapacidad es perfectamente compatible, incluso preferente, como criterio, junto con la voluntad, las preferencias y deseos de la persona con discapacidad, en la determinación de cualquier medida de apoyo para ella.

Una tendencia intermedia intenta buscar una interpretación integradora que persiga un equilibrio entre ambos fundamentos, el de la voluntad y el del interés. PEREÑA VICENTE⁸⁵² aborda esta cuestión entendiendo que la causa y justificación de la intervención –delimitando la intervención a la adopción de medidas de protección o apoyo para la persona necesitadas de ella– no puede ser solo la voluntad. Considera, por un lado, que “la causa no puede ser otra que la existencia de una falta de habilidad de la persona para tomar decisiones”, siendo la capacidad cognitiva y volitiva de la persona el indicador adecuado para evaluar la adecuada capacidad de la persona para expresar su voluntad y preferencias y tomar decisiones. Y, por otro lado, que “la justificación de la intervención no puede ser otra que salvaguardar el interés superior de la persona y asegurar el ejercicio de sus derechos, eso sí, respetando en cuanto sea posible su voluntad y preferencias”. Consagra, con ello, el interés superior de la persona protegida como estándar de actuación –entendido el estándar de actuación como la guía que dirige la adopción de las medidas de apoyo– junto a la voluntad.

⁸⁵¹ GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 174, al hilo de la exigencia de que se incorpore expresamente este principio al texto legal para evitar dudas de interpretación, considera que «aunque desde la perspectiva de los principios generales del Derecho no sería necesaria la promulgación de dicha ley especial, es claro que si la misma se produce debería en ella consignarse el principio general del Derecho de mayor interés de la persona con discapacidad ya que su positivización... contribuiría a evitar problemas». En el mismo sentido, DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2013). “La curatela y el discapacitado desde el prisma del ‘principio del superior interés de la persona con discapacidad’. Estudio jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 740, p. 4128, que además de erigir el interés del discapacitado como principio general del Derecho privado, apunta que “constituye *per se* un principio constitucional (derivado del art. 10 CE), en relación con el artículo 14 CE y uno de los principios rectores amparados por nuestra Constitución, el artículo 49”, considerándolo “como instrumento informador de instituciones que afectan a las personas que se pretende proteger, proporciona criterios de interpretación y además, deviene norma supletoria de aplicación cuando proceda, a falta de otra norma especial”.

⁸⁵² PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención...”, *op. cit.*, p. 138.

Desde esta posición integradora, la consideración al interés de la persona protegida⁸⁵³ tiene una doble función: en primer lugar, como criterio secundario de actuación en los supuestos en donde no es fácil ni evidente determinar cuáles son los deseos y preferencias de la persona, ni siquiera intuir qué decisión sería la más ajustada a sus valores y estilo de vida, o la persona manifiesta voluntades contradictorias o cambiantes; en segundo lugar, como criterio moderador de la voluntad libremente manifestada por la persona cuando ésta genera un grave y evidente perjuicio, ya sea personal o patrimonial –a pesar de haber emitido libremente su voluntad–. Desde nuestro punto de vista, esta segunda función de la consideración al interés de la persona es la que mayor controversia pueda originar, sobre todo por la dificultad que entraña determinar objetivamente cuál es el mejor interés de la persona concernida⁸⁵⁴. Es en este aspecto donde cabría preguntarse la posibilidad del derecho a equivocarse que trataremos más adelante.

En suma, para esta tesis, el interés superior de la persona junto a la manifestación de su voluntad, sus deseos y preferencias, expresadas libremente, deben servir como guía que dirija la adopción y determinación de cualquier medida de apoyo a la persona con discapacidad.

Esta opción es, desde nuestro criterio, la más adecuada en cuanto que combina la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones – principio general declarado en la Convención en el artículo 3, letra a)– con la necesaria guarda y protección de su persona. Es por ello, por lo que estimamos se ha de tener en cuenta su voluntad, preferencias y deseos en primer lugar y

⁸⁵³ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención...”, *op. cit.*, pp. 121 y 125, señala gráficamente al principio del interés de la persona como “la diana de la corriente de pensamiento que trata de convertir la voluntad de la persona en el único estándar de actuación” – refiriéndose con esta corriente de pensamiento al sector doctrinal que prioriza la voluntad frente al interés. No obstante, considera “necesario que la ley sitúe el respeto de la voluntad y preferencias en el centro del sistema, consagrando instrumentos eficaces que lo garanticen”, pero se pregunta “si será necesario sacrificar el interés superior de la persona para ello”.

⁸⁵⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención...”, *op. cit.*, p. 139, considera que el límite para determinar el mejor interés de la persona podría ser que “la persona no pueda tomar una decisión que le exponga a un riesgo de sufrir un daño o perjuicio, personal o patrimonial, que le impida en el futuro vivir conforme a lo que es su estilo de vida y preferencias y que no habría tomado, de acuerdo con sus parámetros, si hubiese tenido plenas facultades mentales”. También hace mención a que la decisión pueda provocar un resultado contrario a la autonomía y a la dignidad de la persona, principios básicos de la Convención.

de manera prioritaria, y, de forma secundaria y sin perder de vista el objetivo de su protección, su mejor o superior interés.

El debate planteado se refiere, por tanto, a si el criterio del mejor interés de la persona con discapacidad puede estar en contraposición a la voluntad, deseos y preferencias manifestadas expresamente por la persona asistida en la determinación de sus medidas de apoyo. Nuestra postura considera que, como argumenta DE SALAS MURILLO⁸⁵⁵, debe ser posible, y necesario, el equilibrio entre el principio de respeto a la voluntad y preferencia de las personas –como criterio principal y prioritario– y el principio del mejor interés de la persona con discapacidad –que entraría en juego de modo excepcional y subsidiario–. Ahora bien, debemos insistir que se ha de tener en cuenta, en la medida de lo posible, su voluntad, deseos y preferencias.

A esta cuestión se refirió el asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de marzo de 2017⁸⁵⁶ que consideró, en relación con la decisión acerca de la elección del lugar de residencia, que debía prevalecer el interés de la persona frente a su voluntad, en disonancia con el criterio del Comité de Naciones Unidas. Las circunstancias que tuvo en cuenta el Tribunal para hacer prevalecer en este supuesto el interés fueron la valoración de la capacidad de la persona para comprender las consecuencias de su decisión⁸⁵⁷.

En este marco interpretativo, hay voces disonantes con la propuesta del Proyecto de eliminar el interés de la persona con discapacidad como uno de los criterios de adopción de medidas de apoyo⁸⁵⁸, tanto en la actuación por parte de las

⁸⁵⁵ DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos...”, *op. cit.*, p. 2232.

⁸⁵⁶ Case of A.-M.V.V. Finland (Application nº 53251/13) en donde se resuelve la elección del lugar de residencia de un joven finlandés de 19 años, que bajo la asistencia de un “protector profesional” –terminología derivada de la traducción al español de la sentencia en referencia al Derecho finlandés– se decide un lugar de residencia diferente al que él manifestó de una forma clara y firme.

⁸⁵⁷ “Con ello, el tribunal sienta la doctrina de que no toda voluntad puede tener la misma relevancia ya que la capacidad cognitiva viene determinada por la capacidad de la persona a comprender las consecuencias de sus decisiones”, según mantiene PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 132. Añadiríamos el comentario que hace al respecto CUADRADO PÉREZ, C. (2019). “Modernas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 45, cuando manifiesta que “este Tribunal no sacraliza las preferencias de los sujetos con discapacidad intelectual cuando estima que carecen de la capacidad necesaria para entender y querer sus propias elecciones”.

⁸⁵⁸ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 130, considera que la desaparición del interés superior de la persona protegida como criterio de

personas que prestan tal apoyo –curador, guardador de hecho– como en la justificación de la intervención por parte del órgano judicial que la dicte, motivando en la sentencia la necesidad de la medida. En este sentido, estas voces entienden que, si bien es importante tener en cuenta la voluntad y preferencias de la persona en el momento de determinar sus medidas de apoyo, deben tenerse en cuenta ciertos límites en la consideración a la voluntad como criterio de intervención. Tales límites serían la valoración de la capacidad de la persona para emitir válidamente su consentimiento y para comprender correctamente las consecuencias de su decisión, lo que dependerá, en todo caso, del alcance de la discapacidad en particular. En caso contrario y solo cuando la capacidad real de decisión de la persona no existe o es mínima, estaría justificada una medida de representación y, en tales circunstancias, debe hacerse prevalecer el mejor interés de la persona. No se ha de entender el interés superior de la persona en sentido objetivo –ya que ello reconocería que el interés es el mismo para todas las personas–, sino un interés en sentido subjetivo, atendiendo las particularidades concretas de la persona, y, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta sus preferencias, sus valores y su estilo de vida⁸⁵⁹.

Compartimos la visión conciliadora que aporta PEREÑA VICENTE⁸⁶⁰ entre la voluntad de la persona en la determinación de su medida de apoyo y su mejor

intervención y actuación es un efecto secundario –derivado de la reprobación de la tutela o de cualquier otra institución que implique representación– de graves consecuencias.

⁸⁵⁹ En este sentido, el texto del Anteproyecto previo al Proyecto, si bien no hacía referencia alguna al superior o mejor interés de la persona con discapacidad, preveía en la redacción dada al entonces párrafo 5º del artículo 280 CC, que “el curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración”. Este párrafo ha sido suprimido de la regulación que el Proyecto de Ley hace en el artículo 282 CC respecto al ejercicio de la curatela, pero sin embargo, ha sido añadido en el párrafo 3º del artículo 249 CC, en las disposiciones generales, cuando establece que “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”.

⁸⁶⁰ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, pp. 137-140, considera que “es esencial consagrar el interés superior de la persona protegida como estándar de actuación junto a la voluntad», y ello con la doble función: «como criterio secundario de actuación” y “como criterio moderador o límite de la voluntad claramente manifestada”.

interés ya que, siendo esencial determinar cuáles son sus preferencias y deseos –debiendo ser éste el criterio preferente de actuación–, sin embargo, hay ocasiones en los que es imposible conocer su voluntad o apenas se alcanza a conocer sus deseos y preferencias, ni siquiera intuir qué decisión sería la más ajustada a sus valores y estilo de vida. En estos casos en los que no se puede conocer con claridad lo que la persona hubiera decidido –y también para aquellos supuestos en los que la persona manifiesta voluntades contradictorias o cambiantes–, el mejor interés operaría como criterio secundario de actuación. El criterio del mejor interés puede también funcionar como moderador de la voluntad manifestada cuando esta genera un grave perjuicio a la persona, ya sea patrimonial o personal. El problema estriba en la dificultad de determinar la gravedad del perjuicio y la necesidad de actuación. Quizás, como la misma autora plantea, el límite “podría ser que la persona no puede tomar una decisión que le exponga a un riesgo de sufrir un daño o perjuicio, personal o patrimonial, que le impida en el futuro vivir conforme a lo que es su estilo de vida y preferencias y que no habría tomado de acuerdo con sus parámetros, si hubiese tenido plenas facultades mentales”⁸⁶¹.

Una de las cuestiones que suscita este último planteamiento sería, desde nuestra óptica, determinar por un lado quién y cómo se valoraría si la voluntad puede o no convertirse en un consentimiento válido⁸⁶² y, por otro lado, cómo se concretaría, en caso negativo, cuál es el mejor interés particular para la persona.

Intentando compatibilizar ambos aspectos, podemos acudir a lo referido en la ya citada Observación del Comité en relación con la adopción de adecuadas y

⁸⁶¹ En este sentido, PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 140, también considera que el interés de la persona podría ser también utilizado como un límite a un resultado contrario a la autonomía y a la dignidad de la persona, por ejemplo, “si una persona arriesga perder su única vivienda y con ello compromete sus posibilidades de tener una vivienda digna, que le permita vivir de forma autónoma e independiente”. De igual manera se podría aplicar a personas que arriesgan una parte considerable de su patrimonio en detrimento de sus futuras condiciones de vida.

⁸⁶² SIMÓN-LORDA, P. (2008). “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXVIII, núm. 102, p. 328, –si bien en el ámbito sanitario y con respecto a la determinación de la capacidad de un paciente para prestar un consentimiento informado pero, a mi juicio, extrapolable a la apreciación de suficiente capacidad en persona con discapacidad– establece que tener capacidad para ello es “poseer una serie de aptitudes psicológicas –cognitivas, volitivas y afectivas– que le permitan conocer, valorar y gestionar adecuadamente la información, tomar una decisión y expresarla”, siendo necesario la ayuda y asistencia de psiquiatras y psicólogos para hacer esta tarea.

efectivas medidas de salvaguarda cuando establece, en el punto 20, que “el objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas” y, en el punto 21 que, “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»”⁸⁶³. Con ello se conseguiría la determinación del mejor interés de la persona desde un punto de vista más subjetivo en consonancia con la idea antes planteada, sin que necesariamente tenga que coincidir el mejor interés con el interés elegido por la persona.

En tal sentido, se podría considerar como mejor interés de la persona el fomento del libre desarrollo de su personalidad, de una manera integral, permitiendo la actuación voluntaria e independiente de la persona cuando tenga capacidad suficiente, sin que exista un perjuicio o desventaja tanto en el ámbito personal como en el patrimonial de la persona protegida. El mayor inconveniente al respecto es que la determinación de este mejor interés de la persona queda sometido a criterios subjetivos de interpretación y aplicación por parte de las personas responsables en la adopción de las medidas de apoyo⁸⁶⁴.

Por lo que se refiere a los pronunciamientos judiciales, en un principio hay que señalar que, siguiendo los postulados de la Convención, los tribunales que deban adoptar alguna medida de protección –al igual que las personas que han de asistir como apoyos– han de tener en consideración prioritariamente la voluntad

⁸⁶³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, pp. 154, 173 y 174, indica que “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” es lo que algunos llaman “interés preferido”, de forma que “hasta sería posible afirmar que el respeto de la dignidad de la persona con discapacidad, de la que dimana el también debido a su voluntad, deseos y preferencias, se equipara en realidad a la salvaguarda de su mejor interés que es, en realidad, el interés por ella preferido”.

⁸⁶⁴ DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2013). “La curatela y el discapacitado desde el prisma...”, *op. cit.*, p. 4130, en este sentido considera que el interés del discapacitado es un *concepto jurídico indeterminado* que tiene como ventaja ponderar este interés “teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto, así como su propia individualidad y adoptar la solución que le sea más beneficiosa (no solo en el grado de incapacitación y en la medida de protección a adoptar, sino también en cualquier medida que debe adoptar el tutor, curador o defensor judicial)”.

de la persona protegida y sus preferencias⁸⁶⁵. Más se ha de poner de relieve que ésta no ha sido la idea predominante en las resoluciones judiciales dictadas a partir de la Convención⁸⁶⁶.

Es manifiesta la idea de que la voluntad de la persona debe tener un papel protagonista y preponderante en la determinación de sus medidas de apoyo. A pesar de este papel destacado, la jurisprudencia al respecto ha recurrido en numerosas ocasiones y de forma preferente al interés superior de la persona con discapacidad, destacando que la función de la declaración de voluntad no debe ser exclusiva en la ponderación de todas las circunstancias que rodean y afectan a la persona⁸⁶⁷. Muchas veces es el órgano judicial el que ha hecho una labor de interpretación de esas circunstancias y, aun primando la voluntad, deseos y preferencias de la persona⁸⁶⁸, ha considerado que debe atenderse al mejor interés para adoptar la medida que estima más adecuada⁸⁶⁹.

Como ya hemos comentado anteriormente, la nueva regulación de la materia prevista en el Proyecto de Ley no recoge en ninguna parte que las personas que prestan el apoyo deban actuar en el mejor interés de la persona a la que asisten y sí establece la prioridad absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, situando esta voluntad, deseos y preferencias de la

⁸⁶⁵ En concreto la STS de 1 de julio de 2014 (Roj: STS 3168/2014), en relación con la incapacidad total que procede en el caso concreto y la representación legal que corresponde al tutor, hace referencia a que “el ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se pueden haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial”.

⁸⁶⁶ Sin embargo, en lo referido al nuevo significado de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se ha calificado la actuación de los tribunales como de “pro- Convención”, GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 14, sobre todo a partir de la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 que “admitió expresamente la compatibilidad con la CNUPD de los sistemas de protección establecidos en los ordenamientos jurídicos como el nuestro”.

⁸⁶⁷ Entre otras, las SSTS de 1 de julio de 2014 (Roj: STS 3168/2014), de 19 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4711/2015), de 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2573/2016), de 8 de noviembre de 2017 (Roj: STS 3923/2017), de 27 de junio de 2018 (Roj: STS 2493/2018), de 18 de julio de 2018 (Roj: STS 2805/2018) y la ya citada de 17 septiembre 2019 (Roj: STS 2820/2019).

⁸⁶⁸ La STS de 13 de mayo de 2015 (Roj: STS 1945/2015), en su Fundamento de Derecho séptimo justifica, si bien de una manera algo pusilánime, que el deterioro cognitivo no haya anulado la “capacidad de deliberación” de la persona y no se anule totalmente su “capacidad de decisión”.

⁸⁶⁹ La interpretación del criterio del interés de la persona con discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido tratada por PARRA LUCÁN, M.A. (2019). “La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 59, 2019, pp.484-487, poniendo de manifiesto cómo el interés de la persona con discapacidad es el interés superior y está por encima de cualquier otro que pueda concurrir.

persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés⁸⁷⁰. No obstante, en la tramitación del Anteproyecto previo y por tratarse éste de un texto que pretende la adaptación del Derecho español a un Convenio Internacional y necesitar de un dictamen del Consejo de Estado, éste se pronunció en términos francamente favorables⁸⁷¹. Además, y con respecto a la jurisprudencia reciente, tal Dictamen afirmó que “las soluciones buscadas por los tribunales para adecuar la literalidad de la ley a las exigencias de la Convención han sido medidas transitorias y provisionales”⁸⁷². En realidad, frente a lo dicho por el Dictamen en este sentido, a nuestro juicio, las soluciones dadas por los Tribunales no parecen que hayan sido transitorias ni provisionales sino, antes al contrario, han insistido en mantener el principio del interés de la persona como uno de los criterios principales para la determinación de medidas de apoyo para la persona con discapacidad⁸⁷³. Tan es así que en los pronunciamientos judiciales del último año⁸⁷⁴, el Alto Tribunal sigue considerando la posibilidad del reconocimiento del

⁸⁷⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 33, refiriéndose al Anteproyecto antesala del Proyecto de Ley, señala que “parece conveniente suprimir algunas referencias al interés de la persona con discapacidad que todavía se contienen en algunos de los preceptos de la parte elaborada por la Sección Procesal, donde aún se alude al mentado interés de la persona con discapacidad como guía de actuación”.

⁸⁷¹ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto 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, aprobado el 11 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34> (última consulta: 30 enero 2021).

⁸⁷² Hace referencia al Dictamen del Consejo de Estado de 2019 GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*, y afirma que “no cabe duda de que los esfuerzos realizados por la jurisprudencia durante estos últimos diez años por acercarse al nuevo paradigma de la discapacidad son apreciables, pero son también insuficientes para cumplir con el compromiso del estado español respecto del cumplimiento con las obligaciones dimanantes de la CDPD”.

⁸⁷³ Incluso el propio Consejo de Estado se manifiesta a favor de mantener el principio del interés de la persona cuando, en las observaciones del Dictamen a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 4 del Anteproyecto) –en concreto a la redacción dada por el Anteproyecto al apartado 1 del artículo 749 LEC que, en su inciso final establece que “el Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participan en el proceso para valorar la posible adopción de medidas judiciales”–, considera que “debería añadirse a la redacción proyectada una referencia a que el Ministerio Fiscal también defenderá el interés de las personas afectadas por los demás procesos a los que hace alusión el inciso primero”.

⁸⁷⁴ En concreto la STS de 17 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2820/2019), en donde el Tribunal de casación remite los autos a la Audiencia Provincial «para que motive, de forma suficiente, las razones por mor de las cuales el interés superior de la discapaz exige prescindir de su voluntad exteriorizada y preferente en la designación de tutor»; o los AATS de 30 de octubre de 2019 (Roj: ATS 11269/2019) y de 18 de diciembre de 2019 (Roj: ATS 13485/2019) en los que el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación por considerar que el interés casacional alegado –no resolver la sentencia recurrida conforme al principio de protección del discapaz– es meramente artificioso e instrumental, no adoleciendo aquella de falta de motivación cuando excluye como tutor a determinada persona, a pesar de haber sido ésta la designada por el sujeto sometido a protección.

interés superior del discapacitado como criterio para fundamentar la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador; y además lo declara como consolidada doctrina jurisprudencial⁸⁷⁵, sin que haya el menor atisbo ni intención de prescindir de tal interés superior del discapacitado en favor de la verdadera y legítima voluntad manifestada por la persona a la que se ha de proteger⁸⁷⁶.

En el ámbito jurisdiccional europeo, la primacía del interés de la persona frente a su voluntad en la toma de decisiones trascendentales para la misma fue considerada en la citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de marzo de 2017, haciendo prevalecer el interés de la persona frente a su voluntad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Precisamente, la consideración a las circunstancias es por lo que el tribunal no llevó a cabo una consagración absoluta y en abstracto de la primacía del interés sobre la voluntad, sino que dejó abierta la posibilidad de que esta última prevaleciera atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. Con ello, “sienta la doctrina de que no toda voluntad puede tener la misma relevancia ya que la capacidad cognitiva viene determinada por la capacidad de la persona a comprender las consecuencias de sus decisiones”⁸⁷⁷. Esta doctrina jurisprudencial europea evidencia la discrepancia del Consejo de Europa⁸⁷⁸ con

⁸⁷⁵ En la precitada STS de 17 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2820/2019), se hace mención a la STS de 18 de julio de 2018 (Roj: STS 2805/2018), que recoge la “consolidada doctrina jurisprudencial de las que son también expresiones las SSTs 341/2014, de 1 de julio; 635/2015, de 19 de noviembre y 596/2017, de 8 de noviembre, entre otras”.

⁸⁷⁶ Recientemente, la STS de 19 de febrero de 2020 (Roj: STS 494/2020) manifiesta que en este caso la curatela es la institución que mejor garantiza la autonomía y protección de la persona, “constituyendo una salvaguarda adecuada y efectiva, que respeta su autonomía e independencia individual, sin menoscabo de la protección de sus intereses” (FJ 5º). Por otro lado, la STS de 3 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4050/2020), sin nombrar explícitamente el interés de la persona, señala que lo importante cuando se trata de prestar apoyos “es impedir que sea objeto de una explotación que la lleve a tomar decisiones sin contar con la debida información y comprensión para formar su verdadera voluntad, pues en caso contrario es su propia dignidad la que se ve comprometida”.

⁸⁷⁷ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 132.

⁸⁷⁸ Ya hemos indicado que la postura del Consejo de Europa, en la Recomendación Nº R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, de 23 de febrero de 1999, en el Principio 8, titulado “Preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada” fue señalar que “1. Cuando se instaure o se ponga en práctica una medida de protección de un mayor incapacitado, los intereses y el bienestar de este último deben ser tomados en consideración de manera preeminente. 2. Este principio implica en concreto que la elección de una persona para representar o asistir al mayor incapacitado debe regirse ante todo por la aptitud de esta persona para proteger y promover los intereses y el bienestar del mayor en cuestión. 3. Este principio

lo establecido por la Convención de Naciones Unidas en la toma en consideración o no del mejor interés de la persona con discapacidad para la determinación de sus medidas de apoyo⁸⁷⁹.

