

# LA DEFENSA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

**ESTHER ALBA FERRÉ.**

Profesora ayudante doctor de Derecho civil.  
Universidad Nacional de Educación a Distancia  
[estalba@der.uned.es](mailto:estalba@der.uned.es)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: EL MODELO SOCIAL ANTE LA DISCAPACIDAD. 2. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 2.1. El concepto. 2.2. ¿Reconocimiento o supresión? 3. EL INTERÉS PREFERIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RESPETO A SU VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS. 3.1. Principio rector, superior y prevalente: la autonomía personal. 3.2. Diferenciación entre voluntad, deseos y preferencias. 3.3. El juicio notarial de capacidad y el otorgamiento por videoconferencia. 3.4. Rechazo o renuncia a las medidas de apoyo: el derecho a equivocarse. 4. LA VOLUNTAD *VERSUS* EL INTERÉS. 4.1. ¿Puede existir un apoyo contrario a su voluntad? 4.2. El conflicto de intereses y la influencia indebida: las salvaguardias y el defensor judicial. 5. EL APOYO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD QUE NO PUEDE MANIFESTAR SU VOLUNTAD: LA DUDOSA EXCEPCIONALIDAD DE LA CURATELA REPRESENTATIVA. 6. EL NECESARIO RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL MODELO SOCIAL ANTE LA DISCAPACIDAD

El modelo proteccionista tradicional o también llamado modelo médico ante la discapacidad, que incapacitaba o modificaba judicialmente la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, ha sido sustituido por un modelo social que trata de garantizar la participación plena y efectiva en la sociedad de estas las personas en igualdad de condiciones que los demás, superando cualquier barrera que lo impida, como nos lo recuerda el art. 1 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 de Nueva York (en adelante, CDPD)<sup>1</sup>.

Las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y los poderes públicos deben garantizar su ejercicio, evitando cualquier tipo de discriminación y adoptando los ajustes razonables que corrijan cualquier desigualdad y proporcionando las salvaguardias adecuadas y efectivas en todas las medidas de apoyo relativas al ejercicio de su capacidad. El art. 12 CDPD se reafirma en el reconocimiento de su personalidad jurídica, lo que nunca se había dudado, y lo considera como requisito indispensable para que se les atribuya plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 publicado en el BOE No. 96, de 21 de abril de 2008.

<sup>2</sup> La Convención utiliza el término de ejercicio de la capacidad jurídica, lo que hace dudar si se mantiene o no la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. En este sentido, véase ALBA FERRÉ, E., «El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad », en OLIVER CUELLO, R.,

Será la Observación General No. 1 (2014) del Comité sobre Derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas en su párrafo tercero la que al abordar el art. 12.2 CDPD entiende que la capacidad jurídica y la capacidad mental de estas personas son conceptos distintos. La capacidad jurídica comprende la capacidad legal (esto es, la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones) y la legitimación para actuar o capacidad de ejercer esos derechos y obligaciones. Sin embargo, la capacidad mental se refiere a «la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales»<sup>3</sup>. Hay que insistir en que todas las personas tienen capacidad jurídica, pero no tienen la misma capacidad mental porque no todas son iguales ni tienen la misma autonomía personal. La Convención parece olvidarse de este detalle de gran trascendencia práctica y trata a todas las personas con discapacidad como si tuvieran por regla general la misma capacidad jurídica y mental, resaltando la importancia de garantizar su vida independiente y su inclusión social en el art. 19.

La Observación General No. 5 (2017) considera que la vida independiente conlleva que estas personas con discapacidad «cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten». Insiste en que la autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente y que implica que no se vean privadas de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas.

A nivel interno, la importancia del respeto a la dignidad y autonomía personal de las personas con discapacidad está claramente reconocida en el Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las Personas con Discapacidad y en concreto, en su art. 3 a) al establecer como principio «El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de la toma de decisiones, y la independencia de las personas»<sup>4</sup>.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 (en adelante, Ley 8/2021) implementa este nuevo modelo ante la discapacidad haciendo primar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad con la intención de que no existan conflictos de intereses ni influencias indebidas, como nos recuerda en su Exposición de Motivos párrafo segundo, insistiendo en que son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones<sup>5</sup>. Creemos que se debería haber delimitado el tipo de discapacidad (sensorial o intelectual) y el grado de discapacidad del sujeto a los efectos de valorar su capacidad negocial<sup>6</sup>. La Ley 8/2021 también parece entender que por regla general todas las personas con discapacidad tienen la capacidad mental para manifestar

---

(Dir.), *Los retos de la Empresa, el Derecho y la Comunicación en el mundo actual*, JB Bosch, Barcelona, 2022, pp. 295-316.

<sup>3</sup> Las Observaciones Generales 4) están disponibles en <http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/> (fecha de consulta: 29 de diciembre de 2023).

<sup>4</sup> El Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las Personas con Discapacidad se publicó en el BOE No. 289, de 3 de diciembre de 2013.

<sup>5</sup> La Ley 8/2021, de 2 de junio 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 se publicó en el BOE No. 132, de 3 de junio de 2021.

<sup>6</sup> MARTÍN BRICEÑO, M.<sup>a</sup> R., «La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflicto de intereses e influencia indebida», en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 471 también demanda la delimitación del tipo y del grado de discapacidad.

su voluntad, deseos y preferencias y considera excepcional que no puedan manifestar esa voluntad por el deterioro grave que sufren derivado de la discapacidad o que dicha voluntad no salvaguarde su mejor interés, en cuyos casos se requerirá que la curatela deje de ser asistencial y sea representativa<sup>7</sup>.

La excepción antes mencionada no se corresponde con la realidad que es otra diferente, puesto que, gracias a las nuevas terapias y a la revolución de la medicina, la pervivencia de personas con enfermedades crónicas o degenerativas propias de la vejez o relacionadas con la salud mental hace que nuestra sociedad esté envejecida. Estas personas adultas con discapacidad y con mayor esperanza de vida progresivamente pierden su autonomía personal y demandan una mayor asistencia y cuidado, e incluso al no poder manifestar su voluntad o no haberlo hecho anteriormente, requieren de representación<sup>8</sup>.

Los datos hablan por sí mismos. La Organización Mundial de la Salud advirtió que en 2015 el Alzheimer y otras demencias afectaban a 47 millones de personas (alrededor del 5% de la población mundial de la edad avanzada), cifra que se preveía que aumentaría a 75 millones en 2030 y a 132 millones en 2050, si atendemos al Plan Integral de Alzheimer y otras demencias. En España se supera la cifra de 700.000 personas enfermas entre los mayores de 40 años, acercándose en 2050 a los dos millones<sup>9</sup>. Cuando estas enfermedades estén en estado avanzado estas personas no podrán manifestar su voluntad, deseos y preferencias salvo que lo hayan hecho antes y requerirán de una curatela representativa y se deberá valor su mejor interés. Estos datos son una clara manifestación de la dudosa excepcionalidad de la curatela representativa.

Esto nos lleva a analizar en primer lugar en qué consiste el interés superior de la persona con discapacidad y cuáles son los caracteres que lo definen, para luego comprobar si la Convención y el Comité sobre Derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas hacen referencia al mismo. Tendremos que comprobar si este interés

---

<sup>7</sup> La curatela representativa está prevista en el art. 269.3 CC que establece «Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

<sup>8</sup> Véase LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 19-26 cuando se preocupa de la pérdida progresiva de la autonomía personal de las personas mayores y la insatisfactoria respuesta de las instituciones de guarda. El Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) con frecuencia bienal a partir del año 2015, elabora Proyecciones de Población con un horizonte de 50 años (2020-2070) para el total nacional y según ellas, en 2035, la esperanza de vida al nacimiento alcanzaría los 83,2 años en los hombres y los 87,7 en las mujeres, lo que supone una ganancia respecto a los valores actuales de 3,2 y de 2,3 años respectivamente. Estos valores serían de 85,8 año para los hombres y de 90,0 años para las mujeres. Esta información está disponible en [https://ine.es/ss/Satellite?c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout](https://ine.es/ss/Satellite?c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout) (fecha de consulta: 16 de enero de 2024).

