

# ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?

*Is there a right not to receive the support in the exercise of the legal capacity?*

por

SOFÍA DE SALAS MURILLO  
Profesora titular de Derecho civil. Acreditada Catedrática  
Universidad de Zaragoza

**RESUMEN:** El artículo plantea si una interpretación amplia del término «*respeto a la voluntad y preferencias*» de la persona con discapacidad, proclamado por la Convención de Naciones Unidas, ampara, como parte del derecho a los apoyos, el derecho —que, en su caso, el sistema debería respetar—, a no recibirlas o a prescindir de su contenido. Esta posibilidad, que podría tener distintos fundamentos compatibles entre sí, ha de ser analizada en el orden teórico, pero también y sobre todo, en el texto del Anteproyecto de reforma del Código civil en materia de discapacidad. Se analiza si la persona puede negarse *ex ante* a recibir apoyos o si, por el contrario, las autoridades se los pueden imponer, y también, si ya teniendo un sistema de apoyo, puede oponerse a aquello que se le transmite con un apoyo concreto, lo cual podría tener consecuencias distintas, dependiendo de si se trata tan solo de un facilitador de apoyos o de un curador (opción del prelegislador español). La transcendencia de la cuestión va mucho más allá de un punto concreto de la proyectada reforma, pues afecta a la configuración de la curatela (figura central de dicho sistema) y obliga a plantear si

realmente se puede prescindir por completo del criterio del «interés superior de la persona con discapacidad».

*ABSTRACT: The article raises the question of whether a broad interpretation of the «respect for the will and preferences» of the person with a disability as proclaimed by the United Nations Convention, protects, as part of the right to support, the right - which, if so, the system should respect - not to receive support or to disregard its content. This possibility, which could have different bases that are compatible with each other, must be analysed in the theoretical order, but also and above all, in the text of the preliminary draft reform of the Civil Code in the field of disability. It is analysed whether the person can refuse ex ante to receive support or if, on the contrary, the authorities can impose it on him, and also, if already having the support, he can dispense with the content - or openly oppose - that which is transmitted to him with the support, which could have different consequences, depending on whether he is just a support facilitator or a curator (option of the Spanish pre-legislator). The significance of the issue goes far beyond one specific point in the planned reform of our private legal system, as it affects the configuration of the curatorship (the central figure in that system) and forces us to consider whether it can really dispense completely with the principle of the best interests of the person with a disability.*

**PALABRAS CLAVE:** Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Apoyo. Observación General del Comité de Naciones Unidas. Ejercicio de la capacidad jurídica. Autorregulación. Heterorregulación. Curatela. Respeto a la voluntad y preferencias. Mejor interés de la persona con discapacidad. Anulabilidad. Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil.

**KEY WORDS:** *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. General Comment of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Support. Exercise of legal capacity. Self-regulation. Heteroregulation. Curatorship. Respect for the will and preferences. Best interest of the person with a disability. Annulment. Draft bill to reform the Civil Code.*

**SUMARIO:** I. ALGUNOS PUNTOS CONFLICTIVOS AÚN POR RESOLVER.—II. POSIBLE FUNDAMENTO DEL DERECHO A NO RECIBIR APOYOS O PRESCINDIR DE SU CONTENIDO.—III. LA HETERORREGULACIÓN PREVISTA EN EL SISTEMA COMO IMPEDIMENTO AL DERECHO A NO RECIBIR APOYOS: 1. ALGUNOS

ASPECTOS DE LA AUTORREGULACIÓN: *A) Diferencias entre los instrumentos de autorregulación. B) Capacidad para su otorgamiento y activación de las medidas. C) ¿Hasta donde puede llegar la voluntad en esta fase de autorregulación?*

2. ENTRADA EN JUEGO DE LA HETERORREGULACIÓN.—IV. SI EXISTE YA UN SISTEMA DE APOYOS ¿PUEDE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD OPONERSE O PRESCINDIR DE SU CONTENIDO?: 1. ¿PUEDE EL CURADOR NEGARSE A PRESTAR EL APOYO? 2. SUPONIENDO QUE EL CURADOR PUEDA NEGARSE ¿PUEDE HACER ALGO LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN ESE CASO? 3. LA RESPUESTA AL INTERROGANTE INICIAL.—VII. CONCLUSIONES.

## I. ALGUNOS PUNTOS CONFLICTIVOS AÚN POR RESOLVER

Uno de los conceptos clave de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad<sup>1</sup>, y en consecuencia, de la próxima reforma del ordenamiento jurídico-privado de muchos países para adaptarse a aquella, es sin duda el «*apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica*» al que se refiere el artículo 12.

El «*apoyo*» es un concepto nuevo, o por lo menos, un concepto que se ha de entender y encajar en los respectivos esquemas jurídicos, tanto desde el punto de vista conceptual como en su aplicación jurídica, y por ello, y como todo lo nuevo, exige una labor de readaptación, que siempre es costosa. No se trata de una entelequia jurídica, ni de una concepción que atañe solo a los trabajadores sociales, sino que tiene una dimensión jurídica válida, que permite el acercamiento a la persona y que puede ser diseñada de tal forma que sea flexible, evaluable y corregible según las necesidades de aquella, sin que por ello se tenga que producir necesariamente una hecatombe en los cimientos de los sistemas que dinamite principios seculares como el de seguridad jurídica.

La Convención no define el concepto ni especifica el contenido del «*apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica*». Es la Observación general del Comité de Naciones Unidas sobre el artículo 12 de la citada Convención, en el 11.<sup>º</sup> periodo de sesiones (30 de marzo al 11 de abril de 2014) —en adelante, la Observación general— la que concreta en su punto 17 que «*es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confien que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejem-*

*plo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias».*

Son muchos los interrogantes planteados en la adaptación de los ordenamientos jurídicos a la Convención: para empezar, la amplitud con la que tal concepto debería ser asumido en los Códigos civiles<sup>2</sup>. Algunos de ellos son provocados por la interpretación del Comité de Naciones Unidas, especialmente en lo que se refiere a la admisión o no, dentro del sistema de apoyos, de la posible representación o sustitución, y en relación a ello, al abandono del criterio del interés superior de la persona con discapacidad, para ser sustituido en su totalidad por el respeto a su voluntad y preferencias. La citada Observación general es, en estos puntos, especialmente beligerante, proscribiendo como contrarios a la Convención los sistemas de representación legal y los basados en el criterio del *interés superior de la persona con discapacidad*, es decir, de lo que los terceros consideren como mejor interés para la persona con discapacidad. Los términos no dejan lugar a la duda:

*«21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.*

27. Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden ser de muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen determinadas características comunes: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque solo sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no es la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “in-

*terés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias.*

28. *La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.*

...29. *b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo».*

Sin embargo, en su aplicación a nuestro sistema, la contundencia de este criterio se enfrenta con, por lo menos, dos inconvenientes: uno de continente y otro de contenido.

Respecto al continente, no sé si se puede afirmar tajantemente que los respectivos Comités son los intérpretes *auténticos*<sup>3</sup> de las Convenciones internacionales por cuyo cumplimiento velan, al menos si ello equivale a vinculación literal e íntegra al contenido de sus declaraciones, como si estos Comités tuvieran la misma primacía de las propias normas internacionales sobre derechos humanos cuyo seguimiento se les encomienda. Creo que hay argumentos para entender que la obligación que tienen los Estados de cumplir los tratados de buena fe, implica, efectivamente, que no pueden ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales de este tipo de Comités, pero no cabe hablar en términos de obligación en sentido jurídico. En este sentido, el informe del *Essex Autonomy Project* (2016)<sup>4</sup>, en su revisión sobre el estado de la doctrina en este punto, entiende que, si bien su estatuto jurídico no está del todo claro, hay un acuerdo general entre los operadores jurídicos acerca de que las interpretaciones de los citados Comités son «*authoritative*», pero no son jurídicamente vinculantes: esto es, que un Estado parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor, pero tiene el derecho de rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria. El informe también se plantea si, en la medida en que los Estados parte no impugnaron su contenido, las Observaciones generales acaso podrían constituir una práctica ulterior en virtud del artículo 31.3.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Se responde que, además de que hay Estados que se oponen a ello, es dudoso que, incluso en la medida en que las Observaciones generales reflejaran la práctica en el sentido de dicho artículo, pueda decirse que aquellas reflejan un acuerdo entre los Estados parte respecto a

la interpretación del tratado. En resumen, en palabras del informe, «aunque los Estados que ratificaron un tratado y confiaron a un Comité de las Naciones Unidas ciertas funciones relativas a la interpretación y la aplicación de las disposiciones del tratado tienen la obligación de comprometerse de buena fe con las opiniones y la interpretación del Comité de las Naciones Unidas y darle un peso importante, los Estados no están obligados por las Observaciones generales ni por sus aplicaciones en las observaciones finales o en los procedimientos de quejas individuales y no necesariamente incumplirán sus obligaciones en virtud del tratado si rechazan una interpretación adoptada por un Comité de las Naciones Unidas»<sup>5</sup>.

Si se acepta esta interpretación matizada sobre la vinculación que el Estado español tiene respecto al contenido de la Observación general, ello posibilitaría la introducción de un equilibrio entre los principios que deben regir el sistema —principio de respeto a la voluntad y preferencia de las personas, como criterio principal y prioritario, y principio de mejor interés de la persona con discapacidad, que entraría en juego de modo excepcional y subsidiario— que, como intentaré explicar, es un equilibrio posible y aún más: es necesario.

Respecto al contenido, y desde el punto de vista del fondo del tema, parece claro que, de modo compatible con la existencia de un sistema de apoyos, ha de admitirse que en situaciones excepcionales —discapacidades intelectuales severas o demencias muy avanzadas, estado de coma permanente, etc.,— en que no es posible, incluso mediante apoyos, saber cuál es la voluntad de la persona, quepan las necesarias «acciones de representación», «apoyos intensos», o como propone el Anteproyecto de reforma del Código civil español en su versión de 3 de julio de 2020<sup>6</sup>, «funciones representativas».

En efecto, y asumiendo el contenido del punto 21 de la Observación general, el párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 249 del Anteproyecto dice que: «*En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación.*

El Consejo de Estado, en su dictamen de 11 de abril de 2019, fue muy crítico con el tenor de este artículo y dijo que esta opción «convierte al curador en un cuasitutor y a la persona afectada prácticamente en un incapacitado aun sin suprimir su capacidad ni desconocer su posible voluntad, deseos y preferencias y respetando su personalidad». Pese a ello, parece que lo propuesto en el Anteproyecto sobre este punto era una opción legislativa inevitable<sup>7</sup>: otra cosa es que, partiendo de lo que debería ser estrictamente

excepcional, la práctica pervierta el sistema y acabe relajando esos límites tan estrictos.

Admitida dicha posibilidad —siquiera sea excepcionalmente— en el texto del Anteproyecto, el siguiente interrogante recae sobre el criterio que debe guiar a quien presta apoyos con funciones sustitutivas.

Acabamos de ver que el proyectado artículo 249, en la línea de la Observación general, asume en este punto la primacía de la *voluntad* y *preferencias* de la persona con discapacidad, prescindiendo del criterio del *interés superior* de esta. Pese a que esta posición tiene un sólido apoyo argumentativo<sup>8</sup>, también este punto admite matizaciones, porque por una parte, en ocasiones, el criterio del *interés superior* va a ser el único criterio que se pueda utilizar, y porque por otra, la filosofía que lo preside sigue presente a otros efectos como veremos.

En primer lugar, el completo abandono del criterio del *interés superior* y su sustitución por la indagación de la voluntad —en muchas ocasiones presunta— de la persona con discapacidad, se topa con la realidad de que no pocas veces será inviable adoptar una decisión de ese tipo (presunta), porque la persona no tuvo nunca oportunidad de expresar su voluntad, o de hacerlo en ese ámbito determinado con las mínimas condiciones de libertad y conciencia<sup>9</sup>. Hay situaciones en que hablar de voluntad presunta, pese a su buena intención, no responde a la realidad. Arroja muchas luces respecto a esta cuestión el análisis de CANIMAS BRUGUÉ, que al referirse a las decisiones presuntas —diferenciándolas de las expresadas y de las sustitutivas—, explica que «son las que se considera que la persona habría tomado si no estuviera en la situación de incapacidad sobrevenida. Son decisiones reconstruidas de forma objetiva por terceras personas a partir de la información de que se dispone sobre la vida, valores, opiniones, preferencias, juicios sobre situaciones parecidas expresados antes de la situación de incapacidad actual, etc., de la persona afectada. Solo son posibles, por lo tanto, en casos de incapacidad (la persona no puede expresar ningún tipo de preferencia, voluntad o decisión, o la que expresa es el resultado de unas condiciones propias o externas claramente inadecuadas) sobrevenida en los cuales se dispone de información fidedigna»<sup>10</sup>. Por tanto, es esa información la que, en su caso, podría servir para una hipotética reconstrucción de la voluntad: es claro que si no se dispone de esa información, esa labor no se puede llevar a cabo y hay que acudir a otros criterios para no desproteger o perjudicar a la persona con discapacidad, y el criterio será, precisamente, el del mejor interés de esta.