3.2. La voluntad de la persona expresada en las medidas anticipatorias o preventivas: poderes preventivos, poderes para el cuidado de la salud, nombramientos voluntarios de apoyos puntuales, etc.

La posibilidad que tiene la persona de expresar la voluntad en la determinación de los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones y conseguir el pleno desarrollo de su personalidad queda también patente en la adopción de medidas anticipatorias y preventivas por el propio sujeto, teniendo estas medidas preferencia en la aplicación frente a las medidas de origen legal o judicial.

El nuevo texto del Proyecto da absoluta preferencia a estas medidas preventivas establecidas por el interesado pretendiendo, de una parte, potenciar las medidas ya reconocidas en el actual sistema dejando muy claro que han de prevalecer sobre las establecidas o reconocidas por la ley –esto es, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial–⁸⁸⁰ y, de otro lado, regular con mayor detalle estas medidas puesto que, en palabras de GARCÍA RUBIO, “la doctrina ha sido unánime en considerar muy insuficiente la regulación existente hasta ahora”⁸⁸¹.

implica igualmente que los bienes del mayor incapacitado sean gestionados y utilizados en su provecho y para asegurar su bienestar”.

⁸⁷⁹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 32, señala al respecto recientes legislaciones de nuestro entorno europeo que han abordado la reforma de la discapacidad, diferenciando aquellas que incluyen el mejor interés (*best interest* en Inglaterra y Gales aunque matizando que en la concreción de ese mejor interés tienen valor prioritario los deseos, sentimientos, creencias y valores de la persona con discapacidad) de aquellas que no lo incluyen (Irlanda, Suiza). También trata esta idea GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁸⁰ MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 200, considera que la pretensión de revitalizar y potenciar tales métodos de apoyo, institucionalizándolos como medidas suficientes y adecuadas, sea quizás algo excesivo, “y con un cierto temor o poca confianza en la efectividad de la intervención judicial de modo compatible con los principios de la Convención”.

⁸⁸¹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 35, además de considerar “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”.

La adopción de estas medidas anticipatorias y preventivas puede determinar en qué circunstancias va a operar el apoyo –puede preverse que sea para un acto concreto y puntual– y para qué tipo de decisiones, ya sean relativas a cuestiones patrimoniales –básicamente, realización de contratos de cierta consideración económica– como a otras de índole personal –lugar de residencia, realización de actos de la vida cotidiana y de ocio, amistades y personas de compañía, internamiento en centro especializado, etc.–, o a ambas conjuntamente⁸⁸².

La opción de otorgar poderes y mandatos preventivos para la gestión de una posible situación de incapacidad futura y sobrevenida es una de las más destacadas. Ya hemos tratado como los poderes y mandatos preventivos, regulados hasta este momento a propósito de la extinción del contrato de mandato en el vigente artículo 1732 CC, son actuaciones voluntarias de la persona interesada en adoptar y/o mantener medidas e instrucciones acerca de una posible modificación de su capacidad a favor de una persona de su confianza para la gestión de sus asuntos.

Los poderes preventivos suponen un reconocimiento de la autonomía de la voluntad de la persona a la hora de determinar sus propias medidas de protección para el momento en que las necesite, siendo elegidas por el propio afectado evitando de esta manera cualquier discrepancia o conflicto. Evitan además tener que acudir a un proceso judicial el cual, constatando la necesaria situación de protección de la persona, tendría que determinar la medida más adecuada para su protección, prescindiendo en algunos casos de su voluntad. En este sentido, la presencia de la autonomía de la voluntad en los poderes preventivos es aún mayor que en la autotutela al operar sin necesidad de ser revalidados a través de un procedimiento judicial.

Precisamente, uno de los inconvenientes alegados por la doctrina en la regulación actual de los poderes o mandatos preventivos como medida de guarda de la persona que así lo ha dispuesto es la inexistencia de un sistema de control –sobre todo respecto de las actuaciones del apoderado– que sí tienen

⁸⁸² GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 50, se refiere a la progresiva mayor preocupación por las cuestiones de índole personal siendo “probablemente la preocupación más intensa de la mayor parte de las personas cuando piensan en su futura discapacidad para tomar decisiones”.

otras instituciones de guarda⁸⁸³. La reducción de las potestades de la autoridad judicial respecto al otorgamiento y a la posterior ejecución de tales poderes o mandatos preventivos hace que estos escapen totalmente al control judicial. Esta ha sido una de las críticas a la admisión de los poderes preventivos como adecuados mecanismos de guarda ya que pueden dejar al poderdante desprotegido frente a terceros⁸⁸⁴. En cualquier caso, debe defenderse la posibilidad de intervención judicial cuando haya abuso o mal uso del poder por parte del apoderado⁸⁸⁵.

Una de las maneras de obviar esta falta de control es que el propio poderdante establezca las medidas de control que considere oportunas, cuestión que sí está prevista en el Proyecto de Ley en el artículo 258 párrafo 2º CC, que añade que además podrá determinar formas específicas de extinción del poder. Pero ello no impide que estas medidas de control sean insuficientes o no se hayan previsto, llegando en algunos casos el control judicial realizado *a posteriori* demasiado tarde y sin eficacia alguna –más que para la exigencia de responsabilidades al apoderado– respecto a la protección debida a la persona que lo otorgó. Respecto al poder con cláusula de subsistencia –para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo

⁸⁸³ Por ello, algún sector doctrinal ha considerado que este sistema no es una verdadera alternativa a las demás medidas de protección, además de entender que la figura del apoderamiento, en palabras de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2008). *Incapacitación y mandato*. Ed. La Ley, Madrid, pp. 262-263, debe “extenderse necesariamente a negocios de carácter patrimonial, siempre que admiten su realización a través de representante, de modo que para las actuaciones que afecten a la esfera personal deben emplearse cauces específicos –como la autotutela y los documentos de voluntades anticipadas– sometidos a sus propias garantías y controles”. De esta opinión es también GASPAS LERA, S. (2016). “Límites a la autonomía privada en el derecho de la persona”, *La autonomía privada en el Derecho Civil* (dir. A. Parra Lucán), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 164.

⁸⁸⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2007). “La autotutela ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*, p. 8, consideró que, aun reconociendo el esfuerzo del legislador por atender a los problemas de protección del incapacitado, “se ha equivocado totalmente al admitir estos poderes, tal y como los configura, por tres motivos: el primero porque escapan totalmente al control judicial. Segundo, porque dejan al poderdante incapaz totalmente desprotegido frente a terceros ya que, a pesar del poder, podrá concluir negocios jurídicos perjudiciales cuya validez se va a presumir. Tercero, porque impiden la impugnación *a posteriori* de los actos que el representante o el propio incapaz hayan realizado”.

⁸⁸⁵ PARRA LUCÁN, M.A. (2019). “La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 487, expresa que “a los tribunales llegan situaciones patológicas que muestran casos de ejercicio abusivo del poder después de que haya sobrevenido la discapacidad, cuando el interesado ya no está en condiciones ni de supervisar su ejercicio ni de exigir una rendición de cuentas”. Por ello propone que la futura nueva regulación que se adopte debe exigir “la comunicación de la situación de discapacidad al juez para que pueda valorar la suficiencia de las medidas previstas por el propio interesado de modo anticipado o, en su caso, adopte los apoyos que considere precisos”. Así lo estima también DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2019). “Los derechos de las personas con discapacidad: últimas tendencias”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 59, 2019, p. 774.

para ese supuesto y comprenda todos los negocios del otorgante–, previsto en el proyectado artículo 259 CC, este precepto permite que el poderdante haya determinado otra cosa. En este caso y siguiendo a GARCÍA RUBIO, “el autor del poder es libre de diseñar otro tipo de controles, o incluso de no poner ninguno en absoluto”, concluyendo que el autor del poder preventivo puede excluir en el negocio de apoderamiento el preceptivo control judicial *ex ante* que para determinados actos representativos se le exige al curador⁸⁸⁶.

Otra de las críticas realizadas a la regulación actual de los poderes preventivos es referida a su inadecuada ubicación en sede de contratos, y no como auténtica medida de protección. Ello ha sido corregido acertadamente en el Proyecto de Ley incluyéndolos en la regulación conjunta de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica junto con la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial (Título XI del Libro I bajo la rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”).

En tal sentido, el artículo 253 CC de la reforma proyectada prevé, como disposición general, la adopción de medidas anticipatorias o preventivas por parte de cualquier persona mayor de dieciséis años mediante el otorgamiento de escritura pública⁸⁸⁷ –a diferencia de la regulación actual en donde no se determina expresamente la forma para el otorgamiento del poder⁸⁸⁸– con las indicaciones precisas referidas a apoyos relativos a su persona o sus bienes. En concreto, podrá establecer el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo así como otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador.

En el proyecto de reforma, el otorgamiento de poderes y mandatos preventivos regulado en los artículos 256 a 262 CC, adquiere toda su fuerza como auténtica medida de apoyo para el supuesto de una futura necesidad, a pesar de poder

⁸⁸⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁸⁷ En particular, el artículo 260 del Proyecto expresamente dispone que los poderes preventivos habrán de otorgarse en escritura pública. Para MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 211, “la intervención notarial es una garantía de seguridad para su otorgante. El Notario deberá asesorar sobre las ventajas y problemas que puede plantear su otorgamiento. Pues el apoderado podría encontrarse sorpresivamente sometido a todas las obligaciones de un curador”.

⁸⁸⁸ Actualmente, se entiende la exigencia de documento público notarial por la aplicación analógica del artículo 223 para la autotutela.

constituirse otras medidas de asistencia en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado. Se opta así por potenciar las posibilidades de los poderes preventivos, que permiten a una persona plenamente autónoma tomar decisiones en relación con sus necesidades de apoyo en el futuro, y solo en defecto o insuficiencia de estas medidas podrá la autoridad judicial adoptar otras medidas supletorias o complementarias.

El otorgamiento de un poder o mandato determina que quien otorga el mandato debe conservar la capacidad durante todo el tiempo de vigencia de este –por incapacidad sobrevenida del mandante se extingue el mandato–, salvo que se hubiera dispuesto su continuidad –denominado poder normal con cláusula de subsistencia– o se hubiera dado para el caso concreto de incapacidad del mandante. Son en estas excepciones en las que cabe encajar la determinación de la voluntad en el poder o mandato preventivo considerándolo como una medida de guarda en previsión de una posible y sobrevenida modificación de la capacidad, donde el respeto a la voluntad y los deseos de la persona quedan manifiestamente recogidos y reconocidos⁸⁸⁹. Las indicaciones dadas en estos instrumentos deben ser claras y precisas a fin de evitar problemas futuros en su interpretación, siendo la intervención notarial un elemento importante en la configuración de tales manifestaciones de voluntad⁸⁹⁰.

Se plantea el problema de cómo determinar el momento en que empieza a surtir sus efectos, es decir, en qué momento puede apreciarse la incapacidad del mandante. A este respecto, el propio precepto expresa que la incapacidad del

⁸⁸⁹ GASPAR LERA, S. (2016). “Límites a la autonomía privada...”, *op. cit.* p. 164, delimita la literalidad del precepto permitiendo “identificar dos tipos de poderes: los otorgados antes de la incapacidad, que se utilizan desde entonces y que subsisten o se prorrogan una vez que el poderdante pierde su capacidad; y los otorgados antes de la incapacidad, pero para desplegar sus efectos cuando se produzca esta situación cuya finalidad principal es la de sustituir la incapacitación por un apoderado que actúe conforme a las normas del poderdante”. Por su parte, DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2019). “Los derechos de las personas con discapacidad...”, *op. cit.*, p. 775, indica que de la regulación del artículo 1732 CC, pueden extraerse dos modelos de mandato preventivo: uno puro –el denominado poder con cláusula de subsistencia– y otro sometido a condición.

⁸⁹⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 51, indica que “resulta muy conveniente que en la fase de preparación de estos negocios preventivos el autor introduzca los límites, preferencias y controles destinados a evitar *ex ante* posibles abusos; en este punto la labor de asesoramiento de abogados y notarios en su condición de expertos que pueden apoyar al interesado, puede ser de inestimable ayuda”.

mandante puede apreciarse conforme a lo dispuesto por éste, por lo que se estará a las previsiones del otorgante⁸⁹¹.

El contenido del poder viene claramente delimitado por la declaración de voluntad del poderdante, pudiendo otorgar un poder preventivo general, que abarque todas las materias de índole personal o patrimonial, o puede otorgar un poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad⁸⁹², para lo cual se estará a las previsiones dadas por el propio otorgante. El texto del Proyecto establece en el propio artículo 257 CC que “para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”. En cualquier caso, si tales previsiones no se han establecido, lo adecuado para evitar esta indeterminación será exigir que se acredite el hecho de la necesidad de apoyo, siendo necesaria la comunicación a la autoridad judicial para que pueda ejercer el debido control⁸⁹³.

Como ya hemos comentado anteriormente, el poderdante puede incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro necesita apoyo en el ejercicio de su capacidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 256 del Proyecto⁸⁹⁴. Cuando el poder contenga esta cláusula de subsistencia para el

⁸⁹¹ Según GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 40, en el Proyecto de Ley se sigue el criterio del Comité de Expertos de Naciones Unidas según el cual, “la concreción de la llegada de la situación de necesidad del apoyo no podrá dejarse a la decisión de un tercero, ni siquiera de una autoridad judicial o de otro tipo, sino que se juzgará conforme a las previsiones del propio poderdante, sin necesidad de homologación judicial, si bien para garantizar el cumplimiento de estas predicciones se podrá otorgar acta notarial que incorpore el juicio del notario y un informe pericial”. En el mismo sentido, ANCIÓN FERRERAS, M.A. (2020). “Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada). Ed. Wolters Kluwer, Madrid, pp. 97-98, matiza que, ante la posibilidad que abre la propia norma para que estas previsiones, si fuera preciso, se otorgaran en acta notarial si son otorgadas “por persona con capacidades disminuidas ha de procurarse por parte de dicho profesional que estas personas presten el llamado consentimiento informado, que supone que comprenda lo adecuado del negocio jurídico que se realiza a su voluntad, conforme a sus pretensiones y a la legalidad, que entienda todos los efectos que su declaración de voluntad puede producir tanto directa como indirectamente”.

⁸⁹² MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 208, lo califica como “mandato exclusivamente preventivo o de apoyo” o “mandato preventivo directo” al que acompaña normal y formalmente un poder.

⁸⁹³ MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 209, hace referencia a la regulación que hace el Código francés del denominado “mandato de protección futura”.

⁸⁹⁴ MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 206, denomina a esta posibilidad como “poder-mandato” y distingue en él dos fases: una primera fase que tiene lugar mientras no se produce la discapacidad en la que el apoderado no queda obligado y el poderdante no pierde el control del ejercicio del poder, pudiendo revocarlo; una segunda fase que se inicia cuando se

caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y abarque todos los negocios del otorgante, el apoderado, cuando sobrevenga la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela⁸⁹⁵, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa⁸⁹⁶. De esta manera, es fácilmente apreciable y constatable la específica voluntad de la persona en la determinación de sus previsiones de apoyo, que deberá tenerse minuciosamente en consideración en el modo de ejercitarse el apoyo, respetando la voluntad, deseos y preferencias de quien los manifestó⁸⁹⁷. Por otra parte, el poderdante puede excluir los actos o negocios jurídicos que desee que no queden sometidos al apoyo, además de todos aquellos que *ex lege*, por su naturaleza de actos personalísimos, están excluidos de la actuación por delegación o representación⁸⁹⁸.

Una de las cuestiones relevantes de la nueva regulación respecto a la consideración de la autonomía de la voluntad del sujeto es la posibilidad del poderdante de delegar el ejercicio de facultades representativas al apoderado. En este sentido, el artículo 261 CC, en la redacción dada por el Proyecto, prevé que la actuación de la persona designada para prestar el apoyo puede ser representativa, siendo siempre de carácter personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a

produce la causa que da lugar a la necesidad de apoyo, aflora el mandato de apoyo –que debe aceptar el apoderado mandatario– y, debido a esa causa de necesidad de apoyo, el poderdante mandante pierde su capacidad de manifestar su voluntad, no pudiendo revocarlo ni dar nuevas indicaciones e instrucciones al mandatario. En consecuencia, concluye el citado autor, que “en esta fase el mandatario apoderado debe quedar sometido a control judicial, sin perjuicio de las medidas al efecto que haya establecido el mandante en su caso”.

⁸⁹⁵ De “curatela tácita” la califica ANCIONES FERRERAS, M.A. (2020). “Instrumentos actuales de prevención...”, *op. cit.*, p. 96.

⁸⁹⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 51, apunta a la consideración de norma dispositiva de este precepto en cuanto que el poderdante puede establecer otra medida de apoyo.

⁸⁹⁷ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 52, subraya que “el imperio de la voluntad del poderdante no se estanca en el momento del otorgamiento del poder, sino que al igual que sucede en el resto de medidas, fácticas o jurídicas, es crucial en el ejercicio efectivo del apoyo”.

⁸⁹⁸ Pueden quedar excluidos la celebración de matrimonio, la adopción, el reconocimiento de la filiación o el otorgamiento de un testamento. A este respecto, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 52, aclara que con ello no se quiere decir que “este tipo de asuntos le estén vedados a las personas que lleguen a necesitar apoyo a causa de su discapacidad; todo lo contrario, la regla es justamente la opuesta, esto es, que todas las personas, por el hecho de serlo, puedan realizar este tipo de actos, solos o con el apoyo que precisen, si éste es necesario”, matizando acertadamente que “este apoyo no puede ser nunca de índole representativa, pues en ellos la voluntad del interesado no puede ser nunca sustituida por la de un tercero”.

terceras personas. Con ello, el apoderado podrá actuar en sustitución del poderdante cuando éste ya no pueda hacerlo por sí solo, si esa es, en efecto, la voluntad del poderdante. En todo caso, es necesario que se defina claramente el contenido de las facultades otorgadas al apoderado⁸⁹⁹, siendo la regla general la imposibilidad de delegación de su actuación de modo genérico⁹⁰⁰. El texto prelegislativo añade además que no serán delegables aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona. Esta excepción debe referirse a la imposibilidad de representación en asuntos de índole personal en donde *per se* no cabe ningún tipo de delegación.

Otra de las cuestiones trazadas en el Proyecto de ley en conexión con el debido respeto a la voluntad de la persona en la adopción de su medida de apoyo contempla la situación de que la medida prevista en el poder otorgado de forma voluntaria no resulte suficiente para atender a todas sus necesidades, bien por haber cambiado las condiciones que aquella tuvo en consideración, bien porque no es la adecuada para las circunstancias surgidas. En ese caso, el artículo 258 CC establece que los poderes mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, ya sean medidas constituidas de origen judicial o medidas previstas por el propio interesado⁹⁰¹.

La voluntad del poderdante es, por tanto, el eje sobre el que giran los poderes preventivos como medidas anticipatorias de una posible situación de discapacidad y, en concreto, la actuación del apoderado debe de respetar en todo momento, las indicaciones dadas por aquel. Así se deriva de lo previsto con carácter general, en el segundo párrafo del proyectado artículo 249 CC cuando, para todo tipo de medidas, voluntarias o no, se dice que “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,

⁸⁹⁹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 50, se refiere a que esta circunstancia deriva del vigente artículo 1713 CC que exige “mandato expreso”.

⁹⁰⁰ En este sentido, básicamente se la representación deberá referirse a actuaciones en el ámbito patrimonial en donde en algunos casos, la intervención representativa de una persona con conocimientos específicos en la materia del acto que se va a realizar sea lo más adecuado y conveniente.

⁹⁰¹ Es lo que GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, pp. 54-55, presenta como el régimen de coexistencia y convivencia de medidas voluntarias y medidas legales o judiciales, si bien aquellas deben prevalecer sobre estas “en armonía con la supremacía de la voluntad y con el principio de subsidiariedad de las medidas no voluntarias”.

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”. Y el párrafo tercero añade que “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”.

En la transcripción hecha del precepto no se hace referencia alguna al mejor interés de la persona con discapacidad para la actuación de la persona en el ejercicio del apoyo previsto como medida preventiva. No obstante, y en contra de lo proclamado por un sector de la doctrina⁹⁰², creemos que, a falta de indicaciones claras y precisas del que las da, o cuando chocan objetivamente con sus intereses –por información inadecuada o por manipulación interesada de un tercero en esa información–, se puede y se debe prescindir de estas previsiones, siendo la autoridad judicial la que, a instancia de cualquier interesado en la protección de la persona o del patrimonio del afectado, pueda intervenir dictando las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo sean efectivamente de protección y asistencia y no generadoras de daños y perjuicios, muchas veces irreparables, en la persona o en su patrimonio, sin perjuicio de que pueda atender, en la medida de lo posible, a su voluntad, sus deseos y sus preferencias. No en vano, el último párrafo del proyectado y citado artículo 249 indica que “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.”

⁹⁰² Doctrina encabezada por GARCÍA RUBIO, que considera que el *leit-motiv* de la actuación del apoderado –como también del guardador de hecho, del curador o del defensor judicial– deja de ser el mejor interés de la persona con discapacidad, para centrarse únicamente en la voluntad, deseos y preferencias de esta, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 53.

De igual manera, y dado que la emisión de tal voluntad anticipada puede versar tanto en decidir a quién quiere tener como apoyo, como en los modos de resolver los eventuales conflictos, en los casos que existan posibles desacuerdos entre el prestador de los apoyos y la persona que los recibe habrá que estar a la voluntad anticipada y manifestada sobre esta cuestión. Ahora bien, habrá que tener en cuenta la trascendencia de ese conflicto: si genera un grave perjuicio o riesgo para la persona o su patrimonio o es una mera cuestión de diversidad de pareceres que no genera una situación de peligro para la persona. En ambos casos deberá acudir a la intervención de la autoridad judicial para que establezca lo que considere conveniente⁹⁰³.

Dada la mayor longevidad en la población y la presencia reconocida de enfermedades mentales asociadas a la vejez, los poderes y mandatos preventivos son instrumentos utilizados cada vez con mayor asiduidad en previsión de una futura discapacidad. También se manifiesta su utilidad en personas con discernimiento suficiente pero con dificultades para tomar decisiones complejas que, de forma plenamente consciente y voluntaria, deciden quién ha de ser la persona que les preste ayuda y asistencia a la hora de adoptarlas, o incluso quién, llegado el caso, ha de tomarlas por él⁹⁰⁴.

La declaración de voluntad de la persona que da estos poderes puede también estar destinada a proveer manifestaciones referidas a otro tipo de medidas anticipatorias, como pueden ser medidas específicas para el cuidado de su salud. Ya había quedado regulado el denominado “documento de instrucciones previas” en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información

⁹⁰³ El nombramiento de un defensor judicial puede ser la solución eficaz para resolver un determinado conflicto de intereses, pero no recurrir a tal figura ante cualquier desencuentro, como señala LEGERÉN MOLINA, A. (2019). “La relevancia de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 204, que propone con cierta lógica que, ante el carácter reiterado de las discrepancias, se permita “el cambio o reorganización de los apoyos o incluso el nombramiento de un nuevo prestador de apoyos”.