<sup>9</sup> El Plan Integral de Alzheimer y otras Demencias (2019-2023) presentado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social está disponible en [https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/docs/Plan\\_Integral\\_Alzheimer\\_Octubre\\_2019.pdf](https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/docs/Plan_Integral_Alzheimer_Octubre_2019.pdf) (fecha de consulta: 11 de enero de 2024). La Confederación Española de Asociaciones de Familiares de personas con Alzheimer y otras demencias (en adelante, CEAFA) estima que cifra supera el 1.200.000 de personas ante la gran cantidad de casos no diagnosticados que se estiman en un 30%. La Sociedad Española de Neurología reconoce que puede llegar a un 80% ante Alzheimer o demencias muy tempranas y que el número de estas enfermedades va a aumentar porque nuestra sociedad es una sociedad envejecida. Toda esta información ha sido obtenida del informe titulado «Censo de las personas con Alzheimer y otras demencias en España», realizado en 2021 y disponible en <https://www.ceafa.es> (fecha de consulta: 11 de enero de 2024).

se ha visto suprimido o ha sido olvidado en la Ley 8/2021 o si en la práctica, la jurisprudencia está demostrando que sigue gozando del valor de un verdadero principio general del Derecho en defensa de la discapacidad.

Será importante contemplar este interés desde la perspectiva de las distintas situaciones en que se puede encontrar una persona con discapacidad según que pueda o no expresar su voluntad. Dentro del interés superior de las personas con discapacidad, el interés preferido es el que manifiesta y respeta la voluntad, deseos y preferencias como principio rector del nuevo modelo social ante la discapacidad y en concreto, en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se comprobará si la persona con discapacidad tiene derecho a equivocarse, lo que podría hacerlo a través de la renuncia o rechazo de las medidas de apoyo previstas.

¿Y si la persona con discapacidad no ha expresado su voluntad de manera abierta o el interés de esta persona es contrario con su voluntad o con sus necesidades reales? Para dar solución a esta pregunta será importante poder determinar la trayectoria vital de esta persona y comprobar la labor del notario en el juicio de capacidad que debe realizar respecto de las personas que quieran solicitar medidas voluntarias de apoyo, y determinar si la autoridad judicial competente puede adoptar medidas en contra de la voluntad de las personas con discapacidad, haciendo primar el interés superior de dichas personas. Ello nos llevará a valorar por último la defensa de este interés como reflejo de la verdadera defensa de la discapacidad.

## **2. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD**

### **2.1. El concepto**

Si queremos conocer qué implica el interés superior de la persona con discapacidad, al ser un concepto jurídico indeterminado, la jurisprudencia nos ayudará a ello. En la STS de 18 de julio de 2018 (RAJ 2018, 2957) se consideraba que este interés «no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado».

Así, este interés se ha conformado según STS de 6 de mayo de 2021 (RJA 2021, 2381) «como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. El fin de tal principio es velar por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas más acordes a sus intereses, que son los que deben prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros.

Estamos ante un verdadero principio general de nuestro ordenamiento y por ello, DE LA IGLESIA MONJE afirma que actúa como «instrumento informador de instituciones que afectan a las personas que se pretende proteger, proporciona criterios de

interpretación y, además, deviene norma supletoria de aplicación cuando proceda, a falta de otra norma especial»<sup>10</sup>.

Y como indica VERDERA IZQUIERDO se trata «de un concepto muy ligado al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad»<sup>11</sup> y de un principio que debe tener el calificativo de superior frente al interés del menor que no debe tildarse de superior «porque el mismo puede entrar en juego con otros intereses que habrá que sopesar en cada supuesto particular. En cambio, al situarme ante el interés de la persona discapacitada sí que se debe tildar de “superior”»<sup>12</sup>. Ello lo corrobora el Tribunal Supremo en la STS de 3 de junio de 2016 (RJA 2016, 2311) al manifestar que este interés «está por encima de cualquier otro que pueda concurrir».

El interés superior de la persona con discapacidad debe ser la razón de ser de cualquier medida de apoyo basada e implícita en la idea del cuidado que necesitan estas personas, lo que ha llevado a GARCÍA ALGUACIL a considerar que estamos ante un verdadero límite a la autonomía de la voluntad al decir que «se convertirá, pues, el mayor interés del discapacitado en un límite, ciertamente, no consagrado expresamente en ningún texto legal, pero sí deducible de muchos de ellos»<sup>13</sup>. Sin embargo, como luego demostraremos, consideramos necesario entender que la voluntad y el interés de la persona con discapacidad son conceptos complementarios y que dicha voluntad debe ser interpretada y modulada en su propio interés, lo que permitirá que la persona con discapacidad pueda reflejar su interés preferido.

Es el momento de comprobar si la Convención ha reconocido este interés y cómo ha sido valorado por el Comité sobre Derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas y si nuestro ordenamiento hace lo mismo.

## 2.2. ¿Reconocimiento o supresión?

En el art. 12.4 CDPD dispone «Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas garantías asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, las

---

<sup>10</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «La curatela y el discapacitado desde el prisma del principio del superior interés de la persona con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 740, 2013, p. 4128.

<sup>11</sup> VERDERA IZQUIERDO, B., «Respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada: realidad o utopía (Referencia al interés del discapacitado)», en GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., (Dir.), *Los derechos humanos de la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 134.

<sup>12</sup> VERDERA IZQUIERDO, B., «Respeto a la voluntad», *op. cit.*, pp. 137-138. VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 251 resalta que la superioridad del interés del menor es relativa y que se deberán ponderar en caso de conflictos de intereses legítimos «el interés de los progenitores, el interés familiar y el interés del menor, ... O, incluso ya no sólo intereses privados (padres, tutores, otros familiares o allegados, u otros particulares) sino también intereses públicos».

<sup>13</sup> GARCÍA ALGUACIL, M.J., «El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad», en PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., (Dir.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017, p. 96.

someten a exámenes periódicos. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas»<sup>14</sup>.

La Convención hace una referencia expresa a los intereses en plural, en vez de mencionar de manera directa al interés superior de la persona con discapacidad al referirse a que las salvaguardias no generen conflictos de intereses ni afecten a los derechos e intereses de estas personas. Podemos detectar que se echa en falta una referencia o reconocimiento directo de este interés superior.

Es cierto que esta referencia genérica a los intereses también se encuentra en la Recomendación (2009) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a los poderes permanentes y las directivas anticipadas relativas a la incapacidad y en concreto, el Principio 8 titulado «Preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona afectada» deja claro que «1. Cuando se instaure o se ponga en práctica una medida de protección de un mayor incapacitado, sus intereses y su bienestar deben ser tomados en consideración de manera permanente. 2. Este principio implica en concreto que la elección de una persona para representar o asistir al mayor incapacitado debe regirse ante todo por la aptitud de esta persona para proteger y promover los intereses y el bienestar del mayor en cuestión. 3. Este principio implica igualmente que los bienes del mayor incapacitado sean gestionados y utilizados en su provecho y para asegurar su bienestar»<sup>15</sup>. Se debe indicar que esta recomendación sigue hablando de incapacitado en vez de persona con discapacidad, pero que califica a la preeminencia de los intereses de estas personas como un verdadero principio siempre conectado con su bienestar tanto en el ámbito personal como patrimonial.

Sin embargo, la Observación No.1 (2014) en su introducción no menciona entre los principios generales, en los que dice que se funda la Convención, el interés superior de la persona con discapacidad. En el párr. 21 dispone «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 sustituido por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, según el artículo 1, 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». Expresamente excluye este principio en el párr. 29 b) al decir que el sistema de apoyos de dichas personas debe estar basado «en la voluntad y las preferencias de la persona y no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo, principio este último que basa la actuación del sustituto en la toma de decisiones».

Esta contradicción detectada entre en la Convención y en la Observación, lleva a dudar del alcance jerárquico de dicha Observación y así, VERDERA IZQUIERDO nos recuerda que «las Observaciones funcionan a modo de fuente interpretativa auténtica de las propias Convenciones pero, comprobamos que introduce elementos nuevos no

---

<sup>14</sup> En este sentido, la STS de 18 de julio de 2018 (RJA 2018, 2957) dispone «El interés superior del discapaz -sentencias 635/2015, 19 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio- es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad».

<sup>15</sup> La Recomendación R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, de 23 de febrero de 1999 también hacía referencia a los intereses de estas personas.

contemplados en la Convención, como es la exclusión expresa del interés del discapacitado».