Por eso, a la luz de la Convención y de visión una holística y realista, tanto del sistema como de la realidad social, puede mantenerse que si bien el criterio que aplicará quien ejerza el apoyo en esas situaciones excepcionales será el de reconstrucción o mejor interpretación posible de la voluntad y

preferencias, en los casos en que la voluntad no puede expresarse ni reconstituirse, seguirá entrando en juego el criterio del interés<sup>11</sup>.

El intenso debate en el ámbito de la psiquiatría especializada en este punto, va en esa línea, como se manifiesta en el número 18:1 de la revista *World Psychiatry* (febrero de 2019). Especialmente expresivo es el editorial firmado por Paul S. APPELBAUM «Salvando la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidades de la ONU de sí misma», y los artículos del apartado Fórum *Toma de decisiones por representación en Psiquiatría: declaraciones por órganos de las Naciones Unidas y sus implicaciones prácticas*<sup>12</sup>.

Lo dicho, naturalmente, es compatible con la necesidad de arbitrar un control de las condiciones que tienen que cumplir dichas medidas sustitutivas para que estén plenamente justificadas, y la conveniencia de prever no solo controles *a posteriori* que penalicen lo mal hecho, sino toda una línea de formación previa y continuada para quienes están llamados a aplicar esas medidas<sup>13</sup>.

En segundo lugar, decía que la filosofía subyacente al criterio del mejor interés sigue apareciendo en otros escenarios. Sabemos que cuando se da un conflicto de intereses que afecte a la persona con discapacidad se recurre, institucionalmente, a figuras como el defensor judicial o la Junta de parientes en Aragón: respuestas que vienen ahora reforzadas por la mención del artículo 12.4 de la Convención de la obligación de los Estados parte de proveer un sistema de salvaguardias que aseguren «que no haya conflicto de intereses». Pero es que, con independencia de estas soluciones que comportan la intervención de un tercero, el criterio que guía algunas decisiones judiciales cuando hay un choque de intereses entre una persona con discapacidad y otra sin ella, es que el interés de la persona con discapacidad se considera «más relevante» (S. 216/2017, de 4 de abril, con cita jurisprudencia anterior), «superior», o «que se encuentra por encima de cualquier otro» (S. 3925/2017, de 8 de noviembre)<sup>14</sup> que el interés de la persona sin discapacidad con quien concurre.

Como vemos, es una utilización del concepto en un campo distinto: el de inclinar la balanza en un posible conflicto entre dos personas, que es distinto del escenario en el que se aplica el criterio de mejor interés, rechazado por la Observación general, que va unido a la idea de «decidir por» la persona con discapacidad en atención a lo que se considera su mejor interés. Soy consciente de la diferencia en su utilización, pero me parece que no se puede negar que el espíritu es el mismo, aunque se aplique a distintos efectos. Pero es que además, y puestos a llevar al extremo la argumentación de la Observación, no debería considerarse que el interés de la persona con discapacidad *que ha recibido los correspondientes apoyos*, es superior al de otra persona. Y ello porque, en esa situación —cuando está, merced a los

apoyos, en idénticas circunstancias que el resto de personas—, favorecerle por el hecho de ser persona con discapacidad, sería una discriminación bienintencionada, pero carente de justificación, y que se acabaría volviendo contra ella. Sin embargo ¿porqué parece que se acepta pacíficamente esa línea jurisprudencial? Porque reitero que el fondo del sistema cuenta con que la vulnerabilidad que pueden presentar estas personas por razón de su discapacidad hace que el poder público intervenga para lograr lo que ese mismo sistema considera mejor para ellas: que no sufran perjuicios precisamente por ser vulnerables.

Y de hecho, el Tribunal Supremo en la reciente S. 465/2019 de 17 de septiembre (Ponente SEOANE SPIEGELBERG), reconoce como principio la necesidad de respetar la voluntad y preferencias de la persona, pero sigue hablando —hasta en cinco ocasiones— del interés superior de la persona con discapacidad, no solo a los efectos 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», sino —como sucede en el caso resuelto por la sentencia— para posibilitar la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador, ponderando factores que pueden ser muy variados: «En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado»<sup>15</sup>.

## II. POSIBLE FUNDAMENTO DEL DERECHO A NO RECIBIR APOYOS O PRESCINDIR DE SU CONTENIDO

Enlazando con lo que se acaba de exponer, se plantea si una interpretación amplia del término «*respeto a la voluntad y preferencias*» de la persona con discapacidad ampara, como parte del derecho a los apoyos, el derecho a no recibirlas o a prescindir de su contenido. Antes de analizar sus posibles consecuencias en el sistema, y su plasmación o no el texto del Anteproyecto en curso, conviene preguntarse cuál sería el fundamento de ese hipotético derecho a no recibir los apoyos.

Apuntaré varias ideas al respecto, no de forma exhaustiva ni excluyente entre ellas.

1. No cabe duda de que el principio de «autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones», que es uno de los principios básicos de la Convención (art. 3.a) puede ser la base para esa decisión<sup>16</sup>. Y precisamente, partiendo de ahí, la Observación general dice que «en situaciones de crisis, debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad a adoptar decisiones» (Punto 18); «algunas personas con discapacidad (...) pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12.3 (Punto 19). El fundamento teóricamente es impecable y su base clara: la Observación del Comité de Naciones Unidas. El problema es el que he expuesto en el apartado anterior: la fuerza vinculante de la Observación general que, como sostengo, no es la del texto de la Convención misma, que nada dice respecto a este derecho. Y me parece que las consecuencias serían de tal entidad que si se hubiera querido admitir, los redactores de la Convención —que tuvieron oportunidad para discutir sus aspectos conflictivos<sup>17</sup>— lo hubieran plasmado de forma explícita.

2. Desde el punto de vista constitucional, podría considerarse como una manifestación de la dignidad de la persona y en especial, del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)<sup>18</sup>. El problema es que este principio concurre con otros principios constitucionales que pueden neutralizar la posible existencia de ese derecho a no recibir apoyos: pienso fundamentalmente en el deber de los poderes públicos que contempla el artículo 49 CE de realizar «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Estos dos principios constitucionales, como explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE «se complementan y a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar la regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni dé a este tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente en perjuicio del propio discapacitado psíquico»<sup>19</sup>.

Precisamente respecto al artículo 49 CE hay propuestas de reforma, para, además de llevar a cabo las correspondientes adaptaciones terminológicas y de estructura, modificar su contenido, en línea con las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad y poniendo el énfasis en «los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales<sup>20</sup>. Sin embargo, no por ello se pierde de vista la actuación de protección por parte de los poderes públicos, por lo que la concurrencia de principios constitucionales anteriormente aludida permanece, a mi parecer, incólume: de hecho, si en la redacción de

1978 se dice que los poderes públicos «ampararán especialmente», en esta propuesta se emplea dos veces el término «protección» e incluso, «protección reforzada» de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

El principio de dignidad además, ni depende ni puede reducirse al ejercicio efectivo de la autonomía como propugnan algunas corrientes<sup>21</sup>, sino que va ligado a la naturaleza humana y no a la mayor o menor capacidad en cualquier ámbito<sup>22</sup>. Con ello quiero decir que no atentaría contra este principio una intervención de los poderes públicos que limitara el ejercicio de la autonomía imponiendo, a quien no quiere recibirlas, unos determinados apoyos. De hecho es lo que el sistema sigue y seguirá haciendo en el marco de la heterorregulación a la que me referiré posteriormente.

3. ¿Se podría considerar como renuncia (anticipada o actual) a un derecho? Evidentemente lo es, pero lo que habría entonces que preguntarse es si los límites a la renuncia de los derechos (no contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros) del artículo 7.2 del Código civil, podrían tener aquí algún papel: primero, porque puede considerarse que en el artículo 49 CE late un principio de orden público (la obligación del Estado de llevar a cabo una política de protección de las personas con discapacidad) y segundo, porque no sería difícil pensar en posibles perjuicios a terceros derivados del rechazo a esta recibir los apoyos (perjuicios económicos a familiares, incremento de la carga de trabajo para estos al tener que hacer frente a situaciones, que de haber habido apoyos, no se hubieran producido, etc.). Para que no se me malinterprete respecto a esto último, tengo claro que todo el sistema —la todavía actual «modificación de la capacidad de obrar»— tiene como único objetivo la protección de la persona: como se decía en la celeberrima Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 29 de abril de 2009 (Ponente: ROCA TRÍAS) «*no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada*». Pero me parece que denotaría falta de realismo cerrar los ojos a las necesidades que también tiene el entorno de la persona con discapacidad, especialmente en los casos de algunas enfermedades mentales.

En el marco de la legislación sobre autonomía del paciente es cierto que cabe, por ejemplo, la renuncia anticipada a determinados tratamientos médicos, por medio del documento de voluntades anticipadas, así como la renuncia actual a los mismos. Sin embargo, pienso, por las razones apuntadas, que las circunstancias aquí son sustancialmente distintas.

4. Podríamos considerarlo como la faceta negativa del propio derecho a recibir los apoyos, de forma análoga a otros derechos, como el derecho a no asociarse: recordemos que el derecho de asociación comprende no solo el derecho a asociarse, sino también, el derecho a no asociarse, como repe-

tidamente ha recordado el Tribunal Constitucional (SSTC 5/1981;45/1982; 67/1985; 183/1989, de 3 de noviembre y 244/1991, de 16 de diciembre)<sup>23</sup>. Sin embargo, en el caso objeto de este análisis, el hipotético derecho a no recibir apoyos no tiene una base explícita en el texto de la Convención, sino solo, por ahora, en la citada Observación general, lo que, por las razones apuntadas *supra*, no parece parangonable a un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional.

Pese a las dudas que acabo de plantear lo cierto es que el derecho teóricamente considerado puede tener su fundamentación. Sin embargo, insertado en el conjunto del sistema, tanto actual como proyectado, se concluye que no existe, como intentaré desarrollar a continuación.

### III. LA HETERORREGULACIÓN PREVISTA EN EL SISTEMA COMO IMPEDIMENTO AL DERECHO A NO RECIBIR APOYOS

El primer motivo para negar la existencia de este derecho es la admisión de la heterorregulación, es decir, de la posibilidad de que el Estado, con todo el aparato que le acompaña, pueda intervenir en la práctica desconociendo el deseo de no querer recibir apoyos, imponiendo, desde fuera, un régimen de actuación a la persona con discapacidad. Es claro que nuestro sistema vigente incluye esta posibilidad, pero es que el sistema proyectado —no podía ser de otro modo si se quiere cumplir con el deber constitucional del artículo 49 CE—, también se articula en torno a dos niveles: el de autorregulación, con medidas anticipatorias o preventivas, y el de heterorregulación, con medidas reactivas o *ex post*<sup>24</sup>.

En efecto, en el artículo 249 del Anteproyecto se parte de que: «*Las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.*

A partir de ahí, las medidas de apoyo se articulan en dos grupos: las que responden a la idea de autorregulación (medidas voluntarias) y las que responden a una heterorregulación (medidas de origen legal o judicial), siendo estas últimas supletorias o complementarias de aquellas, pues solo entran en juego en defecto o por insuficiencia de dichas medidas voluntarias, como se dice en los artículos 249 y 253 del Anteproyecto.

## 1. ALGUNOS ASPECTOS DE LA AUTORREGULACIÓN

Analicemos en primer lugar, algunos aspectos de la citada autorregulación, todo ello desde el prisma que preside este trabajo y con ese límite: por supuesto, cada una de las cuestiones que aquí voy a mencionar puede dar lugar —y de hecho ya lo han dado— a estudios y debates doctrinales que aquí no pueden reflejarse.

