

## ***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***

### **Sumario**

*La ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), ha cambiado el concepto de discapacidad en nuestro Ordenamiento Jurídico español. Se aboga por un sistema de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, como expresión máxima de su autonomía, libertad y dignidad, garantizando el ejercicio de su capacidad jurídica, derechos y libertades fundamentales.*

*Las medidas preventivas de autoprotección recogidas en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, son reflejo de la adaptación de nuestro Ordenamiento Jurídico al artículo 12 de la Convención, siendo la autotutela una manifestación de poder donde los sujetos pueden expresar su voluntad, deseos y preferencias en torno al funcionamiento de una futura curatela.*

### **Abstract**

*The ratification of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) has changed the concept of disability in our Spanish Legal System. It advocates a system of support for people with disabilities with regards to decision making, as a maximum expression of their autonomy, freedom and dignity, guaranteeing the exercise of their legal capacity, rights and fundamental freedoms.*

*The preventive measures of self-protection included in the Draft Law that reforms civil and procedural legislation in matters of disability, are a reflection of the adaptation of our Legal System to article 12 of the Convention, being the institution of self-curatorship as a manifestation of power where the disabled individuals can express their will, desires and references regarding the implementation of a future curatorship.*

**Title:** *The principle of respect to the will of the person with disabilities in the New York Convention (2006), and its reflection in the draft bill that reforms the civil and procedural legislation on disability*

**Palabras clave:** Convención internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Medidas de apoyo, Curatela, Salvaguardas, Autotutela

**Keywords:** *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Support measures, Curatorship, Safeguards, Self-Guardianship*

**DOI:** 10.31009/InDret.2020.i2.03

2.2020

Recepción  
21/12/2019

-

Aceptación  
17/02/2020

-

### **1. Nuevo marco jurídico de la discapacidad tras la Convención de Nueva York, 2006**

1.1. El sistema de apoyos en la toma de decisiones de la persona con discapacidad. Respeto a la autonomía, preferencias y deseos de las personas con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006)

### **2. Antecedentes legislativos e incompatibilidad de la regulación vigente de la discapacidad con la Convención**

### **3. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad**

3.1. Principios del Anteproyecto

### **4. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La autotutela como principal medida preventiva o de autoprotección en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad**

4.1. La autotutela como manifestación de autonomía en la toma de decisiones por parte del discapacitado en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

### **5. Conclusiones finales**

### **6. Bibliografía**

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

-

## 1. Nuevo marco jurídico de la discapacidad tras la Convención de Nueva York, 2006\*

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención), ha cambiado radicalmente la regulación de la discapacidad, introduciendo un nuevo concepto sobre la misma y contemplando medidas de no discriminación y de acción positiva, logrando la efectiva tutela de las personas con discapacidad, que se corresponda con los principios, valores y mandatos proclamados, y la necesidad de una toma de conciencia de la tutela del respeto a la persona humana con discapacidad y de su derecho a la libertad<sup>1</sup>.

La Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo sobre las personas con discapacidad, complementario pero independiente de aquélla, mediante el cual todo Estado Parte reconoce la competencia del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para controlar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la Convención<sup>2</sup>. Estos instrumentos, que han sido ratificados por España, suponen la asunción del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos,<sup>3</sup> lo que determina la necesidad de disponer de herramientas jurídicas vinculantes, para que garanticen los derechos de estas personas<sup>4</sup>.

La Convención considera la discapacidad como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el entorno. Por ello, la solución del problema pasa por la

---

\* Autor de contacto: Rocío López San Luis, [rlopez@ual.es](mailto:rlopez@ual.es).

<sup>1</sup> VIVAS (2012), p. 20.