A nivel nacional, nuestro Código Civil inicialmente sí que es cierto que en la antigua redacción hacía referencia al interés en los antiguos arts. 216 y 299 CC, siendo muchos otros (art. 224, 225, 234, 245 y 246 CC) los que se refería al beneficio del menor o del incapacitado<sup>16</sup>. La Propuesta de Código Civil presentada en 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho Civil no incluye en su título VII dedicada a las medidas de protección de la persona ni en su capítulo I dedicado a los principios generales e instituciones de apoyo (en concreto, art. 171-1) una referencia expresa al interés superior de la persona con discapacidad y solo se refiere a los intereses en plural cuando se preocupa de su salvaguarda (art. 172-1.1.) o cuando el juez debe establecer los apoyos necesarios en la toma de decisiones que afecten a sus intereses (art. 172-1. 5)<sup>17</sup>. Parece seguir la misma referencia que hace la Convención hablando de intereses en plural. Sin embargo, tras la Ley 8/2021 no se contempla el interés de la persona con discapacidad en nuestro Código Civil<sup>18</sup>. La Sección Primera de la Comisión General de Codificación realizó esa supresión.

No estamos de acuerdo con desvincular la voluntad del interés. Ambos deben coexistir siempre en defensa de la discapacidad. Así, PEREÑA VICENTE considera que «no es posible prescindir de la noción de interés superior ya que, entre otras cosas, se perdería la razón de ser de cualquier medida de apoyo o protección. Por ello, creemos que es necesario buscar una interpretación integradora y un equilibrio entre ambos, voluntad e interés»<sup>19</sup>.

GARCÍA HERRERA no reconoce tal supresión porque reconoce que «ni la Convención ni el Código civil suprimen en rigor el interés superior de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo. Si se otorga prioridad a la voluntad de la persona, eso es indiscutible y plausible, pero ello no implica de por sí una exclusión de aquel interés. ... No se da tal exclusión, precisamente, porque habrá supuestos en los que el interés superior será el único criterio que pueda usarse para ejercitar dicho apoyo»<sup>20</sup>.

Sin embargo, GARCÍA RUBIO entiende que la protección o el apoyo se ha ejercitado de modo subjetivo, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y no de modo objetivo en interés de las personas con discapacidad ya que

---

<sup>16</sup> El antiguo art. 216.2 CC establecía «Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuando lo requiera el interés de estos».

El art. 299 CC reconoce que «Se nombrará defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los supuestos siguientes: 1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores e incapacitados y sus representantes legales o el curador».

<sup>17</sup> AA.VV., *La Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018. Esta propuesta está disponible en [https://www.derechocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf) (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).

<sup>18</sup> El Proyecto de Ley en su art. séptimo seis sí que hacía referencia al interés superior de la persona con discapacidad al reformar el art 45.5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria pero esta redacción no pasó al texto definitivo de la Ley 8/2021.

<sup>19</sup> PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en PEREÑA VICENTE, M., (Dir.), *La voluntad de la persona: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 121.

<sup>20</sup> GARCÍA HERRERA, V., «El papel de la voluntad», *op. cit.*, p. 114.

se trata de un apoyo no tanto de intereses sino de deseos, que hace necesario un cambio de conciencia y mentalidad de la sociedad<sup>21</sup>.

Esto mismo sucede en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Vemos que el antiguo art. 749.1 LEC hacía referencia expresa a dicho interés al recordarnos que «El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada». Sin embargo, el actual art. 749.1 LEC, modificado por el art. 4.8 de la Ley 8/2021, solo menciona la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad y el interés superior del menor, echándose en falta la referencia al interés superior de las personas con discapacidad<sup>22</sup>.

Así mismo, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) sí que hace referencia a los intereses en general en el art. 18.2.2 en relación a la celebración de la comparecencia, el art. 19.2 dedicado a la decisión del expediente expresamente menciona los intereses de un menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo<sup>23</sup>. Sin embargo, el art. 45.2 LJV recuerda que el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor y respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, olvidándose de su interés.

Por último, observamos que el Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat) en su art. 221-1 si que establece una referencia expresa al interés de la persona afectada y lo relaciona con el cuidado y con la defensa también de sus intereses patrimoniales<sup>24</sup>. E incluso en el art. 222 CCCat se considera que este interés de la persona con discapacidad es el que guía su actuación. Podemos tomar como ejemplo el reconocimiento expreso del valor e importancia de este principio en Código Civil de Cataluña.

Por lo tanto, detectamos que no existe uniformidad en el reconocimiento del interés superior de la persona con discapacidad, lo que genera confusión en cuanto al verdadero valor que se le debe dar. La Convención habla de manera genérica y plural de intereses. La Observación No. 1 (2014) excluye expresamente este interés, basando todo el sistema de apoyos exclusivamente en el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. Y en nuestro ordenamiento el interés superior de la persona con discapacidad ya no es mencionado en el Código Civil o se sustituye por la voluntad, deseos y preferencias tanto en la LEC como en la LJV, donde también se habla de intereses.

Esto nos lleva tener en cuenta que el interés superior de las personas con discapacidad no puede ser olvidado ni suprimido. La STS 269/2021 de 6 de mayo (RJA falta) nos recuerda los principios jurisprudenciales derivados de la suscripción de la Convención diferenciando entre el principio de presunción de capacidad de las personas, el principio de flexibilidad, el principio de aplicación restrictiva, el principio de la no alteración de

---

<sup>21</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LVIII, 2018, p. 173.

<sup>22</sup> La Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil fue publicada en el BOE No. 7, de 8 de enero de 2000. Así, el art. 749.1 LEC dispone «El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor».

<sup>23</sup> La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria fue publicada en el BOE No. 158, de 3 de julio de 2015.

<sup>24</sup> La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia se publicó en BOE No. 203, de 21 de julio de 2010 y se ha adaptado a la Ley 8/2021 por Decreto-Ley 19/2021, de 31 de agosto modificándose los arts. 226-1 a 226-8 que establecen el nuevo sistema de provisión de apoyos.

los derechos fundamentales, el principio del interés superior de la persona con discapacidad para mantener al discapacitado en su entorno social, económico y familiar, el principio de consideración de sus propios deseos y sentimientos y el principio de la fijación de apoyos. Vemos que está incluido el principio de interés superior.

Este interés superior es la guía del sistema de apoyo de estas personas, pero sí es cierto que variará según las situaciones en que se puedan encontrar. No se debe ver la discapacidad de manera global, como parece hacerlo la Ley 8/2021. Cada persona con discapacidad puede tener una capacidad mental diferente. Por ello, habrá personas con discapacidad que puedan expresar su voluntad, que será su interés preferido, poniendo de manifiesto también sus deseos y preferencias, y, por lo tanto, acudiendo al notario para que se determinen las medidas voluntarias, quien las autorizará tras realizar el juicio de capacidad. Existirán otras personas con discapacidad que no hayan manifestado esa voluntad expresa y no tienen capacidad de hacerlo o personas que se encuentran en conflicto de intereses con quien ejerce las medidas de apoyo. Y nos preocuparán las personas que manifiestan una voluntad que es contraria a su propio interés.

No todas las personas con discapacidad tienen la misma capacidad ni son iguales, las hay más o menos influenciables, manipulables o vulnerables<sup>25</sup>. El objetivo de la Convención es según su art. 1 promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igual de todas las personas con discapacidad, sin excluir a ninguna. Analizaremos el interés superior de estas personas en las situaciones que se encuentren y atendiendo a su capacidad intelectual para manifestar o no su voluntad, porque este interés debe valorarse en cada caso concreto, como principio general de nuestro ordenamiento en garantía de su cuidado y bienestar.

### **3. EL INTERÉS PREFERIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RESPETO A SU VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS**

#### **3.1. Principio rector, superior y prevalente: la autonomía personal**

Según la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 en su apdo. III «las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata de una cuestión de derechos humanos» y por ello, la nueva regulación ante la discapacidad «sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y procesal» y siempre «partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas». Por lo tanto, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se ha convertido en un nuevo principio general del ordenamiento jurídico, de carácter rector, superior y prevalente. El apdo. II de la Exposición nos recuerda que estas personas para ejercer su capacidad necesitarán las salvaguardias adecuadas y efectivas «que asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida».

La autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta sus deseos y preferencias, siguiendo a VERDERA IZQUIERDO, es el criterio rector que «impregna todo el sistema y el parámetro sobre el cuál debe decidir y fundamentar su

---

<sup>25</sup> GARCIA HERRERA, V., «El papel de la voluntad», *op. cit.*, p. 115.

resolución la autoridad judicial. Por consiguiente, todo el sistema pivota en estos tres conceptos, tanto para establecer el sistema de apoyo, para concretar y determinar el contenido, alcance y extensión del apoyo y a su vez, funciona como una directriz o límite a la hora de ejercer su cargo la persona que presta el apoyo al discapacitado»<sup>26</sup>.

Se debe respetar en todo momento la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad para que puedan desarrollar sus propias capacidades y tomar sus propias decisiones, las cuales deberán ser respetadas. Estamos ante una verdadera autorregulación de la discapacidad, siempre que esta persona pueda manifestar su voluntad, frente al sistema anterior que se caracterizaba por una heterorregulación en la que se establecía un sistema de protección que limitaba los derechos de las personas con discapacidad. De esta forma, se logrará que participen en la sociedad en igual condiciones que los demás, pero siempre de acuerdo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Sin olvidar que las personas con discapacidad que puedan expresar su voluntad puede que necesiten para ello algún tipo de asistencia o apoyo, entendido como un término amplio que engloba «todo tipo de actuaciones, que pueden ir desde al acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada»<sup>27</sup>.

Las características definitorias de los apoyos serán la graduación en su implantación, la diversidad atendiendo las concretas circunstancias y necesidades de cada persona, la individualización y flexibilidad, la amplitud en cuanto que se extiende a todas las esferas en que lo precise la persona con discapacidad, respetuoso con la voluntad, deseos y preferencias de la persona, tanto pasadas como ausentes, la sensibilización y fomento de la autonomía y el ejercicio de sus derechos y las salvaguardias que velen por la eficacia de las medidas de apoyo<sup>28</sup>.

Por lo tanto, estamos de acuerdo con VERDERA IZQUIERDO cuando considera que el interés preferido o mejor interés es el que la persona con discapacidad concreta a través de su voluntad, de acuerdo con su estilo de vida, su trayectoria vital, sus valores o filosofía de vida ya que de esta forma se ve revalorizada su libertad y autonomía personal al no ser el interés superior y la voluntad, deseos y preferencias conceptos antagónicos sino complementarios<sup>29</sup>.

### 3.2. Diferenciación entre voluntad, deseos y preferencias

El art. 249 CC nos deja claro que «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requieran. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias». Este es el primero de muchos otros artículos del Código Civil que resalta la importancia de estos tres conceptos ya que se deben atender,

---

<sup>26</sup> VERDERA IZQUIERDO, B., «Respeto a la voluntad», *op. cit.*, pp. 126- 127.

<sup>27</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La necesaria y urgente», *op. cit.*, pp. 153. Véase la definición de apoyo como término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos dado por la observación General de Naciones Unidas sobre el artículo 12 de la Convención en su punto 17. La STS 282/2009, de 29 de abril configuraba el apoyo como un «traje a medida», debiendo adaptarse a las concretas necesidades de las personas.

<sup>28</sup> GARCÍA HERRERA, V., «El papel de la voluntad de la persona con discapacidad en el nuevo sistema de apoyos», en AA.VV., *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo*, Dykinson, Tomo I, Madrid, 2023, p. 111.

<sup>29</sup> VERDERA IZQUIERDO, B., «Respeto a la voluntad», *op. cit.*, p. 136-137.

respetar, garantizar, comprender e interpretar si pretendemos que la persona con discapacidad como verdadero protagonista pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás<sup>30</sup>.

La voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2011 es un «trípode omnipresente» según SEGARRA CRESPO y ALÍA ROBLES<sup>31</sup>. Ello lleva a la necesidad de diferenciar qué es lo que se entiende por cada uno de estos conceptos ya que su respeto es prioritario en el sistema de apoyos de una persona con discapacidad, siguiendo las consideraciones de VERDERA IZQUIERDO<sup>32</sup>:

En primer lugar, la voluntad de la persona con discapacidad debe ser conformada de manera libre, consciente e informada, sin olvidarnos la labor del notario en relación con la adopción de medidas voluntarias. Entendemos que la persona con discapacidad tiene autonomía y capacidad para conformar y expresar su voluntad, pero como luego veremos, existen personas que o bien tienen mermada esa capacidad o su voluntad no coincide con su mejor interés ya que no todos tienen la misma capacidad intelectual. Esa voluntad se puede extraer a través de expresiones, actuaciones o del propio recorrido vital para lo que se puede acudir a las personas allegadas o más cercanas. Se debe diferenciar la voluntad del consentimiento y así dice que para que la voluntad se transforme en consentimiento se tienen que arbitrar las medidas de apoyo adecuadas o que puedan necesitar, de acuerdo los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>33</sup>.

En segundo lugar, los deseos tienen un rango inferior a la voluntad y, por lo tanto, una menor vinculación para la autoridad judicial. Estamos ante una noción subjetiva a través de la cual la persona con discapacidad expresa sus anhelos, temores, miedos o frustraciones respecto de su persona o de la necesidad de apoyos<sup>34</sup>. Se debe diferenciar los deseos de los intereses que tendrán un carácter más objetivo y que conllevan qué es lo más conveniente para dicha persona. De esta forma, se trata de evitar situaciones que puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida al determinar las medidas de apoyo, siguiendo el mandato del art. 250.7 CC. Así la STS de 3 de diciembre de 2020 (RJA 2020, 4815), aunque anterior a la reforma, otorga mayor relevancia a los deseos de la persona a la que se pretende modificar su capacidad instada por sus hijas, quienes pretendían limitar su disposición de dinero efectivo mensualmente.

Por último, las preferencias conllevan una necesidad de elección y se pueden extraer de su trayectoria vital, de sus relaciones, de sus simpatías y antipatías, de sus prácticas cotidianas.

La importancia de conocer la trayectoria vital también se produce cuando una persona no pueda expresar su voluntad abiertamente, se deberá buscar la mejor interpretación

---

<sup>30</sup> La referencia a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad está en el art. 250.2 y 3, art. 254, art. 255.3, art. 268.1, art. 270.1, entre otros.

<sup>31</sup> SEGARRA CRESPO, M.<sup>a</sup> J. y ALÍA ROBLES, A., «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> TS de 8 de septiembre de 2021», *Actualidad Civil*, No. 10, 2021, p. FALTA.

<sup>32</sup> VERDERA IZQUIERDO, B., «Respeto a la voluntad», *op. cit.*, p. 127.

<sup>33</sup> MARTÍN BRICEÑO, M.<sup>a</sup> R., «La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflicto de intereses e influencia indebida», *op. cit.*, pp. 473 y 474 considera que si una persona presta su consentimiento en un contrato habrá que analizar si este se basa en su voluntad, o no, teniendo que priorizar lo que sabe o quiere la persona, junto a su nivel de discernimiento, y no solo lo que expresa proque a veces lo que declara no sostiene en su voluntad.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 473 entiende que los deseos se basan en querencias o anhelos y que se sitúan en el plano del propósito o de la intención de conseguir o realizar algo.

posible de su voluntad o preferencias según la Observación No. 1 (2014), respetándose así su autonomía personal. Sin embargo, cuando la persona no pueda expresar por su discapacidad la voluntad se deberá obtener de su trayectoria vital siempre teniendo en cuenta el interés superior de la persona con discapacidad. El administrador del apoyo deberá realizar una actividad reconstructiva de verdadera comprensión de esa voluntad, deseos y preferencias incluso por vía de interpretación

### 3.3. El juicio notarial de capacidad y el otorgamiento por video conferencia

#### LIBRO DE DE VERDA MI ARTICULO

El eje central de la nueva regulación ante la discapacidad es el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica en base a las medidas anticipatorias o preventivas, conocidas como medidas voluntarias, frente a las medidas reactivas o ex post, llamadas judiciales, que se adoptarán complementaria o supletoriamente a las medidas voluntarias<sup>35</sup>.

Las medidas voluntarias de apoyo son las constituidas por el propio interesado con carácter previo a la necesidad de apoyo y claramente reflejan su voluntad, deseos y preferencias. Estamos ante una autorregulación que puede verse reflejada en los poderes o mandatos preventivos y la autocuratela, entre otras medidas típicas, dirigida a lograr una desjudicialización de la discapacidad<sup>36</sup>.