### A) *Diferencias entre los instrumentos de autorregulación*

El contenido de las medidas voluntarias está descrito en el artículo 253 del Anteproyecto al decir que cualquier persona mayor de 16 años «*podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo*»: es la persona la que elige el cómo y el quién ha de prestarle esos apoyos. Autorregulación que se puede plasmar, como dice el mismo artículo, en la figura más concreta del poder preventivo, si bien aquella no puede reducirse en absoluto a este: nótese que el inciso del artículo 253 transcrita contempla una actuación mucho más amplia que el simple nombramiento de un representante al que se le confiere voluntariamente la representación, previendo que se puede diseñar globalmente el sistema con el que se quiere ser apoyado. Y es que, compartiendo el carácter autorregulatorio, autocuratela y poder preventivo mantienen diferencias esenciales. El poder es un acto unilateral que no obliga a nada al apoderado: simplemente acredita que, llegado el caso, este le puede representar, en aquellos ámbitos que no sean personalísimos. Aunque el contenido del poder sea muy amplio, nunca podrá obligar al apoderado a hacer algo, por ejemplo, a cuidar del poderdante en determinado sentido. Y ello es compatible con el hecho de que si el poder comprende todos los negocios del otorgante, «*el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa*» (art. 259 Anteproyecto). Sometimiento que entiendo se refiere al régimen de autorizaciones, etc. Por lo demás, en la práctica, el poder preventivo suele ir acompañado de una situación de *guarda de hecho* en el ámbito personal cuando la situación de discapacidad sobrevenida hace necesario ya el ser guardado. Se diferencia además del diseño de una autocuratela, en que el poder preventivo es representativo por definición —y ello, pese a todo el disfavor con el que la representación es vista por un importante sector doctrinal—, mientras el régimen ordinario previsto en la autocuratela será solo el de asistencia o apoyo.

B) *Capacidad para su otorgamiento y activación de las medidas*

Apuntadas algunas de las diferencias entre los distintos instrumentos autorregulatorios, el problema es que esta posibilidad de autorregulación se contempla «en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás»<sup>25</sup>, pensando, parece, en demencias de tipo progresivo, pero aparentemente sin contemplar que esta situación sea ya la del punto de partida. Esta idea se refuerza si se advierte la falta de alusión en este artículo a la exigencia de *capacidad suficiente, adecuada* o similar para el otorgamiento del acto —expresiones que sí que aparecen en la legislación actual y en algunas propuestas de reforma<sup>26</sup>—, y sobre todo, a la posibilidad de otorgar estos documentos con apoyo: parece un juego de palabras pensar en que *se pueda otorgar con apoyo el documento para autorregular los apoyos*, y acaso esta posibilidad no se haya querido, de intento, para evitar posibles influencias indebidas, o conflictos de intereses. Pero si creemos que el sistema de apoyos funciona y que contribuye a que la persona pueda tomar sus propias decisiones no debería tenerse ese temor, tampoco para este fase de diseño de medidas preventivas. En cualquier caso, como pone de manifiesto DE AMUNÁTEGUI a la vista del texto, todo apunta a que no pueden otorgar escrituras de autocuratela quienes ya necesitan de una medida de apoyo al momento del otorgamiento<sup>27</sup>.

Cuestión distinta sería la determinación del estándar de capacidad que se puede exigir en el otorgamiento: capacidad que podría perfectamente darse en el caso de una persona con discapacidad, pero que, a estos efectos, tenga el mínimo de aptitud para concurrir al otorgamiento sola, sin apoyos.

La calificación notarial de la capacidad en este punto —como, en realidad, en cualquier tipo de negocio jurídico en el que participara una persona con discapacidad— topa con un problema de concepto, debatido en ámbitos jurídicos y psiquiátricos, acerca de la compatibilidad con la Convención de la calificación funcional de la capacidad hecha por un tercero, especialmente con su proclamación de la *igual capacidad jurídica*.

En su trabajo de expresivo título «El rechazo de las evaluaciones de capacidad a favor del respeto por la voluntad y las preferencias: la promesa radical de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades de la ONU», FLYNN, refleja las diversas posturas sobre este punto. Mientras que para SZMUKLER la aplicación de las evaluaciones funcionales de la capacidad de toma de decisiones no supone ninguna discriminación legal, dado que sirven a un propósito legítimo —proteger la totalidad de los derechos humanos de la persona—, son de naturaleza objetiva, y cumplen los criterios de racionalidad y proporcionalidad en la consecución de dicho propósito, existen otras posturas —MORGAN y VEITCH— que critican

la supuesta objetividad de las evaluaciones de la capacidad mental. En esa línea, la autora del artículo defiende que las citadas evaluaciones funcionales no se pueden utilizar para ignorar la preferencia claramente expresada por el individuo<sup>28</sup>.

Sin embargo, la calificación notarial de la capacidad a la que me estoy refiriendo, en la esfera y a los efectos de la autorregulación, se mueve en otros parámetros: no se vulnera la Convención por medio de una hipotética *calificación de la igual capacidad jurídica* (lo cual se rechaza como línea de principio), sino que lo que el notario hace, es llevar a cabo la misma labor calificadora que le viene impuesta por el artículo 17 bis, 2.a) de la Ley del Notariado, y que ha de hacer respecto a todas las personas, tengan o no discapacidad: «*Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervenientes*»<sup>29</sup>. La cuestión que se plantea no es por tanto, si el notario ha de llevar a cabo o no esta labor calificadora —que evidentemente ha de hacerla—, sino que es más bien la del cambio de mentalidad en la función notarial a la luz del nuevo paradigma, de modo que en esa valoración se eviten prejuicios injustificados por la sola presencia de alguna de las *deficiencias* a las que alude el artículo 1.2 de la Convención. Ha de hacerse un esfuerzo para hacerse cargo de la *voluntad y preferencias* de la persona con discapacidad, lo que planteará al notario la misma necesidad de formación y especialización que la que se plantea a los jueces que tienen que intervenir, como vamos a ver a continuación, en los casos de heterorregulación<sup>30</sup>.

No obstante, ese esfuerzo por hacerse cargo no implica necesariamente bajar injustificadamente el nivel de exigencia. En relación con este punto, es muy interesante la diferencia de trato puesta de manifiesto por CUADRA-DO PÉREZ en relación con la imposición, como único criterio, del respeto a la voluntad y preferencias de la persona: «Parece llamativo que en los últimos tiempos se haya construido una extensa y precisa doctrina en torno al consentimiento contractual de las personas que no sufren ninguna discapacidad —por ejemplo, en materia de Derecho de Consumo y de adquisición de productos financieros—, en la que los textos normativos y las sentencias muestran un férreo rigor en aras a asegurar que la voluntad contractual ha sido pulcramente formada de manera plenamente consciente, y, en cambio, se pretenda que en la toma de decisiones de una persona con discapacidad deba atenderse siempre a la voluntad y preferencias de quienes, en muchas ocasiones, carecen de la capacidad para entender y querer el negocio jurídico celebrado. En una época en la que, cada vez con mayor ímpetu, se requiere

que los contratantes sean conscientes de los compromisos contractuales adquiridos y de las decisiones personales adoptadas, podría adolecer de incoherencia sistemática la ubicación —con una inaudita laxitud— de la voluntad de la persona con discapacidad como único criterio admisible en la toma de sus decisiones, con independencia de toda valoración sobre su capacidad cognitiva y volitiva»<sup>31</sup>. Volveremos sobre este punto más adelante.

Respecto a las medidas previsoras *para el futuro*, a las que de momento parece circunscribirse el Anteproyecto, habrá de delimitarse cuáles son esas «circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás», cuya «conciencia futura» (art. 253 del Anteproyecto) determinará que se activen esas medidas de apoyo. Y enlazando con esta cuestión, uno de los retos es, precisamente, hallar un diseño efectivo de la acreditación misma del presupuesto de activación de las medidas de apoyo. En el informe del Consejo General del Poder Judicial (punto 113) se dice que «La previsión de que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad se estará a las previsiones del poderdante o mandante, y de que, en garantía del cumplimiento de las previsiones de estos se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial (art. 255), puede resultar insuficiente en los casos en que, bien el propio afectado, bien los legitimados para instar los procedimientos de provisión de apoyos, cuestionen la concurrencia del presupuesto que habilita la eficacia del poder o del mandato, tanto más en aquellos supuestos en los que el apoderamiento o el mandato no contengan previsiones concretas y suficientemente completas acerca de la concurrencia del hecho o las circunstancias que activan el poder o el mandato preventivo, o las adecuadas previsiones acerca de su acreditación». Y en casos como estos —falta de conciencia de enfermedad, con la consiguiente negación de concurrencia del presupuesto— es cuando entrará en juego la heterorregulación, no tanto porque no haya medidas o sean insuficientes, sino porque habiéndolas, pueden no ser eficaces, lo cual a efectos prácticos pienso que equivale a la insuficiencia. Pero nuevamente con esto nos adentraríamos en el problema de fondo que se analiza en este trabajo: hasta qué punto la voluntad del individuo puede constituir un freno a la citada intervención judicial<sup>32</sup>.

#### C) ¿Hasta dónde puede llegar la voluntad en esta fase de autorregulación?

Llegados a este punto, y en relación al núcleo del interrogante de este trabajo cabe preguntarse si cabría una autorregulación cuyo contenido fuera excluir los apoyos —bien todos, bien alguno o algunos— *ex ante*, a modo de renuncia anticipada a un derecho.

Con base en el amplio espectro que parece darse a las voluntades anticipadas del artículo 253 del Anteproyecto, se ha planteado que puedan servir de marco para una previsión por la que la persona excluya expresamente que se le suministre cualquier tipo de apoyo en el futuro<sup>33</sup>. De admitirse esta posibilidad, la aplicación de las medidas reactivas o ex post quedaría limitada, por una interpretación estricta, a la literalidad de «en defecto o insuficiencia»: es decir, solo se aplicarían cuando nada se previó en ningún sentido, o se previó y era insuficiente, pero siempre que no se hubiera prohibido.

Nuevamente creo que esto no es lo que se deduce del sistema. No faltan los casos en que se imponen a la persona con discapacidad cosas que no quiere: la propia posibilidad de que el juez no nombre curador al designado mediante autocuratela, —admitida en el artículo 272 del Anteproyecto—, sino a otra persona, da un indicio de que la voluntad de la persona en este punto puede ser desconocida en aras a, por lo menos, evitarle perjuicios.

En el mismo sentido, pero en dirección contraria, cabe plantearse la admisión de las llamadas *cláusulas Ulises*, acerca de las que ya se ha trabajado en el ámbito sanitario de las instrucciones previas. Mediante estas cláusulas plasmadas documentalmente —especialmente útiles en el caso de enfermedad mental—, se pueden pautar las directrices sobre cómo se desea afrontar la situación cuando se manifieste algún tipo de crisis, propia de su enfermedad, y la persona no se pueda expresar libremente: de este modo, cabe avisar a familiares, conocidos, o al especialista, designados por el enfermo, conocer cuáles son sus preferencias sobre medicación o tratamientos, e indicar dónde esconde objetos o medicamentos que puedan ser perjudiciales en esos momentos, cuya ubicación solo conoce el otorgante<sup>34</sup>. En el contexto en el que nos hallamos, ciertamente tales previsiones podrían subsumirse en el propio contenido de las medidas preventivas o autorregulatorias, pero es verdad que aportan un interesante matiz: el preaviso a quien haya de aplicar en el futuro los apoyos, de que la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad es ser apoyada, aunque en un eventual momento de crisis se oponga, incluso violentamente (justo lo contrario de lo que parece decir la Observación general). El tema es muy complejo, por supuesto, y siempre requeriría un cuidadoso juicio de ponderación de las posibles discrepancias que se produjeran entre las cláusulas incluidas en el documento y la voluntad expresada en el momento.

## 2. ENTRADA EN JUEGO DE LA HETERORREGULACIÓN

La autorregulación asume todo el protagonismo el nuevo sistema, pero junto a ella se prevé toda una serie de medidas que encajan en el grupo

de la heterorregulación, y que son lo que el Anteproyecto considera «*instituciones jurídicas de apoyo*»: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, y cuya función «*consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias*» (art. 250).

La apreciación de la necesidad de intervención estatal por medio del juez para imponer este tipo de medidas heterorregulatorias, depende de su valoración acerca de la inexistencia o insuficiencia de las mismas. *Pero es y supone intervención*, e intervención no solo difícilmente cuestionable, sino a mi modo de ver, absolutamente necesaria para cumplir con los postulados que laten en el artículo 49 CE<sup>35</sup>. Otra cosa es que la guía en el ejercicio de las funciones encomendadas a estas personas sea el respeto a la voluntad, deseos y preferencias: en este sentido, la Convención ha supuesto un decisivo estímulo para que sea la visión conjunta de los principios constitucionales de protección de las personas con discapacidad (art. 49), y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10) la que presida la regulación jurídico-privada de la discapacidad.