⁹⁰⁴ Para GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 49, “esta clase de documentos y, singularmente, los poderes preventivos, muestran el potencial de la voluntad de la persona para diseñar, hasta el detalle más nimio, el modelo de apoyo que le será dispensado en el futuro cuando, de acuerdo con los criterios que ella misma establezca, ya no pueda tomar decisiones por sí sola. Tal es la soberanía de la voluntad en este tipo de negocios que bien puede decirse que ni siquiera el testamento la supera, pues son bien conocidos los límites imperativos que, al menos en el ámbito del Código civil, constriñen la citada soberanía en el acto de última voluntad, límites que aquí resultan inexistentes”. No le sorprende, por tanto, el incremento exponencial de este tipo de medidas en previsión de la futura discapacidad experimentado en los últimos años.

y documentación clínica⁹⁰⁵. Estas instrucciones previas en el ámbito sanitario son claramente medidas anticipatorias y preventivas de la persona referidas a actos concretos en donde se ponen de manifiesto, de forma expresa y concreta, su voluntad y sus deseos en materias relacionadas con su salud, aceptación de tratamientos médicos, operaciones quirúrgicas o medidas relativas al cuidado personal⁹⁰⁶. En este sentido, el Proyecto de ley no regula expresamente las instrucciones previas dadas en poderes preventivos dirigidos específicamente al cuidado de la salud de la persona, si bien puede entenderse que quedan incluidas en las previsiones –contempladas en citado artículo 253– que pueda hacer al referirse a la provisión de las medidas de apoyo relativas a su persona determinando en particular el régimen de actuación al respecto.

En otro orden de cosas pero en relación con la adopción de medidas anticipatorias basadas en la autonomía de la voluntad, tampoco regula el Proyecto las llamadas voluntades digitales referidas a los consentimientos prestados ante servidores digitales con quienes el sujeto tenga cuentas activas, en caso de una futura discapacidad⁹⁰⁷. No hay, asimismo, regulación de

⁹⁰⁵ El artículo 11.1 establece que “por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. La diferente normativa autonómica recoge asimismo, si bien con diferente denominación, la posibilidad de otorgar instrucciones previas respecto a tratamientos relacionados con el cuidado de la persona y su salud. Ha de hacerse notar que los apoderamientos preventivos y la autotutela se introdujeron en el Código Civil por la ley 41/2003, es decir, un año más tarde que la regulación de las instrucciones previas por la ley 41/2002.

⁹⁰⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 42, recuerda que “este tipo de previsiones voluntarias de naturaleza preventiva relativas a la salud, procedentes originariamente del ámbito anglosajón, han sido implantadas en los sistemas de derecho continental sin demasiados problemas”. No obstante, y dado que estas instrucciones previas no son sino tipos específicos de directivas anticipadas, muestra su total desacuerdo con la STC 133/2017, de 16 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados artículos de la Ley de Derecho Civil de Galicia declarándola inconstitucional por falta de competencia de esta Comunidad Autónoma de los preceptos gallegos impugnados, alegando que este tipo de documentos carecen de vinculación con la legislación civil por ser “exclusivamente desarrollos competenciales en materia de sanidad”. Ante ello, la autora citada considera que se trata de una calificación equivocada ya que “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”.

⁹⁰⁷ Sí lo ha previsto la normativa autonómica catalana que permite al poderdante poder establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado pueda actuar ante los prestadores de servicios digitales con quienes aquel tenga cuentas

previsiones acerca de nombramientos voluntarios de apoyos puntuales o de otras posibles figuras como el contrato de alimentos, la renta vitalicia o el acogimiento de personas mayores. Tampoco lo hay en relación con otras medidas de índole estrictamente patrimonial, como la hipoteca inversa o el seguro de dependencia. Sin embargo, a falta de regulación específica, creemos que cabe acoger tales indicaciones en las disposiciones genéricas contempladas en el citado artículo 253 del Proyecto, que recoge la previsión por parte de cualquier persona mayor de dieciséis años en la determinación de medidas de apoyo para la toma de decisiones en el futuro para el caso de una posible dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

3.3. La voluntad expresada por la persona en la preferencia en el nombramiento del sujeto que se elige para ocupar el cargo de curador: la autotutela

De acuerdo con nuestro sistema normativo actual, para la determinación de la medida de apoyo, en concreto, para el nombramiento de la persona que se prefiera para ocupar el cargo de tutor o curador, debe tenerse en cuenta en primer lugar la manifestación de voluntad expresada por el propio sujeto afectado. Así, el artículo 234 CC, referido al orden de preferencias para ser nombrado tutor⁹⁰⁸ –por extensión también para ser nombrado curador en aplicación de la norma de remisión del artículo 291–, establece en primer lugar “al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”⁹⁰⁹. En efecto, el párrafo segundo de este artículo 223 contempla la figura

activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. También la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, permite que en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión, así como por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado (*ex* artículo 3).

⁹⁰⁸ La tutela es aplicable actualmente como medida de guarda legal, de acuerdo con el artículo 222 CC, a menores no emancipados no sujetos a patria potestad, a personas con capacidad modificada judicialmente cuando así lo ha establecido la sentencia, a los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela, y a los menores que se hallen en situación de desamparo.

⁹⁰⁹ El artículo 234 CC continúa con el señalamiento del orden legal de personas que se preferirán para el nombramiento de tutor, designando en segundo lugar, al cónyuge con conviva con el tutelado; en tercer lugar, a los padres; en cuarto lugar, a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad; y en último lugar, al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

de la denominada autotutela⁹¹⁰ al establecer que “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”. La resolución judicial debe respetar el orden de preferencias establecido legalmente, a excepción de que, en atención al beneficio del incapacitado –o del menor en los casos en que la tutela le es aplicable–, se le permita alterar este orden⁹¹¹, o incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, siempre y cuando se motive tal decisión⁹¹², tal y como dispone el párrafo segundo del artículo 234 CC.

El reconocimiento de la voluntad manifestada en previsión de una futura pérdida de capacidad es la expresión del respeto a la dignidad de la persona y a la confirmación de sus deseos y preferencias⁹¹³. Por tanto, la voluntad de la

⁹¹⁰ Como ya hemos comentado anteriormente, la autotutela fue introducida por la Ley 41/2003 –junto con la figura del poder o mandato preventivo contemplado en el párrafo segundo del artículo 1732– como medida de autorregulación en cuanto que se tiene en cuenta la voluntad de la persona cuando es todavía plenamente capaz para el caso de que deje de serlo.

⁹¹¹ La STS de 1 de julio de 2014 (Roj: STS 3168/2014), en su Fundamento de Derecho cuarto, expuso cómo vincula este orden legal de llamamiento al juez que debe designar tutor o curador. Así se estableció que “en un principio, el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla”. A continuación, pasa a señalar las posibles razones para alterar este orden legal, entre otras: carecer de la idoneidad exigida, manifestar su voluntad contraria a asumir la tutela –si bien la asunción de la tutela es un deber legal, tal negación puede resultar contraproducente–, existencia de una conflictividad familiar o conflicto de intereses entre los sujetos afectados, la situación particular de la persona tutelada; para concluir que, “en cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”. Destacada es la ya citada STS de 17 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2820/2019), en donde contempla, en su Fundamento de Derecho segundo, que “respetar el orden legal del art. 234 CC puede ser contrario al interés superior del discapacitado, el Legislador permite alterarlo o incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, pero bajo un doble condicionamiento, que concurren circunstancias que así lo justifiquen, pues la regla general es respetar el orden prestablecido, así como que tales razones resulten debidamente explicitadas en la resolución judicial que así lo acuerde, con una motivación suficiente”.

⁹¹² Hacen referencia a la exigencia de motivación adecuada en el nombramiento de tutor o curador que se aparte del orden legal establecido en el artículo 234, la ya citada STS de 1 de julio de 2014 (Roj: STS 3168/2014) –con carácter general para cualquier nombramiento que se aparte del orden legal establecido– y las SSTs de 17 de julio de 2012 (Roj: STS 5676/2012) y de 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2573/2016) –de forma específica para el nombramiento de persona distinta a la designada por el interesado en escritura pública–, todas ellas referidas también en la anteriormente citada STS de 16 de mayo de 2017 (Roj: STS 1901/2017).

⁹¹³ GASPAREL, S. (2016). “Límites a la autonomía privada...”, *op. cit.*, p. 158, afirma que “se trata de dar respuesta a las personas de cierta edad, capaces, que son conscientes de su segura o previsible pérdida de capacidad y desean participar de alguna forma en la organización de sus propias medidas de protección, ajustándolas a la satisfacción de sus intereses”.

persona dirigida a designar a un sujeto determinado –incluso a excluir a alguno o algunos en particular– para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan, debe ser respetada y considerada como primera preferencia por el órgano judicial en el momento de constituir éste el cargo tutelar⁹¹⁴.

Ha de tenerse en cuenta que, según dispone el texto del artículo 223 CC, las manifestaciones de voluntad dirigidas a adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor, son aquellas que han sido autorizadas notarialmente en documento público⁹¹⁵. No obstante, ello no es óbice para que cualquier otra manifestación de preferencia expresada a través de un medio diferente al documento público o en cualquier momento – incluso en el propio momento de constituir el cargo de guarda correspondiente– pueda ser tenida en cuenta, si bien tendrá menor fuerza probatoria y una menor eficacia procesal⁹¹⁶. En algunas ocasiones y sobre todo en circunstancias derivadas de un déficit cognitivo en la persona, la manifestación e interpretación

⁹¹⁴ GARCÍA RUBIO, M.P. (2020), “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*, resalta “el valor supremo de la voluntad” que determina que “la persona con discapacidad podrá configurar la representación o no de sus apoyos voluntarios como tenga por conveniente, es decir, incluso delegando en otro la toma de decisiones”.

⁹¹⁵ Las ventajas del otorgamiento en documento público notarial son, entre otras, las derivadas del juicio notarial de capacidad sobre el otorgante, la formación y emisión libre y consciente de su voluntad y la fe pública notarial, que dan lugar a una considerable seguridad jurídica (algo similar a lo regulado para el otorgamiento del testamento en los artículos 685 y 696 CC). Al respecto, los dos últimos párrafos del artículo 223 CC establecen que “los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción del nacimiento del interesado” y “en los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”.

⁹¹⁶ Así lo estimó la STS de 16 de mayo de 2017 (Roj: STS 1901/2017) en su Fundamento de Derecho séptimo al mencionar que “esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador”, aludiendo seguidamente que ello puede resultar beneficioso para el interés de la persona con discapacidad, relacionando el interés superior con sus preferencias y su protección. Y continuó señalando que “en atención a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias”. Es categórica la opinión de GARCÍA RUBIO, M. P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 164, en el comentario a la sentencia reseñada al expresar que “resulta superfluo y hasta contraproducente la alusión al interés de la persona con discapacidad objetivamente considerado, pues este criterio no ha de ser determinante para la decisión; según mi parecer, y por lo que atañe al nombramiento del curador, si la voluntad, deseos y preferencias del interesado no existen o no pueden manifestarse ni interpretarse en modo alguno, será necesario aplicar el orden legal porque es el establecido de modo subsidiario, sin que sea precisa referencia alguna al mejor interés apreciado por la autoridad o por cualquier tercero”.

de su voluntad no es un proceso fácil y transparente. Sería conveniente cerciorarse de que la declaración de voluntad y preferencias de la persona es clara, inequívoca⁹¹⁷, posible, conveniente y consecuente con sus necesidades vitales y con su habitual comportamiento –sin que se aprecien influencias indebidas–, de acuerdo con la situación actual de la persona, su pasado reciente –o no tan reciente–, sus inquietudes, sus deseos, sus necesidades futuras.

Con la normativa española vigente, un requisito exigible para tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona afectada es, como establece el artículo 223 CC para la autotutela, que la persona tenga “capacidad de obrar suficiente”. En el momento actual y en consonancia con los cánones establecidos por la Convención –donde el concepto de capacidad de obrar está subsumido en el del ejercicio de la capacidad jurídica–, sería más adecuado exigir que la persona “goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia”, tal como expresa la antedicha STS de 16 de mayo de 2017, en su Fundamento de Derecho séptimo. Es por ello, que se debe asegurar que la persona manifieste su voluntad de una forma libre y voluntaria, y de que no haya influencias indebidas. Se puede y se debe atender a la voluntad de la persona y respetar sus preferencias, priorizándolas, pero creemos que también debe identificarse la llamada “voluntad captada o manipulada” como aquella prestada por personas cuya voluntad puede ser objeto de fácil manipulación, sobre todo cuando está en una situación de dependencia personal y emocional hacia otras.

La determinación de la voluntad libre y voluntaria dependerá directamente de la capacidad natural de querer y entender de la persona en el momento en que manifiesta su voluntad, de modo que, si carece de tal capacidad natural, el acto no será válido⁹¹⁸. En ese caso, como ya hemos tratado anteriormente, podría aplicarse la sanción legal establecida de ineficacia de la declaración de la voluntad por vicio en el consentimiento, ya sea por error en la formación de la

⁹¹⁷ La citada STS de 16 de mayo de 2017 considera que, en el supuesto contemplado, en la declaración de voluntad de la persona “no se identifica una preferencia clara e inequívoca de designar tutor alterando el orden legal” (FJ séptimo).

⁹¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*, op. cit., p. 121, así lo expresa para el discapacitado psíquico mayor de edad no incapacitado indicando que, en cuanto a la toma de decisiones, “sus posibilidades de realizar una actuación jurídicamente válida dependen directamente de su capacidad natural de conocer y querer en el momento en que actuó”.

voluntad de la persona manipulada, ya sea por dolo ocasionado por tercero⁹¹⁹, con la posibilidad de ejercitar la consiguiente acción de anulabilidad⁹²⁰. La gran dificultad estriba en estos supuestos en demostrar la existencia de vicio en la declaración de la voluntad, conllevando ello que en algunas ocasiones no sea fácil entresacar la verdadera voluntad de la persona protegida. Además, existe la posibilidad de que la voluntad manifestada por la persona no sea lo que objetivamente más le conviene⁹²¹. Ello entroncaría con el posible conflicto entre la voluntad manifestada por la persona y su mejor interés.

Es manifiesta la prevalencia legal de la voluntad y deseos expresados por la persona en la preferencia en el nombramiento del sujeto que se elige para ocupar el cargo de tutor o curador. No obstante, no debe pasarse por alto la referencia legal al interés de la persona que permite al Juez, si bien excepcionalmente y en resolución motivada, alterar el orden establecido legalmente o incluso prescindir de todas las personas mencionadas en la norma.

En este sentido, la Sala Primera del Alto Tribunal ha insistido en las últimas décadas en la necesidad de respetar la designación anticipada hecha por la persona que va a verse sometida al cargo tutelar en favor del sujeto llamado a ejercerlo, salvo que se haya producido un cambio de circunstancias que el interesado no haya podido prever o si se aprecia la existencia de un conflicto de intereses entre la persona designada y el que lo designó⁹²².

⁹¹⁹ Como vicio en la prestación del consentimiento, podría incluso considerarse a la intimidación como forma de captar una voluntad en sujetos dependientes, tanto personal como afectivamente, del que la instiga.

⁹²⁰ Como ya hemos tratado anteriormente y aunque la doctrina ha debatido y cuestionado la opción por la nulidad o por la anulabilidad como diferentes consecuencias de la ineficacia de los actos realizados por una persona sin capacidad para ello, la preferencia por la anulabilidad debería ser la opción más adecuada en razón a la consideración de la persona, su voluntad y preferencias, que pueden ser revelados en momento posterior, incluso para una posible ratificación de la voluntad previamente manifestada.

⁹²¹ ALÍA ROBLES, A. (2020). "Aspectos controvertidos del Anteproyecto...", *op. cit.*, p. 6, que afirma que no se debe desconocer que la persona que presta su voluntad "se puede estar equivocando groseramente".

⁹²² PARRA LUCÁN, M.A. (2019). "La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia...", *op. cit.*, pp. 482-487, hace un detallado análisis de la jurisprudencia reciente en la materia, en concreto respecto a las SSTS de 17 de julio de 2012 (Roj: STS 5676/2012); de 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2573/2016) y de 18 de julio de 2018 (Roj: STS 2805/2018).

La alteración en el orden legal de prelación ha sido causa de litigios en varias ocasiones⁹²³. Así, en concreto, la ya citada STS de 16 de mayo de 2017, cuyo principal punto de discusión era el alcance de la medida de apoyo a una persona que padecía una discapacidad intelectual que limitaba su autogobierno en el ámbito personal y en el patrimonial y, que tanto en primera instancia como en grado de apelación fue sometida a tutela⁹²⁴, fundamenta el nombramiento de la persona que ha de asumir el cargo tutelar en alusión al interés de la persona con discapacidad⁹²⁵. En un principio la fundamentación de la sentencia para la designación del tutor parecía basarse en la consideración a la voluntad de la persona afectada al señalar que “esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador”. Pero seguidamente fundamenta la alusión al interés de la persona con discapacidad al señalar que “por ejemplo porque, en atención a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia”. Con todo ello, el Alto Tribunal no atendió a la consideración de la voluntad de la persona alegando que, “no existiendo una manifestación de voluntad terminante del interesado dirigida a alterar el orden del llamamiento legal, la sentencia recurrida, atendiendo al interés de la persona

⁹²³ Entre otras, y además de las anteriormente citadas, las SSTS de 1 de julio de 2014 (Roj: STS 3168/2014), de 19 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4711/2015), de 27 de junio de 2018 (Roj: STS 2493/2018), y de 17 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2820/2019).

⁹²⁴ En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que, para complementar su capacidad, necesita el complemento de un curador para la toma de decisiones para las que las sentencias recurridas prevén la actuación del tutor, estableciendo en su Fundamento de Derecho quinto, que “la descripción de la situación de discapacidad que se contiene en ambas sentencias no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentre privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar. Esa situación de discapacidad total es la que daría lugar al sometimiento a tutela”.

⁹²⁵ Para GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica...”, *op. cit.*, p. 16, esta sentencia es modélica de lo que ha de ser un sistema acorde con la Convención; sin embargo, “resulta superfluo y hasta contraproducente la alusión al interés de la persona con discapacidad, pues este criterio no ha de ser nunca relevante para la decisión”.

con discapacidad, motiva quién es, de entre las personas llamadas por la ley, la más idónea para ejercer el cargo”⁹²⁶.

En el caso enjuiciado en la STS de 27 de junio de 2018 (Roj: STS 2493/2018), si bien el fondo del asunto no versa sobre la voluntad expresada en el nombramiento de tutor, sí contempla la actuación en beneficio de la persona. Este interés viene referido a un hijo de veintitrés años de edad que convive con su madre desde los siete años y que ha sido declarado en primera instancia en el estado de incapacidad total y absoluta para gobernar su persona y bienes, al tiempo que se acuerda la rehabilitación de la patria potestad en favor de la madre. La segunda instancia confirma íntegramente la primera, y en casación se afirma que es inviable un sistema de ejercicio conjunto de la patria potestad que “no resultaría beneficioso” al hijo “en cuyo beneficio se actúa tal y como ha valorado la sentencia de instancia”⁹²⁷.

En la STS de 18 de julio de 2018 (Roj: STS 2805/2018), se hace referencia a la no vinculación al juez del orden legal establecido en el artículo 234 CC para el nombramiento de tutor mediante resolución motivada, de acuerdo con el párrafo final de este artículo, “cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad”. Además, añade que las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas, pero “en cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”.

Recientemente la STS de 17 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2820/2019), parecía en principio atender la voluntad de la persona como cuestión preferente en la determinación de la medida de apoyo. Así, en referencia a las especiales exigencias de motivación para prescindir de la voluntad del discapaz considera

⁹²⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica...”, *op. cit.*, p. 17, insiste que “si la voluntad, deseos y preferencias del interesado no existen o no pueden manifestarse en modo alguno, habrá de aplicarse el orden legal establecido (el del artículo 234 CC) porque es el subsidiario para el caso, sin que sea precisa referencia alguna al mejor interés”.

⁹²⁷ En la fundamentación basada en el interés del hijo se argumenta que se han tenido en cuenta sus circunstancias y necesidades concretas, básicas para el normal desarrollo de la vida, que afectan a diversos ámbitos: afectivo, social, asistencial, sanitario y patrimonial, y que pudieran verse comprometidas en el ejercicio de la medida adoptada por la falta de comunicación y entendimiento desde hace tiempo entre los progenitores.

que “una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad de las personas, la encontramos en el régimen de autotutela, que consagra el art. 223 CC, párrafo segundo, que permite a una persona, con capacidad, notarialmente aseverada, al exigirse el otorgamiento de documento público notarial, que designe expresamente a quien ha de velar por su persona y bienes, ante la eventualidad de que se vea imposibilitada de hacerlo por sí misma, requiriendo los apoyos correspondientes propios de la curatela, o, en su caso, el sometimiento al mecanismo más severo de la tutela; es decir exteriorizar su preferencia sobre la concreta persona o personas que se encargarán de su cuidado, excluir expresamente a otras, o refutar la tutela institucional”. Y continúa reafirmando que “la expresada posibilidad legal, también admitida en el derecho catalán y aragonés, no es otra cosa que el reconocimiento de la dignidad de la persona, que comprende la facultad de autodeterminarse; o, dicho de otro modo, de ser protagonista de su propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes, que marcan su curso vital, según sus deseos, sentimientos y aptitudes, en la medida en que quepa satisfacerlos”. Pero a pesar de esta referencia expresa a facultad de autodeterminación y a la preferencia de la voluntad de la persona para adoptar su medida de apoyo, afirma literalmente que el interés superior del discapacitado “supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad” y que “el precitado interés posibilita la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador, ponderando factores”⁹²⁸.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha hecho referencia en reiteradas ocasiones al “interés superior del discapaz” como “rector de la actuación de los poderes públicos”, añadiendo que “está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con

⁹²⁸ Además, y en relación con el interés superior del discapacitado, la sentencia precitada “impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros”. Y remitiéndose a doctrina jurisprudencial anterior concluye indicando que para lo cual “es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado”. Hace referencia al respecto a las SSTS de 19 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4711/2015), de 27 de junio de 2018 (Roj: STS 2493/2018) y de 18 de julio de 2018 (Roj: STS 2805/2018).

discapacidad⁹²⁹. Es en este punto donde debemos convenir con GARCÍA RUBIO que, no solo dicho interés no aparece mencionado en el texto del artículo 12 de la Convención como tampoco en ninguno otro, sino que la Observación General Primera del Comité lo excluye de manera tajante⁹³⁰. No obstante, a pesar de no aparecer expresamente mencionado el interés superior de la persona con discapacidad en el texto de la Convención, creemos pueda ser tenido en cuenta por el órgano judicial en el nombramiento de sujeto para ocupar el cargo de tutor o curador, siempre que no pueda concretarse al respecto la voluntad y las preferencias de la persona afectada, o éstas supongan un grave perjuicio, a juicio del juzgador, para su persona o patrimonio.

En otros casos⁹³¹, el Tribunal Supremo ha contemplado la aplicación del principio del superior interés de la persona con discapacidad para atribuir la curatela como modelo de apoyo y de asistencia que mejor se adapta a la persona que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad. Una de las últimas resoluciones al respecto, la STS de 19 de febrero de 2020 (Roj: STS 494/2020), ha considerado la curatela como una medida proporcional “que respeta su autonomía e independencia individual, sin menoscabo de la protección de sus intereses”. Y significativa es también la aún más reciente STS de 3 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4050/2020) en la que, sin citar expresamente el interés de la persona a la que se asiste, se hace hincapié en su

⁹²⁹ En efecto, fue la STS de 19 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4711/2015), la primera en establecer erróneamente tal enunciado, que siguieron otras como las SSTs de 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2573/2016), de 27 de junio de 2018 (Roj: STS 2493/2018), de 18 de julio de 2018 (Roj: STS 2805/2018) y de 17 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2820/2019), sin introducir mayores justificaciones.