Con el objetivo de comprobar si estas medidas voluntarias respetan el interés de la persona con discapacidad, podemos destacar que la persona con discapacidad puede otorgar poderes amplios a sus cuidadores. Sin embargo, pueden ser inducidos por sus propios cuidadores a la realización de contratos, corriendo el riesgo de un empobrecimiento injustificado<sup>37</sup>. Se deberán instaurar las cautelas y salvaguardas adecuadas en casos en que se detecten que estas personas pueden sufrir debilidad contractual.

Se debe potenciar la intervención de los operadores jurídicos (abogados, asistentes sociales, profesionales de la medicina en general y dedicados a la discapacidad) y en especial de los notarios «en la prestación del llamado consentimiento informado..., garantizando la accesibilidad jurídica en términos de igualdad a las personas necesitadas de medidas de protección»<sup>38</sup>.

Es el notario autorizante de estas medidas en la redacción de la medida de apoyo voluntaria, como verdadero apoyo institucional, quien debe asesorar y aconsejar al

---

<sup>35</sup> Las medidas voluntarias son llamadas también anticipatorias o preventivas frente a las medidas judiciales conocidas también como reactivas o ex post por GARCÍA HERRERA, V., «El papel de la voluntad», *op. cit.*, pp. 108-109 y por GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo», *op. cit.*, pp. 29-60.

<sup>36</sup> La denominación de autorregulación y heterorregulación es utilizada por PAU PEDRÓN, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, No. 3, 2018, p. 13.

<sup>37</sup> SERRANO GARCÍA, I., «Proyectos de reforma», *op. cit.*, p. 86

<sup>38</sup> ANCIONES FERRERAS, M.<sup>a</sup> A., «Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos», en MUÑIZ ESPADA, E., (Dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, Navarra, 2020, p. 98. Esta notaria explica que la labor de este profesional para que esta persona preste el llamado consentimiento informado supone «que comprenda lo adecuado del negocio jurídico que se realiza a su voluntad, que comprenda que la forma jurídica que se utiliza es la más adecuada conforme a sus pretensiones y a la legalidad, que entienda todos los efectos que su declaración de voluntad pueda producir tanto directa como indirectamente».

interesado en cada caso concreto para que fije ciertos controles y para evitar riesgos derivados del otorgamiento de facultades a terceros sin fiscalización.

Como nos recuerda la Circular informativa 3/2021 de 27 de septiembre de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado la actuación notarial ha cambiado ya que hasta «la entrada en vigor de la ley, el notario debía denegar su intervención en aquellos casos en que, por ejemplo, pretendiera otorgar la escritura a una persona carente del llamado autogobierno estuviera o no incapacitada. Al menos eso prescribía nuestra legislación, en abierta contradicción con la citada Convención de Naciones Unidas. Actualmente, esta barrera ha desaparecido, pues la dignidad de la persona exige, siempre que no se sustituya su voluntad, deseos y preferencias por decisiones ajenas.

No hay que olvidar la doble faceta del notario como funcionario público y profesional del derecho como nos lo recuerda el art. 1 del Reglamento Notarial (en adelante, RN), caracterizado por los rasgos de proximidad, profesionalidad y experiencia. El notario debe asegurarse que la voluntad manifestada por el interviniente es una voluntad libre y que se ha formado sin influencias indebidas.

Para ello el notario da fe de la identidad del otorgante que a su juicio tiene capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado, de que su otorgamiento es acorde a la legalidad y debe informar de la trascendencia del acto y de las consecuencias jurídicas según el art. 17 bis, 2 a de la Ley del Notariado (en adelante, LN). Sin olvidarnos que se deberá garantizar la accesibilidad de las personas que comparezcan ante el notario, pudiendo utilizarse los apoyos, instrumentos o ajustes razonables que precisen (art. 25 LN).

VALLS I XUFRE nos recuerda que el notario no tiene la *autoritas* ni el *imperium* que protege a un juez y entiende que ese juicio notarial de capacidad es un verdadero juicio de aptitud o discernimiento ya que el notario debe enjuiciar la aptitud de hecho de los comparecientes en una escritura pública<sup>39</sup>. Ello le lleva a calificarlo como un juicio de capacidad subjetivo porque dependen de quién y para quién, y circunstancial porque depende de cada caso concreto<sup>40</sup>.

La Circular informativa 2/2021 del 1 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, acerca de la Ley 8/2021 propone una nueva fórmula oportuna para declarar la capacidad de una persona con discapacidad por el notario que sería la siguiente: «Tienen, a mi juicio los comparecientes la capacidad para el otorgamiento de esta escritura, en el caso de (don o doña) con el apoyo de quien (o quienes) le asiste (o asisten) para materializar su voluntad».

La importancia de este juicio de capacidad es valorado por los jueces y así, se pone de manifiesto en la STS de 2 de noviembre de 2021 (FALTA RAJ) ante un supuesto de autocratela insiste en que «no concurren razones consistentes que avalen prescindir de la voluntad de la demandada que, en primer lugar, al superar el juicio notarial de capacidad ... procedió a la designación voluntaria de tutora en la persona de su hija, así

---

<sup>39</sup> VALLS I XUFRE, J., «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en PEREÑA VIVENTE, M., y HERAS HERNÁNDEZ, M.ª del M., (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 99 y 100.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 101-105. La STS 24/1998, de 27 de enero, ratificada por la STS 436/1998, de 12 de mayo, creando jurisprudencia sobre la presunción iuris tantum relativa al juicio notarial de capacidad realizado en el preciso momento de autorizar el acto se presume cierto mientras no se demuestre lo contrario en vía judicial. FALTA RJA

como, posteriormente, se expresó de la misma forma, en la exploración judicial ... en la que, con claridad y precisión, expuso, de forma coherente, las razones por la que quería que fuera su hija la que desempeñara el cargo, por su mayor disponibilidad, atención y confianza»<sup>41</sup>.

Si el notario es ahora un actor más en el proceso, deberá procurar que el otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones cuando existan circunstancias que puedan dificultar la configuración y expresión de una voluntad libre e informada. ¿Cómo se va a asegurar el notario que la voluntad manifestada por la persona con discapacidad es una voluntad libre de influencias indebidas que responde a sus verdaderos deseos y preferencias y que no a resultar pernicioso para sus propios intereses? La solución se encuentra en la inmediatez que caracteriza la labor del notario a través de la interacción personal con todos los intervinientes, siendo clave el diálogo con el otorgante y su familia. VALLS I XUFRÉ trata de responder a esta pregunta clave señalando que «El notario, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, puede solicitar información sobre las condiciones de vida de la persona concernida, su entorno familiar o de convivencia; pedir la calificación administrativa de discapacidad y con ella su programa de atención individual; solicitar informes de los asistentes sociales y de los profesionales que tengan relación con la persona; la intervención de profesionales expertos, a modo de facilitador como contemplado en los artículos 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil»<sup>42</sup>. Como el juicio de capacidad reflejado en la escritura pública es sintético y solo hace constar la apreciación del notario, pero no descriptivo de las razones, fundamentación o justificación de la decisión, se deberá valorar reflejar en el acta notarial previa de apoyo la intervención de estos profesionales o facilitador, los informes que se aporten. Lo fundamental es el diálogo con el interesado, familiares y profesionales del tercer sector<sup>43</sup>.

Los tiempos cambian ante las nuevas tecnologías y la forma tradicional de comparecer ante el notario también. La comparecencia u otorgamiento electrónico o no presencial supone un nuevo modelo de actuación notarial que altera ampliamente los esquemas tradicionales seguidos. La Ley 11/2023, de 8 de mayo, en desarrollo de las previsiones de la Directiva europea 2019/1151, de 20 de junio, sobre el uso de herramientas y procesos digitales en el ámbito de Derecho de Sociedades (en adelante, Ley 11/2023) y de la disposición final decimoprimera de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, que regula la intervención notarial telemática sin necesidad de presencia física de los participantes, causa la digitalización notarial<sup>44</sup>. Las ventajas son evidentes ya que conllevan la celeridad y eficiencia para la actuación notarial, evitando desplazamientos, sin perjuicio de los

---

<sup>41</sup> Sin embargo, si la persona que precise de apoyos quiere hacer testamento al ser un negocio jurídico personalísimo no valdrá esta fórmula y el apoyo que ha de recibir el testador con discapacidad psíquica será exclusivamente el del notario autorizante.