Pero como punto de partida, la respuesta inicial al interrogante planteado es que, aunque la persona con discapacidad no quiera —y acaso por eso no haya acudido a la autorregulación—, el sistema le puede imponer una figura de prestación de apoyos. No parece que la Convención obligue a que el procedimiento de provisión de apoyos solo pueda iniciarse si la propia persona lo solicita y exclusivamente con el alcance por ella requerido<sup>36</sup>, ni que pueda dejarse al interesado, en todos los casos, la apreciación de esta necesidad de apoyos; apreciación que se puede hacer especialmente difícil en casos, por ejemplo, de enfermedad mental con falta de conciencia respecto a la misma. Los poderes públicos tienen que intervenir subsidiariamente para apreciar esa necesidad, al efecto de activar la correspondiente respuesta del sistema. Y esta intervención de los poderes públicos no tiene otro fundamento que lo que el sistema considera *mejor interés* para la persona con discapacidad<sup>37</sup>. En ese sentido, puesto que comparte fundamento, se puede considerar como otra forma de heterorregulación la posibilidad de que el juez prescinda de toda o de parte de la propuesta contenida en la escritura de autocuratela —ya la hemos visto en el artículo 272 del Anteproyecto— si aprecia algunos de los peligros de los que le advierte la propia Convención: «conflicto de intereses», «influencia indebida», «falta de proporcionalidad», «falta de adaptación a las necesidades de la persona», «que se apliquen más allá del plazo más corto posible», etc.<sup>38</sup>.

Por supuesto, en el complejo escenario de que sea el juez quien haya de apreciar<sup>39</sup> el defecto o insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria (arts. 249 y 253), con la consiguiente apreciación de la necesidad de imponer una heterorregulación, los jueces no tendrán más remedio que acudir a la

Convención, para detectar la presencia de «*deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo*» en su dinámica activa, es decir, proyectándolas en su interactuación «*con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*», en la perspectiva de la aproximación funcional antes descrita, y necesariamente con una atención más detallada al entorno social y cultural que rodea a la persona.

#### IV. SI EXISTE YA UN SISTEMA DE APOYOS, ¿PUEDE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD OPONERSE O PRESCINDIR DE SU CONTENIDO?

Existiendo ya un sistema de apoyos para una persona con discapacidad, hay que analizar la posibilidad de que el interesado se oponga a recibir los concretos apoyos y quiera prescindir de su contenido.

La supremacía del *respeto a la voluntad y preferencias* sobre lo que sería la consideración del *interés superior de la persona con discapacidad*, parece presuponer que no solo la propia existencia de los apoyos debe siempre respetar los deseos de las personas —ya hemos visto lo que decían los puntos 18 y 19 de la Observación general respecto al artículo 12.3 de la Convención—, sino también su aceptación y aplicación concretas.

Esto último podría ser una posibilidad practicable si por apoyo se entendiera una facilitación o asesoramiento en las decisiones: en ese caso, cabría pensar que la persona con discapacidad podría no seguir el contenido de ese asesoramiento —a modo de dictamen, si se quiere preceptivo, pero en todo caso no vinculante—, asumiendo las consecuencias que comporta el riesgo de equivocarse. El apoyo consistiría entonces en proporcionar todos los elementos de juicio posibles para la toma de decisiones, pero sin ir más allá de lo que hace una persona sin discapacidad<sup>40</sup>.

Parece evidente el hecho de que tomar decisiones sobre la propia existencia, ayuda de manera notable al crecimiento personal, autoestima y al libre desarrollo de la personalidad. Si ello es así, es lógico aplicar el mismo razonamiento a las personas que padecen una discapacidad: negándoles la capacidad de decidir —cuando, con o sin apoyos, la puedan ejercitar—, se les cercena también la de mejorar<sup>41</sup>. Y como toda decisión implica el riesgo de acertar con ella o no, hay que reconocer que el derecho a equivocarse y asumir las propias decisiones refuerza la dignidad personal.

En este sentido, y sin irme en exceso del tema, me parece plausible y plenamente coherente con el sistema propuesto en el Anteproyecto, el hecho de que este haya enlazado el ámbito de autonomía de la persona con discapacidad, con el de su responsabilidad civil para asumir las consecuencias de

los daños que cause. En el régimen aún vigente, y circunscribiéndome a la estricta responsabilidad civil, se plantean dudas acerca de la responsabilidad del tutelado que convive con el tutor, pues los términos del Código civil pueden dar pie a pensar que la responsabilidad es exclusiva de este último, en la medida en que concurren los requisitos descritos en el artículo 1903 del Código civil. Sin embargo, el Anteproyecto (art. 299) es claro, y afirma, en coherencia con los principios que lo inspiran, que: «*La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual en relación a otros posibles responsables*». Evidentemente el «responderá» no implica que sea siempre y sin excepción: responderán en la misma medida que, en ese mismo caso, respondería una persona sin discapacidad. Junto a ello y de modo complementario, responderán «*Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella*» (art. 1903.II).

Hecha esta digresión, vuelvo a la idea de que, si bien el derecho a equivocarse se asume como parte del desarrollo de la personalidad y de la afirmación de la dignidad de cada individuo, se admite, por una parte, que no es un derecho en sentido técnico-jurídico<sup>42</sup>, y por otra parte, se impone la realidad de que frecuentemente las personas con discapacidad están más expuestas a influencias indebidas —que el ordenamiento, por imperativo de la Convención, debe impedir que se produzcan o, en su caso, paliar sus consecuencias— que otros colectivos. También, que por más que el sistema les preste todos los apoyos posibles, en muchas ocasiones no pueden hacerse cargo de la situación, sobre todo si es compleja, de la misma manera que otras personas.

Por todo ello, me parece que un sistema en el que el apoyo fuera un mero asesoramiento no vinculante, acarrearía probablemente más consecuencias negativas que positivas para la persona que lo recibe.

Y lo cierto es que el Anteproyecto no sigue un sistema así, sino que la principal figura de apoyo prevista es precisamente la curatela, que incluso puede tener, en casos muy excepcionales, funciones representativas. Entonces, a la vista de ello, cabe preguntarse hasta qué punto el complemento de capacidad propio de esta figura —recordemos que mientras el tutor representa, el curador actúa junto con el sometido a curatela, complementando su capacidad— impide, por su propia esencia, esa posibilidad de prescindir sin más de los apoyos.

## 1. ¿PUEDE EL CURADOR NEGARSE A PRESTAR EL APOYO?

Nos acercamos con ello al nudo gordiano de la cuestión: si el sistema de apoyo continuado en que consiste la curatela va mucho más allá del

mero asesoramiento o consejo es porque, lo que el curador piensa respecto a un determinado acto que quiere llevar a cabo la persona con discapacidad, puede no ser conveniente para él y en ese caso, su apoyo se traduce en impedírselo y no proporcionar el *asentimiento* o *complemento de capacidad*. Precisamente respecto a estos dos últimos términos, no es sencillo calificar lo que el curador hace en el nuevo panorama: no es *complementar la capacidad*, porque esto presupone que si hay que complementar algo, es porque ese algo no es completo, y desde luego, el artículo 12 de la Convención parece impedir —al menos en la concepción unificada de la *legal capacity*—, esta última afirmación. Por ello, me parece que puede ser útil, al menos instrumentalmente, seguir hablando de *asentimiento*, en cuanto término que sugiere prestación de consentimiento por una persona externa a la relación jurídica sobre la que recae, y que funciona como una suerte de visto bueno<sup>43</sup>.

Y aquí retomo el tema del criterio del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, en la medida en que este criterio, según la interpretación defendida por un importante sector de la doctrina apuntada *supra*<sup>44</sup>, tuviera por contrapartida el abandono absoluto del criterio del mejor interés de la persona con discapacidad. La consecuencia lógica sería entonces que el criterio que el curador ha de tener presente a la hora de prestar su apoyo sería única y exclusivamente ese, lo que conduciría a afirmar que, llegado el caso, si no consigue hacer cambiar de opinión a la persona con discapacidad, tendría que respetar esa opinión y no se podría oponer. ¿Realmente se quiere llegar a esto? En una interpretación sistemática del contenido del Anteproyecto, creo que no. El respeto a la voluntad y las preferencias de la persona es, por supuesto, el criterio esencial a tener en cuenta en la labor de apoyo, y quizás sea una de las principales manifestaciones del cambio de paradigma que ha supuesto la Convención, pues se traduce, como mínimo, en un freno decisivo a la tendencia paternalista del *todo para el pueblo* (persona con discapacidad) *pero sin el pueblo*. Y eso tendría como consecuencia concreta que la posible negativa del curador tiene que basarse en razones objetivables (falta de capacidad económica, previsibles daños y perjuicios, etc.), sin que pueda hacer una discriminación negativa por motivos de discapacidad. Si no hay tales razones, la persona con discapacidad tiene el mismo derecho que las personas sin ella, a tomar sus propias decisiones como manifestación del libre desarrollo de su personalidad. Pero si las hay, el sistema permite que la actuación del curador tenga, al menos en principio, ese carácter impeditivo, lo que en el fondo significa que ambos criterios se siguen conjugando y ello, entiendo, sabiendo que prevalece claramente uno sobre otro (el respeto a la voluntad y preferencias, sobre el del mejor interés), pero sin eliminarlo<sup>45</sup>. Sin embargo, como luego veremos, ese impedimento por parte del curador deviene inoperante,

a la vista de como queda el artículo 1302 en la versión del Anteproyecto de julio de 2020.

2. SUPONIENDO QUE EL CURADOR PUEDA NEGARSE ¿PUEDE HACER ALGO LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN ESE CASO?

Si el curador no quiere prestar su asentimiento a determinado acto o negocio porque está en desacuerdo con el deseo o la decisión de la persona con discapacidad, tenemos que preguntarnos si el sistema ofrece a esta algún tipo de posibilidad para llevar a cabo de modo jurídicamente válido dicha actuación.

En primer lugar, en el caso de que el sometido a curatela no actuara a la vista de tal negativa, hemos de ver si hay algún cauce para desbloquear la situación.

Parece que hay que descartar el recurso al nombramiento del defensor judicial, pensado como figura para actuar ante una imposibilidad transitoria de actuación por parte del curador, o cuando concurre conflicto de intereses (art. 299 CC actual y artículo 283 del Anteproyecto): aquí no estaríamos hablando de conflicto de intereses, porque no hay un «interés propio» del curador contrapuesto al del sometido a curatela, sino solo diferentes modos de ver lo que es mejor para el interés de la persona con discapacidad.

La respuesta que entonces parece que queda, es la de solicitar autorización judicial para dicha actuación: así lo dispone expresamente el Código civil catalán en su artículo 223-4.2: «*Si el curador rechaza, sin causa justificada, prestar la asistencia en alguno de los actos que la requieran, la persona puesta en curatela puede solicitar la autorización judicial para actuar sola*»<sup>46</sup>. En parecidos términos, el artículo 175-6 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil «*Ante la negativa del curador a prestar su asistencia preceptiva puede la persona sujeta a curatela solicitar al juez autorización para realizar el acto por sí solo*».

El problema, por una parte, es que de momento esta —o al menos expuesta con esta claridad— no es una respuesta generalizada en nuestro ordenamiento, si bien siempre cabría la invocación directa del artículo 12.4 de la Convención, como base para solicitar el control judicial de la decisión, considerando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad e identificando la inexistencia de conflictos de intereses o influencias indebidas, como aquella dice. También podría servir de base el último párrafo del artículo 249 del Anteproyecto cuando dispone que «*El Juez podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo ...en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera*», por lo

menos para escuchar la petición de la persona con discapacidad, lo que no necesariamente implicará aceptarla.

Habrá de alcanzarse un equilibrio entre impedir el bloqueo injustificado por parte del curador (que de ser una actitud reiterada, podría dar lugar su a remoción), y llegar al extremo opuesto de propiciar que la persona con discapacidad acuda al juzgado cada vez que el curador no le apoya en alguna decisión.

El segundo escenario sería el de la persona con discapacidad, que en lugar de paralizarse, decide actuar según su propio criterio —recordemos que el sometido a curatela actúa él, y a él corresponde la iniciativa y el protagonismo de los actos jurídicos—, sin contar con el curador. En este caso la solución del Derecho todavía vigente es la de anulabilidad del acto: «*Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando esta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1301 y siguientes de este Código*» (art. 293 CC vigente); solución también seguida por el Código de Derecho foral de Aragón (art. 151.2) y por el Código civil catalán (art. 223-8).

En la versión del Anteproyecto de 14 de enero de 2019, la solución dada a este punto no cambiaba tanto las cosas, en la medida en que, en el caso de la curatela, se condicionaba la actuación de la persona con discapacidad a un *complemento* de capacidad por parte del curador (que podía anular el acto si no lo había dado) o en su caso, del juez (que tampoco tiene porqué dar ese asentimiento). Si bien antes decía que no parece conveniente seguir utilizando este concepto —*complemento*— a la vista de los términos de la Convención, lo cierto es que, si no lo seguía siendo, al menos seguía funcionando como tal desde el punto de vista de sus consecuencias.

