

LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ARMONIZACIÓN ENTRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL MEJOR INTERÉS

Milagros Petit Sánchez

Profesora Colaboradora de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

TITLE: *The adoption of support measures for people with disabilities: harmonization between the autonomy of will and best interest.*

RESUMEN: La persona con discapacidad es en sí misma el centro de atención de las miradas puestas en la determinación de apoyos y ayudas en aras de su protección. Su mejor interés ha sido considerado como uno de los motores de empuje de cualquier actuación externa en la determinación de estas medidas, si bien, en los últimos años, es la autonomía de su voluntad la que se postula como el eje sobre el que giran estos apoyos. Este estudio pretende armonizar ambos criterios partiendo de las premisas de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales y los cambios que propone 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.

ABSTRACT: *Persons with disabilities are the centre of attention when determining supports and subsistence for the sake of their protection. Their best interest has been considered as one of the driving forces behind any external action in the establishment of these measures. Nonetheless, in recent years, it is their autonomy of will the principle which has been postulated as the axis on which these support measures revolve. This study aims to harmonize both criteria based on the premises of the United Nations International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, taking into account the judicial pronouncements and changes proposed by the bill which overhauls ordinary civil and procedural legislation regarding matters of disability in the Spanish legal system.*

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad, determinación de apoyos, preferencia de la voluntad, mejor interés.

KEY WORDS: *People with disabilities, support measures, autonomy of the will, best interest.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. EL PROTAGONISMO DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA EN LA DETERMINACIÓN DE MEDIDAS PARA SU PROTECCIÓN Y ASISTENCIA EN CASO DE DISCAPACIDAD. 3. LA VOLUNTAD EXPRESADA POR LA PERSONA EN LA PREFERENCIA EN EL NOMBRAMIENTO DEL SUJETO QUE SE ELIGE PARA OCUPAR EL CARGO DE TUTOR O CURADOR: LA AUTOTUTELA O LA AUTOCURATELA. 4. 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. 5. LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS JURÍDICAS DE APOYO DE ACUERDO CON 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. 6. EL PRETENDIDO DERECHO A EQUIVOCARSE Y A RECHAZAR EL APOYO. 7. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Debemos partir de la consideración, obvia para muchos, pero todavía no del todo generalizada, de que la persona con discapacidad como sujeto de derecho debe actuar en igualdad de condiciones que los demás¹, con la misma capacidad jurídica y con igual posibilidad de ejercicio de esa capacidad jurídica.

La Convención Internacional de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad² (en adelante, la Convención), reafirma esa consideración al partir en todo su texto de la igualdad de todas las personas con discapacidad al resto de personas, y, en concreto, en su artículo 12, reconociendo su igual capacidad jurídica sin perjuicio de los apoyos puntuales que pueda precisar en momentos y circunstancias concretas³. La Convención consideró que la incapacitación –institución jurídica considerada hasta entonces como la más idónea para la protección de la persona cuyas limitadas facultades intelectivas y volitivas le impedían autogobernarse– no era adecuada a la nueva idea de discapacidad, que debía estar fundamentada en el denominado «modelo social de discapacidad»⁴, frente al anterior «modelo médico-rehabilitador». En aplicación de este modelo social, las personas afectadas por una discapacidad no debían verse representadas ni sustituidas por otra persona en la realización de actos jurídicos, y, en aras de un adecuado ejercicio de sus

¹ El artículo 14 de la Constitución española consagra este principio general de igualdad entre todos los españoles al establecer que no pueda prevalecer discriminación alguna, en otras, por razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

² 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. Así se califica en DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A., «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*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 18 y 19, donde se indica 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».

³ 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., «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», pendiente de publicación, acceso al original por cortesía de la autora, 2020.

⁴ Crítica severa al modelo social de discapacidad planteado por la Convención en ALEMANY GARCÍA, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 214 a 218.

derechos, deberían disponer de la asistencia y apoyos necesarios para tomar sus propias decisiones. Con ello se trataba, entre otras cosas, de fomentar la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual o psíquica, de respetar sus derechos, impidiendo, al mismo tiempo, que se cometieran abusos contra ellas y que no hubiera ningún tipo de conflicto de intereses ni de influencias indebidas⁵.

En el ordenamiento jurídico español vigente⁶, 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.

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 dudas, 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 preferencias⁷. Partiendo de un concepto amplio de discapacidad, esta línea de

⁵ VELASCO ORTEGA, I.C. «Del estado civil de incapacitado al de persona con capacidad modificada judicialmente: perspectivas de reforma jurídica para garantizar la autonomía de la voluntad», en AA.VV., *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 168 y 169.

⁶ La Convención de Naciones Unidas 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 Constitución española. Además, y según GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», cit., «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 CE, nos lleva a otorgar especial relevancia a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad».

⁷ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., «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*, núm. 24, enero-diciembre 2010, 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

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 decisiones⁸.

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 2020⁹ 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 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 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 apoyo¹⁰. 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, no necesariamente contrapuestas, en la regulación de las instituciones

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».

⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., «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», en AA. VV., *Propostas de modernización do dereito*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2017, p. 17.

⁹ Ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 17 de julio de 2020 y actualmente en tramitación parlamentaria.

¹⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», 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».

de protección a las personas con discapacidad: la voluntad de la persona y su interés como determinación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad¹¹. Desde nuestro punto de vista, creemos que no debe ser incompatible la elemental consideración de las personas con discapacidad como plenos sujetos de derechos, con 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 protección¹², 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 prevalencia y prioridad a su voluntad, 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.

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, 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 persona¹³. 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

¹¹ PARRA LUCAN, M.A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables (modelos para la toma de decisión en asuntos personales)*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, 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».

¹² 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.

¹³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿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, pp. 26 y 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...».

únicamente reflejada en la posibilidad de comparecer en el procedimiento de incapacitación con su defensa y representación y ser oído en el mismo¹⁴.

Parte de la doctrina¹⁵ 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 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 bienes¹⁶.