<sup>2</sup> En la actualidad, la Convención cuenta con 117 ratificaciones y 161 signatario, y su Protocolo facultativo, con 92 ratificaciones y 92 signatarios. España ratificó ambos instrumentos internacionales sin formular reserva, mediante instrumentos de ratificación de fecha de 23 de noviembre de 2007, y publicados en los Boletines oficiales del Estado de 21 y 23 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008. Si bien, es preciso señalar que, algunos países como Francia y Holanda si hicieron reservas para asegurar las decisiones sustitutivas en el ámbito sanitario; y casos como Australia, Canadá y Noruega para asegurar la compatibilidad del sistema de apoyo con el de decisiones sustitutiva, entre otros.

<sup>3</sup> El reconocimiento de los Derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Universal de Derechos Humanos se ha efectuado, principalmente, a través de dos vías: mediante la interpretación de instrumentos de derechos humanos de carácter general en su aplicación específica a personas con discapacidad; mediante el establecimiento de instrumentos o cláusulas específicas referidos a los derechos de las personas con discapacidad (Declaración de Derechos Humanos, el Programa de Acción Mundial y las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. Sobre el tratamiento de la Discapacidad en el Sistema Universal de Derechos humanos es de suma importancia la monografía DE LORENZO (2018), *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, pp. 135-138.

<sup>4</sup> MAYOR (2006), “La Convención entronca así con el acervo jurídico internacional relativo a la protección de los derechos humanos surgidos en el ámbito de Naciones Unidas, tal y como se recuerda en su inicio. Al referir expresamente en su preámbulo que los Estados Parte “convienen” su texto “reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole” y “recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles, inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, p. 3.

realización de todas las modificaciones y adaptaciones necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en todas las facetas de la vida social. De esta forma, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, pasando a ser consideradas sujetos de derechos humanos<sup>5</sup>.

El objetivo de la Convención no es otro que la promoción, defensa y garantía “*del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad*”, así como “*el respeto de su dignidad*”; cubriendo una serie de ámbitos fundamentales tales como la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la habilitación y la rehabilitación, la participación en la vida política y la igualdad de no discriminación. De tal forma que, la principal misión de la Convención no es crear derechos nuevos sino garantizarlos, mediante la prohibición de toda discriminación a la persona discapacitada, a través de mecanismos de control y vigilancia que aseguren el cumplimiento real y efectivo frente a las personas, familias y colectivos de representación y defensa de la persona con discapacidad<sup>6</sup>.

La Convención adopta el “modelo social de discapacidad”, que sustituye al “modelo médico o rehabilitador”, actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho. En consecuencia, se veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones y se establece el “apoyo o asistencia”<sup>7</sup>. Este modelo es integrador o social, promueve y protege los derechos de las personas con discapacidad en todos los órdenes, fomentando su participación e integración social en igualdad de condiciones con los demás, plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo paralelamente la importancia que para dichas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad en la toma de sus propias decisiones<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> FÁBREGA (2016), pp. 291 y 293.

<sup>6</sup> DE LORENZO (2018) habla de principios rectores que son las piedras angulares de la Convención: “1. Reafirma el principio de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos fundamentales que el resto de la humanidad. 2. Reafirma los valores fundamentales que, como el resto de los seres humanos, también corresponden al colectivo, a saber: la igualdad, la dignidad, la libertad y la solidaridad. 3. Garantiza el ejercicio real y la igualdad de condiciones de todos los derechos humanos, luchando contra cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad y promoviendo la igualdad de trato y la toma en consideración de la diferencia. 4. El instrumento de ratificación tendrá que enumerar y definir todos los derechos humanos, incluidos los derechos políticos y civiles fundamentales, y los derechos económicos, sociales y culturales. 5. Las legislaciones nacionales deben garantizar que las personas con discapacidad estén en condiciones de ejercer efectivamente sus derechos. Para ello, insiste en el establecimiento de un mecanismo eficaz de supervisión y la especificación de disposiciones de ejecución como aspectos decisivos para la aplicación eficaz de este instrumento internacional”, p. 142.