En efecto, para mí, la piedra de toque era, en esa versión del Anteproyecto, el mantenimiento de la posibilidad de anular por parte del curador los contratos celebrados por la persona con discapacidad cuando esta ha prescindido de la medida. El párrafo 2.º del artículo 1302 según el Anteproyecto decía «*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 aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas 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 ejercitár la acción*.

Centrándonos en la posibilidad de que, vigente la curatela, fuera el curador quien ejercitara la acción, los contratos así celebrados se podían anular, —en la citada versión— no solo en la medida en que perjudicaran un interés de la persona con discapacidad, sino *por el solo hecho de haber prescindido de la medida*, sin entrar a valorar si la persona tenía la capacidad

natural para el acto en cuestión (que perfectamente puede ser que la tenga). En realidad, esto suponía seguir aceptando el tradicional sistema seguido en este punto sobre la incapacitación, en el que regía —rige— una suerte de doble presunción: mientras no haya recaído sentencia firme, se presume la capacidad de las personas, pero si la persona está incapacitada, bien con carácter general, bien para la realización de algún o algunos actos concretos, se presume que es incapaz para el acto o actos en cuestión, de forma que aunque aquella tuviera la capacidad natural necesaria en el momento de realizar dicho acto, este sería anulable<sup>47</sup>.

Además, el inciso «*cuando fueran precisas*» empleado en el Anteproyecto —que en la versión del 2020 se mantiene—, se cumple, por principio, en los supuestos de curatela, pues esta habrá sido impuesta con base en la heterorregulación hecha por intervención judicial, precisamente porque la autorregulación o no ha existido o no ha sido suficiente. Luego en los casos en que el juez dice que el curador tiene que intervenir siempre «*es precisa*» esa intervención<sup>48</sup>.

Las críticas a la opción contenida en el Anteproyecto sobre este punto en la versión de enero de 2019 venían desde posiciones doctrinales muy distintas.

Para RIBOT IGUALADA, tal asimilación entre los efectos de la falta de provisión de apoyos y los de la falta del tradicional complemento de la capacidad de obrar limitada —asimilación que implicaría una limitación parcial de la capacidad de obrar fijada automáticamente al establecer los apoyos—, no casaba con el objetivo de la Convención, de proteger sin disminuir los derechos de las personas con discapacidad<sup>49</sup>. En su opinión se acomoda mejor el modelo alemán del asistente legal (*rechtlische Betreuer*), en el que la persona con discapacidad que cuenta con un asistente conserva la capacidad legal de obrar, de modo que sus actos o negocios jurídicos son válidos si posee la capacidad natural necesaria para llevarlos a cabo, y nulos si no cuenta con ella, como lo serían para cualquier otra persona sin aptitud para concluirlos. Ante el riesgo de solapamiento entre sus propios actos y los llevados a cabo por el asistente, el sistema establece reglas para proteger a los terceros de buena fe. Asimismo este sistema contempla, de modo excepcional, la llamada «reserva de autorización», que implica que la eficacia de determinados actos de la persona asistida depende de la conformidad del asistente, pero ello es únicamente para los casos en los que puede razonarse que sin ella la persona con discapacidad incurriría en un riesgo significativo para su persona o sus bienes. Pero en todo caso, como apunta el autor, esto debería motivarse específicamente y atenerse a criterios generalizables, que no pivoten sin más sobre la discapacidad.

Se trataría entonces de un control a posteriori de la validez del consentimiento prestado y del acto o negocio jurídico perfeccionado, con toda

la gama de posibilidades de anulación —tanto anulabilidad como nulidad absoluta, esta última en caso de falta de consentimiento contractual— o incluso, si se aceptara, de rescisión de los actos y negocios jurídicos realizados por la persona con discapacidad<sup>50</sup>. Ahora bien, esta posición haría que, previsiblemente, como admite el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto, estas impugnaciones se incrementen notablemente; riesgo que, al menos a juzgar por lo que dice este órgano, los jueces están dispuestos a asumir si se les dota de medios (punto 95 del Informe): el problema es si el patrimonio de la persona con discapacidad o quienes con ella se relacionan podrán soportar este aumento de procedimientos.

Desde el punto de vista de la posible anulación *ex post*, reitero que desde un principio quedó descartado —esto parece claro— una curatela a modo de dictamen preceptivo pero no vinculante, en el sentido de que si la persona con discapacidad hubiera respetado formalmente el régimen impuesto, oyendo el asesoramiento y opinión de su curador, eso ya haría al acto inmune a la posibilidad de anulación por falta de apoyo. Si así fuera, hubiera tenido que expresarse con una claridad mucho mayor de la que el precepto sugiere, y además ello no evitaría una posible impugnación posterior del acto por vicios de la voluntad, pese a haber recibido el preceptivo asesoramiento<sup>51</sup>.

Como antes anunciaba, también hubo críticas procedentes del extremo opuesto. A la vista de la amplitud del concepto «medidas de apoyo», que puede incluir medidas que no lleguen siquiera a la asistencia contractual propia de la curatela<sup>52</sup>, CARRASCO PERERA denuncia, como una patología del sistema, que un contrato pueda ser anulable por no respetarse las medidas de apoyo no conectadas con el consentimiento —que en su opinión deberían quedar fuera del Código civil—, y que, sin embargo, un contrato pueda ser anulable a pesar de que estas han sido observadas. En su opinión 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<sup>53</sup>.

Probablemente uno de los cambios más relevantes introducidos en la versión del Anteproyecto de julio de 2020 es la eliminación del inciso «*por aquél a quien corresponda prestar la medida de apoyo*» —en lo demás el artículo permanece prácticamente idéntico—, con lo que la posibilidad de anular el acto se deja en manos únicamente de la persona con discapacidad (o, de modo limitado, de sus herederos), y además solo si las medidas de apoyo ya se han extinguido; ello implica o presupone un escenario en que tales medidas ya no son necesarias, es decir: lo que en terminología anterior a la Convención calificaríamos de «recuperación de la capacidad».

Por todo lo que he dicho anteriormente al hilo de la versión del Anteproyecto de 2019, hay que admitir que esta eliminación hace más coherente

el sistema diseñado. La coherencia, no obstante, no basta por sí sola para que esta decisión merezca un juicio favorable, pues las consecuencias en la práctica pueden ser muy perjudiciales para la persona con discapacidad, máxime, si ni siquiera ella llega a ser capaz de poder anular el acto porque las medidas de apoyo siguen siendo necesarias. A ello hay que sumar que en este supuesto en el que hay medidas de las que se ha prescindido (párrafo 2.<sup>º</sup> del art. 1302), el Ministerio fiscal no tiene legitimación para instar la anulación, a diferencia de lo que pasa con las personas con discapacidad respecto a las que no se ha establecido estas medidas de apoyo (párrafo 2.<sup>º</sup> del art. 1302), supuesto para el que sí se atribuye al Ministerio Fiscal esa posibilidad: «*Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal*». No alcanzo a entender porqué en el primer caso se ha de privar a la persona con discapacidad del gran «apoyo», si se me permite el juego de palabras, que supone la intervención del Ministerio Fiscal.

En una primera impresión, esta previsión parece llevar demasiado lejos el derecho a equivocarse y solo el tiempo dirá si esto es una afirmación de la dignidad de la persona, o al final acaba volviéndose en su contra. Además, tal restricción en la posibilidad de impugnar por haber prescindido de lo que el propio sistema consideraba necesario (por eso se impusieron las medidas, porque se consideraban necesarias), no casa con la naturalidad con la que el propio Anteproyecto parece prever la posibilidad de anulaciones cuando en la Exposición de Motivos, se alude a que «*En el ámbito del Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado, que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad para que, cualquiera que sea el Juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, sean conocidas por todos los registradores y todos los usuarios del Registro con interés legítimo. De esta manera, los primeros tendrán un elemento decisivo en la calificación de la validez de los actos inscribibles y, los segundos, no se verán sorprendidos por la anulabilidad de un negocio celebrado sin los requisitos previstos en la sentencia correspondiente*

Todo esto son algunas reflexiones, hechas con carácter de urgencia, que la revista me ha permitido introducir en esta fase de la publicación, a la vista de la aprobación del nuevo Anteproyecto. Soy consciente de que el tema va a dar mucho de sí y preveo continuarlo en estudios específicos sobre el mismo. Lo que es claro es que probablemente uno de los grandes retos a los que se enfrenta el Anteproyecto en su tramitación —al menos desde la óptica del Derecho civil— sea el del diseño del régimen de la validez y eficacia de los actos de una persona a la que se ha provisto de un régimen de apoyos: fundamentalmente porque si el régimen produce desconfianza en

los terceros que con ella se relacionan, acabe volviéndose contra la persona con discapacidad, excluyéndola en la práctica del tráfico jurídico<sup>54</sup>.

Es de justicia poner de relieve, que si legislar nunca es fácil, en una materia como esta, en la que hay corrientes de pensamiento enfrentadas, y que afecta a tantos aspectos nucleares del Derecho civil, la labor es extremadamente delicada y compleja. Me consta el enorme esfuerzo que han hecho los redactores del Anteproyecto, que a su incontestable prestigio jurídico han unido una ejemplar capacidad de escucha: no sé si en muchos procesos legislativos puede decirse que ha habido esa fluida comunicación con los distintos sectores afectados y con la comunidad científica, a los que se nos ha dado ocasión de participar, tanto en la fase previa de consulta, como en la de exposición pública, mediante el envío de numerosos informes a la Dirección general de Política legislativa. Sirvan estas líneas de reconocimiento a su labor, pese a las sanas críticas que por mi parte he vertido aquí en algunos puntos.

### 3. LA RESPUESTA AL INTERROGANTE INICIAL

Hasta el cambio introducido en la versión del Anteproyecto de 2020, me hubiera atrevido a decir que en realidad y en la práctica, al sometido a curatela se le va a seguir privando de ciertos ámbitos de actuación, al menos en los casos en los que no cuente con la asistencia de su curador, y acaso tampoco del juez al que recurra ante la negativa de aquél. Además es el propio artículo 1263 II del Código civil, tal y como aparece en el Anteproyecto, admite que las medidas de apoyo pueden implicar «limitaciones» en la capacidad de contratar —«*Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas*»<sup>55</sup>.

Dicha afirmación no significa que estuviera en desacuerdo con que el sistema mantenga esta posibilidad —al contrario, me parece necesaria— pero creo, a la vista de esta *pieza que no encajaba en el sistema*, que no era real pensar que se pudiera prescindir por completo del criterio del mejor interés de la persona con discapacidad que es, a la postre, el que justificaría la anulación descrita. Tampoco puede ignorarse que por ello, su capacidad de obrar (o ejercicio de su capacidad legal) va a quedar, en algunos casos, limitada. Pero por supuesto, pensaba antes y pienso ahora, no todo va a seguir igual, reducido a cambios terminológicos: como antes he dicho, la Convención propicia un vuelco en la mentalidad y en los modos de hacer, invirtiendo el orden en los criterios guía, pero sin eliminar el del mejor interés.

Las consecuencias derivadas de la nueva redacción del artículo 1302 del Código civil me obligan a replantear esta afirmación, porque si bien es

cierto que la heterorregulación sigue prevista como parte del sistema con las consecuencias apuntadas páginas atrás, el hecho de que quede en manos de la persona con discapacidad el utilizar las medidas de apoyo o no —porque en realidad esa es la consecuencia final—, hace que en la práctica su utilidad quede muy reducida y que los riesgos para aquella sean muchos.

Si la propuesta de la versión del 2020 prospera, la respuesta al interrogante del título de este trabajo es un *no parcial*: no existe como tal un derecho amparable por el ordenamiento jurídico a rechazar la imposición de un sistema de apoyos, pero sí a prescindir de su contenido por la sola voluntad de la persona con discapacidad. La heterorregulación es la materialización de la intervención del sistema cuando está en peligro el interés superior de aquella: en ese sentido, entiendo que el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no es absoluto, aunque sí es criterio preferente y esto es, indudablemente, mérito de la Convención, que ha sido reflejado en el Anteproyecto. Sin embargo, tal intervención deviene inoperante si se lleva hasta sus últimas consecuencias la imposibilidad de anular el acto por nadie que no sea el propio interesado.

Un breve apunte final: algunos de los problemas de la práctica se evitarían si se aplicara correctamente el equilibrio entre los principios de igualdad y de cuidado que analiza Antonio PAU en un reciente trabajo (2020). En el caso de las personas con discapacidad, este equilibrio supone que el principio de cuidado tiene un doble aspecto, porque es contenido de la función del prestador de apoyos y es también modo en que ese contenido o esa función se ejerce: como expresa gráficamente «el cuidador tiene la obligación de *cuidar*, pero además tiene que cuidar *cuidadosamente*». Por ello se ha introducido en la Exposición de motivos de la ley un breve párrafo que tiene por objeto realizar el «valor del cuidado»: *«El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta»*. Sin solucionar por completo las disfunciones antes apuntadas, es más que probable que muchos de los conflictos expuestos respecto a divergencias de opinión entre el prestador de apoyos y la persona apoyada, no llegaran a producirse si se logra, merced a ese equilibrio, una adecuada actitud de ambos: actitudes que, en muchas más ocasiones de las que se piensa, tienen un amplio margen de mejora.