<sup>42</sup> VALLS I XUFRÉ, J., «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, p. 106.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 116. La autorización de un acta previa viene contemplada en el art. 257 CC para el caso de un poder preventivo condicionado a la discapacidad ya que para «garantizar el cumplimiento de estas previsiones, se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido».

<sup>44</sup> Ley 11/2023, de 8 de mayo, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos se publica en el BOE No. 110, de 9 de mayo de 2023.

La Ley 3/2020, de 18 de septiembre de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia fue publicada en el BOE No. 250, de 19 de septiembre de 2020.

riesgos relacionados con la suplantación de la persona, captación de voluntad e injerencia indebida, inherente a su carácter virtual<sup>45</sup>.

La falta de contacto personal y directo entre los otorgantes y el notario, característica propia de la comparecencia telemática y las limitaciones técnicas que hacen que el notario no pueda apreciar o percibir lo que rodea a las partes en el momento del otorgamiento al hacerse por video conferencia y no en el despacho notarial, lo que otorga garantía de neutralidad, pueden conllevar mayor riesgo de influencias indebidas si los otorgantes son las personas con discapacidad. Es cierto que la Ley 11/2023 recurre a la sede electrónica notarial, bajo el control del Consejo General del Notariado, como plataforma que permite la transmisión de la videoconferencia de manera semejante a los puntos de acceso seguro de la Justicia aunque no contempla que la misma se desarrolle en un lugar concreto como se establece para las actuaciones judiciales en las propias oficinas judiciales o en los Registros Civiles<sup>46</sup>. Lo que nos lleva a demandar que para casos especiales como pueden ser aquellos en que intervengan personas con discapacidad podrían realizarse en servicios concretos como la intervención telemática de personas con discapacidad que requieren de mayor observación y realización con una mayor cautela. La actuación notarial debe ser especialmente cuidadosa, adoptándose los ajustes necesarios para garantizar la autonomía del otorgante, pero «el mero hecho de que una persona necesite apoyos para el otorgamiento de un determinado instrumento público no es motivo suficiente para excluir la posible intervención o comparecencia no presencial, en base a los principios e igualdad, no discriminación y neutralidad tecnológica que deben inspirar la actuación notarial»<sup>47</sup>. En el ámbito notarial el otorgamiento telemático se podrá realizar en los actos o negocios jurídicos determinados por ley, sin excepción alguna por razón de las circunstancias personales del otorgante aunque el notario deberá velar por que el empleo de los medios telemáticos no afecte a la formación y expresión de la voluntad de los comparecientes<sup>48</sup>. Incluso se acepta una comparecencia mixta, telemática y presencial, de las diferentes partes que intervengan en el otorgamiento cuando por circunstancias personales el notario requiera la presencia de alguno de ellos ya sea porque requiere mayor información o asesoramiento o porque no cuente con los apoyos debidos. En estos casos, el acta previa al otorgamiento a que se refiere la Circular 3/2021 podrá otorgarse en forma presencial.

Sin embargo, existen supuestos excepcionales que requieren de la comparecencia física de todos o algunos de los otorgantes para los actos de conciliación, para la constitución de sociedades limitadas para evitar riesgos de suplantación de identidad y para la comprobación de la capacidad y poderes de representación del otorgante.

Por lo tanto, en cada caso concreto el notario ayudará a la persona con discapacidad en la formación de su consentimiento, incluso lo deberá hacer si su comparecencia es por videoconferencia porque la Ley 8/2021 considera que la labor de apoyo del notario es

---

<sup>45</sup> Siguiendo a SÁNCHEZ VIGIL DE LA VILLLA, J., «Otorgamiento por videoconferencia y juicio notarial de capacidad», *El Notario del siglo XXI*, No. 112, noviembre-diciembre 2023, pp. 12-16.

<sup>46</sup> Los puntos de acceso y lugares seguros para dotar de mayor seguridad a las actuaciones procesales están previstos en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, publicado en el BOE No. 97-1, el 22 de abril de 2002.

<sup>47</sup> SÁNCHEZ VIGIL DE LA VILLLA, J., «Otorgamiento por videoconferencia y juicio notarial de capacidad», *El Notario del siglo XXI*, No. 112, noviembre-diciembre 2023, p. 15.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 16 defiende que en último término sea el notario el que atendiendo a las circunstancias personales del otorgante determine si resulta posible la comparecencia telemática o si la misma debe ser presencial.

institucional. Si ello no fuera suficiente, deberá proponerle la constitución de apoyos voluntarios oportunos, con carácter general o especial para el caso.

GARCÍA HERRERO demanda en garantía y defensa de la voluntad de la persona con discapacidad, el establecimiento de controles judiciales en el comienzo de la eficacia de las medidas voluntarias para conocer la existencia de la medida de apoyo y de la persona y valorar la idoneidad de la persona designada como administrador del apoyo y durante su vigencia, lo que posibilitaría la fiscalización de la actuación del administrador del apoyo, para evitar abusos y controlar la ejecución o realización de actos de trascendencia personal o patrimonial, como puede ser la venta de la vivienda habitual de la persona con discapacidad<sup>49</sup>. Actualmente, es cierto que se requiere autorización judicial para la ejecución de los actos de administración y disposición del art. 287 CC en los poderes preventivos generales en los que el poderdante no hubiera manifestado su voluntad contraria a que el apoderado quede sujeto a las reglas aplicables a la curatela.

Eso sí, si al final el notario no aprecia la aptitud suficiente para el acto en ese juicio de capacidad, deberá denegarse a su autorización. En este caso, habrá que acudir a la vía judicial y comprobar si esa persona tiene un guardador de hecho, en cuyo caso se requerirá autorización judicial para los actos de representación y si no lo tiene, deberá nombrarse un curador asistencial y excepcionalmente (dice la Ley 8/2018) con funciones representativas.

#### 3.4. Rechazo o renuncia a las medidas de apoyo: el derecho a equivocarse

El mejor interés o el interés preferido es el manifestado a través de su propia voluntad, sin que nadie pueda adoptar su mejor interés. Esto supone superar el modelo proteccionista que según TORRES COSTA conllevaba «la vulneración reiterada de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad bajo el argumento paternalista de su protección y la salvaguarda de su mejor interés»<sup>50</sup>. Se debe, sin embargo, hacer una alabanza a la buena labor llevada a cabo por la mayoría de los padres que siempre han protegido a sus hijos con discapacidad buscando su mejor interés sin vulnerar sus derechos fundamentales.

Es cierto que debemos ahora reconocer que, si las personas con discapacidad pueden manifestar su voluntad, ellas también podrán equivocarse en sus decisiones igual que cualquier persona. GARCÍA RUBIO nos recuerda que «es la persona con discapacidad y solo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés. Incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás»<sup>51</sup>.

¿Realmente estamos ante un verdadero derecho? No toda la doctrina está de acuerdo con que estemos ante un derecho. SERRANO GARCÍA reconoce que hay una larga distancia entre la posibilidad de equivocarse a la enunciación de un derecho a ello y nos recuerda que la equivocación de la persona que precisa de apoyos «puede multiplicar las

---

<sup>49</sup> GARCÍA HERRERA, V., «El papel de la voluntad», *op. cit.*, p. 121.

<sup>50</sup> TORRES COSTA, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial, Madrid, 2020, p. 60 **FALTA**.

<sup>51</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, No. 3, 2018, p. 32.

acciones de anulación de contratos celebrados por la persona con discapacidad»<sup>52</sup> y esto le lleva a negar que exista ese derecho a equivocarse y que es muy común que las personas se equivocan, al existir muchas variables que en ocasión hacen que elección para decidir sea equivocada y ocasiones consecuencias perjudiciales para quien la toma.

Ese derecho a equivocarse se puede manifestar mediante el rechazo al apoyo establecido voluntariamente ex ante o puede producirse mediante la renuncia a la heterorregulación. El administrador de apoyo debe respetar la voluntad expresada, la voluntad presunta y también la voluntad de no querer ser apoyado, pese a que precise de apoyos. Este rechazo puede ser a la intervención de la persona que ella misma ha designado, o mediante la incorporación de una cláusula de rechazo de toda intervención judicial o que rechace dicha medida en el momento de su constitución, siendo necesario valorar en cada caso concreto la facultad de discernimiento para rechazar ese apoyo o de razones objetivas que desaconsejan la decisión por generar daños o perjuicios en su persona o sus bienes. Si no existen tales razones objetivas, el administrador del apoyo deberá respetar su voluntad o en caso contrario, se podrá acudir a la autoridad judicial para que adopte las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo atiende al respeto a la voluntad, deseos y preferencias de esta persona. Incluso ante la falta de medida voluntaria y cuando precise de apoyos, la persona puede negarse a la constitución de medidas judiciales. Es un rechazo o renuncia al apoyo constituido o que se va a constituir<sup>53</sup>.