⁹³⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*, al hilo del comentario de la reciente STS de 17 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2820/2019) y en relación con la proclamación expresa del interés superior que dice el Tribunal está en el artículo 12.4 de la Convención, comenta que “por más que este último párrafo se contenga en disposiciones previas del alto tribunal, se repita en esta y se reitera en otras posteriores, lo cierto es que el art. 12.4 CDPD no hace alusión alguna al criterio del mejor interés o interés superior de la persona con discapacidad; por si fuera poco, el Comité, como ya se ha reiterado, niega tajantemente que este criterio pueda ser utilizado como medida de salvaguarda”.

⁹³¹ Por todas, la STS de 7 de marzo de 2018 (Roj: STS 732/2018), siguiendo sentencias anteriores de 29 de abril y de 11 de octubre de 2009. En relación con el interés de protección de la persona con discapacidad, en el Fundamento de Derecho segundo se dice que “la ampliación de apoyos a la persona con discapacidad, si es para su mejor protección, no puede calificarse de perjudicial para ella, pues los tribunales que conocen del litigio, por vía del recurso, deben tener como guía ese interés de protección del incapaz y revisar si, en ese orden, la resolución que se somete a su revisión se ha excedido por innecesaria, en la protección, o en su caso, existen ámbitos no protegidos y que deben estarlo en beneficio del incapacitado judicialmente”.

especial vulnerabilidad⁹³², proclamando lo relevante cuando se trata de prestar apoyos a la persona “es impedir que sea objeto de una explotación que la lleve a tomar decisiones sin contar con la debida información y comprensión para formar su verdadera voluntad, pues en caso contrario es su propia dignidad la que se ve comprometida”. Curiosa y acertadamente, el Alto Tribunal apela a la dignidad de la persona como medida para fijar la determinación de la medida de apoyo –en este caso, la curatela– que no deja de ser una manera de actuar en su beneficio.

En este sentido, el proyectado artículo 271 CC regula la autocuratela como la posibilidad de cualquier persona mayor de edad o menor emancipada que, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador⁹³³. Y en el artículo 272 CC se contempla la vinculación de estas indicaciones a la autoridad judicial al constituir la curatela, si bien “podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”. Es en este último párrafo donde cabría encajar, de manera excepcional y siempre mediante resolución motivada, la consideración judicial al interés superior de la persona entendiendo que por “circunstancias graves desconocidas por quien las estableció” se puedan incluir graves perjuicios para su persona o para su patrimonio, desconocidos *a priori* por el sujeto que expresó tales disposiciones. Creemos que nadie quiere ir contra

⁹³² En referencia a la Convención señala que ésta “no permite ignorar los riesgos inherentes a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad”.

⁹³³ En el párrafo 2º se añade que “podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo”. Y el párrafo 3º hace mención expresa de que “una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador realizada con posterioridad, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona que precise apoyo”.

sus propios intereses, personales o económicos, por mucha declaración de voluntad y preferencias que exista, a menos que haya un evidente desconocimiento de tales perjuicios.

4. El papel de la voluntad de la persona con discapacidad en la determinación de las medidas de apoyo establecidas por la autoridad judicial

La manifestación de voluntad de la persona que precisa apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica tiene también un papel importante en la adopción judicial o legal de tales medidas de apoyo, hasta tal punto que solo se debe proceder a su constitución en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

En la nueva regulación propuesta por el Proyecto hemos analizado como se ha impuesto un cambio del sistema hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico en donde predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad por otro basado en el respeto a su voluntad y sus preferencias, siendo ella misma la encargada de tomar sus propias decisiones. Es significativo el valor que la reforma da a las medidas de apoyo basadas en la voluntad y en las preferencias de la persona, en concreto, como hemos tratado anteriormente, a los poderes o mandatos preventivos. Sin embargo, quedan también ampliamente reguladas las figuras de apoyo legal y judicial.

De acuerdo con el programado artículo 250 CC por el Proyecto de Ley, las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, eliminando del ámbito de la discapacidad a la clásica institución de la tutela⁹³⁴. En cualquiera de los casos, se dispone respecto a toda institución de

⁹³⁴ La tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad no emancipados en situación de desamparo y los no emancipados no sujetos a patria potestad. En esta línea se elimina también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se

apoyo que su función “consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias” (ex párrafo 2º artículo 250 CC). Si bien las medidas de apoyo basadas en la voluntad anticipada del interesado tienen preferencia sobre las medidas de apoyo legal y judicial, el juez puede adoptar otras supletorias o complementarias en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria⁹³⁵.

Se convierte así la curatela en una de las claves del nuevo sistema para adecuar el ordenamiento jurídico español a los criterios dictados por la Convención, entre los cuales destaca el principio de respeto a las decisiones personales excluyendo en lo posible su naturaleza representativa. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas que, solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general.

El nuevo texto legislativo insiste en que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que la precise, atendiendo en todo caso a la voluntad de la persona y respetando siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica⁹³⁶. Con el complemento de este apoyo, la persona puede desarrollar su proceso en la toma de decisiones, teniendo su propio ámbito de autonomía, potenciando incluso, a través de este apoyo, la toma de decisiones de manera individual y personalizada⁹³⁷.

propone. En cuanto al complemento de capacidad requerido por los menores emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos que hasta ahora correspondía a la figura de los padres o del curador, será atendido por un defensor judicial.

⁹³⁵ En este sentido, expresamente se contempla que en el proyectado artículo 249 CC que “las medidas de origen legal o judicial sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”.

⁹³⁶ El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien se presta el apoyo es lo que MUNAR BERNAT, P.A. (2018). “La curatela: principal medida de apoyo...”, *op. cit.*, p. 133, conceptúa como uno de los principios que dan lugar a la “personalización de la medida” de la curatela.

⁹³⁷ PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2016, pp. 15 y 29, manifiesta con respecto a la función del curador que éste “debe no solo complementar el consentimiento en un acto o negocio jurídico concreto, sino, sobre todo, ayudar a la persona protegida facilitándole herramientas que le permitan tomar decisiones por sí”, y añade que “debe preservarse, siempre que sea posible, la iniciativa de la persona en la toma de decisiones, aunque para realizar el acto concreto en el que desemboca una decisión necesite un complemento de capacidad”.

Pero la manifestación de la voluntad no solo ha de ser tenida en cuenta por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de la curatela como institución de apoyo más adecuada sino también por la persona nombrada para el cargo de curador en el desarrollo de su deber. Según recoge la regulación del Proyecto de Ley respecto al ejercicio de la curatela, “el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias”; además “procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones” (ex artículo 282 CC, párrafos 3º y 4º). Por ello, puede decirse que, entre las exigencias que se imponen al curador, se establecen una serie de deberes que éste debe seguir en el ejercicio de la curatela referidos al respeto a la voluntad de la persona a la que presta su apoyo. Siguiendo a PEREÑA VICENTE, estos deberes, derivados del ejercicio de la curatela y referidos al debido respeto a la voluntad de la persona a que se asiste, pueden resumirse en cinco términos: escuchar, informar, explicar, respetar y acompañar. El papel del curador es por tanto determinante en la asistencia en el proceso de toma de decisiones en actuaciones, tanto personales como de contenido patrimonial, que debe realizar la persona con discapacidad a la que se le presta este apoyo judicial⁹³⁸.

La importante labor del curador en el ejercicio de su cargo respecto al papel de la voluntad y los deseos de la persona a la que asiste intensifica su misión como un verdadero ayudante y como un indudable entrenador para la vida de la persona a la que presta su apoyo. Esta labor de entrenamiento viene reflejada legalmente en el último párrafo del artículo referido al señalar el deber del curador de “fomentar las aptitudes de la persona para que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro”. Para que ello sea posible, y siguiendo el amplio análisis al respecto de la autora antes citada, hay que recurrir a conceptos extrajurídicos como la empatía, la comprensión, la tolerancia y el

⁹³⁸ PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 31-38, hace un exhaustivo análisis del proceso de toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona que necesita el apoyo. Considera que el proceso de toma de decisiones es “el centro de gravedad del ejercicio de la capacidad jurídica”, sobre todo especialmente relevante “cuando la necesidad de establecer un instrumento de protección se daba a la existencia de una enfermedad mental que, por su interacción con otras circunstancias, implique instaurar una medida de protección” y destaca la formación de la voluntad como determinante para que la manifestación de esa voluntad sea la que realmente se corresponde con las preferencias, deseos y valores de la persona que la expresa.

respeto por parte del curador hacia la persona a la que presta la asistencia, “lo que se traduce en la capacidad de abrirse a la diferencia y a la novedad con el límite del respeto de la ley y de la existencia de un peligro”⁹³⁹. Desde esta perspectiva, la actuación del curador no será fácil de ejercer ni de valorar y, mucho menos, de controlar.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, la voluntad, deseos y preferencias de la persona deben ser tenidos en cuenta por el curador en el ejercicio de sus funciones siempre y cuando sean razonablemente adecuados y ajustados a la situación de la persona a la que asiste. En algunas cuestiones podrá haber tensión entre lo que la persona desea y lo realmente adecuado y posible para ella, para lo cual será inevitable tener en consideración el interés de la persona protegida que, junto con la valoración de las circunstancias de cada caso, sirva para la ayuda en la toma de decisiones. En estos casos, las salvaguardas judiciales utilizadas –también el defensor judicial– pueden actuar como límites o impedimentos para la realización de actos nocivos para sus intereses personales o patrimoniales, incluso para impedir el no ejercicio de un derecho que pueda garantizar el disfrute de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad.

Lo deseable es que el trato entre curador y curatelado esté basado en una relación de confianza y armonía –familiar, de amistad o profesionalizada–, siendo primordial la continuidad pacífica de esa situación, para lo cual será necesario un adecuado seguimiento del ejercicio de la curatela, sobre todo la verificación de que se sigan la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona protegida. Pero no puede pasarse por alto que en alguna ocasión ello puede derivar en una relación de autoridad –consciente o inconscientemente– del curador, dominando la verdadera voluntad de la persona a la que apoya. En esos casos, la auténtica voluntad quedará solapada siendo indispensable realizar una labor externa de interpretación y averiguación de aquella que corresponda fielmente a la voluntad de la persona a la que se asiste.

⁹³⁹ PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 33, que, por otra parte, analiza el cuestionamiento ético en la toma de decisiones, indicando que “ha de fomentarse una reflexión ética de la persona que ejerce la medida en la que se cuestione su propia actuación”, refiriéndose a que tomar buenas decisiones éticas requiere una “sensibilidad entrenada”.

En los supuestos en que la persona careciera de la posibilidad de manifestar su voluntad, excepcionalmente el apoyo consistiría en una representación no sustitutiva⁹⁴⁰, basándose las medidas a adoptar en lo que hubiera declarado el sujeto afectado de haber podido manifestarlo, pero no en su mejor interés. Es como si se pudiera recrear sus preferencias a través de la mejor interpretación de lo que hubiera sido su voluntad, incluso teniendo en cuenta su trayectoria vital pasada⁹⁴¹ –de acuerdo con su biografía, sus creencias–, y sólo se admitiría la posibilidad de sustitución en aquellos casos límite donde no es posible ningún tipo de reconstrucción, siendo esto la excepción que confirma la regla⁹⁴². En ese sentido, cuando esa voluntad no puede ser expresada –en muchos casos precisamente por la discapacidad–, y a pesar de haberse hecho un esfuerzo

⁹⁴⁰ Una de las finalidades de la regulación prevista en el Proyecto es evitar la representación de la persona con discapacidad y que sea ella misma, en la medida de sus posibilidades, la que ejercite por sí misma sus derechos y obligaciones, y si fuera preciso, con la provisión de medidas de apoyo para ello. Pero, siguiendo a PARRA LUCÁN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables...*, *op. cit.*, p. 13, ni siquiera en el caso de que la decisión sea tomada por otro, “debe prescindirse de las preferencias, la personalidad, las creencias, la voluntad de quien por sí solo no está en condiciones de tomar una decisión. Al atender a estos factores (una voluntad pretérita, expresa o apreciable por manifestaciones y actitudes en situaciones anteriores semejantes, una voluntad actual identificable por sus expresiones de preferencias, creencias, personalidad atendiendo a su capacidad natural o a su madurez si es un menor) se trata de transformar en decisión hacia el exterior esa voluntad interna”. A nuestro juicio, es muy acertado tener en cuenta esos factores de la personalidad de la persona en la medida de lo posible, y siempre que se pueda rastrear en su pasado; obviamente, es muy difícil, por no decir imposible, en aquellos supuestos en los que la persona, por la falta de aptitudes psíquicas e intelectuales, no ha podido nunca manifestar su voluntad o preferencias, o incluso que estas hayan sido objetiva y manifiestamente perjudiciales para su persona. El problema, además, derivaría en la falta de seguridad jurídica en la constatación de tales realidades, incluso en las diferentes maneras de interpretación.

⁹⁴¹ Para la determinación de la voluntad de la persona con dificultad o imposibilidad en manifestarla, podemos tener en cuenta, aunque dictada en un contexto diferente, lo establecido por la STS de 13 de mayo de 2015 (Roj: STS 1945/2015): “Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”.

⁹⁴² En palabras de PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 139, “este criterio, que exige una fuerte sensibilidad y empatía por parte de la persona que ejerce la medida, pocas legislaciones lo consagran expresamente y es uno de los grandes logros del Anteproyecto de Ley de septiembre de 2018”. En la redacción dada en el Anteproyecto al artículo 280, párrafo 5º del Código Civil, se establecía que “el curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración”, párrafo que no fue recogido en el texto del Proyecto posterior. En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 184, señala que “la función primordial de cualquier curador es la de asistir a la persona a la que presta apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica en los aspectos personales y/o patrimoniales que lo necesite, respetando su voluntad, deseos y preferencias y garantizando su participación activa en la toma de decisiones que le afecten”.

considerable, la institución de apoyo puede tener carácter representativo⁹⁴³ por lo que, en este caso, el curador podrá ejercer su cargo de acuerdo a lo que él entienda como más adecuado, teniendo siempre 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”⁹⁴⁴. En palabras de PAU PEDRÓN, se trata de “reconstruir su voluntad” y considera que “cuando esas `voluntades, deseos y preferencias` de la persona con discapacidad no están formadas, es necesario contribuir a esa formación”⁹⁴⁵. En este sentido, tal y como hemos comentado con anterioridad, se había pronunciado previamente el Comité en la Observación General nº 1 al establecer en el punto 21 que “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»”⁹⁴⁶. Entendemos la dificultad en considerar qué se entiende por “esfuerzo considerable” ya que, desde nuestro punto de vista, queda bastante ambigua y difícil la interpretación

⁹⁴³ Como expone MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2019). “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas...”, *op. cit.*, p. 263, “en un sistema legal de medidas de apoyo que contenga una medida central como la curatela, es imprescindible que las facultades de representación formen parte del contenido posible de esa medida central”, si se quiere disponer de una panoplia suficientemente amplia de mecanismos capacitantes.

⁹⁴⁴ Así lo expresa la regulación dada por el Proyecto de Ley al párrafo 3º del artículo 249 CC, dentro del capítulo destinado a disposiciones generales para las medidas de apoyo. El Anteproyecto de Ley de 2018 preveía, con una redacción similar, la regulación del ejercicio del curador cuando éste actuaba con facultades representativas en el párrafo 5º del artículo 280 CC pero este párrafo fue suprimido de la redacción dada por Proyecto en el equivalente artículo 282 CC referido específicamente al ejercicio de la curatela.

⁹⁴⁵ PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, pp. 9 y 23. Indica además que “el respeto a la voluntad va más allá de la indagación de esa voluntad” y cuando esa voluntad no pueda expresarse, “hay que indagar la voluntad que hubiera tenido la persona” y se impone al curador que tome en consideración “la trayectoria vital, los valores y las creencias” de la persona con discapacidad.

⁹⁴⁶ Como señala GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*, refiriéndose a estos casos excepcionales en donde no queda más posibilidad que la representación por parte del titular del apoyo sustitutiva de la voluntad del representado, aquel siempre ha de actuar de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Aún en el caso de que no pueda manifestar su voluntad, “el titular del apoyo no puede en ningún caso, decidir por ella; muy al contrario, estará obligado a hacer un esfuerzo considerable a fin de determinar la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiera requerido representación”.

de ese esfuerzo, no solo por el problema en su valoración sino por quien debe apreciarlo⁹⁴⁷.

La figura del defensor judicial es otra de las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que está especialmente prevista para ciertos tipos de situaciones, entre las que se encuentran la necesidad de apoyo ocasional que no esté garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad, o la imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza. El defensor judicial es nombrado y recibe su encargo, puntual y temporal, de la autoridad judicial, pero no tiene otro control judicial que tal nombramiento⁹⁴⁸.

En relación con el papel de la voluntad de la persona con discapacidad en esta figura, debemos indicar que el Proyecto de Ley, ex artículo 297 CC, le atribuye para el ejercicio de su actuación, al igual que al curador y como no podía ser de otra forma, las obligaciones “de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se presta apoyo”.

Vuelve a repetirse la exigencia al debido respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona asistida en Proyecto de Ley al determinar el artículo 283 CC que “cuando quien desempeña la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias”. Cuando se da un conflicto de intereses, con independencia de la actuación del defensor judicial como tercero que interviene en la resolución de tal conflicto, hay que tener en cuenta lo que PAU PEDRÓN denomina la “supremacía del interés de la persona con discapacidad” en el sentido de que “si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y

⁹⁴⁷ DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos...”, *op. cit.*, p. 2233, denomina a esta situación como la indagación de la “voluntad presunta” y ello, pese a la buena intención, “no responde a la realidad”, ya que no pocas veces será inviable adoptar una decisión de este tipo.

⁹⁴⁸ Para SANCHO GARGALLO, I. (2018). “Sentido de la intervención judicial...”, *op. cit.*, p. 25, el control judicial del defensor judicial debería alcanzar también “al examen o rendición de cuentas de lo ocurrido”.

el interés de otras personas tendrá primacía o preferencia el primero”⁹⁴⁹. Este criterio es el que ha guiado a algunas decisiones judiciales a la hora de resolver situaciones en las que existía un choque de intereses entre la persona con discapacidad y otra sin ella –se contraponía el interés de la persona con discapacidad al interés de los llamados a ejercer la guarda–, considerando el Tribunal el interés de la persona con discapacidad como “más relevante” o “interés superior” o “que se encuentra por encima de cualquier otro”⁹⁵⁰ que el interés de la persona sin discapacidad con quien concurre⁹⁵¹.

En consecuencia, es palpable, por tanto, la voluntad del legislador de que cualquier providencia de apoyo, incluso las establecidas por la autoridad judicial, tenga muy presente los anhelos y aspiraciones de la persona sobre la que va a recaer la medida, no solo en su determinación, sino también en el nombramiento de la persona que vaya a ocupar el cargo y en la forma de ejecución de tales medidas. A este respecto, como ya hemos indicado, las reiteradas referencias a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a las que van dirigidas las medidas de apoyo son constantes a lo largo de todo el texto del Proyecto. No obstante, a nuestro juicio, creemos que no debe dejarse de hacer las ineludibles referencias, cuando ello sea necesario, al beneficio de la persona asistida.

5. El papel de la voluntad de la persona con discapacidad cuando el apoyo lo ejercita un guardador de hecho

En la reforma proyectada, la guarda de hecho, si bien sigue siendo propiamente una institución fáctica ya que no precisa de investidura judicial formal, se convierte en una verdadera institución jurídica de apoyo a la persona con

⁹⁴⁹ PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo...”, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁹⁵⁰ Estas son las expresiones utilizadas por las SSTs de 4 de abril de 2017 (Roj: STS 1335/2017), que cita la de 1 de julio de 2014 y la de 19 de noviembre de 2015, y reitera la de 8 de noviembre de 2017 (Roj: STS 3925/2017).

⁹⁵¹ DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos...”, *op. cit.*, p. 2234, critica esta diferencia de trato a favor hacia la persona con discapacidad ya que “no debería considerarse que el interés de la persona con discapacidad *que ha recibido los correspondientes apoyos*, es superior al de otra persona”, favoreciéndole por el hecho de ser persona con discapacidad y siendo ello “una discriminación bienintencionada, pero carente de justificación, y que se acabaría volviendo contra ella”.

discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Como auténtica institución jurídica de apoyo y de acuerdo con lo establecido como disposición general para toda institución jurídica de apoyo en el proyectado artículo 250 CC, su función consiste en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. De manera específica, el proyectado artículo 264 CC hace mención a que “los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de esta no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias”.

Teniendo en cuenta el eje central del Proyecto que basa la determinación de los apoyos en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona destinataria de éstos, el guardador de hecho también puede ser un instrumento de asistencia y apoyo en la búsqueda de una decisión propia del sujeto con discapacidad.

Puede ser objeto de discusión qué criterio debe guiar la actuación del guardador: si el beneficio o interés superior de la persona protegida o el respeto a su voluntad, incluso contra sus intereses⁹⁵². No cabe duda de que, tal y como se estipula en el párrafo 2º del artículo 249 –ubicado entre las disposiciones generales a cualquier medida de apoyo– “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”. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, ello no es óbice para que, en atención precisamente a la ayuda en esa toma de decisiones–por tener el guardado dificultades reales para ello–, se deba tener en cuenta su mejor interés y evitar, en la medida de lo posible, ciertas decisiones inoportunas con consecuencias desfavorables, perjudiciales e irreparables para su persona o patrimonio. Incluso, la obligación que le impone el artículo 265 al guardador de

⁹⁵² PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pp. 74-75, contempla la posibilidad de aplicar a la guarda de hecho el artículo 282, referido al ejercicio de la curatela, en el sentido de que el guardador debe asistir a la persona que presta su apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias, además de procurar que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

informar y rendir cuentas de su actuación, a requerimiento de la autoridad judicial en cualquier momento, podría generar una responsabilidad en su contra por un inadecuado ejercicio de la guarda de hecho al no haber tenido en cuenta el mejor interés de la persona a la que presta su apoyo⁹⁵³. Por ello entendemos que, para un correcto y adecuado ejercicio de la función de guarda, el superior interés debe también estar presente en la actuación del guardador.

El Proyecto reconoce que, en determinadas circunstancias, será necesario que el guardador de hecho represente a la persona a la que presta el apoyo, pudiendo solicitar para ello la correspondiente autorización judicial⁹⁵⁴. Como señala LECIÑENA IBARRA, la intervención judicial constituye sin duda “una respuesta excepcional y extrema de carácter sustitutoria que frustra la promoción de la autonomía del guardado por su falta de capacidades cognitivas”⁹⁵⁵. Incluso en esta situación excepcional, la decisión del juez para autorizar esta representación del guardado debe guiarse por el interés superior o mayor beneficio de la persona. A través de esta autorización judicial, el guardador podrá acreditar tal representación y estará legitimado para actuar en el tráfico jurídico –en principio solo para actos de mera administración ordinaria– en nombre de la persona a la que presta su apoyo.