## VII. CONCLUSIONES

I. Son muchos los interrogantes planteados en la adaptación de los ordenamientos jurídicos a la Convención de Naciones Unidas de derechos

de las personas con discapacidad, algunos de ellos provocados por la propia interpretación del Comité encargado de su seguimiento, que propugna, entre otros postulados, el abandono del criterio del interés superior de la persona con discapacidad, sustituido en su totalidad por el de respeto a su voluntad y preferencias.

II. La contundencia de este criterio se enfrenta con, por lo menos, dos inconvenientes: uno de continente y otro de contenido. De continente, porque hay sólidos fundamentos para defender que las interpretaciones de los citados Comités no son jurídicamente vinculantes. De contenido, porque hay situaciones excepcionales en que no es posible, incluso mediante apoyos, saber cuál es la voluntad de la persona, y aunque a veces será posible reconstruir su presunta voluntad, habrá casos en que no lo sea, por lo que el criterio del *interés superior* será el único que se pueda utilizar.

III. En el contexto de la primacía del criterio del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad se plantea si esta tiene derecho a no recibir apoyos o a prescindir de su contenido.

IV. Su fundamento sería principio de autonomía individual, que lleva al Comité de Naciones Unidas a defender que, incluso en situaciones de crisis, debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad a adoptar decisiones, y reconoce que pueden no desechar ejercer su derecho a recibir el apoyo. El citado carácter no vinculante del pronunciamiento de dicho Comité (Observación general) obliga a matizar esta afirmación.

Desde el punto de vista constitucional, podría considerarse como una manifestación de la dignidad de la persona y en especial, del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), incluyendo como parte de este el derecho a equivocarse —que no es un derecho en sentido técnico-jurídico—, pero concurre con otros principios que lo equilibran, como el deber de los poderes públicos que contempla el artículo 49 CE de protección de las personas con discapacidad, que neutralizaría tal derecho.

Se podría considerar como renuncia a un derecho, pero entrarían en juego los límites del artículo 7.2 del Código civil.

También podría concebirse como la faceta negativa del propio derecho a recibir los apoyos, de forma análoga a otros derechos, como el derecho a no asociarse, pero aquél no tiene una base explícita en el texto de la Convención, sino solo, por ahora, en la citada Observación general, lo que no parece parangonable a los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional que han definido la faceta negativa del derecho de asociación.

V. Aunque el derecho teóricamente considerado pudiera tener algunas de las fundamentaciones anteriores, insertado en el conjunto del sistema, tanto actual como proyectado, se concluye que no existe, y ello por varias razones.

VI. El principal motivo para negar la existencia de este derecho es la admisión de la heterorregulación, es decir, de la posibilidad de que el Estado, con todo el aparato que le acompaña, pueda intervenir en la práctica desconociendo el deseo de no querer recibir apoyos, imponiendo, desde fuera, un régimen de actuación a la persona con discapacidad. Es claro que nuestro sistema vigente incluye esta posibilidad, pero es que el sistema proyectado también se articula en torno a dos niveles: el de autorregulación, con medidas anticipatorias o preventivas, y el de heterorregulación, con medidas reactivas o *ex post*.

VII. Cabe preguntarse si, con base en el amplio espectro que parece darse a las voluntades anticipadas, cabría una autorregulación cuyo contenido fuera excluir los apoyos —bien todos, bien alguno o algunos— *ex ante*. De admitirse esta posibilidad, la aplicación de las medidas reactivas o *ex post* quedaría limitada por una interpretación estricta a la literalidad del inciso «en defecto o insuficiencia»: no es esto lo que se deduce del sistema, entre otras razones, por la propia posibilidad de que el juez no nombre curador al designado mediante autocuratela, admitida en el artículo 270 del Anteproyecto, lo que da un indicio de que la voluntad de la persona expresada en la fase de autorregulación, puede ser desconocida en aras a, por lo menos, evitarle perjuicios.

VIII. En el mismo sentido pero en dirección contraria, cabe plantearse la admisión de las llamadas *cláusulas Ulises*: ciertamente tales previsiones podrían subsumirse en el contenido de autorregulación, pero es verdad que aportan un interesante matiz: el preaviso a quien haya de aplicar en el futuro los apoyos, de que la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad es ser apoyada, aunque en un eventual momento de crisis se oponga, incluso violentamente.

IX. Aunque la persona con discapacidad no quiera —y acaso por eso no haya acudido a la autorregulación—, el sistema le puede imponer una figura de prestación de apoyos. No parece que la Convención obligue a que el procedimiento de provisión de apoyos solo pueda iniciarse si la propia persona lo solicita, ni que pueda dejarse al interesado, en todos los casos, la apreciación de esta necesidad de apoyos; apreciación que se puede hacer especialmente difícil, entre otros, en casos de enfermedad mental con falta de conciencia respecto a la misma. Y esta intervención de los poderes públicos no tiene otro fundamento que lo que el sistema considera *mejor interés* para la persona con discapacidad.

X. Existiendo ya un sistema de apoyos, la posibilidad de que el interesado se oponga a recibir los concretos apoyos y quiera prescindir de su contenido sería claramente practicable si por apoyo se entendiera una facilitación o asesoramiento en las decisiones a modo de dictamen, si se quiere preceptivo, pero en todo caso no vinculante, asumiendo las consecuencias que comporta el riesgo de equivocarse.

XI. Sin embargo, el Anteproyecto, en principio, no sigue un sistema así, sino que la principal figura de apoyo prevista es precisamente la curatela, que incluso puede tener, en casos muy excepcionales, funciones representativas: si el sistema de apoyo continuado en que consiste la curatela va mucho más allá del mero asesoramiento o consejo es porque, lo que el curador piensa respecto a un determinado acto que quiere llevar a cabo la persona con discapacidad, puede no ser conveniente para él y en ese caso, su apoyo se traduce en impedírselo y no proporcionar el asentimiento en que consiste su apoyo.

XII. Si admitimos lo anterior, y el curador no quiere prestar su asentimiento porque está en desacuerdo con el deseo o la decisión de la persona con discapacidad, tenemos que preguntarnos si el sistema le ofrece a esta algún tipo de posibilidad para llevar a cabo de modo jurídicamente válido dicha actuación.

XIII. Si el sometido a curatela no actuara a la vista de tal negativa, el cauce para desbloquear la situación sería el recurso a la solicitud de autorización judicial que, aunque no tiene una base clara en el texto del Anteproyecto, se podría basar en el artículo 248 *in fine*, o en la invocación directa del artículo 12.4 de la Convención. Es deseable que la utilización de esta posibilidad por parte de la persona con discapacidad sea ponderada, y no ante cualquier desacuerdo.

XIV. Si decide actuar sin contar con el apoyo, en la versión del Anteproyecto de 2019 el acto podía ser anulado a instancias del curador, según el artículo 1302, y ello, no solo en la medida en que el acto perjudicara un interés de la persona con discapacidad, sino *por el solo hecho de haber prescindido de la medida*, sin entrar a valorar si tiene la capacidad natural para el acto en cuestión. En realidad, esto suponía seguir aceptando el tradicional sistema seguido en este punto sobre la incapacitación, con su doble presunción: mientras no haya recaído sentencia firme, se presume la capacidad de las personas, pero si la persona está incapacitada, bien con carácter general, bien para la realización de algún o algunos actos concretos, se presume que es incapaz para el acto o actos en cuestión, de forma que aunque aquella tuviera la capacidad natural necesaria en el momento de realizar dicho acto, este sería anulable.

XV. Precisamente porque esto era una pieza que no encajaba en el sistema ni en la filosofía del Anteproyecto al funcionar en la práctica como un auténtico *complemento de capacidad*, había propuestas que, en la línea de la *Betreuung* alemana, trasladan la solución a un control a posteriori de la validez del consentimiento prestado y del acto o negocio jurídico perfeccionado, con toda la gama de posibilidades de anulación —tanto anulabilidad como nulidad absoluta, esta última en caso de falta de consentimiento contractual— o incluso, si se aceptara, de rescisión de los actos y negocios jurídicos realizados por la persona con discapacidad. Ahora bien,

esta posición haría que, previsiblemente, estas impugnaciones se incrementen notablemente, por lo que es una opción de política legislativa que habría que ponderar cuidadosamente.

XVI. Probablemente uno de los cambios más relevantes introducidos en la versión del Anteproyecto de julio de 2020 es la eliminación, en el artículo 1302, del inciso «*por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo*» —en lo demás el artículo permanece prácticamente idéntico—, con lo que la posibilidad de anular el acto se deja en manos únicamente de la persona con discapacidad (o, de modo limitado, de sus herederos), y además solo si las medidas de apoyo ya se han extinguido.

XVII. Las consecuencias en la práctica de esta opción pueden ser muy perjudiciales para la persona con discapacidad, máxime, si ni siquiera ella llega a ser capaz de poder anular el acto porque las medidas de apoyo siguen siendo necesarias. A ello hay que sumar que en este supuesto, el Ministerio fiscal no tiene legitimación para instar la anulación, a diferencia de lo que pasa con las personas con discapacidad respecto a las que no se ha establecido estas medidas de apoyo (párrafo 2.º del artículo 1302). No se alcanza a entender porqué en el primer caso se ha de privar a la persona con discapacidad del gran «apoyo», si se me permite el juego de palabras, que supone la intervención del Ministerio Fiscal.

XVIII. En una primera impresión, esta previsión parece llevar demasiado lejos el derecho a equivocarse y solo el tiempo dirá si esto es una afirmación de la dignidad de la persona, o al final acaba volviéndose en su contra: de hecho uno de los grandes retos a los que se enfrenta el Anteproyecto en su tramitación —al menos desde la óptica del Derecho civil—, es el del diseño del régimen de la validez y eficacia de los actos de una persona a la que se ha provisto de un régimen de apoyos: fundamentalmente porque si el régimen produce desconfianza en los terceros que con ella se relacionan, puede acabar volviéndose contra la persona con discapacidad, sufriendo, a la postre, la discriminación de verse excluida del tráfico jurídico.

XIX. Si la propuesta de la versión del 2020 prospera, la respuesta al interrogante del título de este trabajo es un *no parcial*: no existe como tal un derecho amparable por el ordenamiento jurídico a rechazar la imposición de un sistema de apoyos, pero sí a prescindir de su contenido por la sola voluntad de la persona con discapacidad. La heterorregulación es la materialización de la intervención del sistema cuando está en peligro el interés superior de aquella: en ese sentido, entiendo que el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no es absoluto, aunque sí es criterio preferente y esto es, indudablemente, mérito de la Convención, que ha sido reflejado en el Anteproyecto. Sin embargo, tal intervención deviene inoperante si se lleva hasta sus últimas consecuencias la imposibilidad de anular el acto por nadie que no sea el propio interesado.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- STEDH (Sección 1.<sup>a</sup>) de 23 de marzo de 2017
- STC 183/1989, de 3 de noviembre
- STC 7/2011, de 14 de febrero
- STS (Sala de lo Civil) 874/2008, de 25 de septiembre
- STS (Sala de lo Civil) 1901/2017, de 16 de mayo
- STS (Sala de lo Civil) 3923/2017, de 8 de noviembre
- STS (Sala de lo Civil) 465/2019 de 17 de septiembre

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. (2018). La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 379-395.
- ALEMANY GARCÍA, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. [Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad]. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 52, 201-222.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). Propuesta de Código civil. Madrid: Ed. Tecnos. (disponible también en [http://www.derechocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf)).
- BLUM B., GÓMEZ DURÁN, E., RICHARDS, D. (2013). Abuso financiero e influencia indebida de las personas de avanzada edad. *Revista española de Medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, ISSN-e 0377-4732, vol. 39, núm. 2, 2013, 63-69.
- CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. En: La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. *Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas*, núm. 39, 13-31.
- CARRASCO PERERA, Á. (2018). *Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, 1-5 ([http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad\\_personal\\_y\\_estabilidad\\_contractual.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf)).
- COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación general del sobre el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en el 11.<sup>º</sup> periodo de sesiones (30 de marzo al 11 de abril de 2014), disponible en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx> (disponibilidad comprobada a 1 de mayo de 2020)
- CONSEJO DE ESTADO, «Dictamen núm. 34/2019, de 11 de abril de 2019 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, procedente de los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar social», 14 de enero de 2019, solicitable en <http://www.consejo-estado.es/transparencia/solicitud.php>. (disponibilidad comprobada a 1 de mayo de 2020)
- CONSEJO DE EUROPA, Documento temático *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*, Estrasburgo, 20 de febrero de 2012, CommDH/IssuePaper (2012) 2, disponible en <https://rm.coe.int/16806da5c0>, 19. (disponibilidad comprobada a 1 de mayo de 2020)
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>. (disponibilidad comprobada a 1 de mayo de 2020).
- CUADRADO PÉREZ, C. (2019). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 13-90.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2018). Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2018, 82-101.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019 a). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Ed. Reus.
- (2019 b). El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.) *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 125-163.
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1967, reimp. de 1985), *El negocio jurídico*, Madrid: Ed. Civitas.
- DE SALAS MURILLO, S. (2011). *La publicidad de la discapacidad en el Registro civil*. Madrid. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi
- (2016). Comentario al artículo 199 del Código civil. *Código civil comentado* (Dirs. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández), Volumen I, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters.
- (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención. *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018, parte Doctrina.
- DÍAZ ALABART, S. (2018). Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: El derecho a su libertad personal. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 163-197.
- ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad. *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 85-119.