Este derecho a equivocarse no está reconocido ni en la Convención ni en la Ley 8/2021. La Observación No. 14 en su párr. 19 sí que parece hacer referencia a él cuando habla de que las personas con discapacidad pueden no desear ejercer su derecho al apoyo. Ello ha llevado a considerar por la doctrina que este derecho al apoyo puede entenderse en sentido positivo, o sea, de recibir el apoyo o en sentido negativo, de no acceder a él. GARCÍA HERRERA no está de acuerdo con este planteamiento porque defiende el rechazo a la autorregulación frente a la imposibilidad de negarse a la heterorregulación, esto es, a la medida judicial en caso de concurrencia de necesidad de apoyo<sup>54</sup>.

Ello nos llevará a conocer si se pueden adoptar medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad al primar su interés superior ya que no siempre la voluntad de estas personas va a coincidir con su mejor interés o beneficio.

## **4. LA VOLUNTAD *VERSUS* EL INTERÉS**

### **4.1. ¿Puede existir un apoyo contrario a su voluntad?**

Puede que la persona con discapacidad no siempre esté actuando de acuerdo a su mejor interés ya sea porque el deterioro o la propia enfermedad le haga no ser consciente y ello requiera que la autoridad judicial deba adoptar una medida asistencial o representativa excepcionalmente en contra de su voluntad.

El principio de intervención mínima debe considerarse según el art. 249.1 CC que recuerda con las medidas de apoyo que «Las de origen legal o judicial solo procederán en

---

<sup>52</sup> SERRANO GARCIA, I., «Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad voluntad», en MUÑIZ ESPADA, E., (Dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 86.

<sup>53</sup> GARCÍA HERRERA, V., «El papel de la voluntad», *op. cit.*, pp. 118-120.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 120.

defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona en cuestión». Este principio deber interrelacionar con la necesidad y de proporcionalidad o flexibilidad ya que estas medidas deben estar en armonía con la situación y circunstancias de la persona, fomentando sus habilidades, y con sus necesidades de apoyo (art. 250.5 C) y proporcionadas a las necesidades de la persona respetando siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 268.1 CC).

El art. 42 bis b) 5 LJV contesta a esta pregunta al considerar factible la adopción de provisionalmente medidas, aun en contra de la voluntad del interesado ya que es posible pasar de un expediente de jurisdicción voluntaria en tanto surjan oposición a la medida de apoyo a un procedimiento contradictorio.

Si queremos resolver la incógnita relacionada a si la autoridad judicial puede apartarse de la voluntad, deseos y preferencias, la solución la encontramos en la primera STS de 8 de septiembre de 2021 (RAJ 2021, 4002) donde se nombra un curador ajeno al que pueda haber nombrado la persona con discapacidad y se deduce que una persona con discapacidad tiene libertad para decidir que no quiere que nadie le preste apoyo alguno o asista.

Esta sentencia al analizar el art. 268 CC hace hincapié en la expresión «atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias» al decir que ello no determina que haya que seguir siempre esos dictados manifestados por el afectado, afirmando que la voluntad de esta persona no es vinculante para la decisión del Tribunal. De tal forma se debe tener en consideración y no solo satisfacer un deseo, ruego o mandatos. Debe existir una causa justa en la que fundamentar una decisión contraria a la voluntad y que justifica la imposición de una medida de apoyo, lo que daría acceso a la protección del interés de la persona con discapacidad incluso frente a terceros que en el caso de la sentencia eran los vecinos de la persona con discapacidad. Esta declaración de voluntad no tuvo en cuenta porque su discapacidad intelectual estaba afectando a su capacidad de discernimiento<sup>55</sup>.

Así mismo, la STS de 19 de octubre de 2021 (RJA 2021, 4847) ante un supuesto de autocuratela nos recuerda los requisitos establecidos en el art. 272 CC para que la autoridad judicial pueda prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

Como indica ALÍA ROBLES, hay que buscar un equilibrio entre el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y aquello que es de su interés, para evitar que una decisión sea calificada de errónea le cause un daño o perjuicio<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> La doctrina no es unánime en este sentido. Así, PAU PEDRÓN, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *op. cit.*, p. 10 considera que debe primar siempre la voluntad incluso si colisiona con su interés o el interés de terceros y DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, No. 780, p. 2235-2238 considera que bajo el art. 49 CE, los poderes públicos están obligados a dar apoyo a los discapacitados, incluso forzando una medida de apoyo.

<sup>56</sup> ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de la ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, No. 2, febrero 2020, p. 12. CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 777, 2020, p. 43 también se inclina por buscar este equilibrio entre la voluntad y el interés atendiendo a la situación en que se pueden encontrar ciertos sujetos con discapacidad «que no conservan los umbrales

## SONIA CARRAZA ARTICULO SOBRE ENCUESTA SI SE PUEDE IR EN CONTRA

### 4.2. El conflicto de intereses y la influencia indebida: las salvaguardias y el defensor judicial

Ante un conflicto de intereses será necesario salvaguardar el interés individual de la persona con discapacidad y deberá prevalecer el interés superior de la persona con discapacidad. El art. 12.4 CPDC se pronuncia expresamente sobre la necesidad de evitar abusos e influencias indebidas sobre la persona. Actuar en su interés en estos casos conllevará evitar mayores perjuicios.

Se procurará evitar situaciones en las que se pueda producir conflictos de intereses o influencia indebida al determinar las medidas de apoyo (art. 250 CC). Antes de la existencia de estas situaciones conflictivas se deberían adoptar las salvaguardias oportunas porque la provisión judicial de apoyos se complementa con la previsión de salvaguardias necesarias que son verdaderas medidas de control para garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que precisa apoyo y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y las influencias indebidas. Es un concepto muy amplio y que parte de la necesidad de establecer el cauce e informar sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad<sup>57</sup>. Estas salvaguardias deben ser proporcionales, adaptarse a la persona y sujetas a examen periódico del juez. Se podrán establecer en la propia resolución judicial que acuerde la medida de apoyo o después como reacción ante cualquier abuso.

El defensor judicial medida de carácter ocasional concurrirá cuando exista el conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y el administrador del apoyo (art. 295.2 CC).

## 5. EL APOYO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD QUE NO PUEDE MANIFESTAR SU VOLUNTAD: LA DUDOSA EXCEPCIONALIDAD DE LA CURATELA REPRESENTATIVA

El valor del cuidado hemos dicho que está implícito en el interés superior de la persona con discapacidad y también en la curatela, como nos lo recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 en su apdo. III al insistir que «El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela».

Aunque la curatela se basa en la idea de asistencia a la persona con discapacidad por regla general, es cierto que si esta persona no puede manifestar su voluntad el apoyo deberá ser de mayor intensidad, siendo procedente la curatela representativa. El legislador estimo que esta sustitución o suplencia de la voluntad no podía ser la regla general ante

---

de capacidad cognitiva y volitiva suficientes» para poder determinar cuál es su voluntad a los efectos de emitir su consentimiento.

<sup>57</sup> SANCHO GARGALLLO, I., «El juez en el nuevo sistema de apoyos», en PEREÑA VIVENTE, M., y HERAS HERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del M., (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 69 y 70 donde reconoce que para evitar que el deber de información del curador acabe por estereotiparse considera oportuno que fuera el Ministerio Fiscal quien realice una labor de control más incisivo y personal en la aplicación de las medidas judiciales ya que podría realizar esta función de manera más flexible y se podría percibir como una actuación ordinaria, de ayuda y colaboración, y no tanto fiscalizadora.

un modelo social de la discapacidad que evitaba la representación de las personas con discapacidad.

El art. 249.2 CC reconoce la excepcionalidad de las medidas de carácter representativo al decir «En casos excepcionales, cuando, pese haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir 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 habría adoptado la persona en caso de no requerir representación». Se trata de adoptar una decisión presunta o reconstruida objetivamente por terceros en base a la información de que se disponga sobre su vida, valores, juicios pasados expresados con anterioridad<sup>58</sup>.