Así, la Ley 41/2003 introdujo, por un lado, la posibilidad de constitución del llamado patrimonio protegido¹⁷ de la persona con discapacidad –concepto novedoso en nuestro sistema jurídico en aquel momento¹⁸–, 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 autotutela¹⁹ –al incluir el segundo

¹⁴ En otros supuestos, como la posibilidad de audiencia para el nombramiento de su tutor –artículo 231– o autorizar alguna decisión importante sobre su persona o bienes –artículo 273–, se exige que tenga suficiente juicio.

¹⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., op. cit., p. 59.

¹⁶ 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).

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Por analogía, se introdujo la figura de la autocuratela.

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 «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 específicas²⁰.

La autonomía de la persona, en cualquier ámbito de su vida, es tan importante que conlleva la capacidad para tomar sus propias decisiones, incluso la de oponerse a la constitución de un patrimonio protegido en su beneficio²¹. 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

²⁰ 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–.

²¹ 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».

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 discernimiento²²– y 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 Convención²³.

El principio de autonomía aplicado a las personas con discapacidad presenta un doble aspecto: la autonomía física –referida a la accesibilidad al entorno²⁴– 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 discapacidad. 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.

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

²² ALEMANY GARCÍA, M., 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., «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. 117, es de la opinión de que «los principios de la Convención tendrían que ser matizados respecto de aquellas personas que padecen demencias severas o limitaciones físicas que le impidan manifestar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones».

²³ El artículo 12.4 de la Convención establece 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, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

²⁴ 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.

persona, que se manifiesta en el espacio de cuestiones personales y derechos de la personalidad en relación con su capacidad natural²⁵.

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 anticipadas²⁶. 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 voluntad²⁷.

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 persona²⁸. 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

²⁵ PEREÑA VICENTE, M., «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 196- 205, configura los «perfiles del principio de autonomía» distinguiendo entre autonomía física y autonomía volitiva. GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 34, enfoca estas medidas volitivas, desde la visión del Anteproyecto de Ley de 2018 de reforma en materia de discapacidad –actualmente en tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley– 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 *Memorándum* 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».

²⁶ 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.

²⁷ 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., 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».

²⁸ Las medidas de autorregulación, en terminología utilizada por PAU, A., «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, p. 14, son uno de los criterios sobre los que se asienta la nueva regulación proyectada de la discapacidad en el Código civil, basada en disposiciones que pueda hacer la persona respecto a su propia y eventual discapacidad futura.

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 judicial– 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 apoyos²⁹. En cualquier caso y partiendo del respeto a la autodeterminación de la persona, estas medidas reactivas – que son las instituciones jurídicas de guarda previstas 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 aquéllas³⁰.

Esta es la dirección seguida por la Convención que recoge entre sus postulados el del respeto a las decisiones personales. Ya en el Preámbulo 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, aseguran que las medidas

²⁹ Son denominadas medidas legales, reactivas o *ex post* –frente a las preventivas o *ex ante* apuntadas anteriormente–, por GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas...», cit., p. 34. PAU, A., op. cit., pp. 16 y 17, las califica como medidas de heterorregulación –frente a las medidas de autorregulación señaladas anteriormente– constituyendo las denominadas por la nueva regulación del Proyecto de Ley como «instituciones de apoyo»: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, excluyendo la tutela en cuanto que el nuevo texto legal aboga por su desaparición en el contexto de la discapacidad.

³⁰ Esta es una de las ideas básicas del texto del Proyecto por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, al prever que las medidas de apoyo de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona que se trate, GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas ...», cit., p. 34. En el mismo sentido, PAU, A., op. cit., p. 13, 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».

relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetaran los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Las medidas de salvaguarda reconocidas en la Convención no tienen como finalidad esencial proteger a la persona sino básicamente salvaguardar su voluntad. 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 el principio de autonomía³¹.

No obstante, y a pesar de que no hay una manifestación legal clara, creemos y apostamos a que se ha de añadir la consideración del beneficio o mejor interés de la persona como aspecto a tener en cuenta –en mayor o menor medida– en la determinación de las salvaguardas adecuadas.

3. LA VOLUNTAD EXPRESADA POR LA PERSONA EN LA PREFERENCIA EN EL NOMBRAMIENTO DEL SUJETO QUE SE ELIGE PARA OCUPAR EL CARGO DE TUTOR O CURADOR: LA AUTOTUTELA O LA AUTOCURATELA

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 del Código Civil, referido al orden de preferencias para ser nombrado tutor³² –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»³³. En efecto, el párrafo segundo de este artículo 223 contempla la figura de la denominada autotutela³⁴ 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

³¹ PEREÑA VICENTE, M., «La Convención ...», cit., p. 196.

³² La tutela hoy en día es aplicable como medida de guarda legal, de acuerdo con el artículo 222 del Código Civil, 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.

³³ El artículo 234 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.

³⁴ 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.

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 orden³⁵, o incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, siempre y cuando se motive tal decisión³⁶, tal y como dispone el párrafo segundo del artículo 234 del Código Civil.

Por tanto, la voluntad de la 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 tutelar³⁷.

Ha de tenerse en cuenta que, según dispone el texto del artículo 223 del Código Civil, 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 público³⁸. No obstante, ello no es óbice para

³⁵ La STS (1ª) 1 julio 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 17 septiembre 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».

³⁶ 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 (1ª) 1 julio 2014 (ROJ: STS 3168/2014) –con carácter general para cualquier nombramiento que se aparte del orden legal establecido– y las SSTs (1ª) 17 julio 2012 (ROJ: STS 5676/2012) y 3 junio 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 (1ª) 16 mayo 2017 (ROJ: STS 1901/2017).

³⁷ GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», 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».

³⁸ 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

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 procesal³⁹.

En algunas ocasiones y sobre todo en circunstancias derivadas de un déficit cognitivo en la persona, la manifestación e interpretación 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, inequívoca⁴⁰, 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 el complemento del 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 personalizada, actuando las salvaguardas utilizadas como límites o impedimentos para la realización de actos nocivos para sus intereses personales o patrimoniales⁴¹. Cuando esa voluntad no puede

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».

³⁹ Así lo estimó la STS (1ª) 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., «La necesaria y urgente adaptación...», 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».

⁴⁰ La citada STS (1ª) 16 mayo 2017 (ROJ: STS 1901/2017) 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).