- ETXEVERRÍA MAULEÓN, X. (2016). Autonomía y decisiones de representación/sustitución en personas con discapacidad intelectual. *Perspectiva ética, Siglo Cero*, vol. 47, n.º 257.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., SALCEDO HERNÁNDEZ, J. R., AYALA VARGAS, M.ª J. y VIGUERAS PAREDES, P. (2015). El contrato de Ulises como modalidad de documento de instrucciones previas. *Derecho y Salud*. vol. 25, 105-107.
- FLYNN, E. (2019). El rechazo de las evaluaciones de capacidad a favor del respeto por la voluntad y las preferencias: la promesa radical de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades de la ONU, *World Psychiatry*, vol. 18, núm. 1, 50 y 51.
- FREEMAN, M. C., KOLAPPA, K., CALDAS DE ALMEIDA, J. M. et al. (2015). Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Lancet Psychiatry*, núm. 2, 844-850.
- GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *Anuario de Derecho civil*, fasc. I, 59-147.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2018 a). Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 29-60.
- (2018 b). Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 173-197.
- GUIARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2018, parte Legislación, Comentarios.
- LEGERÉN MOLINA (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 165-212.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Indret* 2/2020.
- MARTIN, W., MICHALOWSKI, S., STAVERT, J., WARD, A., RUCK KEENE, A., HEMPSEY, A., CAUGHEY, C., MCGREGOR, R. (2016). The Essex Autonomy Project Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD artículo 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/303988881\\_The\\_Essex\\_Autonomy\\_Project\\_Three\\_Jurisdictions\\_Report\\_Towards\\_Compliance\\_with\\_CRPD\\_Art\\_12\\_in\\_CapacityIncapacity\\_Legislation\\_across\\_the\\_UK](https://www.researchgate.net/publication/303988881_The_Essex_Autonomy_Project_Three_Jurisdictions_Report_Towards_Compliance_with_CRPD_Art_12_in_CapacityIncapacity_Legislation_across_the_UK).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*. Madrid: Ed. Thomson-Reuters-Aranzadi.

- (2019). Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 253-270.
- MAYOR DEL HOYO, M.ª. V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*. Valencia. Ed: Tirant lo Blanch.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). La ineeficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 495-510.
- PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2019). La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad. *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, mayo/junio de 2019, 158 y 159.
- PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 5-28.
- (2020). El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, enero-marzo, de 2020, Estudios, 3-29.
- PEREÑA VICENTE, M. (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 119-141.
- (2019). Prólogo a Castán Pérez-Gómez, S. *Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Madrid: Ed. Reus, 11-22.
- RECOVER BALBOA, T. (2014). Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad. En: M.ª C. García Garnica (dir.) y R. Rojo Álvarez-Manzaneda (coord.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Ed. Dykinson, 19-29.
- RIBOT IGUALADA, J. (2019). La nueva «curatela»: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento, En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 215-252.
- SANCHO GARGALLO, I. (2018). Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 17-25.
- VIVAS TESÓN, I. (2012). Una propuesta de reforma del sistema tutivo español: proteger sin incapacitar. *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre de 2012.

## NOTAS

<sup>1</sup> Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificada, junto con su Protocolo Facultativo, por España (BOE n.º 96 y 97, de 21 y 22 de abril de 2008).

<sup>2</sup> CARRASCO PERERA (2018, 5) considera que debería dejarse fuera del Código civil «todo el aparato de las medidas de apoyo, importantes para el “desarrollo” del discapacitado, pero no relevantes para la validez del contrato», por las consecuencias de una posible anulación del contrato.

<sup>3</sup> Por todos, GARCÍA RUBIO (2019, 31), RECOVER BALBOA (2014, 26) y CUENCA GÓMEZ (2018, 85) que habla de «exigencias» de la Observación general.

<sup>4</sup> Todo ello, en MARTIN, MICHALOWSKI, STAVERT, WARD, RUCK KEENE, HEMPSEY, CAUGHEY, MCGREGOR, (2016, 55-57).

<sup>5</sup> Más sobre esta cuestión, en GARCÍA PONS (2013, 119 y 120) y DE SALAS MURILLO, S. (2018, 3-6).

<sup>6</sup> Estando este trabajo en fase de corrección de pruebas, el Consejo de Ministros aprobó una nueva versión del 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, procedente de los Ministerios de Justicia y de Derechos Sociales y Agenda 2020 (3 de julio de 2020. Versión no disponible en internet). He introducido los cambios correspondientes respecto a la versión de 14 de enero de 2019, sobre la que me basé en el trabajo enviado a la revista.

<sup>7</sup> En este sentido afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2019, 263) que en un sistema legal de medidas de apoyo que contenga una medida central como la curatela, es imprescindible que las facultades de representación formen parte del contenido posible de esa medida central, si se quiere disponer de una panoplia suficientemente amplia de mecanismos capacitantes. Según CANIMAS BRUGUÉ (2016, 2014) «Si se prohibieran este tipo de decisiones, ello conllevaría la desprotección de muchas personas, que hoy viven una vida digna gracias a ellas»; en el mismo sentido, y sin ánimo de exhaustividad, otros muchos autores, como DÍAZ ALABART (2018, 167-168), CUADRADO PÉREZ (2019), DE AMUNÁTEGUI (2019 a y b), LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020, 117) o PERENA VICENTE (2018).

<sup>8</sup> GARCÍA RUBIO (2018 a, 31 y 32, y 2018, 182), en trabajos especialmente representativos en este punto, dada su condición de vocal de la Comisión General de Codificación, redactora del Anteproyecto.

<sup>9</sup> Dificultad que también se puede dar como advierte PERENA VICENTE (2018, 130 y 131), cuando la voluntad se expresa, pero de forma contradictoria.

<sup>10</sup> CANIMAS BRUGUÉ (2016, 18 y 19).

<sup>11</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019 a, 40), y CUADRADO PÉREZ (2019, 43-44). Este autor aporta una sentencia muy ilustrativa del TEDH —(Sección 1.<sup>a</sup>) de 23 de marzo de 2017, Caso A-M.V. contra Finlandia—, al juzgar la decisión de un defensor judicial en relación con el establecimiento del domicilio de una persona con discapacidad intelectual, cuya capacidad equivalía a la de un niño de entre seis y nueve años, en contra de la voluntad expresamente manifestada por este. El TEDH consideró que, si bien el sujeto había mostrado su voluntad de residir con su antigua familia de acogida, era incapaz de conocer el significado y las consecuencias de habitar en un lugar recóndito y aislado, y juzgó que la decisión de su defensor judicial había sido adoptada atendiendo a la realidad y circunstancias del afectado, sin, como dice el autor, «sacralizar» las preferencias de la persona con discapacidad.

<sup>12</sup> <https://onlinelibrary.wiley.com/toc/20515545/2019/18/1>. Destacan artículos como «La interpretación de “voluntad y preferencias” por el Comité de la ONU puede violar los derechos humanos», de STEINERT, o «La Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidades de la ONU: grandes oportunidades e interpretaciones peligrosas», de GALDERÍSI, en el citado número de la revista.

<sup>13</sup> Desde la perspectiva de la Medicina legal es muy interesante, por su frecuencia en la práctica, la propuesta de formación y criterios para diferentes profesionales que aparece en, BLUM, GÓMEZ DURÁN, RICHARDS, (2013, 63-69).

<sup>14</sup> La cuestión la advierte Antonio PAU (2018, 10).

<sup>15</sup> Sobre la interpretación del criterio del interés de la persona con discapacidad en la jurisprudencia de Tribunal Supremo, GUILARTE MARTÍN-CALERO (2018) y PARRA LUCÁN (2019).

<sup>16</sup> La concepción clásica de autonomía privada en el Derecho civil, en realidad, también es amplia, considerada como «aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social...». DE CASTRO y BRAVO (1967, reimpr. de 1985, 12-13).

<sup>17</sup> Cfr. GARCÍA PONS, (2013), que aporta una muy interesante descripción del proceso de aprobación de este artículo.

<sup>18</sup> Principio que, según la STC 7/2011, de 14 de febrero se considera afectado por las limitaciones en la capacidad de obrar: «*el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE)*. La infracción de este principio también fundamenta por ejemplo, junto con otras cuestiones, el paso de una tutela a una curatela (STS 1901/2017, de 16 de mayo, STS 3923/2017, de 8 de noviembre, Ponente PARRA LUCÁN).

<sup>19</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014, 50).

<sup>20</sup> Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española (diciembre de 2018), disponible en [https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218\\_Art49Consti.pdf](https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf).

El texto quedaría redactado como sigue:

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

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas.

<sup>21</sup> No puedo estar de acuerdo, por ello, con la afirmación de ETXEBERRÍA MAULEÓN (2016, 56) de que «somos sujetos de dignidad porque tenemos capacidad de autonomía, dirá KANT (1973), y nos construimos de acuerdo con esa condición de dignidad cuando actuamos autónomamente. Por tanto, si alguien bloquea o reprime nuestra autonomía, está dañando el corazón de nuestra identidad moral». Estas corrientes están descritas por ALEMANY GARCÍA (2014, 218 y 219) manifestando que «la noción de dignidad reducida a la autonomía individual es el sustrato de la ideología neoliberal o libertaria que desfiende el antipaternalismo radical. La incapacitación, decidida por un juez en un proceso con garantías, fundada en la incapacidad del sujeto para auto-gobernarse, con la única finalidad de proteger al incapaz es un atentado contra la dignidad personal, desde esta concepción libertaria, porque constituye una interferencia en la libertad». Si bien no cabe duda de que el paternalismo, entendido como proteger a la gente de sí misma, entraña limitaciones a la libertad y la autonomía, estas se justifican precisamente por el respeto a la dignidad y la igualdad, mientras que «el antipaternalista radical parece dispuesto a sacrificar los intereses de los más débiles para garantizar el respeto a la libertad».

<sup>22</sup> La idea y está desarrollada en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014, 38-39).

<sup>23</sup> «El derecho de asociación reconocido a todos en el artículo 22 de la Constitución comprende no solo el derecho a asociarse, sino también, en su faceta negativa, el derecho

a no asociarse (SSTC 5/1981, 45/1982 y 67/1985). ...Se trata de un derecho fundamental de carácter irrenunciable, cualquier cláusula obligacional que lo desconozca es nula y carece de eficacia (art. 1255 CC), por infracción del artículo 22 de la Constitución; ya que tal derecho fundamental no puede quedar condicionado o impedido por cargas reales o personales de ningún tipo, sin perjuicio, claro está, de las consecuencias que en el ámbito meramente contractual pueda tener la libre decisión personal de integrarse o no en una determinada Asociación y la de dejar de pertenecer a ella» (STC 183/1989, de 3 de noviembre). Muy interesante, a los efectos del balance de principios que apuntamos en el texto, la STS 874/2008, de 25 de septiembre (Ponente MONTÉS PENADES), al afirmar «que cualquier limitación del principio de libertad de asociación (o de no asociación) debe tener un tratamiento excepcional y encontrar suficiente justificación, de modo que solo puede hallarse justificada una intervención de los poderes públicos cuando la limitación sea necesaria para la consecución de determinados fines de relevancia constitucional».

<sup>24</sup> La expresión de autorregulación / heterorregulación la tomo de Antonio PAU (2018, 13) y la de medidas anticipatorias o preventivas y de medidas reactivas o *ex post* de GARCÍA RUBIO (2018 a). Ambas expresiones son igualmente elocuentes y descriptivas, pero como se observará, en el texto he optado por la primera porque se adecua más a la idea que quiero expresar.