En estos casos, la mayor dificultad será la inexistencia de salvaguardas adecuadas y suficientes para impedir los abusos y las influencias indebidas, tanto de los propios actos de la persona guardada –ya que formalmente la

⁹⁵³ Se podría plantear la cuestión de si el propio sujeto guardado podría exigir responsabilidades a su guardador de hecho por no actuar en su propio beneficio.

⁹⁵⁴ El proyectado artículo 263 CC, párrafo 2º, establece que “cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada. La autorización podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo”. El párrafo 3º hace referencia también a la necesidad de recabar autorización judicial “para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento”. Y el párrafo 4º expresa que “no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”. Puede plantearse problemas de interpretación respecto a qué actos pueden ser calificados de “escasa relevancia económica” o de “especial significado personal o familiar”.

⁹⁵⁵ LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, op. cit., p. 308.

persona mantiene intacta su capacidad de ejercicio de sus derechos, mientras no se demuestre que carecía de capacidad en el momento de realizar el acto jurídico⁹⁵⁶– como de los actos realizados por el guardador en beneficio propio y en perjuicio del guardado, ya que pueden escapar al control de su gestión⁹⁵⁷. Este inconveniente puede salvarse por el posible control de la autoridad judicial –ex art. 265– mediante requerimiento de información de la actuación del guardador de hecho y del establecimiento de las salvaguardias que estime necesarias, además de poder exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento⁹⁵⁸.

El guardador de hecho carece en principio de legitimación para actuar en el tráfico jurídico en representación de la persona a la que asiste. Sin embargo, en determinadas circunstancias, será necesario que le represente dando lugar a una guarda de hecho representativa. Ya hemos puesto de manifiesto cómo el Proyecto, en las disposiciones generales referidas a las medidas de apoyo en general, permite en casos excepcionales, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, que aquellas puedan asumir funciones representativas. La intervención del guardador de hecho puede, por ello, ser representativa y no solo servir como mera asistencia en la toma de

⁹⁵⁶ Aunque exista guarda de hecho, la persona guardada mantiene intacta su capacidad contractual. Así lo estipula expresamente la nueva redacción del artículo 1263 CC, párrafo 2º, dada por el Proyecto: “las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas”.

⁹⁵⁷ A este respecto y según MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 215, dos son los principales problemas que plantea la institución de la guarda de hecho: las relaciones negociales con terceros y el control de la gestión. En cuanto a las relaciones negociales con terceros, comenta –si bien sus observaciones parten del texto originario del Anteproyecto que ha sido finalmente modificado en el texto definitivo del Proyecto–, que la “naturaleza del acto” que requiere acreditar la representación será para actos que excedan de la mera administración ordinaria y que sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo, quedando a la libre interpretación qué actos exceden de la “mera administración ordinaria”. El control de la gestión también puede generar un problema de eficacia dado que no hay obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial; únicamente se señala que “a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias”. Sería aconsejable, según el autor citado, que, al margen del requerimiento judicial, en cualquier caso, el guardador pusiera el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal cuando la situación de discapacidad se prolongue más de un mes”. Así lo exige, efectivamente, el artículo 157 del Código de Derecho Foral de Aragón, pero sin poner fecha de caducidad.

⁹⁵⁸ No obstante, compartimos con LECIÑENA IBARRA, A. (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo...”, *op. cit.*, p. 309, el temor a la posible generalización de esta práctica sustitutiva, pudiendo convertirse en un criterio legal abstracto y general de actuación judicial obviando la evaluación concreta para el acto que se solicita; por ello, se debería “obligar a extremar las cautelas sobre estas medidas que aun sustitutivas son absolutamente necesarias”.

decisiones por el propio sujeto guardado, siendo esta posibilidad considerada como excepcional y ajustada a aquellos actos concretos en los que la persona tenga dificultad o imposibilidad en la toma de decisiones por sí misma. Por ello, la nueva regulación requiere que el guardador solicite la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria⁹⁵⁹, en el que habrá de ser oída la persona interesada. Puede apreciarse aquí, de nuevo, la importancia de la voluntad de la persona afectada en la determinación de la representación al guardador.

La autorización judicial que permita la representación para el guardador de hecho podrá comprender una pluralidad de actos de naturaleza patrimonial que sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo, pero, en ningún caso, podrá referirse a actos que excedan de la mera administración ordinaria⁹⁶⁰. Los actos de disposición –y se entiende también que los actos de gravamen sobre los bienes de la persona– quedan por tanto excluidos del ámbito de actuación del guardador de hecho.

En todo caso será necesaria la autorización judicial para prestar el guardador consentimiento en los actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento (párrafo 3º del referido artículo 263 CC)⁹⁶¹. Ello es debido a que normalmente la actuación del guardador se circunscribe a los actos de carácter personal de cuidado y asistencia necesarios para la vida ordinaria de la persona a su cuidado⁹⁶².

⁹⁵⁹ Con el ejercicio de esta acción procesal puede entenderse que la guarda de hecho ha sido “judicializada” por haber intervenido el juez para autorizar algún acto o para solicitar información al guardador.

⁹⁶⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, op. cit., p. 401, considera que la institución de la guarda de hecho es “el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón”, por lo que, en expresión de PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, op. cit., p. 71, esta limitación convierte esta figura “en la institución de los desfavorecidos, por no decir de los pobres”.

⁹⁶¹ Ha sido suprimida de la redacción final del Proyecto la referencia que hacía el Anteproyecto a actos específicos como “que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona” y se ha sustituido por la expresión genérica de “actos de trascendencia personal”

⁹⁶² PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, op. cit., p. 77, echa en falta en la nueva regulación del régimen de autorización judicial para actos de naturaleza personal –creemos aplicable también para los actos de naturaleza patrimonial– la no imposición al juez ni al guardador de “tener en cuenta, en la medida que sea posible, la voluntad y preferencias presentes y pretéritas de la persona guardada”. Asimismo pone de manifiesto que tampoco ha sido prevista la indagación de la voluntad o preferencias de la persona en la modificación que hace el Proyecto en el artículo 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, aunque sí contempla que, “antes de tomar una decisión, el Juez entrevistará

La cuestión de que ni siquiera con autorización judicial el guardador de hecho pueda realizar actos de disposición puede derivar en un problema de imposibilidad o dificultad de actuación cuando sea necesario llevar a cabo tales actos⁹⁶³, salvo que se recurra a la constitución de una curatela –no necesariamente exigible por este motivo, si la guarda de hecho funciona adecuadamente– o, como prevé el último párrafo del proyectado artículo 263 CC, la autoridad judicial proceda al nombramiento de un defensor judicial porque la naturaleza del acto así lo exija⁹⁶⁴. En nuestra opinión, esta posibilidad que da la norma a que se proceda por el juez al nombramiento de un defensor judicial cuando la naturaleza del acto así lo exija, supone poca variación respecto a que los actos de disposición puedan ser autorizados judicialmente al guardador de hecho, cuando éste actúe por representación en los casos en los que la naturaleza del acto lo requiera, ya que en ambos casos será necesaria la intervención judicial. Y, aunque será aplicable al defensor judicial –al igual que al guardador– la obligación de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se presta apoyo (ex artículo 297 CC), ello implicará la intervención de un nuevo sujeto en la ejecución de las medidas de apoyo y dificultará la gestión del acto de disposición a realizar por todo lo que ello supone de complejidad administrativa y, en algunas ocasiones, de coste y desgaste personal para la persona guardada.

Se plantea la cuestión de qué actos no podrán otorgarse nunca por representación por tener un carácter personalísimo, de modo que, siendo necesaria tomar una decisión, y careciendo de suficiente juicio para prestarla el

por sí mismo a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta”, si bien añade que esta carencia puede ser paliada, en parte, mediante la aplicación de las disposiciones generales.

⁹⁶³ El vigente artículo 303 CC permite al juez, cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, otorgar al guardador facultades tutelares, si bien se mantiene la duda de si esta referencia a las “facultades tutelares” comprenden los actos de disposición.

⁹⁶⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 79, apunta que la referencia que hace la norma a “asuntos que por su naturaleza lo exijan” puede plantear dificultades de interpretación por ser un concepto jurídico indeterminado, refiriéndose el texto quizás “a los asuntos en los que exista un conflicto de intereses ente el guardador y la persona”, si bien añade que, no pudiendo el guardador realizar actos de disposición, las posibilidades de conflicto de intereses se reducen considerablemente.

interesado, sea precisa una intervención judicial⁹⁶⁵. El artículo 12.2 de la Convención, al reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que todas las demás, proclama ese derecho de igualdad “en todos los aspectos de la vida”, incluyendo los derechos y actos personalísimos⁹⁶⁶.

Una de las disyuntivas que se pueden trazar en el ejercicio de la guarda de hecho es qué criterio debe seguir la actuación del guardador: si debe guiarse por el beneficio o interés de la persona a la que guarda o por el del respeto a su voluntad, deseos y preferencias, incluso contra sus intereses. Si bien el Proyecto no contempla específicamente la obligación del guardador de asistir a la persona a la que presta el apoyo respetando su voluntad, deseos y preferencias –al estilo de lo que sí se regula para el curador en el párrafo 3º del artículo 282–, no cabe duda de la aplicación del párrafo 2º del artículo 250, ubicado entre las disposiciones generales y referido genéricamente a la función de las instituciones de apoyo como asistencia a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, “respetando su voluntad, deseos y preferencias”.

Si el guardador, siguiendo las instrucciones dadas por la persona a la que cuida, realiza actos en contra de los intereses de éste, no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias (ex artículo 264). No obstante, creemos que puede darse la paradoja de que pueda ser víctima de la exigencia futura de una cierta responsabilidad –bien por parte de sus herederos, bien por parte de los obligados a alimentarle, incluso por el propio sujeto al que asiste– por la inadecuada y errónea formación de su voluntad y por la permisividad de la realización de tal acción en contra de sus intereses, dada la dificultad, en algunos casos, de probar que se actuó siguiendo la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.

⁹⁶⁵ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables...*, op. cit., p. 133, señala la necesidad de intervención judicial para casos concretos como los internamientos involuntarios para garantizar la salud de la persona.

⁹⁶⁶ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables...*, op. cit., p. 132, expresa, en este sentido, que “todo ello mueve a pensar que el consentimiento del interesado, en su caso con apoyos, puede jugar en ámbitos en los que no se menciona expresamente en la ley, y ello con independencia de que se trate de actos de carácter personalísimo”.

Sin embargo, creemos que, respecto a la oportunidad del debido respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la realización de un acto, ya sea de naturaleza personal o patrimonial, la duda se mantiene si el consentimiento prestado por la persona para este acto ha sido realizado mediando una manipulación o influencia interesada de un tercero –en este caso, el guardador–, que genere un inadecuado y deficiente conocimiento para la persona que manifiesta su voluntad, de las consecuencias que se puedan derivar de la realización de esos actos y que sean manifiestamente contrarios a los propios intereses de la persona protegida⁹⁶⁷. A este respecto, recordemos que la Convención, en su artículo 12.4, exige que las salvaguardias establecidas aseguren que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, pero, al mismo nivel, exige que se establezcan las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida. Esas salvaguardias pueden ser preventivas –poco eficaces por la ausencia de formalidades que caracteriza la constitución de la guarda de hecho– o paliativas, a través del régimen de impugnación de los actos que haya podido realizar el guardador o el propio guardado. En virtud de la nueva redacción dada al párrafo 2º del artículo 1263 CC por el Proyecto de Ley “las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas”, por lo que la persona que esté bajo una guarda de hecho, al no existir una medida de apoyo judicial, mantiene intacta su capacidad contractual. Ello puede provocar la realización de actos con consecuencias irreparables tanto para la persona como en su patrimonio, siendo el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento la única solución legal para reparar tal perjuicio. Pero en muchos casos tal acción no llega a ejercitarse o se llega tarde para la reparación del daño.

Es esta línea la que, a nuestro entender, sigue MARTÍNEZ DE AGUIRRE en su exposición acerca de la segunda finalidad de la protección jurídica a una persona afectada por una discapacidad psíquica, al determinar que se ha de “establecer

⁹⁶⁷ Piénsese por ejemplo en la interrupción de un tratamiento médico vital para la persona o la realización de actividades negociales que perjudiquen gravemente el patrimonio del afectado, en ambos casos sin posibilidad de recuperación o de reintegro.

un sistema de toma de decisiones que permita la adopción de decisiones y realización de actos relativos a la esfera jurídica (personal y patrimonial) de la persona con discapacidad, con plena validez y eficacia”, con el objetivo de “evitar que se tomen decisiones perjudiciales (e impugnar las tomadas, en su caso), ... se trata de establecer mecanismos que permitan que esas decisiones tomadas sean tomadas válidamente (son, desde este punto de vista, capacitantes)”⁹⁶⁸. Para ello, tanto la curatela como la guarda de hecho pueden ser instituciones adecuadas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica para preservar su voluntad, deseos y preferencias en la toma de decisiones personales o patrimoniales que les afecten. Esta finalidad puede conseguirse a través de mecanismos jurídicos diferentes, pero, a juicio del autor antes citado, “razones de economía jurídica y de eficacia aconsejan que, cuando sea posible, una sola instancia sirva para resolver lo relativo a la toma de decisiones y para proporcionar la protección necesaria”⁹⁶⁹, es decir, que confluyan en una única persona el suministro de asistencia y apoyos en la toma de decisiones. La agilidad prevista en la nueva regulación dada por el Proyecto a las actuaciones del guardador de hecho, respetando en la medida de lo posible, la voluntad y las preferencias de la persona, junto con el establecimiento de las salvaguardias adecuadas que la protejan frente a abusos e influencias indebidas que jueguen en su contra, suponen la garantía de la permanencia de esta verdadera institución jurídica de apoyo, a pesar de ser una figura que nace sin formalidad alguna⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁶⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 108, se refiere que quien toma las decisiones sea quien atienda y proteja a la persona y a los bienes del discapacitado para evitar “desencuentros, complicaciones y bloqueos”.

⁹⁷⁰ Es lo que PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pp. 71 y 81, ha denominado “suficiencia de la guarda de hecho”, tanto en el sentido de que es suficiente por no ser necesario la realización de actos de trascendencia jurídico real o de naturaleza dispositiva o traslativa, como por la existencia de salvaguardas adecuadas que impidan abusos e influencias indebidas. Metafóricamente, la autora citada indica que el Proyecto convierte a la guarda de hecho en la princesa del cuento de Cenicienta ya que, del fáctico papel de protección que tiene en la actualidad, pasa a ser una verdadera institución jurídica de apoyo y asistencia real a las personas con discapacidad, si bien necesita que “no solo que el hada madrina la toque con su varita mágica, sino también que eso se acompañe de una carroza, un traje y, sobre todo, unos zapatos de princesa”.

6. El pretendido derecho a equivocarse y a rechazar el apoyo, como expresión de la voluntad de la persona con discapacidad

Una de las manifestaciones de la autonomía individual y de la libertad consustancial de cualquier persona es la libre formación y expresión de una determinada voluntad, con independencia de cuál sea. Toda persona tiene su voluntad –sus mejores o peores deseos y preferencias– y será ésta la que determine las consecuencias personales, jurídicas o de otra índole, de la actuación voluntaria de cada sujeto. Es en este punto donde es controvertida la cuestión del derecho a equivocarse que pueda tener una persona a la hora de manifestar su voluntad, sus deseos y preferencias en la determinación de su medida de apoyo.

El pretendido “derecho a equivocarse”⁹⁷¹ está reconocido en la Observación General 1ª del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, junto con el derecho de asumir riesgos, cuando al final del punto 22 reconoce que “las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”. No obstante, debe apuntarse que la Convención no lo recoge expresamente⁹⁷².

Evidentemente, cualquier persona puede –y tiene– que equivocarse en la adopción de decisiones en cualquier ámbito de su vida para un adecuado y correcto aprendizaje, porque, en palabras de ALÍA ROBLES, “las decisiones desacertadas también ayudan en el proceso de maduración del individuo y en la propia conformación de su personalidad”⁹⁷³. Pero en algunos casos las

⁹⁷¹ SERRANO GARCÍA, I. (2020). “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico...”, *op. cit.*, p. 86, se cuestiona la enunciación de un “derecho” a equivocarse, afirmando más bien la posibilidad de que cualquier persona se equivoque en sus decisiones y, si la equivocación es de la persona que precisa de apoyos, se multiplicarán las acciones de anulación de contratos celebrados por las personas con discapacidad.

⁹⁷² PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 140, contempla los principios de autonomía y de dignidad de la persona –estos sí reconocidos en la Convención– como límites al pretendido “derecho a equivocarse”, poniendo como ejemplo, como ya hemos indicado anteriormente, la situación cuando “una persona arriesga perder su única vivienda y con ello compromete sus posibilidades de tener una vivienda digna, que le permita vivir de forma autónoma e independiente”.

⁹⁷³ ALÍA ROBLES, A. (2020). “Aspectos controvertidos del Anteproyecto...”, *op. cit.*, p. 17.

consecuencias son más dramáticas y perjudiciales que en otros. Así, tratándose de personas con discapacidad, en especial las personas con alguna discapacidad psíquica o mental –que conlleva en muchos casos un déficit cognitivo–, la manifestación de su voluntad puede acarrear consecuencias nefastas, tanto en el ámbito personal –que afecten incluso a su vida, a su salud o a su integridad física– como en el ámbito económico o patrimonial –pudiendo quedar afectado su patrimonio, total o parcialmente, en una clara situación de desventaja con el resto de personas que puedan tener una cierta capacidad de reacción. En estos casos, la persona puede estar realizando un acto no racional que puede seriamente perjudicarle –incluso “mantenerse indefinidamente en la equivocación porque carecen de los resortes precisos para rectificar, bien por falta de iniciativa o porque carecen de capacidades para la resolución de conflictos”⁹⁷⁴, perpetuándose las consecuencias perniciosas para su integridad, salud o patrimonio. Por ello, sólo cuando se entienda razonable la voluntad podrá ser tenida en cuenta. Pero, como ya hemos apuntado con anterioridad, la cuestión es quién y cómo se interpreta la racionalidad de la voluntad⁹⁷⁵.

En el Proyecto se hace gala también de la no necesidad de someter en ningún caso las decisiones de la persona a un control judicial previo para que sean efectivas; solo se podría recurrir a una instancia judicial si hubiera mala fe o abuso por parte de un tercero. A nuestro juicio tal vez esta opción de prescindir del control judicial previo podría perjudicar los intereses patrimoniales, incluso personales, ya que, a pesar de que el ordenamiento prevé la posibilidad de impugnar los actos realizados con vicios de la voluntad o con defecto de capacidad siendo susceptibles de anulación, lo cierto es que en la práctica pocas veces se acude *a posteriori* a la vía judicial para la defensa de estos intereses,

⁹⁷⁴ ALÍA ROBLES, A. (2020). “Aspectos controvertidos del Anteproyecto...”, *op. cit.*, p. 17, concluye afirmando que “el derecho a equivocarse es una trampa” ya que alegóricamente se pregunta si “¿abriríamos la ventana a quien piensa que puede volar sin alas?”. No opina lo mismo GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 32, que considera que, “como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás”.

⁹⁷⁵ Una de las maneras de singularizar objetivamente la racionalidad de la voluntad podría ser la que da GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 172, cuando, al hilo de la consideración de la discapacidad que hace el Anteproyecto, habla de la “integridad de la conciencia y la voluntad en la toma de decisiones, esto es, a la que algunos han venido a llamar «capacidad natural de autogobierno»”, volviendo de nuevo a la consideración de la capacidad de autogobierno como causa y presupuesto para la determinación de medidas de apoyo.

ya sea por pasividad, ya sea por el desconocimiento de los hechos o la falta de pruebas.

Si bien es cierto que errar conlleva siempre un aprendizaje para evitar en el futuro las consecuencias dañinas de ese error, ni siempre ni todos aprenden de la misma manera. Ello dependerá de la madurez en este proceso de aprendizaje y también de la magnitud de las consecuencias, tanto personales como patrimoniales. No cabe duda de que, tratándose de las personas con discapacidad psíquica o mental –discapacidad que afecta a la formación de la voluntad⁹⁷⁶–, el aprendizaje pasa por ayudarles a formar una voluntad correcta y no perjudicial para sus intereses, pero no siempre la persona con discapacidad tiene instituido el apoyo –no tiene reconocida ninguna medida de apoyo–, por lo que su voluntad puede ser manipulable por terceros en beneficio de éste y en claro perjuicio de aquella. Además, y aunque esté constituida una institución estable de apoyo –ya sea curatela o guarda de hecho–, y a pesar de que normalmente se presume la buena fe en la ayuda prestada por el encargado de dar los apoyos para la realización de determinados actos jurídicos, no siempre la persona que presta el apoyo asiste dando las mejores indicaciones, por lo que en estos casos sería necesaria una mayor vigilancia y un mayor control para detectar posibles abusos en atención a la especial vulnerabilidad de algunas personas con discapacidad, con voluntad más débil y fácilmente manipulable⁹⁷⁷. Es en este punto donde muchas veces el control judicial queda lejos –por pasividad a la hora de reaccionar y ejercitar una reclamación judicial– y es ajeno

⁹⁷⁶ Puede ser por una falta total de voluntad –ausencia o inexistencia de voluntad (por ejemplo, en casos de personas con Alzheimer o con trastornos del espectro autista) – o por una falta limitada de la voluntad –en personas con una disminución en las habilidades cognitivas e intelectuales (por ejemplo, personas con un cierto retraso mental o con Síndrome de Down).

⁹⁷⁷ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 155, indica al respecto que “las salvaguardas que se diseñen en los sistemas jurídicos que acojan la Convención no solo han de garantizar la toma de decisiones de la persona con discapacidad, con los apoyos que sean necesarios, sino que también deben impedir, en su caso, que la persona que presta apoyo ejerza una influencia indebida (presiones, amenazas, agresión, manipulación, etc.) sobre la persona discapacitada”. Además, reconoce la necesidad de un “reconocimiento jurídico accesible” respecto a la persona que presta la asistencia, incluyendo “un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida”. También hace mención, por lo que respecta a las normas sucesorias y en relación con cuidadores personas físicas, de la necesidad de que “la atribución mortis causa se haya hecho en testamento abierto a fin de que el Notario controle la ausencia de influencias indebidas en la voluntad del testador”

a la realidad de los abusos y las posibles extralimitaciones del verdadero interés de la persona⁹⁷⁸.

Cierto es que todas las propuestas de regulación que afectan a las personas con discapacidad deben estar basadas en el respeto a su dignidad, a la tutela de sus derechos y a su voluntad, deseos y preferencias, por encima de cualquier otra consideración, y, como expresa GARCÍA RUBIO⁹⁷⁹, “este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés”. Ahora bien, disentimos de su formulación del “derecho a equivocarse”, ya que el desacierto en la toma de decisiones en algunas personas con discapacidad puede conllevar graves perjuicios, de carácter irreversible, para su persona o para su patrimonio, sobre todo en aquellos casos en donde la reiteración de conductas desacertadas puede hacer peligrar la propia integridad y dignidad de la persona. Esta ha sido la interpretación dada por la reciente STS de 3 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4050/2020) que, insistiendo en la vulnerabilidad de la persona frente a las influencias indebidas recibidas, alega que es “su propia dignidad la que se ve comprometida” (FJ 3º).