⁴¹ PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2016, p. 15, manifiesta con respecto a la función del curador que éste «debe no solo complementar el consentimiento en un acto o

ser expresada precisamente por la discapacidad, incluso se trata de «reconstruir su voluntad»⁴², teniendo 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»⁴³.

Con la normativa española vigente, un requisito exigible para tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona afectada de la medida de apoyo es, como establece el artículo 223 del Código Civil 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 jurídica⁴⁴–, sería más adecuado exigir que la persona «goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia», tal como expresa la antedicha STS 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», que es aquella prestada por personas cuya voluntad puede ser objeto de

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», p. 29.

⁴² PAU, A., op. cit., p. 9, estima que «cuando esas “voluntades, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad no están formadas, es necesario contribuir a esa formación».

⁴³ Así es como propone el Proyecto de Ley la redacción del nuevo artículo 249 CC, para cuando, en casos excepcionales y pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo puedan asumir funciones representativas. Como señala GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», 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». En este sentido se había pronunciado previamente la Observación General nº 1 (2014) del Comité de expertos de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad 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”».

⁴⁴ Debemos tener en cuenta que la idea de «capacidad jurídica» que se menciona en el artículo 12 de la Convención incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos como la capacidad de ejercitarlos; por ello, lo que tradicionalmente se ha conocido como «capacidad de obrar» de la persona –la aptitud para ejercitar por uno mismo sus derechos y obligaciones– es, desde la Convención, el denominado «ejercicio de la capacidad jurídica».

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 válido⁴⁵. En ese caso, 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 voluntad de la persona manipulada, ya sea por dolo ocasionado por tercero⁴⁶, con la posibilidad de ejercitar la consiguiente acción de anulabilidad⁴⁷. 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 conviene⁴⁸. Ello entroncaría con el posible conflicto entre la voluntad manifestada por la persona y su mejor interés.

4. 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

⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 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».

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil* nº 2, febrero 2020, p. 6, que afirma que no se debe desconocer que la persona que presta su voluntad «se puede estar equivocando groseramente».

sigue siendo– uno de los objetivos en las acciones de protección a las personas con discapacidad⁴⁹, a pesar de la ausencia de una consagración legal expresa del interés superior de la persona con discapacidad⁵⁰.

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 legislador⁵¹, aquel apenas ha tenido reconocimiento legal en nuestro ordenamiento jurídico⁵², si bien es cierto que la expresión «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 legales⁵³.

⁴⁹ 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».

⁵⁰ Así lo indica PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente), Dykinson, Madrid, 2018, p. 121, que 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.

⁵¹ 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».

⁵² El artículo 216 del Código Civil 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. También en el artículo 299 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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.

⁵³ 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., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 174.

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 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 algunos autores, dicho interés no aparece mencionado en la Convención –ni siquiera a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁴, aprecie 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»–; de hecho, tal y como subraya García Rubio, «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»⁵⁵. En efecto, la Observación General nº 1 (2014) del Comité de expertos de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵⁶ (en adelante, el Comité) hizo repetidas referencias a los derechos a la voluntad y a las preferencias de las personas con discapacidad. Así, en el punto 17 expresamente señaló 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»; o en el punto 20 indicó que «el objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona»; en el punto 21 estableció 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»; y en el punto 29 matizó 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»⁵⁷.

⁵⁴ En STS (1º) 17 septiembre 2019, (ROJ: STS 2820/2019), en su Fundamento de Derecho segundo, aludiendo a su vez a otras sentencias de 2015 y 2018.

⁵⁵ GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», cit., hace alusión al Comité de Expertos de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la Observación general nº 1 (2014) sobre el artículo 12 de la Convención.

⁵⁶ Esta Observación General nº 1 fue adoptada en el 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014).

⁵⁷ Debemos de tener en cuenta que 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. «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*

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 puede parecer que «es un principio implícito en ella, pues se pronuncia expresamente sobre la necesidad de evitar abusos e influencias indebidas sobre la persona, por lo que ello puede conducirnos a actuar en su interés, evitándole perjuicios, aunque no coincida con la voluntad expresada»⁵⁸.

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 actuación⁵⁹. El estándar de intervención justifica la adopción de medidas de protección o apoyo para la persona necesitadas de ella⁶⁰ y, hoy en día, se identifica con las causas de incapacitación expresadas en el artículo 200 del Código Civil. 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

Derecho Civil, vol. 66, núm. 1, 2013, pp. 119 y 120; CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2019, p. 56; y DE SALAS MURILLO, S. «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 780, 2020, p. 2231, negando la obligatoriedad en sentido jurídico de las declaraciones de los Comités como «intérpretes auténticos de las Convenciones internacionales por cuyo cumplimiento velan». En esta misma línea, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en AA.VV., *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), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 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 Partes 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.

⁵⁸ ALÍA ROBLES, A., op. cit., p. 17. PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», 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., «¿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)».

⁵⁹ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», cit., pp. 119 y 120.

⁶⁰ No debe entenderse como destinataria de estas medidas a las personas con discapacidad en general por ser éste un término demasiado amplio.

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 incompatibilidad⁶¹ entre ambos criterios. En este sentido, García Rubio, una de las autoras que lo lidera, considera que uno de los principios básicos en el tratamiento jurídico de la discapacidad es 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 decisiones, de carácter eminentemente paternalista⁶² y basado en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad⁶³, debe ser reemplazado por un sistema de apoyos a la persona en la toma de sus propias decisiones. 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»⁶⁴.

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

⁶¹ De “radical incompatibilidad” la califica PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», cit., p. 121.

⁶² Expone un argumento «pro paternalismo», ALEMANY GARCÍA, M., op. cit., pp. 202 a 204, que justifica el paternalismo sobre personas con discapacidad utilizando un interesante razonamiento por analogía con los menores de edad.

⁶³ 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., «La esperada ...», 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».

⁶⁴ Como ya hemos hecho mención, 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., «Notas ...», cit., señala que esto 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».

garantía válida en relación con las personas adultas»⁶⁵. 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 salvaguardia 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 demás⁶⁶.

Por el contrario, otros autores propugnan el principio del mayor interés de la persona con discapacidad como un principio general del Derecho⁶⁷ –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 VICENTE⁶⁸ 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,

⁶⁵ GARCÍA RUBIO, M.P., «La esperada ...», cit., pp. 8 y 11.