<sup>7</sup> No obstante, tal y como señala ETXEBERRIA (2016), “El espíritu de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), reclama que cambiemos en nuestra relación con ellas el modelo paternalista de sustitución-representación por el modelo de “respeto” y el “modelo de apoyos” que potencien la capacidad de autonomía de la persona: este es el horizonte que, con todo, debe hacernos ignorar las situaciones en las que la sustitución se impone”, p. 59. DE LORENZO (2018), pp. 27-38.

<sup>8</sup> En este sentido manifiesta FABREGA (2016), que “hoy nos encontramos ya de lleno ante un modelo que es el llamado social. Para el mismo no son las limitaciones individuales del discapacitado las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Las políticas de discapacidad pasan a ser transversales en un modelo que trata de garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.”, p. 292.

Las características más notables de la Convención son las siguientes<sup>9</sup>:

-*Propósito de la Convención*: De acuerdo con el párrafo primero del artículo 1: “el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y el respeto de su dignidad inherente”; evitando la discriminación de las personas discapacitadas, entendiendo por discriminación “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo; incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de “ajustes razonables” (art. 2 Convención).

- *Personas con discapacidad*: Según el párrafo segundo del mismo precepto: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

-*Principios generales*: Están contenidos en el artículo 3: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; y, finalmente, h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a la identidad.

Todas estas características y afirmaciones son, a su vez, desarrolladas por el artículo 5 de la Convención al señalar que:

1. *Los Estados Parte reconocen que todas las personas son iguales ante la Ley en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.*
2. *Los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal, igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.*
3. *A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables<sup>10</sup>.*
4. *No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.*

---

<sup>9</sup> GARCÍA PONS (2013), p.62

<sup>10</sup> FÁBREGA (2016), ““Por ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, p. 292.

Como se verá con posterioridad, pese a que la Convención posee efectos legales plenos en nuestro país tras su ratificación, el derecho español se encuentra en proceso de adaptación a la misma, siendo el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, al que nos referiremos en parte, pues la Convención afecta a diversos aspectos jurídicos como al modelo social, la capacidad jurídica de las personas, y a determinados ámbitos como el de la salud, la investigación, la libertad, la seguridad, el trabajo o los servicios sociales.

No obstante, en nuestra doctrina no todos comparten la ideología de la Convención y el cambio de paradigma establecido por el Comité en la Observación General n.º 1, (2014)– “que el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones, a uno basado en el apoyo para tomarlas” (Introducción 3). Consideran que la ideología de los derechos humanos juega un papel central en la idea de universalidad, en el sentido de que los derechos humanos son universales en tanto corresponden a todos los sujetos que comparten la característica de ser humano. Si bien, señalan que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 existen dos tendencias en cuanto a la universalidad: La primera se refiere a la extensión de la misma, partiendo de la idea de “persona”; y, la segunda de las tendencias alude a su reducción o especificación añadiendo una característica adicional a la de ser humano, en concreto, las de ser mujer, niño y, ahora, persona con discapacidad. Por ello, la ruptura de la universalidad amplia de los derechos humanos se justifica alegando que la idea abstracta de persona no da cuenta de las propiedades existenciales del ser humano y que, de forma destacada, la infancia y el género determina una existencia diferente, con unos problemas especiales. Todo ello hace que contrarios a la ideología de Convención, como es el caso de ALEMANY, se cuestionen la analogía entre discapacidad y género mantenida por el Comité en la Observación n.º 1 (2014), cuando sostiene que “la negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad (Observación, 34). Este autor considera que las diversas situaciones que se engloban bajo el término discapacidad no pueden ser entendidas como un rasgo personal similar al género y la raza, y ello por diversos motivos: el primero, porque existe la misma homogeneidad entre los que comparten la propiedad de género o de raza y los que comparten la propiedad de discapacidad; y el segundo, porque los problemas especiales que se derivan de la condición de mujer o de una minoría racial son todos debidos a la discriminación y la especial protección que se requiere es la de la prohibición de discriminación, mientras que los problemas especiales que se derivan de la condición de persona con discapacidad son solo en parte debidos a la discriminación puesto que además, aparecen deficiencias en el sujeto, por lo que la especial protección que requiere no se debe centrar del mismo modo en la prohibición de discriminación. Considera que “constituye un grave error de la Convención, agudizado por la Observación, el tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes y, en particular, el haber desconsiderado la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales, abusando de la analogía con el género al tiempo que se ignora la tradicional analogía con la minoridad<sup>11</sup>. Con el propósito legítimo de luchar contra discriminaciones que, sin lugar a dudas, sufren de modo especial las personas con discapacidad,