Otra de las cuestiones controvertidas en relación con la expresión de la voluntad en la determinación de las medidas de apoyo es la posibilidad, dentro del ejercicio de esta libertad, de rechazar el apoyo⁹⁸⁰. Al respecto, la Observación General del Comité establece expresamente esta posibilidad al señalar en el punto 29 g) que “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner

⁹⁷⁸ SANCHO GARGALLO, I. (2018). “Sentido de la intervención judicial...”, *op. cit.*, p. 25, aunque con referencia al uso de poderes preventivos, hace notar que el control judicial no debe excluirse en la acogida de estas medidas adoptadas por el respeto a la voluntad del interesado, aunque sea de forma “reactiva, cuando surja algún conflicto o se advierta una posible extralimitación”, sobre todo para detectar posibles abusos en atención a la especial vulnerabilidad de algunas personas con discapacidad, con voluntad más débil y fácilmente manipulable. También PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 80, se pregunta qué ocurre con los actos del guardador que causan un perjuicio al patrimonio de la persona, si pueden ser impugnados y por qué vía, y concluye que no pueden serlo “por la vía de una acción de rescisión, ya que la nueva redacción del artículo 1291.1 no incluye como rescindibles los actos realizados por el guardador, sea cual fuere la lesión sufrida”.

⁹⁷⁹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación...”, *op. cit.*, p. 173.

⁹⁸⁰ LEGERÉN MOLINA, A. (2019). “La relevancia de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 198, considera la decisión de no ser apoyado como “una concreción del respeto a la voluntad de la persona que, en este caso, no desea contar con ese auxilio”. Por su parte, DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos...”, *op. cit.*, p. 2235, plantea si el derecho a no recibir los apoyos o a prescindir de su contenido se ampara como una interpretación amplia del término “respeto a la voluntad y preferencias” de la persona con discapacidad.

fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”⁹⁸¹. ¿Se podría reconocer en el Derecho español el derecho de la persona afectada a rechazar el apoyo ofrecido, ya sea a través de una medida judicial, ya sea a través de una medida extrajudicial procedente de un guardador de hecho, o incluso a rechazarlo previamente a través de la adopción de medidas preventivas que excluyan *a priori* cualquier tipo de apoyo?

La Convención no se pronuncia al respecto y, según DE SALAS MURILLO, “si se hubiera querido admitir, los redactores de la Convención –que tuvieron oportunidad para discutir sus aspectos conflictivos– lo hubieran plasmado de forma explícita”⁹⁸². Sin embargo, TORRES COSTAS considera que el reconocimiento del derecho a no hacer uso del apoyo preciso es respetuoso con los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con lo ordenado por el artículo 12, párrafo 4º de la Convención CDPD y que, como el propio Comité manifiesta, “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”⁹⁸³.

No cabe duda de que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad reconocidos constitucionalmente en el artículo 10 suponen una de las bases de la autonomía de la persona y de la libertad en la toma de sus propias decisiones. Sin embargo, siguiendo la doctrina de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, estos principios constitucionales deben complementarse y, a la vez, limitarse mutuamente con el principio de protección a las personas con discapacidad recogido en el artículo

⁹⁸¹ También hacen referencia a la posibilidad de no recibir apoyos los puntos 18 y 19 de la Observación General al indicar que “en todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones” y que algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás y “pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3”. No obstante, un sector de la doctrina española se cuestiona el valor jurídico y la relevancia de las recomendaciones contenidas en las Observaciones del Comité; entre otros, GARCÍA PONS, A. (2013). “El artículo 12 de la Convención...”, *op. cit.*, pp. 119-120; CUADRADO PÉREZ, C. (2019). “Modernas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 56; y DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos...”, *op. cit.*, p. 2231, que negando la obligatoriedad en sentido jurídico de las declaraciones de los Comités como “intérpretes *auténticos* de las Convenciones internacionales por cuyo cumplimiento velan”.

⁹⁸² DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos...”, *op. cit.*, p. 2236.

⁹⁸³ TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 87.

49 CE⁹⁸⁴. Esta protección constitucional debe ser llevada a cabo con la intervención de los poderes públicos a través de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, con la prestación de la atención especializada que requieran y el especial amparo para el disfrute de sus derechos⁹⁸⁵.

Puede deducirse que la persona no quiere recibir apoyos cuando previamente no ha manifestado su voluntad de constituirlos a través de las medidas anticipatorias o preventivas existentes al efecto; incluso puede quedar manifiestamente clara su negativa a los apoyos –a todos o a algunos– cuando la persona los ha rechazado previamente *ex ante*⁹⁸⁶.

Ahora bien, en nuestra opinión, si la persona no quiere o rechaza los apoyos, previamente o en el momento de necesitarlos, el Estado puede y debe intervenir –por la debida prestación de la atención especializada que requieran y el especial amparo para el disfrute de sus derechos reconocido constitucionalmente– cuando exista un interés objetivo de protección, a través de los mecanismos judiciales correspondientes, para imponer un régimen de actuación específico y determinado a las necesidades de protección y asistencia⁹⁸⁷. Es en la necesidad de buscar el proporcionado equilibrio entre la

⁹⁸⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, *op. cit.*, p. 50, indica al respecto que la regulación civil debe encontrar el equilibrio “de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni dé a éste tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente en perjuicio del propio discapacitado psíquico”.

⁹⁸⁵ A pesar de las propuestas de reforma constitucional, DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos...”, *op. cit.*, p. 2236, señala que “no por ello se pierde de vista la actuación de protección por parte de los poderes públicos”, por lo que permanece intacto el principio de protección de las personas con discapacidad.

⁹⁸⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, *op. cit.*, p. 43, abordando si ha de entenderse o no incluida en el planeado artículo 251 CC del Anteproyecto –que corresponde al artículo 253 CC del Proyecto– la previsión por la que la persona excluye expresamente que se le suministre cualquier tipo de apoyo en el futuro, afirma que no cree “que sea conforme con la CDPD la imposición de un apoyo que no se quiere”. Se ha de tener en cuenta, como destaca LEGERÉN MOLINA, A. (2019). “La relevancia de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 199, que “la práctica enseña que no son pocas las ocasiones en que el deseo o la decisión de no querer recibir el apoyo las personas con discapacidad se debe a su pretensión subjetiva –legítima, por otra parte– de que la equiparación con las demás sea completa”.

⁹⁸⁷ LEGERÉN MOLINA, A. (2019). “La relevancia de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 199, pone de manifiesto que “no ha de olvidarse que también hay situaciones –especialmente cuando de discapacidad intelectual se trata– en las que no cabe una manifestación de voluntad presente –y puede que ni pasada– respecto de tales apoyos de modo que en la práctica no existiría este “derecho a rechazarlos” y otras donde tal apoyo –por ejemplo, en caso del necesario complemento del curador– resulta imprescindible”. En este sentido, aborda los posibles desacuerdos entre el prestador de los apoyos –ya sea un mero facilitador de apoyos, ya sea que su intervención resulte necesaria para realizar algún acto como en el caso del curador– y la

autonomía de la voluntad y la adecuada protección a la persona en la toma de decisiones que le afecten personal o patrimonialmente donde, a nuestro juicio, debe tenerse presente el mejor interés de la persona, aún en contra de la voluntad del interesado⁹⁸⁸.

El interés objetivo de la persona puede incluso referirse a la exclusión de posibles perjuicios a terceros, sobre todo familiares directos que pueden encontrarse en la obligación –jurídica, pero sobre todo moral– de asistir a la persona que ha rechazado recibir los apoyos necesarios. Los efectos derivados del rechazo de la persona a recibir los apoyos pueden suponer perjuicios económicos para ambas partes, incremento de la carga de trabajo para la familia al tener que hacer frente a situaciones que de haber recibido apoyos no se hubieran producido, daños morales y familiares, etc.⁹⁸⁹.

Con respecto a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, regulados en el artículo 749 LEC⁹⁹⁰, la nueva redacción dada por el Proyecto de

persona apoyada. Si el desacuerdo puede generar, en opinión del prestador de apoyos, un perjuicio o peligro –éste sería, a nuestro juicio, la cuestión más controvertida– la solución pasará por acudir a la autoridad judicial quien, “escuchando a ambas partes, resolverá lo procedente y desbloqueará la situación” (este autor recomienda también acudir a la mediación para no sobrecargar a los órganos judiciales). Compartimos la posibilidad de que se solicite el nombramiento de un defensor judicial, al amparo del actual artículo 27.1 b de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que establece que se podrá solicitar el nombramiento de un defensor judicial de personas con capacidad modificada judicialmente “cuando por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo”. No obstante, esta consideración ha sido suprimida en la nueva redacción dada a este artículo por el Proyecto de reforma.

⁹⁸⁸ A este respecto, el proyectado artículo 756 LEC prevé que “en los supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo”.

⁹⁸⁹ DE SALAS MURILLO, S. (2020). “¿Existe un derecho a no recibir apoyos...”, *op. cit.*, p. 2237, aclara con buen criterio, para que no se malinterprete esta postura, que está claro “que todo el sistema –la todavía actual «modificación de la capacidad de obrar»– tiene como único objetivo la protección de la persona”, haciendo referencia a la celeberrima STS de 29 de abril de 2009 cuando dispuso que “no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”. En este sentido, quisiéramos expresar los graves perjuicios, económicos y personales, muchas veces irreversibles, que puede conllevar una decisión equivocada o un rechazo a un apoyo puntual, tanto para la propia persona que así lo manifiesta como para las relaciones de ésta con su familia y con su entorno.

⁹⁹⁰ En la redacción actual, el artículo 749 establece que “1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o

Ley⁹⁹¹ cambia la expresión que inicialmente figuraba al final del párrafo 1º –“la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”– por una más acorde a la Convención: “El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor”⁹⁹². Siguiendo la tesis de TORRES COSTA, “se tiene en cuenta lo que la persona quiere con la finalidad de evaluar la posibilidad de adoptar medidas judiciales o no y se suaviza la posibilidad de que los apoyos puedan ser impuestos en contra de lo que la persona realmente desea”⁹⁹³.

Ahora bien, a pesar de esta referencia a la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de las personas que participen en dichos procedimientos judiciales, estaríamos ante la misma cuestión anteriormente referida respecto a la interpretación de la racionalidad de la manifestación de voluntad, en este caso referida a quién y cómo se interpreta la posibilidad del rechazo.

De acuerdo con la nueva propuesta procesal, se opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria, considerando de manera esencial la participación de la propia persona con discapacidad, facilitando que pueda expresar sus

esté en situación de ausencia legal”. El primer párrafo fue redactado por el apartado 6 de la Disposición Final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁹⁹¹ La propuesta de modificación de la legislación procesal en materia de discapacidad es acogida en el Proyecto de Ley en el artículo cuarto, que modifica la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

⁹⁹² La redacción inicial hace referencia expresa a “la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”. Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, y para evitar indefensiones, en el dictamen ya citado de abril de 2019 consideró que “debería añadirse a la redacción proyectada una referencia a que el Ministerio Fiscal también defenderá el interés de las personas afectadas por los demás procesos a los que hace alusión el inciso primero”.

⁹⁹³ TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, op. cit., p. 362. En aras de conseguir la efectiva igualdad de las personas con discapacidad, mantiene una interesante postura crítica con la interpretación que se hace del segundo apartado del artículo 749 de la LEC referido a la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en los demás procesos sobre filiación, matrimonio y menores al concluir que, con la interpretación actual, “con independencia de la circunstancia en la que dicha discapacidad se manifieste, el Fiscal debería intervenir siempre que la persona presentase algún tipo de discapacidad, fuese cual fuese (intelectual, física o sensorial)”. Sin embargo, no es ésta la interpretación correcta para la autora precitada ya que “el artículo 749-2 LEC deberá ser interpretado en el sentido de imponer la presencia del Ministerio Fiscal en los casos en que la discapacidad se evidencie, precisamente, para la participación en el procedimiento. Solo en estos casos consideramos preceptiva la intervención del Ministerio Público, en cumplimiento de las funciones legalmente encomendadas; interpretarlo de otro modo podría llevar a que personas con discapacidad que precisasen de apoyos en otros ámbitos pero no en éste se vieran obligadas a contar con la presencia de la Fiscalía en un exceso desproporcionado e irracional de proteccionismo absolutamente innecesario.”

preferencias e interviniendo activamente, recabando la autoridad judicial la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad. Si la persona afectada sobre la que se van a proveer apoyos manifiesta su oposición pasa de ser un procedimiento de jurisdicción voluntaria a uno contradictorio, lo cual es criticado por una parte de nuestra doctrina⁹⁹⁴.

En cualquier caso, si la persona con discapacidad se opone a una medida judicial o extrajudicial –como puede ser la no aceptación de una guarda de hecho o el rechazo a una determinada medida de apoyo⁹⁹⁵–, debería valorarse, a nuestro juicio, la racionalidad de tal voluntad y las circunstancias personales del sujeto que han dado lugar a esa oposición a la medida. En tal caso, la posibilidad de optar entre recibir una medida de apoyo u otra, o no recibir ninguna, por parte de la persona afectada deberá estar condicionada a la racionalidad de esa elección⁹⁹⁶ y, por qué no, a la consideración del mejor interés objetivo de la persona a la que van dirigidos los apoyos.

Enmarcado en este tema, se ha de tener en cuenta respecto a la validez y eficacia de los contratos realizados por la persona que necesita el apoyo para la realización de actos de carácter patrimonial, sin haber renunciado a esa medida y sin concurrir ningún vicio del consentimiento, la posibilidad del ejercicio de la acción de anulación del contrato, instada tanto por la propia persona con

⁹⁹⁴ En este sentido, TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 367, critica la posibilidad de oposición al procedimiento de provisión de medidas de apoyo por parte de la persona afectada ya que “resulta absolutamente improcedente, especialmente si el motivo fuese la negativa de la propia persona supuestamente beneficiada a aceptar las medidas de apoyo pues, como se ha reiterado, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad se encuentra también su derecho a rechazarlas; de hacerlo, procedería el archivo del procedimiento, sin más”.

⁹⁹⁵ En cuanto a la exigencia de responsabilidad civil a la persona que ejerce la curatela es en el que se pronuncia TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 333, cuando indica que, pese a la asistencia prestada, el consejo dado o la orientación promovida por el curador, la persona curatelada quisiera actuar en sentido contrario y perjudicial para terceros, en ese caso, entiende que “la curadora debiera renunciar al ejercicio de la curatela para evitar de ese modo incurrir en la responsabilidad marcada por el artículo 1903 CC”.

⁹⁹⁶ PEREÑA VICENTE, M. (2011). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y...”, *op. cit.*, p. 127, se pregunta qué será lo que justifique la adopción de una medida y si se podrá adoptar una medida, sea de máxima o mínima intervención, si la persona se opone. Concluye que “llevado a sus últimas consecuencias el texto propuesto, solo si la persona lo solicita se podría iniciar un procedimiento de «provisión de apoyos» y solo con el alcance que la persona lo solicite o bien si no se opone”. Por el contrario, GARCÍA RUBIO, M.P. (2017). “La esperada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 13, considera que la Convención obliga a respetar el postulado de que “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”, de acuerdo también a lo establecido por el Comité de Naciones Unidas.

discapacidad como por el titular del apoyo omitido⁹⁹⁷. Como señala GARCÍA RUBIO, en estos supuestos se necesitaría además el aprovechamiento por parte de uno de los contratantes de la situación de vulnerabilidad del otro –siendo la vulnerabilidad la situación de discapacidad–, obteniendo con ello una ventaja injusta en su favor. En este caso, hace referencia a la necesidad de incorporar la figura de la “ventaja injusta o ventaja excesiva” en las reglas generales de los contratos, contemplando la hipótesis de la persona con discapacidad que ha concluido el negocio sin el apoyo que precisaba, pero sin haber renunciado a él⁹⁹⁸. A este respecto, la reforma propuesta por el Proyecto en la regulación de la materia contractual en el Código Civil incluye en la redacción del artículo 1302 que “los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción”⁹⁹⁹.

Como conclusión al pretendido derecho a la equivocación y a la posibilidad de rechazar el apoyo por parte de la persona a la que se pretende asistir, resaltando la prevalencia que debe darse a su voluntad en el ámbito del derecho privado, y en concreto a la persona con discapacidad, compartimos el sueño de PEREÑA VICENTE alusivo a “que las instituciones de apoyo y protección sean para el ciudadano un derecho y que así sean percibidas por él, y no como una imposición o limitación”¹⁰⁰⁰. Ahora bien, para que este sueño no acabe en

⁹⁹⁷ Algún autor como LEGERÉN MOLINA, A. (2019). “La relevancia de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 205, apunta que “quizá debería buscarse una sanción diversa; por ejemplo, la rescisión, pues tal remedio parte de un acto válido pero que genera un perjuicio”.

⁹⁹⁸ GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “Notas sobre el propósito y el significado...”, *op. cit.*

⁹⁹⁹ Muy crítico al respecto es CARRASCO PERERA, A. (2018). “Discapacidad personal y estabilidad contractual...”, *op. cit.*, pp. 3-5, en donde apela a la seguridad negocial en los contratos celebrados con personas con discapacidad –lo que él denomina “discapacidad negocial”–, para que “todos los operadores del tráfico puedan razonablemente confiar que las intervenciones y declaraciones mediadas por el cargo en la forma establecida garantizan la validez del negocio”. Por ello, considera que “debería haberse previsto que todo sujeto cuya discapacidad sea susceptible de afectar al consentimiento contractual necesita asistencia del curador. Y aún más, debería haberse dejado claro que la prestación de esta asistencia contractual excluye la posibilidad de anular el contrato por defecto de consentimiento, al menos frente a terceros que contraten a título oneroso de buena fe”.

¹⁰⁰⁰ PEREÑA VICENTE, M. (2018). “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, p. 82.

pesadilla añadiría, desde nuestro personal criterio, que la exclusiva consideración a su voluntad no suponga un grave e irreparable perjuicio personal o patrimonial para la persona que se equivoca o rechaza los apoyos que se le brindan.

CONCLUSIONES

I. El término discapacidad es un concepto muy amplio que abarca una multitud de situaciones y que afecta a la persona como sujeto de derechos. Puede condicionar el ejercicio de sus derechos en el ámbito de la dignidad y la igualdad proclamados para todos por la Constitución en los artículos 10 y 14 respectivamente.

Comprende desde la discapacidad física o sensorial hasta la discapacidad psíquica o intelectual. Puede ser una discapacidad puntual y temporal, con posibilidad de recuperación, o una discapacidad que se prolonga en el tiempo o incluso permanente, con tendencia al agravamiento de la causa que la origina; una discapacidad leve o una discapacidad más grave y profunda, que afecte a la capacidad de discernimiento, reduciéndola o suprimiéndola.

Además puede aparecer en cualquier momento de la vida de la persona, desde su nacimiento –asociada a algún factor genético o como complicación en el momento del parto– hasta los momentos previos al fallecimiento. La edad no condiciona necesariamente la posibilidad de la aparición de una discapacidad salvo por el natural desgaste, físico y mental, de la persona asociado al proceso de envejecimiento.

II. La detección de discapacidad en una persona conlleva, en la gran mayoría de los casos, la necesidad de ayuda y asistencia en aquellos ámbitos de actuación en los que sea preciso. La prestación de ayuda y asistencia es una obligación de los poderes públicos que, de acuerdo con el artículo 49 de nuestro texto constitucional, deberán realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, así como prestar la atención especializada que requieran, amparándolos especialmente para el disfrute de los derechos y deberes fundamentales que la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

El tratamiento de la discapacidad ha de ser distinto para cada supuesto y, en todo caso, deberá consistir en la constitución de los apoyos precisos para

conseguir el desarrollo integral de la persona en igualdad de condiciones que el resto. Los apoyos podrán ser materiales o físicos –en cuanto a la eliminación de barreras arquitectónicas, de comunicación o ayudas a la dependencia–, o jurídicos a través de la institucionalización de instrumentos jurídicos de apoyo para la asistencia en la toma de decisiones que afecten al ejercicio de sus derechos y obligaciones.

III. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, reconocidos como fundamento del orden político y de la paz social en el punto 1 del artículo 10 CE, son el motivo principal para la desaparición de términos ofensivos y vejatorios, utilizados recurrentemente en textos legales aún vigentes. Así, expresiones como minusválidos, deficientes, etc., deben ser eliminadas de los textos legales y sustituidas por otras locuciones no insultantes ni humillantes, tales como personas afectadas por una discapacidad, sujetos vulnerables, personas protegidas, etc.

Los postulados derivados de la Convención Internacional de Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad han supuesto un verdadero y definitivo reconocimiento de la igualdad en el ejercicio de los derechos de toda persona, sin distinción de ninguna índole, por lo que la discriminación por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano. La Convención reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad y la necesidad de promover y proteger sus derechos.

IV. El tratamiento de la discapacidad se plantea como una cuestión de derechos humanos, entendiendo la discapacidad, no como una limitación o deficiencia, sino como un conjunto de circunstancias diversas que sencillamente diferencian una persona de otra. La presencia de esta diversidad en las personas, todas en igualdad de condiciones desde el punto de vista de los derechos humanos, considera a toda persona –y en particular a la persona con discapacidad– como un ser valioso en sí mismo por su diversidad. Esta tendencia basada en el modelo de la diversidad –junto con el modelo social del que deriva–, supone

manejar un concepto amplio de discapacidad que no atienda a porcentajes de discapacidad, sino más bien a la situación real y concreta en la que se encuentra la persona, con la necesidad de diferenciar la especificidad de cada individuo, necesaria para identificar adecuadamente sus necesidades y proporcionar respuestas idóneas.

La discapacidad no es un problema de la persona a la que afecta, sino una barrera social, creada por la propia sociedad, a las posibles limitaciones que puedan derivarse de las diversas capacidades que pueden tener los individuos. Es un asunto que va más allá de la igualdad jurídica entre personas y que está relacionado con la indiscutible dignidad humana, con el debido respeto a la integridad de la persona y con el reconocimiento del valor único de todo ser humano. La correcta apreciación de las diferentes capacidades de cada persona es una cuestión de una adecuada visión por parte de los demás, diferente a la perspectiva con la que se acostumbra a ver lo normal y regular. La mirada, entendida ésta en sentido amplio, de personas no familiarizadas ni acostumbradas a las diferencias de otros –más manifiesta en actitudes de niños y adolescentes– determina la manera de enfocar la discapacidad.

V. El concepto jurídico de capacidad también ha de revisarse, sobre todo en lo relativo a la expresión tradicionalmente referida a la capacidad de obrar.

La capacidad jurídica, entendida como capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, la tiene toda persona por el hecho de serlo. El nuevo concepto de capacidad jurídica incluye la capacidad para ejercitar esos derechos y obligaciones –la tradicional capacidad de obrar–, si bien en algunos casos relacionados con la presencia de alguna causa de discapacidad en la persona, ésta necesitará una determinada asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. En este sentido, la capacidad jurídica se tiene siempre, por lo que nadie debe ser incapacitado ni en ningún caso se debe modificar ni suprimir la capacidad de una persona para el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

La idea propuesta en la nueva regulación del Proyecto de Ley acerca de la capacidad jurídica supone integrar tanto la capacidad jurídica en sentido

restringido –entendiéndola únicamente como capacidad para ser titular de derechos y obligaciones– como la capacidad de obrar –concibiendo ésta como la capacidad de ejercer tales derechos–. Por ello, la expresión “capacidad jurídica” debe abarcar un significado amplio de capacidad ante el Derecho.