⁶⁶ El Comité examinó los informes periódicos segundo y tercero combinados de España (CRPD/C/ESP/2-3) y aprobó, en su sesión 463, celebrada el 29 de marzo de 2019, una serie de Observaciones Finales en donde se incide en los escasos avances producidos para garantizar la plena intervención y participación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a través de sus organizaciones representativas en todas las cuestiones que les afectan y recomienda que el Estado parte derogue todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, al objeto de abolir completamente los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad.

⁶⁷ GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad...*, 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., «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, 2013, 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».

⁶⁸ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», cit., p. 138.

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.

Desde esta posición integradora, la consideración al interés de la persona protegida⁶⁹ 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 perjuicio, ya sea personal o patrimonial. Desde nuestro punto de vista, esta segunda función es la que mayor controversia pueda originar, sobre todo por la dificultad que entraña determinar objetivamente cuál es el mejor interés de la persona concernida⁷⁰. Es en este punto 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 punto de vista, la más adecuada en cuanto que combina la importancia que para las personas con discapacidad reviste su

⁶⁹ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», 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».

⁷⁰ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», 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.

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 de manera prioritaria, y, de forma secundaria y sin perder de vista el objetivo de su protección, su mejor o superior interés.

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 realización de actos de forma voluntaria e independiente cuando tenga capacidad suficiente, sin que ello genere 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 apoyo⁷¹.

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 de la persona protegida y sus preferencias⁷². Mas se ha de poner de relieve que ésta no ha sido la idea predominante en las resoluciones judiciales dictadas a partir de la Convención⁷³.

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

⁷¹ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., 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)».

⁷² En concreto la STS (1ª) 1 julio 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».

⁷³ 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., «La esperada ...», 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».

función de la declaración de voluntad no debe ser exclusiva en la ponderación de todas las circunstancias que rodean y afectan a la persona⁷⁴. 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 persona⁷⁵, ha considerado que debe atenderse al mejor interés para adoptar la medida que estima más adecuada.

La alteración en el orden legal de prelación de las personas llamadas a asumir un cargo tutelar de acuerdo con lo establecido en el artículo 234 del Código Civil –referido al nombramiento de tutor, pero aplicable análogamente al nombramiento de curador– ha sido causa de litigios en varias ocasiones⁷⁶. Así, en concreto, la STS 16 mayo 2017 (ROJ: STS 1901/2017), 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, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, y que en las dos instancias anteriores fue sometida a tutela⁷⁷, fundamenta el nombramiento de la persona que ha de asumir el cargo tutelar en alusión al interés de la persona con discapacidad⁷⁸. 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

⁷⁴ Entre otras, las SSTs (1ª) 1 julio 2014 (ROJ: STS 3168/2014), 19 noviembre 2015 (ROJ: STS 4711/2015), 3 junio 2016 (ROJ: STS 2573/2016), 8 noviembre 2017 (ROJ: STS 3923/2017), 27 junio 2018 (ROJ: STS 2493/2018) y 18 julio 2018 (ROJ: STS 2805/2018).

⁷⁵ La STS (1ª) 13 mayo 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».

⁷⁶ Entre otras, las SSTs (1ª) 1 julio 2014 (ROJ: STS 3168/2014), 19 noviembre 2015 (ROJ: STS 4711/2015), 3 junio 2016 (ROJ: STS 2573/2016), 16 mayo 2017 (ROJ: STS 1901/2017), 27 junio 2018 (ROJ: STS 2493/2018), 18 julio 2018 (ROJ: STS 2805/2018) y 17 septiembre 2019 (ROJ: STS 2820/2019).

⁷⁷ 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».

⁷⁸ Para GARCÍA RUBIO, M.P., «La esperada ...», 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».

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 con discapacidad, motiva quién es, de entre las personas llamadas por la ley, la más idónea para ejercer el cargo»⁷⁹.

En el caso enjuiciado en la STS (1ª) 27 junio 2018 (ROJ: STS 2493/2018), este interés viene referido a un hijo de veintitrés años que convive con su madre desde los siete 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»⁸⁰.

En la STS (1ª) 18 julio 2018 (ROJ: STS 2805/2018), se hace referencia a la no vinculación al juez del orden legal establecido en el artículo 234 del Código Civil 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 (1ª) 17 septiembre 2019 (ROJ: STS 2820/2019), parecía en principio que recogía la voluntad de la persona como cuestión preferente en la determinación de la medida de apoyo. Así, en referencia a las especiales exigencias de

⁷⁹ GARCÍA RUBIO, M.P., «La esperada ...», 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».

⁸⁰ 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.

motivación para prescindir de la voluntad del discapaz considera 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 párrafo segundo del CC, 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»⁸¹.

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», que «está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad». Es en este punto donde debemos convenir con García Rubio que, «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»⁸². En efecto, fue la STS (1ª) 19 de noviembre

⁸¹ 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 (1ª) 19 noviembre 2015 (ROJ: STS 4711/2015), 27 junio 2018 (ROJ: STS 2493/2018) y 18 julio 2018 (ROJ: STS 2805/2018).

⁸² GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», cit., al hilo del comentario de la reciente STS 17 septiembre 2019 (ROJ: STS 2820/2019), 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

2015 (ROJ: STS 4711/2015), la primera en establecer erróneamente tal enunciado, que siguieron otras como las SSTS (1ª) 3 junio 2016 (ROJ: STS 2573/2016), 27 junio 2018 (ROJ: STS 2493/2018), 18 julio 2018 (ROJ: STS 2805/2018) y 17 septiembre 2019 (ROJ: STS 2820/2019), sin introducir mayores justificaciones.

En otros casos⁸³, 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 19 febrero 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».

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 sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de marzo de 2017⁸⁴, 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»⁸⁵. Esta doctrina jurisprudencial europea evidencia la discrepancia del Consejo de Europa⁸⁶ con lo establecido por la

discapacidad; por si fuera poco, el Comité, como ya se ha reiterado, niega tajantemente que este criterio pueda ser utilizado como medida de salvaguarda».

⁸³ Por todas, la STS (1ª) 7 marzo 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».