---

<sup>11</sup> Sobre el paralelismo entre la situación del menor y la de las personas con discapacidad psíquica, se puede consultar MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), quién afirma que dicho paralelismo sirve “para desactivar la acusación injusta que se lanza contra los sistemas legales, como el español, que optan por limitar la capacidad de obrar de quienes están afectados por una discapacidad psíquica”, pp. 53-58.

se termina, sin embargo, desconsiderando totalmente los intereses de importantes grupos de personas con discapacidad”<sup>12</sup>.

De la misma opinión es DÍAZ ALABART, sostiene que los principios de la Convención tendrían que haberse matizado respecto de este colectivo tan heterogéneo como es el de los discapacitados; afirma que este instrumento está pensado, sobre todo, para las personas que no sufren grados de discapacidad extrema, siendo precisamente los más indefensos y los más necesitados de protección; precisa que “No se trata, obviamente, de que todas estas personas no se tomen en consideración a la hora de reconocerles su dignidad, y en la medida en que cada caso sea posible, respetar su propia autonomía para tomar decisiones, y siempre se busque preservar sus derechos, pero hay que ser profundamente realistas y no cerrar los ojos a la existencia de personas con graves enfermedades psíquicas y físicas, y en especial de personas ancianas con un gran nivel de dependencia, que prácticamente son incapaces siquiera de formar una voluntad, de manifestar sus gustos y deseos...”.<sup>13</sup> Por ello, entiende que en estos casos tan graves no es real pensar que se les protege con un mero apoyo o salvaguarda, sino que para salvar su dignidad y el ejercicio de sus derechos necesitan una representación en toda regla, pues son las personas más vulnerables dentro de este colectivo.

Comparto plenamente la opinión de este sector doctrinal en el sentido de que los principios de la Convención tendrían que ser matizados respecto de aquellas personas que padecen demencias severas o limitaciones físicas que le impidan manifestar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones. No obstante, este trabajo no trata de cuestionar la Convención, que como todo texto legislativo podría ser objeto de mejora, sino de estudiar cómo el principio de la autonomía de la voluntad, atendiendo a los gustos y preferencias, recogido en el citado instrumento, así como las medidas de apoyo frente a las sustitutorias en la toma de decisiones, se están incorporando en nuestro Ordenamiento jurídico, en concreto en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad; y, todo ello sin perjuicio de señalar que, para estas situaciones extremas, nuestro legislador no descarta la curatela representativa.

### **1.1. El sistema de apoyos en la toma de decisiones de la persona con discapacidad. Respeto a la autonomía, preferencias y deseos de las personas con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006)**

El artículo 12 de la Convención, desarrollado por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en la Observación General n.º 1 (2014), establece el principio de igual reconocimiento como persona ante la Ley. Reafirmando en su párrafo primero que la persona con discapacidad tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. A su vez, los párrafos 2 y 3 del mismo precepto señalan que los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica e igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, y que adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que precisen en el ejercicio de su

---

<sup>12</sup> ALEMANY (2018), pp. 212-213.

<sup>13</sup> DIAZ ALABART (2018), pp. 167-168.

capacidad jurídica<sup>14</sup>. Por tanto, uno de los principales retos que supone la entrada en vigor de la Convención es la correcta adaptación de las legislaciones nacionales de los Estados Partes a las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, considerando discriminatoria toda distinción que se base en la condición de discapacidad.