VI. La incapacitación judicial no debe considerarse como el más adecuado mecanismo jurídico de protección a las personas con discapacidad, por lo que los tradicionales procesos de incapacitación, actualmente denominados procesos de modificación de la capacidad, deben transformarse en auténticos procesos de asistencia y determinación de apoyos para el ejercicio de los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás.

El modelo de incapacitación debe dar paso al modelo de prestación de apoyos y asistencia en la toma de decisiones, en donde la libertad y la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad debe prevalecer a la hora de la determinación de los apoyos necesarios para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. Se prioriza el papel que debe desempeñar la voluntad de la persona con discapacidad a quien corresponderá manifestar sus deseos y preferencias en la elección de sus apoyos.

Por ello, el sistema actualmente vigente en nuestra legislación en la determinación de las medidas de apoyo necesarias para la ayuda a las personas con discapacidad, en el que predomina la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a personas con capacidad modificada judicialmente, ha de evolucionar necesariamente a un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones. El nuevo modelo deber tener como idea central el apoyo personal o institucional a la persona que pueda tener dificultades –o incluso imposibilidad manifiesta– en la realización de cualquier acto jurídico, basándose para ello en la voluntad expresada por el afectado.

Estos procedimientos no deben modificar, limitar o suprimir la capacidad jurídica de la persona –ya que esta capacidad se tiene siempre y afecta a la posibilidad de ejercicio de sus derechos y obligaciones– sino que han de perseguir que la

toma de decisiones personales que le afecten consigan una efectiva protección, teniendo prioritariamente en cuenta, en la medida de las posibilidades, su voluntad, deseos y preferencias, sin dejar de tener en consideración su beneficio personal.

VII. La protección jurídica a las personas con discapacidad, prestada a través de los diferentes mecanismos jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico, debe ser considerada como una medida de prevención destinada a velar por la integridad de la persona que la necesita. No ha de ser incompatible la protección jurídica a la persona necesitada de ella –al estilo de la protección legal, totalmente justificada, que se presta al menor de edad– con el respeto a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad y a sus preferencias, que no cabe duda de que han de tenerse en cuenta prioritariamente, y sin perder de vista su mejor interés en aras de una verdadera y eficaz protección. La protección de la persona no debe estar reñida con la consideración de su mejor interés.

En ocasiones no es fácil compatibilizar el respeto a su voluntad y su personalidad con la protección a la persona o a su patrimonio dado que la consideración a sus deseos y preferencias puede entrar en conflicto con la necesaria protección a personas vulnerables cuyas decisiones pueden ser extremadamente perjudiciales tanto para su integridad personal como para sus medios patrimoniales de subsistencia. En estas circunstancias, sobre todo cuando existe objetivamente una falta o disminución de aptitudes para la adecuada toma de decisiones personales, es cuando debe también tenerse en cuenta el superior interés de la persona, tanto por el organismo judicial en el procedimiento de determinación de los apoyos necesarios como por la persona que los presta.

VIII. Los apoyos, que pueden ir desde el simple acompañamiento amistoso, a la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o incluso, en la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad, deben estar basados, en la medida de lo posible y de manera preferente, en la voluntad y en los deseos de la persona. El Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de

su capacidad jurídica impone un cambio de sistema estableciendo que las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Pero, desde nuestro punto de vista, ello no es óbice para que el interés de la persona sea otro eje sobre el que pueda girar toda actuación, propia o ajena. Cuestión compleja y de mayor dificultad interpretativa es concretar cuál es ese mejor interés y quién lo determina, así como establecer la necesaria coordinación con el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

En el ámbito de las personas con discapacidad intelectual, la consideración a su voluntad y a sus preferencias no ha sido la tendencia habitual en nuestro Derecho ya que se ha procedido de forma general a la incapacitación judicial plena, con nombramiento de tutor que le representa en todos los actos jurídicos. No se ha tenido en cuenta ni la voluntad de la persona ni sus preferencias, actuando el tutor de ordinario por sustitución, persistiendo con ello la marginación de estas personas con discapacidad intelectual. Sin embargo, la preferencia hoy en día de los operadores –tanto familiares como asistenciales– que asisten a las personas mayores de edad en el ámbito de la discapacidad intelectual, teniendo en cuenta las posibilidades de independencia y autonomía personal y de integración social de cada persona, es retrasar lo más posible el proceso de modificación de la capacidad. Cuando no queda más remedio y ante el temor de sus familiares más cercanos a un posible y futuro desamparo tanto personal como económico, es cuando se insta la modificación de la capacidad –sobre todo parcial– solicitando medidas de asistencia y apoyo para la realización de actos básicamente de contenido patrimonial, que escapen al control de la persona afectada, para actuar en su beneficio. Actuar siempre en beneficio de la persona afectada no debe dejar de ser el objetivo primero y último de cualquier actuación de asistencia y ayuda, sin perjuicio de tener en cuenta de forma prioritaria su voluntad, sus deseos y sus preferencias.

Por ello, creemos que la pretendida incompatibilidad entre la voluntad de la persona con discapacidad y su mejor interés para la determinación de las medidas de apoyo debe ser reinterpretada. Los sujetos intervinientes en la aplicación de la medida de apoyo –ya sea el órgano judicial, el curador o cualquier otro guardador legal– deben buscar una solución integradora y

equilibrada entre ambos principios, que permita y consiga su utilización simultánea, pudiendo y debiendo compaginarse en la búsqueda de un adecuado apoyo y la mejor asistencia a la persona que lo necesite. El mejor interés de la persona con discapacidad debe ser la razón de cualquier medida de apoyo, y la determinación de su voluntad, deseos y preferencias será el medio preferente e idóneo para conseguir ese mejor interés. En consecuencia, parece razonable que se ha de encontrar un equilibrio entre el respeto a la voluntad y preferencias de la persona y aquellas cuestiones que son de su interés para evitar que una errónea o malintencionada decisión tomada por su parte como por el que presta el apoyo, pueda causarle un daño o perjuicio irreparable o de graves consecuencias. Desde nuestro punto de vista, no debe verse esta actitud como un acto protector y paternalista sino como una medida de justicia y asistencia hacia la persona necesitada de apoyos.

IX. Las instituciones jurídicas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad no deberán tener carácter sustitutivo, si bien en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo –en aquellos casos en los que la persona no pueda manifestar su voluntad– y solo ante esa situación de imposibilidad, este podrá concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones. Es lo que acertadamente se ha resuelto, en la propuesta de regulación de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con la denominada curatela representativa para casos excepcionales.

En la todavía vigente tutela, la naturaleza sustitutiva es lo que ha caracterizado a esta institución en comparación con los otros cargos jurídicos de protección, siendo la regla general la sustitución plena por el tutor en el ejercicio de los derechos de la persona a la que tutela. El abuso de esta institución por parte del sistema judicial, con una automatización y estandarización en las soluciones dadas, optando, a pesar de la posibilidad de la gradación de la incapacitación, por la designación de la tutela como la figura más protectora y sustitutiva de la voluntad, sin establecer una verdadera graduación, ha sido una de las causas que ha derivado que, en la nueva regulación proyectada, se proceda a la supresión de este mecanismo tutelar del ámbito de la discapacidad, quedando

reservado únicamente para los supuestos de menores de edad no sometidos a patria potestad. La tutela, entendida como institución tutelar representativa, es una figura incompatible con los principios y criterios de la Convención de Naciones Unidas. En la misma línea, se propone suprimir la posibilidad de prorrogar o rehabilitar la patria potestad en los casos permitidos al amparo del vigente artículo 171 CC.

X. Uno de los pilares principales de los mecanismos de asistencia a las personas con discapacidad es el respeto a su voluntad, sus deseos y preferencias, por lo que la determinación de las medidas de apoyo debe basarse preferentemente atendiendo a la voluntad de la persona a la que va a asistir. Este debido respeto a su voluntad, deseos y preferencias implica que, una vez constatada la necesidad de apoyo, las medidas de protección tomadas por la propia persona en previsión de una futura necesidad de apoyo y basadas en su declaración de voluntad –en concreto, la vigente autotutela, que derivará en la autocuratela, y los poderes o mandatos preventivos– deberán tener preferencia a las medidas de origen judicial o legal –básicamente la curatela–, revitalizándose y potenciándose tales medidas preventivas e institucionalizándolas como medidas suficientes y adecuadas, en detrimento de aquellas que provienen de una intervención judicial.

XI. La curatela es sin duda la medida judicial que recoge de la manera más adecuada la determinación de los posibles apoyos –tanto para el desarrollo personal como patrimonial de la persona con discapacidad– cuando estos sean necesarios. Es una figura flexible, que se adapta a las circunstancias personales del sujeto al que se debe prestar apoyos, pudiendo manifestar éste su voluntad y preferencias, y lograr expresar, a través de la asistencia del curador, las decisiones más convenientes.

En el nuevo contexto jurídico propuesto, la curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad que necesiten de apoyo estable y continuado, siendo primordialmente de naturaleza asistencial, excluyendo en lo posible su naturaleza representativa. No obstante, en los casos

en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad podrán tener alcance general. Suprimir esta posibilidad podría dar lugar a que el afectado resulte excluido de la realización de actos jurídicos que le puedan interesar así como de la inmovilización e inactividad de sus asuntos. Se configura así la curatela como la institución de apoyo judicial básica para las personas con discapacidad que precisen esta asistencia, ampliando y dando un nuevo contenido a esta antigua institución.

XII. La guarda de hecho puede considerarse como una institución fáctica de protección de persona necesitada de asistencia y apoyo a través de otra persona, guardador de hecho que, sin nombramiento institucional –no hay resolución judicial al respecto–, se hace cargo voluntariamente del cuidado de aquella, pudiendo requerirle la autoridad judicial información de la situación de la persona y de los bienes de la persona protegida así como establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Además, dado que se permite que el juez otorgue cautelarmente al guardador de hecho facultades tutelares, se configura como una buena herramienta para ofrecer los apoyos a las personas que lo necesiten.

Actualmente tiene una gran dimensión social como institución asistencial de las personas mayores dependientes debido a que el aumento en la esperanza de vida en las personas de edad avanzada junto con el aumento de enfermedades degenerativas y de discapacidades psíquicas o físicas demandan medidas de asistencia y apoyo por la progresiva pérdida de la autonomía personal del individuo.

Pero también ha tenido su presencia en el caso de menores discapacitados protegidos durante la minoría de edad con la patria potestad o la tutela pero que, alcanzada la mayoría de edad, la situación de protección por la patria potestad o por la tutela se extingue, pasándose a una guarda de hecho. En estos casos, la persona cuya discapacidad proviene de la minoría de edad, al alcanzar la mayoría de edad, quedará, en muchos casos –si no se insta un proceso de determinación de medidas de apoyo–, en esta situación de guarda de hecho

prorrogada, si la situación exige esta modalidad de asistencia y protección, ya sean sus guardadores los mismos que ostentaban la patria potestad, ya sean otros diferentes.

El reforzamiento de esta figura ya ha sido previsto en el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal como una medida que se establece externamente una vez constatada la necesidad de apoyo, que no precisa de una investidura judicial formal, transformándola en una propia institución jurídica de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

XIII. Aunque esté constituida una institución estable de apoyo –ya sea curatela o guarda de hecho–, es necesario llevar a cabo una correcta vigilancia y un mayor control para detectar posibles abusos en atención a la especial vulnerabilidad de algunas personas con discapacidad, con voluntad más débil y fácilmente manipulable. En estos casos, además de tener en cuenta los deseos y preferencias de la persona a la que se presta el apoyo, creemos se ha de tener presente su mejor interés para evitar influencias indebidas en la toma de decisiones que afecten negativamente al ejercicio de sus derechos y obligaciones.

En el mismo sentido, creemos que el pretendido derecho a rechazar el apoyo de la persona que los necesita –previamente o en el momento de necesitarlos– no debe de prevalecer cuando exista un interés objetivo de protección, y será el Estado el que deba intervenir, a través de la adopción de las medidas judiciales correspondientes, imponiendo un régimen de actuación específico y determinado a las necesidades de protección y asistencia a la persona afectada.

BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. (2019). “La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 445-465.

AFONSO RODRÍGUEZ, E. (1995). “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores”, *Actualidad Civil*, 1995-2, pp. 317-331.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M. (2015). “La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación parcial”, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero.

- (2018). “La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas”, *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. M. Pereña Vicente). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 379-395.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (2006). *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*. Ed. Comares, Granada.

- (2007). “Regulación específica en el ordenamiento local y en los derechos forales”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 751-748.

ALEMANY GARCÍA, M. (2018). “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General nº1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp. 201-222.

ALENZA GARCÍA, J.F. (2015). “Régimen legal de la atención y protección de las personas con discapacidad”, *Atención y protección jurídica de la discapacidad* (dir. J.L. Beltrán Aguirre y A. Ezquerro Huerva). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 35-68.

ALÍA ROBLES, A. (2020). “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil* núm. 2, febrero.

ÁLVAREZ GARCÍA, H. (2019). “La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar* (dir. J. Morcillo Moreno). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 21-37.

ÁLVAREZ LATA, N. (2001). “El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)”, *Derecho Privado y Constitución* núm.15, enero-diciembre, pp. 7-39.

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (2010). “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución* 24, pp.11-66.

ANCIONES FERRERAS, M.A. (2020). “Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada). Ed. Wolters Kluwer, Madrid, pp. 89-98.

ANDINO LÓPEZ, J.A. (2018). “El incapaz natural enfermo de alzheimer”, *Diario La Ley*, núm. 9323, 21 de diciembre.

ANGUITA RÍOS, R. (2013). “La protección del discapacitado no incapacitado”. *Diario La Ley*, núm. 8165, 8 de octubre.

ARENAS GARCÍA, R. (2013). “Personalidad y capacidad: Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Tratado de Derecho de la Persona Física* (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera), Tomo I, pp. 275-304.

AUTORINO STANZIONE, G. y ZAMBRANO, V. (2004). *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004*, n. 6. IPSOA, Milán.

AZINCOURT, J.D. (2015). “Les modes de gestion anticipés du patrimoine de la personne vulnérable”, *Revue de droit sanitaire et social*, pp. 818-827.

AZÚA, P. (2009). “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 121-142.

BARIFFI, F. J. (2009). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 353-390.

BELLO JANEIRO, D. (2006). “Autotutela e incapacitación voluntaria”, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 23-51.

- (2011). “Una mirada crítica sobre la regulación de la autotutela”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 353-404.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1976). *De la marginación de los locos y el Derecho*. Ed. Taurus, Madrid.

- (1986). “Comentarios a los artículos 303-306”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Ed. Tecnos, Madrid, pp.784-794.

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). “La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, pp. 2235-2478.

- (2014). “La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas”, *La Ley-Derecho de familia*, núm. 2, abril, pp. 23-40.

- (2016). “La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, pp. 2845-2868.

- (2017). "La protección del hijo mayor discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, pp. 1449-1489.

BONILINI, G. y CHIZZINI, A. (2007). *L'amministrazione di sostegno* (2ª edición). CEDAM, Milán.

BOTELLO HERMOSA, P. (2015). "El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre derechos de personas con discapacidad al ordenamiento jurídico español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, pp. 1345-1380.

- (2018). "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en ámbito del derecho sucesorio español", *Anuario de derecho civil*, vol. 71, núm. 2, pp. 339-393.

CABELLO DE ALBA, F. (2015). "Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación a la luz de la Convención", en *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos* (dir. E. Alcaín Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 81-91.

CABRA DE LUNA, M.A. (2007). "Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica. Análisis de la legislación general y específica de las Comunidades Autónomas", *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 699-729.

- (2009). "Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad", *Hacia un derecho de la discapacidad* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 181-221.

CABRA DE LUNA, M. A., BARIFFI, F. y PALACIOS, A. (2007). *Derechos humanos de la persona con discapacidad: La Convención Internacional de Naciones Unidas*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

CALVO SAN JOSÉ, M.J. (2005). "Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental", *Diario La Ley*, núm. 6364, noviembre, pp. 1-8.

CAPILLA RONCERO, F. (2011). "Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona", *Diario La Ley*, núm. 7675.

CARRASCO PERERA, A. (2018). "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Publicaciones Jurídicas Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha, 12 octubre.

CAYO PÉREZ BUENO, L. (2009). "La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: ajustes necesarios", *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 319-330.

CENDON, P. y ROSSI, R. (2009). *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, tomo segundo. UTET, Turín.

CORDERO CUTILLAS, I. (2006). "La discapacidad e incapacitación judicial", *La Ley* 1042/2006.

CUADRADO PÉREZ, C. (2019). "Modernas perspectivas en torno a la discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, pp. 13-90.

CUENA CASAS, M. (2000). Comentario a los artículos 215 a 221 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil II*, vol. 2º (coord. J. Rams Albesa y R. M. Moreno Flórez). Ed. Bosch, Barcelona, pp. 1775-1800.

CUENCA GÓMEZ, P. (2010). "El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales", *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (editora P. Cuenca Gómez). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 35-63.

- (2012). "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, 10/2012, pp. 61-94.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, pp. 9-68.

- (2008). *Incapacitación y mandato*. Ed. La Ley, Madrid.

- (2011). “Los poderes preventivos en el derecho español: luces y sombras”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 249-283.

- (2013). “Comentarios a los artículos 234 a 258 CC”, *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano), tomo II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2132-2360.

- (2018). “Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente”, *Revista de derecho privado*, julio–agosto, pp. 3-37.

- (2019). “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 125-163.

DE ASÍS ROIG, R. (2009). “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 307-318.

DE ASÍS ROIG, R., BARIFFI, F. y PALACIOS, A. (2007). “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 83-113.

DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español”, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*

en el ordenamiento jurídico español (editora P. Cuenca Gómez). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 11-33.

DE ASIS ROIG, R., CAMPOY, I. y PALACIOS, A. (2007). “Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 115-141.

DE ASÍS ROIG, R., CUENCA GÓMEZ, P. y otros (2012). “Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Informe “El tiempo de los Derechos”* núm. 23, abril.

DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013). “La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad. Estudio comparativo con el modelo italiano”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. IV, pp. 1605-1663.

DE BUSTOS PARDO MANUEL DE VILLENA, I. (1984). “El sistema jurídico de la tutela tras la reforma de la ley de 24-X-83”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*. Ediciones ICAI, Madrid, pp. 111-138.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1948). “Incapacitación del imbecil”, *Anuario de Derecho Civil*, I-I, enero-marzo, pp. 291-302.

- (1984). *Derecho Civil de España, Derecho de la persona*. tomo II, Ed. Civitas (reedición facsímil de 1952), Madrid.

DE COUTO GÁLVEZ, R.M. (1999). *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores: procedimientos de incapacitación, internamiento, protección de la persona y del patrimonio*. Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

- (2000). "Comentario a los artículos 286 a 313 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil II*, vol. 2º (coord. J. Rams Albesa y R. M. Moreno Flórez). Ed. Bosch, Barcelona, pp. 2025-2087.

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. (2016): "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios", *Revista Española de Discapacidad*, 4 (2), pp. 81-99.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2013). "La curatela y el discapacitado desde el prisma del principio del superior interés de la persona con discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, pp. 4119 a 4133.

- (2018). "El curador del mayor: un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, pp. 445-460.

- (2020). "Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa", *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada). Ed. Wolters Kluwer, Madrid, pp. 141-174.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2019). "Los derechos de las personas con discapacidad: últimas tendencias", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 59, pp. 707-757.

DE LORENZO GARCÍA, R. (2007). "Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado", *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 511-552.

- (2009). "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 55-120.

DE PABLO CONTRERAS, P. (2009). "La incapacitación en el marco de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad: Comentario Sentencia del TS de 29 de abril de 2009", *Comentarios a las Sentencias de*

Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) (dir. M. Yzquierdo Tolsada), vol. 3. Ed. Dykinson, Madrid, pp. 555-590.

- (2016). "El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio", *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), 5ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, pp. 115-149.

- (2017). "Instituciones de guarda y protección de menores", *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), 2ª edición. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 531-659.

- (2018). "Ineficacia e invalidez de los contratos", *Curso de Derecho Civil (II), vol. I. Teoría General de la Obligación y el Contrato* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), 5ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, pp. 475-507.

DE SALAS MURILLO, S. (2007). "La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y los que con él contratan", *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, pp. 33-64.

- (2010). "Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIII, fasc. II, pp. 677-717.

- (2010). "La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general", *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S de Salas Murillo). Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp.17-60.

- (2013). "Repensar la curatela", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, enero-diciembre, pp. 11-48.

- (2018). "Significado jurídico del `apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica´ de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018.

- (2020). "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, pp. 2227-2268.

DE STEFANO, F., CRESCENZI, A., SEBASTIANO, M.T. (2011). *Il procedimento di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*. Giuffrè Editore, Milán.

DELGADO BUENO, S. y RUIZ DE LA CUESTA, J.M. (1999). "Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación", *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. P. González Poveda y J. M. Picón Martín). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 23-118.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1984). "Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, V, abril-agosto, pp. 1569-1579.

DÍAZ ALABART, S. (2004). "El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda", *La protección jurídica de las personas con discapacidad* (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad) (dir. S. Díaz Alabart). Ed. Ibermutuamur, Madrid.

- (2009). "La Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 17, octubre, pp. 1989 y ss.

- (2013). "La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril, pp. 3-24.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1973). *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, vol. I, 2ª edición. Ed. Tecnos, Madrid.

- (1984). "Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela", *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, tomo I. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1417-1427.

- (1986). "Comentarios a los artículos 199 y 200 del Código Civil", *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos, Madrid, pp. 177-201.

- (1999). "Nuevas perspectivas del Derecho de las personas", *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, tomo I. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 980-992.

- (2005). "Capacidad civil y capacidad penal", *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, tomo I. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 993-996.

- (2007). *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, tomo I. Ed. Civitas, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., ROGEL, C., CABANILLAS, A., y CAFFARENA, J. (1977). *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*. Ed. Fundación General Mediterránea, Madrid.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, tomo I, Derecho de Familia*, 13ª edición. Ed. Tecnos, Madrid.

- (2016). *Sistema de Derecho Civil, vol. I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*. Ed. Tecnos, 13ª edición, Madrid.

ELÓSEGUI SOTOS, A. (2010). "Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal", *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S de Salas Murillo). Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp.247-258.

S. DE SALAS MURILLO, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 245 y ss.

ESCALONA LARA, J.M. (2014). "La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013". *Actualidad Civil*, núm. 4.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. (2018). "La autocratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 85-119.

- (2018). "Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, pp. 227-245.

ETXEBERRIA MAULEON, X. (2017). “Visión ética de los apoyos a las personas con discapacidad conforme a la Convención de 2006”, *LXVI Jornadas Aequitas*, Bilbao.

FÁBREGA RUIZ, C. F. (2010). “Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S. de Salas Murillo). Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 295-338.

FERNÁNDEZ ARROYO, M. (2017). “La incapacitación: causas y procedimiento”, *Síndrome de Down y discapacidad. Aspectos jurídicos y asistenciales* (dir. A. Arias Domínguez). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 9-45.

FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F. (2003). “La autotutela”, *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional* (coord. I. Serrano García). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 59-83.

FERRANDO, G. (2012). *Amministrazione di sostegno. Interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*. Ed. Zanichelli, Bologna.