⁸⁴ 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 diecinueve 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.

⁸⁵ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», cit., p. 132.

⁸⁶ 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 incapacitado, 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

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 apoyo⁸⁷.

5. LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS JURÍDICAS DE APOYO DE ACUERDO CON 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

Hasta ahora, 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, y a los 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, 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

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».

⁸⁷ GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas ...», 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., «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, 2018, p. 155.

Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil⁸⁸, que está sentando las bases para un profundo y trascendental cambio del sistema actualmente vigente en la legislación española en materia de discapacidad⁸⁹.

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. En consonancia con la trascendencia que se da a esta autonomía e independencia de la persona con discapacidad, la propuesta del mencionado Proyecto propone, entre otras cuestiones, una transformación del régimen 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»⁹⁰.

La idea central del nuevo sistema propuesto por el Proyecto es la de apoyo a la persona que lo precise⁹¹, 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.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Punto III de la Exposición de Motivos del Proyecto.

⁹¹ 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».

Por ello, la nueva regulación en el Proyecto 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 autotutela⁹². Estas medidas preventivas han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente⁹³, 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 judicial⁹⁴.

Por otro lado, el Proyecto refuerza la figura de la guarda de hecho y la transforma en una propia institución jurídica de apoyo, dejando de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad⁹⁵. 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 guardador⁹⁶.

En cuanto a las tradicionales instituciones jurídicas de protección de las personas con discapacidad, el Proyecto regula de forma detenida y con mayor complejidad las

⁹² Es la primera vez que se regula expresamente la autotutela al estilo de la autotutela del artículo 223 párrafo 2º del actual Código Civil, en una subsección propia del capítulo del Proyecto destinado a la curatela, en los programados artículos 271 a 274 del Código Civil.

⁹³ Por medidas que se establecen externamente se ha de entender aquellas que no provienen de las preferencias y la voluntad del interesado.

⁹⁴ 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., «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 200.

⁹⁵ Según la Exposición de Motivos del Proyecto, punto III, «la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica 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». No obstante, esta presunción generalizada de solidaridad y de apoyo entre familiares olvida que en muchos 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, cuya asistencia es dejada 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, MAGARIÑOS BLANCO, V., op. cit., p.214.

⁹⁶ Parece ser que así 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.

instituciones de la curatela y el defensor judicial y elimina del ámbito de la discapacidad a la clásica institución de la tutela⁹⁷.

En el nuevo contexto jurídico propuesto, la curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad que precisen de apoyo continuado, siendo primordialmente de naturaleza asistencial⁹⁸, excluyendo en lo posible su naturaleza representativa⁹⁹. Se configura así la curatela como la institución de apoyo judicial básica de los discapacitados, ampliando y dando un nuevo contenido a esta antigua institución, que hasta ahora y de acuerdo con el actual artículo 287 del Código Civil, se había ido aplicando paulatinamente como medida judicial de guarda y protección, junto con la tutela, para personas a quienes la resolución judicial colocaran bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento¹⁰⁰.

La figura del defensor judicial 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

⁹⁷ 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 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.

⁹⁸ El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución como asistencia, apoyo, ayuda. PAU, A., «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 2020, p. 18, trata el denominado «principio de cuidado» aplicándolo a las personas con discapacidad e indica que, al elaborar la propuesta normativa del Anteproyecto previo, se puso especial interés en que se denominara precisamente *curador* a la persona que asistiera y, en casos límite, representara a la persona con discapacidad.

⁹⁹ 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. En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P., «La necesaria y urgente adaptación...», 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».

¹⁰⁰ La curatela se ha ido aplicando judicialmente con mayor frecuencia desde la implantación de los criterios de la Convención Internacional de 2006, en detrimento de la tutela. En menor medida, también en los casos puntuales de prodigalidad y para los menores emancipados o los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad, según establece el actual artículo 286 del Código Civil, para los supuestos que necesitaran la asistencia del curador.

judicial es nombrado y recibe su encargo, puntual y temporal, de la autoridad judicial, pero no tiene otro control judicial que tal nombramiento¹⁰¹.

A pesar de la amplia regulación que el Proyecto da a estas figuras de apoyo legal y judicial, 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 a los denominados poderes o mandatos preventivos. Así, estas medidas de apoyo, basadas en la voluntad anticipada del interesado, tienen preferencia sobre las medidas de apoyo legal y judicial, de tal forma que solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, el juez puede adoptar otras supletorias o complementarias¹⁰².

El nuevo texto del Proyecto pretende, de una parte, potenciar estas 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) y, de otro lado, regular con mayor detalle estas medidas «puesto que la doctrina ha sido unánime en considerar muy insuficiente la regulación existente hasta ahora»¹⁰³.

Para algunos autores, 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»¹⁰⁴. 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 necesidades de

¹⁰¹ El control judicial del defensor judicial debería alcanzar también «al examen o rendición de cuentas de lo ocurrido», SANCHO GARGALLO, I., «Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 25.

¹⁰² SANCHO GARGALLO, I., op. cit., p. 25. En cualquier caso, 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.

¹⁰³ GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario...», 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».

¹⁰⁴ SANCHO GARGALLO, I., op. cit., p. 23, califica a la eventual tutela judicial, sin perjuicio de los eventuales supuestos donde se exige legalmente autorización judicial, como de «reactiva», en caso de conflicto.

la persona destinataria, manteniéndolas, aumentándolas o reduciéndolas según su conveniencia¹⁰⁵.

Los defensores de la reforma consideran que la principal justificación de la existencia del Proyecto es la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a la Convención de Naciones Unidas, modificando aquellas cuestiones que afectan al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que aún no han tenido repercusión legislativa en el ordenamiento jurídico español¹⁰⁶.

Uno de los presupuestos básicos del Proyecto es la consagración del respeto a la dignidad de la persona con discapacidad¹⁰⁷, 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. 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»¹⁰⁸. En aplicación de tal mandato, el Proyecto apuesta claramente por la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad sobre cualquier otra propuesta legal o de otro tipo. 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 decisiones». Se consagra así un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el

¹⁰⁵ La sentencia que acuerde la curatela fijará la periodicidad de la revisión, que en todo caso se hará cada tres años.