TORRES COSTA nos ayuda diferenciando sustitución de representación al considerar que «no es lo mismo tomar decisiones `en nombre de` otro (representación) que tomar decisiones `por otro` (sustitución)»<sup>59</sup>. La sustitución puede implicar abusos justificados por la actuación de acuerdo con su interés. Ello puede llevar a pensar en la incoherencia de suprimir la sustitución en la toma de decisiones y reconocer la curatela representativa<sup>60</sup>. La sustitución en la toma de decisiones es más necesaria de lo que puede pensarse inicialmente respecto de esas personas que nunca han manifestado su voluntad o que ya no lo pueden hacer, o incluso en los casos en que puedan manipularse o secuestrarse.

Si dudamos de que la excepcionalidad de la curatela representativa sea real, es debido al gran número de personas con discapacidad que no habrán manifestado previamente su voluntad ni nunca lo podrán hacer ni son capaces de formarla o manifestarla en el momento de ejecutar el acto de apoyo. Si no ha expresado su voluntad, no se podrá adoptar una decisión basada en ella. Estimamos que el número de personas con enfermedades degenerativas o con problemas graves de salud mental es mayor del pensado por el legislador. Cuando estas enfermedades estén en estado avanzado estas personas no podrán manifestar su voluntad, deseos y preferencias salvo que lo hayan hecho antes y requerirán de una curatela representativa. Estos datos son una clara manifestación de la dudosa excepcionalidad de la curatela representativa.

Otra prueba de la dudosa excepcionalidad de la curatela representativa la podemos encontrar en la jurisprudencia reciente donde cada vez más existe la necesidad de adoptar esta medida ante la falta de manifestación de la voluntad. **BUSCAR JURISPRUDENCIA**

**NO OLVIDAR SENTENCIA DE NECESARIA CONVIVENCIA ENTRE CURATELA Y GUARDA DE HECHO**

---

<sup>58</sup> CANIMAS BRUGUÉ, J., «Decidir por otro a veces es necesario. En la incapacitación. Reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas», *Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas*, No. 39, 2016, pp. 18 y 19.

<sup>59</sup> TORRES COSTA, M. E., *La capacidad jurídica*, *op. cit.* p. 68. VERDERA IZQUIERDO, B., «Respeto a la voluntad», *op. cit.*, p. 140 pone ejemplos de abusos o situaciones de temor reverencial como los engaños, artimañas, manipulaciones, maniobras que impidían desarrollarse como persona y manifestar su voluntad.

<sup>60</sup> GARCÍA HERRERA, V., «El papel de la voluntad», *op. cit.*, pp. 115-118 cuando se pregunta si existe incoherencia al suprimir la sustitución en la toma de decisiones y reconocer la curatela representativa. Esta misma autora insiste que la negación de la representación es incoherente también con la configuración de los poderes preventivos que por su naturaleza implican representación.

## **6. EL NECESARIO RECONOCIMIENTO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD**

El interés superior de la persona con discapacidad no puede verse suprimido en nuestro ordenamiento por considerarse que es un principio propio del derogado modelo de tutela o sustitución de la voluntad del incapaz. Echamos en falta un reconocimiento expreso de este principio superior de nuestro ordenamiento como se hacía en el antiguo articulado del Código civil al hablar del interés y beneficio del menor y del incapaz.

Sin embargo, no se ha suprimido ni olvidado. Este interés está presente en la nueva regulación de la discapacidad al garantizar el respeto a la dignidad y desarrollo de la personalidad de todas las personas con discapacidad.

La protección de la autonomía personal de las personas con discapacidad viene por respetar en primer lugar su interés preferido, esto es, su voluntad, deseos y preferencias. Respetar su voluntad es respetar su interés al ser conceptos complementarios y absorbentes.

Este interés se reconoce cuando esa voluntad no se ha expresado y el administrador del apoyo debe interpretar la trayectoria vital a través de valores, creencias o factores considerados, para tomar la decisión que hubiera tomado si esa persona no requiriera representación.

El legislador tiene en cuenta ese interés cuando prevé que se adopten las medidas de apoyo, las salvaguardas necesarias, cuando se nombra un defensor judicial ante conflictos de interés o influencias indebidas, cuando nombra un curador representativo o reconoce la guarda de hecho como medida informal que está basada en la confianza dada por el guardado a su guardador.

No sólo demandamos un reconocimiento más claro de este principio que hemos demostrado que no se ha suprimido e implícitamente está presente en toda la protección de las personas con discapacidad. Hay que concretar el contenido de este principio y para ello se deberían considerar criterios y elementos generales que permitan eliminar cualquier discrecionalidad. Podríamos tomar como ejemplo lo que sucedió con el interés superior del menor que de ser un concepto jurídico indeterminado se concretó a través un extenso elenco de criterios y elementos generales, aportados por el art. 2 LOPJM con ayuda de su aplicación jurisprudencial.

El interés superior de la persona con discapacidad es la guía del sistema de apoyos. La jurisprudencia siempre lo tiene en cuenta, intentando garantizar que la adopción de las medidas de apoyo busque el mayor beneficio y autonomía de la persona con discapacidad. Su interés será reflejo de su dignidad.

## **7. CONCLUSIONES**

## **8. BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV., *La Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

ALBA FERRÉ, E., «El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en OLIVER CUELLO, R., (Dir.), *Los retos de la Empresa, el Derecho y la Comunicación en el mundo actual*, JB Bosch, Barcelona, 2022, pp. 295-316.

ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de la ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, No. 2, febrero 2020, p. 12.

ANCIONES FERRERAS, M.<sup>a</sup> A., «Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos», en MUÑIZ ESPADA, E., (Dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, Navarra, 2020, pp. 91-98.

CANIMAS BRUGUÉ, J., «Decidir por otro a veces es necesario. En la incapacitación. Reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas», *Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas*, No. 39, 2016, pp. 13-31.

CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 777, 2020, pp. 13-90.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «La curatela y el discapacitado desde el prisma del principio del superior interés de la persona con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 740, 2013, pp. 4128.

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

GARCÍA ALGUACIL, M.J., «El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad», en PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., (Dir.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017.

GARCÍA HERRERA, V., «El papel de la voluntad de la persona con discapacidad en el nuevo sistema de apoyos», en AA.VV., *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo*, Dykinson, Tomo I, Madrid, 2023, pp. 107-122.

GARCÍA RUBIO, M. P., «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LVIII, 2018, pp. 173.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, No. 3, 2018, pp. 29-60.

LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*, Aranzadi, Navarra, 2014.

MARTÍN BRICEÑO, M.<sup>a</sup> R., «La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflicto de intereses e influencia indebida», en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 467-496.

PAU PEDRÓN, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, No. 3, 2018, pp. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M., «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en PEREÑA VICENTE, M., (Dir.), *La voluntad de la persona: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018.

SÁNCHEZ VIGIL DE LA VILLA, J., «Otorgamiento por videoconferencia y juicio notarial de capacidad», *El Notario del siglo XXI*, No. 112, noviembre-diciembre 2023, pp. 12-16.

SANCHO GARGALLO, I., «El juez en el nuevo sistema de apoyos», en PEREÑA VIVENTE, M., y HERAS HERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del M., (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

SEGARRA CRESPO, M.<sup>a</sup> J. y ALÍA ROBLES, A., «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> TS de 8 de septiembre de 2021», *Actualidad Civil*, No. 10, 2021, p. **FALTA**.

SERRANO GARCIA, I., «Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad voluntad», en MUÑIZ ESPADA, E., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 86.

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

VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Navarra, 2019.

VERDERA IZQUIERDO, B., «Respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada: realidad o utopía (Referencia al interés del discapacitado)», en GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., (Dir.), *Los derechos humanos de la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 121-147.

(Ej. citar libro)

AGUIRRE PÉREZ, N., *El proceso civil con elemento extranjero en el Derecho español*, Aranzadi, 2022, pp. 28-29.

(Ej, citar cap. Libro)

AGUIRRE PÉREZ, N., «El proceso civil con elemento extranjero», en GONZÁLES MÁRTINEZ, L., *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 45

(Ej. citar artículos)

AGUIRRE PÉREZ, N L, «El proceso civil con elemento extranjero», *Cuadernos de Derecho transnacional*, No. 23, 2023, pp. 12-27