<sup>25</sup> La alusión de que se trata de medidas para el futuro se reitera en otras expresiones que aparecen a lo largo del Anteproyecto como: «absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que pueda tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo» (exposición de motivos), «conurrencia futura de circunstancias que pudieran dificultarle el ejercicio de su capacidad» (art. 251), y «en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248...» (art. 269).

<sup>26</sup> En la propuesta de en la Propuesta sí que se exige expresamente la mayoría de edad y la capacidad suficiente (art. 178-1); en contra se muestra GARCÍA RUBIO (2018 a, 39), considerando que la exigencia de plena capacidad o algo similar en el poderdante, sería incompatible con el sistema del Anteproyecto.

<sup>27</sup> Si bien, como advierte la misma autora, es una cuestión todavía abierta: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019 a, 75-76). También, con un completo tratamiento de esta fase, de esta misma autora (2019 b).

<sup>28</sup> FLYNN (2019, 50 y 51).

<sup>29</sup> Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, modificada en este punto por el artículo 6.1 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre.

<sup>30</sup> Necesidad expuesta a lo largo del informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil en materia de discapacidad.

<sup>31</sup> CUADRADO PEREZ (2019, 43).

<sup>32</sup> Otro problema de orden práctico que dejo apuntado es el acceso al contenido de esta autorregulación y de las medidas de provisión de apoyos en general por parte de los terceros que se relacionan con la persona con discapacidad. La dificultad ya se planteó con la publicidad de uno de los instrumentos de este tipo, el citado poder preventivo, pero lo que se prevé ahora tiene, como acabamos de ver, un espectro mucho más amplio. Hay que recordar que respecto al poder, se ha admitido, tras superar algunas reticencias por su carácter negocial, su acceso al Registro civil. Cuando se implante por fin el nuevo Registro civil, con su sistema de folio personal electrónico —la *nueva* Ley de Registro civil es de 2011 y aún no ha entrado en vigor—, los notarios deberán dar traslado al mismo del contenido de estos instrumentos y deberá permitirse su acceso a todas las personas con interés legítimo. Sobre esta cuestión, DE SALAS MURILLO (2011). Muy interesantes las alusiones de ESCARTÍN IPIENS, al posible conflicto con el derecho a la privacidad en relación al Registro civil, el Registro de la propiedad y otros registros (2018, 109-118). Por su parte, CARRASCO PERERA (2018, 5) critica que el sistema proyectado obliga «al cocontratante a consultar en el Registro Civil concienzudamente

cuáles son las medidas de apoyo dictadas para un discapacitado, porque de otra forma el contrato puede devenir ineficaz».

<sup>33</sup> En este sentido, GARCÍA RUBIO (2018 a, 43): «En principio mi opinión al respecto es positiva, pues no creo que sea conforme con la CDPD la imposición de un apoyo que no se quiere».

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, SALCEDO HERNÁNDEZ, AYALA VARGAS, y VIGUERAS PAREDES, (2015): 105-107.

<sup>35</sup> Como explica SANCHO GARGALLO (2018, 18), si bien los jueces no tienen por qué tener el monopolio de la tutela jurídica de la persona con discapacidad, pues existen otros medios de protección, también privados, «incluso en estos casos, en última instancia, aunque sea mediante una tutela reactiva, el juez acaba siendo el último garante de los derechos de la persona con discapacidad. Hay que tener cuidado con que estos medios privados puedan llegar a ser escudos de protección, no de la persona discapacitada, sino de quienes tienen cautiva su voluntad lábil, en cuanto que les suministre un título de actuación que les exima de cualquier control judicial».

<sup>36</sup> PERENA VICENTE (2018, 127).

<sup>37</sup> En este mismo sentido, es muy significativo lo que advierte DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019 a, 41 y 42): «Desde luego el rechazo o postergación del criterio del “mejor interés” no creo que pueda considerarse absoluto y prioritario en cualquier ámbito, por cuanto el propio APL permite al juez, por ejemplo, rechazar la delación hecha por uno mismo cuando exista alteración de las circunstancias. Por otra parte el rechazo a los apoyos, en el sentido de no querer su adopción judicial, debe tener el valor que reviste la oposición a la demanda con la que pudiera comenzar el proceso, mediante la protección y salvaguarda que se desprende de la tramitación del procedimiento correspondiente, mediante sus mecanismos de defensa y representación, debiendo el juez, a la hora de adoptar su decisión, atender a las preferencias y deseos en la medida de lo posible, con una prevalencia evidente en muchos casos de estándar del mejor interés o protección».

<sup>38</sup> Situaciones que excepcionan el principio dispositivo, como señala, ESCARTÍN IPIÉNS (2018, 95).

<sup>39</sup> La propuesta de nuevo artículo 757.1 de la Ley de enjuiciamiento civil en el Anteproyecto no difiere mucho del tenor actual: »*El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes, o hermanos*».

<sup>40</sup> En este sentido se ha dicho que: »*Las decisiones que tomamos no suelen ser puramente racionales. Considerar todas las alternativas en una situación determinada no suele ser posible ni deseable en vista de la cantidad de tiempo que ello requeriría. Nuestras emociones afectan a nuestras decisiones sobre las opciones que merece, o no merece, la pena sopesar. El proceso también se ve influido por nuestras experiencias y antecedentes sociales y culturales, incluidas nuestras redes personales. También asumimos riesgos y cometemos errores. Aprendemos de algunos errores, y repetimos otros*»». Documento temático del Consejo de Europa (2012, 19) *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*.

<sup>41</sup> Así lo afirma LEGERÉN MOLINA (2019, 195-198), en un fundamentado análisis del derecho a equivocarse aludido en el texto, en relación con el principio de confianza. Añade el autor, en nota 85, que la sustitución sistemática en la toma de decisiones produce «empequeñecimiento» de la persona, a la vez que genera dependencia y desvalimiento. El problema se agrava cuando, ante tal situación, los terceros o la sociedad en su conjunto —con o sin culpa— reaccionan consolidándola.

<sup>42</sup> LEGERÉN MOLINA (2019, 196, nota 83).

<sup>43</sup> En la regulación actual sobre la curatela en el Código civil se habla de «intervención» (art. 288), «asistencia» (art. 289) y no propiamente de asentimiento; la diferencia se establece con más claridad en la regulación del proceso de adopción, tras la reforma

efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, pero en el aspecto de resaltar su papel, por así decir «externo» al contrato realizado entre la persona con discapacidad y un tercero, puede ser trasladable y útil. Ahora bien, las diferencias en cuanto a su valor jurídico en uno y otro ámbito son notables. El sistema instaurado por esta reforma, como explica Mayor del Hoyo, «no prescinde de la manifestación de voluntades, tanto de quienes son parte, como de otros sujetos implicados, a través de la exigencia de los llamados consentimientos, asentimientos y audiencias —artículo 177 del Código civil—. Ahora bien, tales manifestaciones de voluntad no tienen carácter constitutivo, sino que solo son presupuestos procesales, aunque —eso sí— obligatorios: si no existen, no se puede constituir la adopción por el Juez», MAYOR DEL HOYO (2019, 198 y sigs.).

<sup>44</sup> GARCÍA RUBIO (2018 a, 31-33).

<sup>45</sup> En este mismo sentido, PEREÑA VICENTE (2018: 121-123) propone un equilibrio entre el estándar de intervención y el estándar de actuación en este punto, para evitar las disfunciones que podrían producirse, de contemplar únicamente como criterio de actuación el respeto a la voluntad de las personas. Esta misma autora (2019, 19) anticipa que la propuesta de que la voluntad desplace en todo caso al interés superior de la persona en todo caso, anunciada por la exposición de motivos del Anteproyecto, será una de las cuestiones que dará lugar a debates y argumentaciones en la tramitación del proyecto de ley.

<sup>46</sup> Y también, en el Derecho italiano, el beneficiario de la *amministrazione di sostegno*, que esté en desacuerdo con el administrador de apoyo puede dirigirse al juez tutelar: cfr. VIVAS TESÓN (2012, 19).

<sup>47</sup> De hecho, solo son eficaces los actos celebrados por el incapacitado que tenga la capacidad natural para ellos, cuando la Ley les reconoce expresamente validez, como sucede en el testamento cuando se den los requisitos del artículo 665 del Código civil o en el matrimonio (art. 56 CC). Las presunciones descritas en el texto son consecuencia lógica de los imperativos de la seguridad jurídica, tanto en el ámbito de la capacidad como en el de la minoría o mayoría de edad; en ocasiones se ignora con ellas, ciertamente, la realidad, pero es comúnmente aceptado que deben primar los estándares objetivos que aportan seguridad. Pero la situación no necesariamente es inamovible, pues la aplicación del régimen de la anulabilidad a dichos actos —señaladamente los del intervalo lúcido— permite confirmar o sanar lo que desde un punto de vista de verdad material, sería un acto realizado por una persona que en ese momento era capaz. Y ello sin perjuicio de que la confirmación también podría tener lugar si el representante legal, al margen de la lucidez o no en ese momento del incapacitado, hubiera considerado que se trataba de un acto beneficioso para él (para el incapacitado) que mereciese la pena conservar. Sobre todo ello, en el Derecho aún vigente, cfr. DE SALAS MURILLO (2016).

<sup>48</sup> La ambigüedad aumenta, como ha identificado brillantemente RIBOT IGUALADA (2019: 220), en la medida en que tanto precisan apoyo quienes lo reciben informalmente como quienes tienen asignado judicialmente un curador o un defensor judicial, así como aquellas personas con discapacidad que no lo tienen, pero que podrían solicitar la provisión de apoyos.

<sup>49</sup> RIBOT IGUALADA (2019: 220-222) con citas de las críticas vertidas en este mismo sentido en el Derecho alemán.

<sup>50</sup> Un desarrollo sobre estas opciones, en MESSÍA DE LA CERDA (2018) y ALBERACHE DÍAZ-FLORES (2018).

<sup>51</sup> Nuevamente cito a CUADRADO PÉREZ (2019, 44): «Si lo que pretendemos es asimilarlos por completo a las personas sin discapacidad, hemos de admitir el posible juego de la anulabilidad por error vicio cuando son las propias personas con discapacidad quienes, con el apoyo pertinente, contratan personalmente. No obstante, entendemos que en estos casos será más probable encontrar casos de falsa representación de la realidad que propicie la contratación, a pesar de la importante labor de las personas que ejerzan

el apoyo, que únicamente auxiliarán y asistirán al afectado, pero no determinarán si celebra el contrato o no».

<sup>52</sup> Una descripción más completa de las mismas en DE SALAS MURILLO (2018).

<sup>53</sup> CARRASCO PERERA (2018, 4 y 5).

<sup>54</sup> En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2019: 262), el principio de seguridad del tráfico y de protección a los terceros «es algo que debe ser amparado, en beneficio de todos: también de la propia persona con discapacidad psíquica, porque un régimen en el que haya un alto nivel de riesgo de invalidez de los contratos celebrados con ellos tiene como consecuencia lógica desincentivar la celebración de dichos contratos». Desde esta perspectiva, en los casos en los que la afección de la capacidad de autogobierno tiene carácter duradero, es razonable disponer de mecanismos o instituciones que, aunque limiten su capacidad de obrar, se considera como *capacitantes*, en la medida en que ofrecen un cauce para que sean tomadas las decisiones que han de ser tomadas (es decir, que no pueden dejar de ser tomadas sin perjuicio, en ocasiones grave, de la propia persona con discapacidad psíquica), y que lo sean con garantías suficientes. También advierte de este peligro PARRA LUCÁN (2019: 159).

<sup>55</sup> GARCÍA RUBIO (2018 b, 184-185). A juicio de GUILARTE MARTÍN-CALERO (2018, 141-161), era más adecuada la redacción dada a este precepto en la versión del Anteproyecto de 23 de septiembre de 2018, que lo formulaba en positivo: «Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas», y propone una redacción en la que se recoja la excepcionalidad de tales limitaciones y, por tanto, su interpretación restrictiva: «Las personas con discapacidad que cuente con medidas de apoyo podrán contratar, en igualdad de condiciones con las demás, sin más excepciones que las derivadas de ellas». La autora entiende que tal limitación plasmada en el dispositivo contractual previsto en el Código civil —no extrapolable a los actos personalísimos—, permite a la persona intervenir en el tráfico jurídico patrimonial, bien asistida, bien representada y sería acorde con la Convención de Nueva York si se acompañara de una regulación garantista de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y exigiendo, como regla general, para la expresión del consentimiento de las personas con discapacidad, la establecida en la sentencia y en lo no previsto se reconozca la capacidad para consentir.

*(Trabajo recibido el 5-5-2020 y aceptado para su publicación el 18-5-2020)*