¹⁰⁶ Se ha calificado esta reforma tanto necesaria como urgente por cierto sector doctrinal; por todos, GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», cit., y, sobre todo, como miembro de la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación.

¹⁰⁷ Se hace referencia a ello en la Exposición de Motivos en cumplimiento de lo exigido en el artículo 10 de nuestra Constitución.

¹⁰⁸ ALÍA ROBLES, A., op. cit., 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 propuestos artículos 249, 264, 268, 282 y 283 CC; 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 considerarse 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.

cual informa a toda la normativa proyectada, afectando a las oportunas modificaciones legales en el resto de la legislación civil y procesal.

La prevalencia de la voluntad se manifiesta en la exigencia de que todos los que presten apoyo están obligados a respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad¹⁰⁹. Así, se da preferencia absoluta a las medidas preventivas –las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, en concreto los poderes y mandatos preventivos y la autotutela–, frente a las medidas que se establecen externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo. 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 tutela como única opción de apoyo de origen judicial de carácter estable, excluyendo en lo posible la tutela de naturaleza representativa. En este sentido, tanto la tutela como la guarda de hecho son instituciones judiciales adecuadas para preservar la voluntad y las preferencias de personas con limitaciones en la toma de decisiones personales o patrimoniales.

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 prioritario, 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 en la determinación de esas medidas, ha sido y sigue siendo un tema controvertido en el que no hay aún un criterio único y definido. Con el planteamiento propuesto en el Proyecto, la situación en la búsqueda de los mecanismos de apoyo cambia.

Una propuesta doctrinal a esta cuestión es la eliminación del criterio del interés de la persona con discapacidad y centrándolo únicamente en el respeto a su voluntad y a sus preferencias¹¹⁰. Según esta corriente liderada por García Rubio¹¹¹, la alusión al interés

¹⁰⁹ LÓPEZ SAN LUIS, R., op. cit., 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».

¹¹⁰ 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 el propuesto artículo 227 CC cuando se regula el ejercicio de la

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». A este respecto y de acuerdo con esta interpretación, no se recoge en ninguna parte del Proyecto que las personas que prestan el apoyo deban actuar en el mejor interés de la persona a la que asisten¹¹².

Una interpretación intermedia a la cuestión es la expresada por Pau Pedrón¹¹³, según la cual la orientación principal –y entendemos que no única– de la protección o apoyo prestada 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. Esa protección o 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»». Queda así relegada la idea de qué es lo mejor para la persona con discapacidad¹¹⁴, o cuál es su mejor interés, debiendo primar en la determinación de los medios de apoyo el conocer 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 entrar en juego el criterio del interés,

tutela por parte de los tutores, si bien con alusión a la personalidad del menor. Debe hacerse notar que una de las novedades del Proyecto es la desaparición de la tutela en mayores de edad, estableciéndose en su lugar y en los casos estrictamente necesarios y cuando proceda, la calificada como curatela representativa. En este sentido, el texto del Anteproyecto previo al Proyecto otorgaba expresamente «facultades representativas» al curador al regular el ejercicio de la curatela (en el anteriormente proyectado artículo 280 del Código Civil, párrafo 5º) pero el Proyecto lo recoge ahora en las disposiciones generales de la nueva curatela (*ex* artículo 269 CC párrafo 3º) donde prevé que «sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible 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».

¹¹¹ GARCÍA RUBIO, M.P., «La necesaria y urgente adaptación...», cit., p. 168.

¹¹² GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario...», cit., pp. 32 y 33, refiriéndose al Anteproyecto de Ley previo, 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». Las referencias que hacía el Anteproyecto al «interés superior de la persona afectada» como guía de actuación en la parte que modificaba la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción propuesta para el artículo 749 de dicha Ley, ha sido eliminada del texto del Proyecto.

¹¹³ PAU, A., «De la incapacitación al apoyo...», cit., p.8.

¹¹⁴ PAU, A., «De la incapacitación al apoyo...», 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.

situando este interés por detrás de la determinación de su voluntad, deseos y preferencias¹¹⁵.

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 apoyo¹¹⁶, tanto en la actuación por parte de las 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 vida¹¹⁷.

Compartimos esta visión conciliadora que aporta PEREÑA VICENTE¹¹⁸ entre la voluntad de la persona en la determinación de su medida de apoyo y su mejor interés ya que,

¹¹⁵ 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., «De la incapacitación al apoyo...», cit., pp. 9 y 10.

¹¹⁶ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», cit., p. 130, considera que la desaparición del interés superior de la persona protegida como criterio de 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.

¹¹⁷ En este sentido, el Proyecto, si bien no hace referencia alguna al superior o mejor interés de la persona con discapacidad, redacta el artículo 249 del Código Civil, párrafo 3º –referido a los casos excepcionales en los que no sea posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona y las instituciones de apoyo asuman funciones representativas–, en los siguientes términos: «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».

¹¹⁸ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», 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».

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»¹¹⁹.

Una de las cuestiones que este último planteamiento suscita sería, desde nuestra óptica, determinar, por un lado, quién y cómo se valoraría si la voluntad puede o no convertirse en un consentimiento válido¹²⁰ y, por otro lado, cómo se concretaría, en caso negativo, cuál es el mejor interés particular para la persona. Para la determinación del mejor interés y, a pesar de que el criterio del interés se aleja de lo señalado por el Comité, estimamos poder recurrir a lo establecido en la propia Observación del Comité, en el ya señalado punto 21¹²¹, cuando se refiere a la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias», a pesar de que previamente se advierta de que la

¹¹⁹ En este sentido, PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», 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.

¹²⁰ SIMÓN LORDA, P., «La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXVIII, nº 102, 2008, 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 nuestro 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.

¹²¹ La Observación del Comité también abandona el criterio del interés en el punto 27 cuando reniega de los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones al tener, entre otras características, la de que «toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias».

determinación del interés superior de la persona debe ser precisamente desplazado. Con ello se conseguiría la plasmación del mejor interés de la persona desde un punto de vista más subjetivo y personal en consonancia con la idea antes planteada.