FERRANDO, G. y LENTI, L. (2006). *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*. Ed. G. Giappichelli, Turín.

FORTINI, F. (2007). *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*. Ed. G. Giappichelli, Turín.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2006). “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp.113-180.

GANZENMÜLLER ROIG, C. (2009). “La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. Pérez Bueno, L.C.). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 391-420.

- (2015). “Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompañarse a los mandatos de la Convención. Acceso a la justicia”, *La*

Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos (dir. E. Alcaín Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 117-124.

GANZENMÜLLER ROIG, C. y ESCUDERO MORATALLA, J.F. (2005). *Discapacidad y Derecho: tratamiento jurídico y sociológico*. Ed. Bosch, Barcelona.

GARCÍA CANTERO, G. (1984). "Notas sobre la curatela", *Revista de Derecho Privado*, septiembre, pp. 787-802.

- (2003). "Estudio comparado de la tutela", *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional* (coord. I. Serrano García). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 85-119.

- (2012). "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, pp. 207-227.

- (2013). "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad", *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S de Salas Murillo). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 41-56.

- (2014). "¿Persons with disability" vs. Personas incapacitadas... o viceversa? (Inserción del artículo 12 del Convenio de Nueva York, de 2006 en el Ordenamiento español)", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, octubre-diciembre núm. 4, pp. 67-106.

GARCÍA GARNICA, M.C. (2011). "Consideraciones Generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia", *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (dir. M. C. García Garnica). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 31-40.

- (2013). "Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurídica", *Tratado de Derecho de la Persona Física*, tomo II (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 173-210.

- (2013). "Discapacidad y dependencia (II): Configuración y contenido de su situación jurídica", *Tratado de Derecho de la Persona Física*, tomo II (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 211-274.

- (2013). "Comentarios a los artículos 199 a 233 CC", *Comentarios al Código civil*, tomo II (dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2041-2131.

- (2017). "La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXX, fasc. IV, pp. 1375-1421.

GARCÍA GARNICA, M.C. y GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (2013). "Discapacidad y dependencia (III): el patrimonio protegido", *Tratado de Derecho de la Persona Física*, tomo II (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 275-317.

GARCÍA GARNICA, M.C. y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R. (2014). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Ed. Dykinson, Madrid.

GARCÍA HERNÁNDEZ, J. (2019). "El voto de las personas en situación de discapacidad y su validez como negocio jurídico", *Actualidad Civil* núm. 9, septiembre.

GARCÍA HERRERA, V. (2019). "Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega", *Actualidad Civil*, núm. 7, julio-agosto.

GARCÍA OCA, M.A. (2015). "Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompañar a los mandatos de la Convención. Asistencia Personal, la asignatura pendiente para una auténtica inclusión en la comunidad", *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos* (dir. E. Alcaín Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 143-149.

GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 diciembre 2006*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

- (2013). “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de los Estados signatarios: El caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 1, pp. 59-147.

GARCÍA RUBIO, M.P. (2013). “La persona en Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría/Derecho, Revista de pensamiento jurídico. Sobre el concepto de persona*, pp. 83-108.

- (2017). “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”, *Propostas de modernización do dereito* (dir. M. García Goldar y J. Ammerman Yebra). Ed. Campus na nube, Santiago de Compostela, pp. 7-18.

- (2018). “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 29-60.

- (2018). “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*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 173-197.

- (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*, tomo LVIII, pp. 143-191.

- (2020). “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Jornadas sobre el nuevo*

modelo de discapacidad (coord. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Marcial Pons, Barcelona, pp. 41-63.

GARRIDO DE PALMA, V. (2010). "La protección de los discapaces y el poder preventivo de protección", en *AAMN*, curso 2008/2009, pp. 63 a 86, Madrid.

GASPAR LERA, S. (2016). "Límites a la autonomía privada en el derecho de la persona", *La autonomía privada en el Derecho Civil* (dir. A. Parra Lucán), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 133-172.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1986). "Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil", *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos, Madrid, pp. 685-715.

- (1991). "Comentario a la sentencia de 31 de diciembre de 1991", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 8, pp. 179-191.

- (1992). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª edición. Ed. Civitas, Madrid.

- (2011). "Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad", *Estudio sobre Dependencia y Discapacidad* (dir. M. C. García Garnica). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 41-98.

- (2013). "La persona: noción, existencia, situación", *Tratado de Derecho de la Persona Física*, tomo I (dir. M.C. Gete- Alonso y Calera), pp. 61-120.

GÓMEZ CALLE, E. (2016). "Comentarios a los artículos 43 a 52", *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. Fernández de Buján y Fernández). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 313-340.

GÓMEZ PALOMO, C. y DE LA VEGA ÁVILA, M. (2019). "El CERMI y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: críticas y propuestas de futuro", *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar* (dir. J. Morcillo Moreno). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp.67-82.

GONZÁLEZ POVEDA, P. (1999). "Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela", *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. P. González Poveda y J.M. Picón Martín). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 119-170.

GORDILLO CAÑAS, A. (1986). *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Ed. Tecnos, Madrid.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Ed. McGraw Hill, Madrid.

- (2003). "Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad (Comentario a la STC 174/2002, de 9 de octubre)", *Actualidad Civil*, t. 2, núm. 24.

- (2005). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

- (2010). "Comentario a los artículos 286 a 298 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo). Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 417-427.

- (2013). *El Derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

- (2016). "Proceso de modificación de la capacidad: principio de proporcionalidad y principio de autonomía. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101 (mayo-agosto), pp. 111-129.

- (2016). "La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el paradigma de la Sala Primera", *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 59-107.

- (2017). "La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta", *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* (dir. M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 485-517.

- (2018). “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.11.

- (2020). “¿Tutela o curatela? Comentario a la sentencia 118/2020, de 19 de febrero”, *Centro de Estudios de Consumo*, 12 de marzo.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999). “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. P. González Poveda y J. M. Picón Martín). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 11-22.

HAUSER, J. (2011). “Proteger y respetar a la persona”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 137-150.

IVAREZ OLALLA, P. (2015). “Autotutela. Nombramiento de tutor. La designación judicial ha de respetar la voluntad del discapacitado parcial, manifestada en el procedimiento de incapacitación, si éste tiene capacidad suficiente y dicha designación no le causa perjuicio. Comentario a la Sentencia del 30 de septiembre del 2014 (RJ 2014, 4864)”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, mayo-agosto.

IVONE, V. (2019). “Los derechos de las personas vulnerables: los institutos de protección en el sistema legal italiano”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3 (mayo-junio), pp. 97-112.

JIMÉNEZ CANO, R.M. (2010). “Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad”, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (editora P. Cuenca Gómez). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 65-102.

JIMÉNEZ LARA, A. (2007). “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 177-205.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2014). "Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744, pp. 1585-1610.

KINDELÁN BUSTELO, M. (2015). "Nuestro ordenamiento y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: una visión general sobre los retos pendientes", *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos* (dir. E. Alcaín Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 56-67.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2010). *Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. 2º, Personas* (6ª edición revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría). Ed. Dykinson, Madrid.

- (2010). *Elementos de Derecho Civil IV, Familia* (4ª edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa). Ed. Dykinson, Madrid.

- (2012). *Elementos de Derecho Civil I, Parte General vol.1º, Introducción* (5ª edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría). Ed. Dykinson, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984). *El nuevo régimen de la familia III. Tutela e instituciones afines*. Ed. Cuadernos Cívitas, Madrid.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona* (21ª edición). Ed. Marcial Pons, Madrid.

- (2017). *Principios de Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (16ª edición). Ed. Marcial Pons, Madrid.

LECIÑENA IBARRA, A. (2014). *La guarda de hecho de las personas mayores*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

- (2015). "La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma", *La Convención internacional sobre los derechos de las*

personas con discapacidad. De los hechos a los derechos (dir. E. Alcaín Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 417-427.

- (2016). “La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 73, 2016, pp. 91-110.

- (2017). “Sobre la ineficacia de actos realizados por el guardador de hecho”, *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm.103 (enero-abril).

- (2019). “La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 293-320.

LEGERÉN MOLINA, A. (2016). “La tutela y la curatela como mecanismos de protección de la discapacidad”, *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas* (dir. M. E. Rovira Sueiro y A. Legerén Molina). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 63-224.

- (2019). “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. (dir. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 165-212.

LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2000). “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (dir. R. Martínez Díe). Ed. Civitas, Madrid, pp. 149-218.

LIDÓN HERAS, L. (2015). “La otra mirada, presupuesto para la toma de conciencia sobre la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad- Artículo 8 de la Convención”, *La Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*. (dir. E. Alcaín Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 150-163.

LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2003). “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, *Actualidad Civil*, núm. 13.

LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret* 2, pp.111-138.

LUACES GUTIÉRREZ, A. I. (2015). “Marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad: de dónde venimos y a dónde vamos”, *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar*. Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, pp. 19-47.

MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 199-225.

MARÍN CALERO, C. (2005). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

- (2013). *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

MARÍN VELARDE, A. (2020). “La discapacidad: su delimitación jurídica”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada). Ed. Wolters Kluwer, Madrid, pp. 37-68.

MARTÍN AZCANO, E.M. (2015). “Designación de tutor por el propio interesado: la delación voluntaria de la tutela o autotutela”, *La Ley*, núm. 5, primer trimestre.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L. (1975). “La responsabilidad jurídica del subnormal. Especial estudio de su modalidad civil”, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español* (dir. L. Díez-Picazo). Ed. Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 111-139.

- (2000). “Medidas civiles de protección de los discapacitados no declarados”, *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (dir. R. Martínez Díe). Ed. Civitas, Madrid, pp. 77-98.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (1987). “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias (Comentario a la sentencia 10 de febrero de 1986)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, pp. 715-725.

- (1992). “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fascículo IV, octubre-diciembre, pp. 1391-1498.

- (2010). “Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S. de Salas Murillo). Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 187-220.

- (2013). “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. de Salas Murillo). Ed. Dykinson, Madrid, pp.15-40.

- (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

- (2015). “La persona y Derecho de la persona”, *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona* (coord. P. de Pablo Contreras). Ed. Colex, Madrid, pp. 319-330.

- (2019). “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 253-270.

MARTINEZ DE MORETÍN LLAMAS, M.L. (2004). “De la *Cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. (A propósito

de la STS de 10 de noviembre de 2002)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVII-2 (abril), pp.775-825.

MARTÍNEZ DÍE, R. (1999). “Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección”, *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. P. González Poveda y J. M. Picón Martín). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp.171-205.

- (2000). “La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en situaciones especiales* (dir. R. Martínez Die). Ed. Civitas, Madrid, pp. 27-44.

MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. (2000). “Apoderamientos preventivos y autotutela”, *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en situaciones especiales* (dir. R. Martínez Die). Ed. Civitas, Madrid, pp. 115-147.

MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (2016). “El proceso de «polinización» de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en la jurisprudencia del TEDH”, *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 575-590.

MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. (2015). “La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos”, *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos* (dir. E. Alcaín Martínez). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 42-55.

MARTÍNEZ RIVERO, A. (2007). “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico público”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 553-575.

MAYOR DEL HOYO, M.V. (2008). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español. Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”*. Financiado por la Fundación ONCE, diciembre 2008.

- (2012). "Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, pp. 3213-3240.

- (2013). "Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas", *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. de Salas Murillo). Ed. Dykinson, Madrid, pp.193-210.

- (2014). "La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 213, diciembre, pp. 2-26.

MAYOR FERNÁNDEZ, D. (2011). "La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2133, pp. 2-37.

MESA MARRERO, C. (2002). "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el derecho sucesorio", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43 (julio-septiembre), pp. 159-234.

- (2009). *El contrato de alimentos: Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

- (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. Ed. Wolters Kluwer, Barcelona.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 495-510.

MORAL ORTEGA, O. (2009). "Las insuficiencias de la legislación española en materia de discapacidad: sistematización de las denuncias y quejas de la ciudadanía con discapacidad", *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 297-305.

MORENO QUESADA, B. (1985). "El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho", *Revista de Derecho Privado*, abril, pp. 307-330.

MORENO TRUJILLO, E. (2011). "Protección de las personas con discapacidad: guarda de hecho y tutela", *Estudios sobre dependencia y discapacidad* (dir. M.C. García Garnica). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 227-256.

MUNAR BERNAT, P.A. (2018). "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 121-152.

NADDEO, F. (2004). "Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale", *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, (coord. G. Stanzione y G. Sciancalepore). Ed. IPSOA Scuola d'impresa, Milán, pp. 185-274.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. - (2000). "La declaración de incapacidad", *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en situaciones especiales* (dir. R. Martínez Díe). Ed. Civitas, Madrid, pp. 45-58.

- (2009). *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, Parte General (7ª edición). Ed. Dijusa, Madrid.

- (2016). *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, Derecho de la Persona y de la Familia (2ª edición). Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

ORDÁS ALONSO, M. (2015). "La curatela como institución de apoyo y asistencia en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. El documento Observación general sobre el art. 12: igual reconocimiento como persona ante la ley (2014): un punto de inflexión. Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6032)", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, mayo-agosto.

PACHECO JIMÉNEZ, M.N. (2019). "Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos", *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar* (dir. J. Morcillo Moreno). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 39-58.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D. (2014). “Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria”, *Actualidad Civil*, núm. 10.

PALACIOS RIZZO, A. (2009). “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española”, *Hacia un derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 143-180.

PALLARÉS NEILA, J. (2018). “La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp.153-171.

- (2020). “Quién, qué y por qué. El estándar de intervención en el Proyecto de Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Actualidad Civil*, octubre.

PARRA LUCÁN, M.A. (2000). “Comentario a los artículos 199 a 214 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil II*, vol. 2º (coord. J. Rams Albesa y R. M. Moreno Flórez). Ed. Bosch, Barcelona, pp. 1651-1774.

- (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. De Salas Murillo). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 211-264.

- (2013). “Comentarios a los artículos 259 a 313 CC”, *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano), tomo II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2361-2555.

- (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables (modelos para la toma de decisión en asuntos personales)*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

- (2015). “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar”, *Curso de Derecho civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona* (coord. P. de Pablo Contreras), 5ª edición. Ed. Colex, Madrid, pp. 425-464.

- (2016). “La guarda de hecho”, *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 775-783.

- (2017). “Instituciones de guarda (1). La tutela”, *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), 2ª edición. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 201-463.

- (2017). “Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial”, *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), 2ª edición. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 465-530.

- (2019). “La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 59, 2019, pp.471-494.

PASCUAL PLANCHUELO, V. C. (2016): “El derecho de voto de las personas con discapacidad y, en especial, de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en derecho internacional. Su recepción en España”, *Revista Española de Discapacidad*, 4 (2), pp.101-122.

PAU PEDRÓN, A. (2018). “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 5-28.

- (2020). “El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo), pp. 3-29.

PERALES CASAJUANA, L. (2019). “Discapacidad: cifras y algunas reformas necesarias (en especial, sobre la capacidad jurídica y el derecho de sufragio”, *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar* (dir. J. Morcillo Moreno). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 59-66.

PEREÑA VICENTE, M. (2007). “La autotutela ¿Desjudicialización de la tutela?”, *Diario La Ley*, núm.6665.

- (2011). “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 195-205.

- (2011). “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?”, *Diario La Ley*, núm. 7691.

- (2016). “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho privado*, núm. 4 (julio-agosto), pp. 3-40.

- (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente), Ed. Dykinson, Madrid, pp. 119-141.

- (2018). “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 61-83.

PÉREZ ALGAR, F. (1984). “Derechos individuales e incapacitación”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*. Ediciones ICAI, Madrid, pp. 55-71.

- (1984). “La incapacitación”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*. Ediciones ICAI, Madrid, pp. 73-109.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2016). “La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad”, *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), 5ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, pp. 377-405.

- (2016). “El sistema público de protección de menores e incapaces”, *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), 5ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, pp. 435-453.

- (2016). “La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados”, *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), 5ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, pp. 407-434.

PÉREZ BUENO, L.C. (2009). “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 319-330.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2000). “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Civil* (mayo), pp.1919-1953.

- (2009). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, pp. 317-350.

- (2009). “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, pp. 335-368.

- (2013). “Sentencia de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9713). Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, pp. 351-369.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2001). “La Autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre, pp. 937-974.

- (2006). “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. (coord. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 371-435.

- (2011). “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 49-135.

PÉREZ MONGE, M. (2010). “Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. (coord. S de Salas Murillo). Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 339-396.

- (2013). “Edad avanzada”, *Tratado de Derecho de la Persona Física*, (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera), tomo I, pp. 699-749.

- (2019). “La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 321-342.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2019). “La invalidez del contrato”, *Manual de Derecho Civil. Derecho Civil Patrimonial I* (coord. F. Infante Ruiz y L. López de la Cruz). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 119-144.

PESET REIG, M. (1971). “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 483, pp. 297-338.

POZO MOREIRA, F.J. (2009). “La reforma del Registro Civil por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos”, *La Ley*, núm. 7166.

- (2012). *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*. Ed. Andavira, Santiago de Compostela.

QUESADA SÁNCHEZ, J.A. (2018). “Los artículos 199 y 200 del Código civil a la luz de la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006: posibles modificaciones de interés”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 82 (enero-marzo).

RAMOS CHAPARRO, E. (1995). *La persona y su capacidad civil*. Ed. Tecnos, Madrid.

- (2001). “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glosa general)”, *Actualidad Civil*, sección doctrina, Ref. XIV, tomo I.

RAMS ALBESA, J. (2011). “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, núm. 723, pp. 211-296.

RIBOT IGUALADA, J. (2019). "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 216-252.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M. (2006). "La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, pp. 83-102.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, M. V. (2014). "El porvenir de la curatela en el derecho español", *Historia iuris: estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, vol. 2, pp. 1469-1489.

ROGEL VIDE, C. (1975). "La tutela del deficiente mental", *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español* (dir. L. Díez-Picazo). Ed. Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 155-231.

- (1986). *La guarda de hecho*. Ed. Tecnos, Madrid.

- (2011). "Discapacidad, incapacidad e instituciones tutelares a la luz de la Ley 41/2003", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, pp. 77-90.

ROMERO GALLARDO, A. (2011). "Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Diario La Ley*, núm.7591.

ROVIRA SUEIRO, M. E. (2016). "La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas* (dir. M. E. Rovira Sueiro y A. Legerén Molina). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 15-62.

RUBIO TORRANO, E. (2009). "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva York", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9.

RUEDA ESTRADA, J.D., ZURRO MUÑOZ, J.J. y FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, J.C. (2014). “El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas”, *Alternativas, Cuadernos de Trabajo Social*, 21, pp. 81-118.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M. (2018). *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho civil* (2ª edición). Ed. Dykinson, Madrid.

SÁINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F.C. (2003). “Una perspectiva histórica”, *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional* (coord. I. Serrano García). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25-31.

SAN PASTOR SEVILLA, Y. (2011). “Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 207-218.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). “El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del art. 56.2º. del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, pp. 21-57.

- (2020). “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre), pp. 385-428.

- (2020). “Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual”, *Revista de Derecho Privado*, núm.6, noviembre-diciembre, pp. 39-78.

SANCHO GARGALLO, I. (2000). *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2018). “Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio”, *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 17-25.

SANCHO REBULLIDA, F. (1984). *El nuevo régimen de la familia, III. Tutela e instituciones afines*. Ed. Cuadernos Cívitas, Madrid.

SANTOS URBANEJA, F. (2017). *La guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*. (http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=10455&groupId=10228&folderId=418602&name=DLFE-224013.pdf).

SAURA MARTÍNEZ, L. F. (1986). *Incapacitación y tuición*. Ed. Tecnos, Madrid.

SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2010). "Comentarios a los artículos 222 a 223", *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo). Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 348-360.

SERRANO GARCÍA, I. (2004). "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, pp. 231-271.

- (2008). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Ed. Iustel, Madrid.

- (2012). *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2015). "¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones?" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, pp. 2587-2608.

- (2020). "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad", *Contribuciones para una reforma de la discapacidad punto un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada). Ed. Wolters Kluwer, Madrid, pp. 69-87.

SILLERO CROVETTO, B. (2015). "¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, pp. 383-414.

SIMÓN-LORDA, P. (2008). “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXVIII, núm. 102, pp. 325-348.

SOLÉ RESINA, J. (2019). “La esterilización no consentida de personas con discapacidad (1)”, *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo.

SOTO RUIZ, J.J. (2007). “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 577-622.

TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.

TORRES GARCÍA, T.F. (2006). “Discapacidad e incapacitación”, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. J. Pérez de Vargas Muñoz). Ed. La Ley, Madrid, pp. 437-460.

- (2012). “La persona y el Derecho civil”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. José González García, Universidad de Jaén*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 163-173.

- (2013). “Efectos de la incapacitación”, *Tratado de Derecho de la Persona Física*, tomo II (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp.123-171.

- (2015). “La incapacitación: de Don Federico de Castro al momento actual”, *Glosas sobre Federico de Castro* (dir. L. Díez-Picazo). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 385-408.

TORRES GARCÍA, T.F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). “La incapacitación”, *Tratado de Derecho de la Persona Física*, tomo II, (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 53-121.

TORTOSA MUÑOZ, A. (2011). “La labor notarial en la protección de las personas con discapacidad”, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (dir. M. C.García Garnica). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 99-116.

TURCO, A. (2010). *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*. Ed. Scientifiche italiane, Nápoles.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2003). *Derecho civil. Parte general y derecho de la persona* (coord. F. Blasco Gascó). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 213-248.

VAQUER ALOY, A. (2004). "La autotutela en el Código civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *La Ley*, núm. 5961, febrero.

VARELA AUTRÁN, B. (2013). "Incapacidad, curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: comentario a la STS (Sala 1ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec.262/2012", *Diario La Ley*, núm. 8006.

VARGAS CABRERA, B. (2003). "Aspectos civiles y procesales de la discapacidad", *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional* (coord. I. Serrano García). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 121-131.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2016). "La capacidad de obrar", *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona* (coord. F. Oliva Blázquez y L. Vázquez-Pastor Jiménez), 2ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 129-161.

VELASCO ORTEGA, I.C. (2014). "Del estado civil de incapacitado al de persona con capacidad modificada judicialmente: perspectivas de reforma jurídica para garantizar la autonomía de la voluntad", *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (dir. M. C. García Garnica y R. Rojo Álvarez-Manzaneda). Ed. Dykinson, Madrid, pp. 149-207.

VENTOSO ESCRIBANO, A. (1986). *La reforma de la tutela*. Ed. Colex, Madrid.

VERDERA SERVER, R. (2019). *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I* (2ª edición). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

VILLARINO VILLARINO, P. (2007). "Las organizaciones representativas de las personas con discapacidad a nivel internacional: el Foro Europeo de Discapacidad y las organizaciones representativas a nivel mundial", *Tratado*

sobre discapacidad (dir. R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 249-273.

VIVAS TESÓN, I. (2012). “Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar”, *Revista de Derecho Privado* (septiembre-octubre), pp. 3-40.

- (2014). “La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, pp. 2510-2541.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*. Ediciones ICAI, Madrid, pp. 139-153.

- (2017). “La patria potestad”, *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), 2ª edición. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 51-199.

ZABARTE MARTÍNEZ DE AGUIRRE, E. (2007). “La legislación española especializada en materia de discapacidad: la LISMI y sus normas de desarrollo”, *Tratado sobre discapacidad* (dir. R. de Lorenzo y L.C. Pérez Bueno). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 623-650.