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, de la persona ya que, a pesar de que el ordenamiento prevé la posibilidad de impugnar los actos realizados con consentimiento 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, ya sea por pasividad, ya sea por el desconocimiento de los hechos o la falta de pruebas.

En los supuestos en que la persona careciera de la posibilidad de manifestar su voluntad, excepcionalmente el apoyo consistiría en una representación no sustitutiva¹²², 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 pasada¹²³ –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 regla¹²⁴

Por tratarse el Proyecto de un texto que pretende la adaptación del Derecho español a un Convenio Internacional y necesitar de un dictamen del Consejo de Estado, éste, en

¹²² Una de las finalidades del 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.

¹²³ 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 (1ª) 13 mayo 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».

¹²⁴ En palabras de PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», 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». Como ya hemos apuntado, el Proyecto hace referencia a que la persona que va a tomar una decisión en nombre de la persona con discapacidad debe tener en cuenta su trayectoria vital sus creencias y valores, así como a los factores que hubiera tomado en consideración si no requiriera representación (ex párrafo 3º del propuesto artículo 249 del Código Civil).

la fase de tramitación del Anteproyecto, se pronunció en términos francamente favorables¹²⁵. Además, y con respecto a la jurisprudencia reciente, tal Dictamen, en la quinta consideración, 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, en tanto que el legislador no procediera a la reforma legislativa de las instituciones civiles correspondientes»¹²⁶. En realidad, frente a lo dicho por el Dictamen en este sentido, a nuestro juicio, no parece que sean soluciones transitorias ni provisionales sino, antes al contrario, se insiste 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 discapacidad¹²⁷. Tan es así que en los pronunciamientos judiciales del último año¹²⁸, el Alto Tribunal sigue considerando la posibilidad del reconocimiento del 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 jurisprudencial¹²⁹, sin

¹²⁵ 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> (consulta: 12 junio 2020).

¹²⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», cit., y añade al respecto 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».

¹²⁷ Incluso el propio Consejo de Estado, en el antedicho Dictamen, en la séptima consideración se manifiesta a favor de mantener el principio del interés de la persona cuando, en las observaciones a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en concreto a la redacción dada por el Anteproyecto al apartado 1 del artículo 749 de la 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». Esta consideración del Consejo de Estado no ha sido tenida en cuenta en el texto del Proyecto en referencia a las personas con discapacidad, pero sí se ha contemplado la referencia expresa al «interés superior del menor».

¹²⁸ En concreto la STS (1ª) 17 septiembre 2019 (ROJ: 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 30 octubre 2019 (ROJ: ATS 11269/2019) y 18 diciembre 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.

¹²⁹ En la precitada STS (1ª) de 17 de septiembre de 2019 (ROJ: 2820/2019), se hace mención a la STS (1ª) 18 julio 2018 (ROJ: STS 2805/2018), que recoge la «consolidada doctrina jurisprudencial de las que son también expresión las SSTS 341/2014, de 1 de julio; 635/2015, de 19 de noviembre y 596/2017, de 8 de noviembre, entre otras».

que haya el menor atisbo ni intención de prescindir de tal interés superior del discapaz en favor de la verdadera y legítima voluntad manifestada por la persona a la que se ha de proteger.

6. EL PRETENDIDO DERECHO A EQUIVOCARSE Y A RECHAZAR EL APOYO

Una de las manifestaciones 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» está reconocido en la ya referida 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 expresamente¹³⁰.

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 Robles¹³¹, «las decisiones desacertadas también ayudan en el proceso de maduración del individuo y en la propia conformación de su personalidad». Pero en algunos casos las 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

¹³⁰ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», 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».

¹³¹ ALÍA ROBLES, A., op. cit., p. 17.

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»¹³², 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 voluntad¹³³.

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 voluntad¹³⁴– 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 para detectar posibles abusos en atención a la especial vulnerabilidad de algunas personas con discapacidad, con voluntad más débil y fácilmente

¹³² ALÍA ROBLES, A., 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., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario...», 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».

¹³³ Una de las maneras de singularizar objetivamente la racionalidad de la voluntad podría ser la que da GARCÍA RUBIO, M.P., «La necesaria y urgente adaptación...», 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.

¹³⁴ 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).

manipulable¹³⁵. Es en este punto donde muchas veces el control judicial queda lejos – por pasividad a la hora de accionar una reclamación judicial– y es ajeno a la realidad de los abusos y las posibles extralimitaciones del verdadero interés de la persona¹³⁶.

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 RUBIO¹³⁷, «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, disintimos 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 de la persona.

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 apoyo¹³⁸. Al respecto, la Observación del Comité antes

¹³⁵ GARCÍA RUBIO, M.P., «La necesaria y urgente adaptación...», cit., pp. 155 y 185, 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».

¹³⁶ SANCHO GARGALLO, I., 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». También PEREÑA VICENTE, M., «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, 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».

¹³⁷ GARCÍA RUBIO, M.P., «La necesaria y urgente adaptación...», cit., p. 173.

¹³⁸ DE SALAS MURILLO, S., 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.

mencionada establece expresamente esta posibilidad al señalar en el punto 29 g) que «la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento». ¿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?

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»¹³⁹.

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 49 de la Constitución¹⁴⁰. 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 derechos¹⁴¹. Es en la necesidad de buscar el adecuado equilibrio entre 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.

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

¹³⁹ DE SALAS MURILLO, S., op.cit., p. 2236.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, 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».

¹⁴¹ A pesar de las propuestas de reforma constitucional, DE SALAS MURILLO, S., 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.

previamente *ex ante*¹⁴². Ahora bien, si la persona no quiere o rechaza los apoyos, previamente o en el momento de necesitarlos, el Estado puede intervenir cuando exista un interés objetivo de protección, a través de los mecanismos judiciales correspondientes –con la adopción de las llamadas medidas reactivas o *ex post*¹⁴³–, para imponer un régimen de actuación específico y determinado a las necesidades de protección y asistencia. 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.¹⁴⁴.

El Proyecto también propone la modificación de la legislación procesal en materia de discapacidad¹⁴⁵ y, 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 LEC¹⁴⁶, la nueva redacción indica que «el Ministerio Fiscal

¹⁴² Es la denominada autorregulación de la discapacidad como regulación privada por PAU, A., «De la incapacitación al apoyo...», cit., p. 13; o medidas «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», GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario...», cit., p. 34.

¹⁴³ Es la denominada heterorregulación de la discapacidad o regulación legal o judicial por PAU, A., «De la incapacitación al apoyo...», cit., p. 13; o «medidas reactivas o *ex post*, esto es, las que se establecen una vez constatada la necesidad de apoyo, porque nada ha previsto al respecto el interesado», GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario...», cit., p. 34.

¹⁴⁴ DE SALAS MURILLO, S., 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.

¹⁴⁵ La propuesta de modificación de la legislación procesal en materia de discapacidad es acogida en el Proyecto en el artículo cuarto, que modifica la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁴⁶ 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 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.

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». A este respecto y 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»¹⁴⁷. 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 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 contradictorio¹⁴⁸.

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 un determinado guardador de hecho–, debería valorarse, a nuestro juicio, la coherencia 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 elección¹⁴⁹ y, por qué no, a la consideración del mejor interés objetivo de la persona a la que van dirigidos los apoyos.

¹⁴⁷ TORRES COSTA, E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 362.

¹⁴⁸ En este sentido, TORRES COSTA, M.E., 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».

¹⁴⁹ PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos...», 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., «La esperada nueva regulación...», cit., p. 13, considera que la Convención obliga a respetar el

A propósito de la reforma propuesta por el Proyecto en la materia contractual del Código Civil, GARCÍA RUBIO¹⁵⁰ 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 él. En este caso, distingue dos situaciones diferentes: por un lado, si la voluntad de la persona de contratar adolece de algún vicio como error, violencia o dolo, o su voluntad de contar con el apoyo también está viciada, en cuyo caso el contrato sería anulable por el propio interesado –o con el correspondiente apoyo si fuera preciso– fundamentado en la existencia de vicio en su voluntad; por otro lado, cuando la persona ha celebrado un contrato sin contar con el titular del apoyo –no habiendo renunciado al apoyo–, pero sin concurrir ningún vicio del consentimiento, en cuyo caso la sanción sería la posibilidad de accionar la anulación del contrato instada tanto por la propia persona con discapacidad como por el titular del apoyo omitido. Ahora bien, considera que además se necesita el aprovechamiento por parte de un contratante de la situación de vulnerabilidad del otro –siendo la vulnerabilidad la situación de discapacidad–, obteniendo con ello una ventaja injusta en su favor¹⁵¹.

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 referido a «que las

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 con lo establecido en el punto 29 g) de la Observación del Comité antes mencionada.

¹⁵⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., «Notas ...», cit., propone una redacción diferente del párrafo segundo del artículo 1302 CC a la dada por el Anteproyecto: «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 dichas personas cuando las medidas se extingan, o 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, así como por aquel a quien corresponde prestar el apoyo. La anulación procederá cuando se pruebe que el otro contratante se ha aprovechado de la situación de discapacidad, obteniendo con ello una ventaja excesiva».

¹⁵¹ Muy crítico al respecto es CARRASCO PERERA, A., «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», *Centro de Estudios de Consumo*, 12 de octubre de 2018, 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».

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»¹⁵². Ahora bien, para que este sueño no acabara en pesadilla añadiríamos, desde nuestro personal criterio, que ello no debe suponer un grave e irreparable perjuicio personal o patrimonial para la persona que lo rechaza.

7. REFLEXIONES FINALES

I. 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.

II. 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.

III. Pero 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.

IV. 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

¹⁵² PEREÑA VICENTE, M., «La transformación de la guarda de hecho...», cit., p. 82.

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 escapan 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.

V. 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.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY GARCÍA, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 201-222.

ALÍA ROBLES, A. «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil* nº 2, febrero 2020.

ÁLVAREZ LATA, N. Y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., «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*, núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 11-66.

CARRASCO PERERA, A., «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», *Centro de Estudios de Consumo*, Publicaciones Jurídicas, 12 de octubre de 2018. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf (consulta: 3 diciembre 2020).

CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2019, pp. 13 a 90.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿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, pp. 9-68.

DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. Y PALACIOS RIZZO, A., «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), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-33.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «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, 2013, pp. 4119 a 4133.

DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 780, 2020, pp. 2227 a 2268.

GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Universit. Ramón Areces, Madrid, 2008.

— «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, 2013, pp. 119 y 120.

GARCÍA RUBIO, M.P., «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», en AA. VV., *Propostas de modernización do dereito*, (dir. M. García Goldar y J. Ammerman Yebra), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2017, pp. 7-18.

— «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 29-60.

— «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, 2018, pp. 143-191.

— «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», pendiente de publicación, acceso al original por cortesía de la autora, 2020.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «¿Tutela o curatela? Comentario a la sentencia 118/2020, de 19 de febrero», *Centro de Estudios de Consumo*, Publicaciones Jurídicas, 12 de marzo de 2020.

Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Tutela_o_curatela_comentario_a_la_sentencia_118-2020_de_19_de_febrero.pdf (consulta: 3 diciembre 2020).

LÓPEZ SAN LUIS, R., «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, pp. 111 a 138.

MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-sep. 2018, pp. 199-225.

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

— «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en AA.VV., *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), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253 a 270.

PAU, A., «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. 5-28.

— «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 2020, pp. 3-29.

PEREÑA VICENTE, M., «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica», en AA.VV., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, (dir. J. Pérez de Vargas Muñoz), La Ley, Madrid, 2011, pp. 195-205.

— «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2016, pp. 3-40.

— «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 119-141.

— «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 61-83.

SANCHO GARGALLO, I., «Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 17-25.

SIMÓN LORDA, P., «La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente», *Revista Asociación Esp. Neuropsiquiatría*, vol. XXVIII, nº 102, 2008, pp. 325-348.

TORRES COSTA, E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

VELASCO ORTEGA, I.C., «Del estado civil de incapacitado al de persona con capacidad modificada judicialmente: perspectivas de reforma jurídica para garantizar la autonomía de la voluntad», en AA.VV., *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (dir. M.C. García Garnica y R. Rojo Álvarez-Manzaneda), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 149-207.

Fecha de recepción: 15.06.2020

Fecha de aceptación: 10.12.2020