La Convención aboga por un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Los parámetros que guían la regulación están fundamentados en el modelo social, entendiendo que la discapacidad, como ya se ha afirmado, está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por la deficiencia- como sostiene el modelo médico- sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad, generando barreras que las excluyen y discriminan. Es por ello que, el artículo 12 de la Convención se centra en la eliminación de esas barreras y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a la situación y a las necesidades de las personas con discapacidad, señalando que se trata de analizar la situación de la persona estableciendo las medidas necesarias para que puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás<sup>15</sup>.

Esta asunción del modelo social de la Convención tiene su proyección en el ámbito de la capacidad jurídica; por un lado, implica que la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada de manera prioritaria desde los valores, principios y fines básicos que presiden el discurso de los derechos humanos; y, por otro, pone de relieve que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye no sólo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos.

No obstante, en la Convención, tal y como sostiene MARTINEZ DE AGUIRRE, la expresión capacidad jurídica no tiene el significado técnico y más restringido que tiene esa misma expresión en nuestro Derecho (aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones), sino en el más amplio de capacidad ante el Derecho, o capacidad legal. La expresión capacidad jurídica, tal y como la emplea el artículo 12. 2.º (esto es, como capacidad legal) abarca tanto la dimensión estática, como la dinámica: es decir, la capacidad jurídica en sentido, técnico restringido, y la capacidad de obrar. Abarca ambas dimensiones sin confundirlas: no es que la

---

<sup>14</sup> De este modo, tal y como señala GARCÍA PONS (2013) “el precepto establece en su párrafo tercero el paradigma de los apoyos, piedra angular de todo el sistema, pues éstos pasan a representar el motivo central del cambio legislativo que se avecina: el tradicional modelo de la discapacidad, basado en la sustitución y en la menor capacidad deberá ser reemplazado por otro cuyo centro neurálgico resida en los apoyos a la capacidad de las personas y sus potencialidades”, p. 66. VIVAS (2012), p. 25.

<sup>15</sup> Como hemos manifestado con anterioridad ALEMANY (2018) no comparte esta ideología antipaternalista de la Convención, afirmando que “El núcleo de la ideología del “modelo social de discapacidad” se basa en una gruesa exageración de un aspecto indebidamente desatendido: que la gravedad de una discapacidad para la persona que la sufre es, en muchas ocasiones, una función de las circunstancias sociales y personales de esa persona”; para este autor, “no supone lo mismo ser tetrapléjico en una sociedad rica que en otra pobre”, por lo que “este componente social se exagera de forma hasta el punto de concluir que la propia discapacidad es siempre y ante todo el resultado de la discriminación, ya sea por acción o por omisión”, p.215. Por ello, son interesantes las críticas que realiza a la Observación General n.º 14 (2014) en relación a la interpretación correcta del artículo 12 de la Convención, en el sentido de que no cabe prescindir del concepto biomédico de enfermedad y discapacidad, sino que es necesario tratar de forma diferente a las discapacidades mentales de otras que no suelen conllevar incapacidad para tomar decisiones, p. 201.

capacidad de obrar haya quedado absorbida por la jurídica, con el significado que ambas expresiones tienen en nuestro Derecho, sino que hay una capacidad legal genérica, que incluye tanto la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas (capacidad jurídica), como posibilidad de ejercitar las relaciones de que se es titular (capacidad de obrar). Por ello, “no es correcto concluir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ha desaparecido, y que ambos conceptos se han unificado en uno solo –el de capacidad jurídica–; ello, ni en general, ni tratándose de personas con discapacidad. Las dos dimensiones (estática y dinámica) de la capacidad legal están claramente presentes en el artículo 12 de la Convención, y su diferenciación sigue siendo una herramienta conceptual útil para la comprensión de las líneas básicas del Derecho de la persona y, en particular, de las reglas relativas a la discapacidad intelectual o mental”<sup>16</sup>.

Por otra parte, la Convención entiende que la autonomía y la libertad para tomar decisiones están intrínsecamente vinculadas a la proclamación de la dignidad inherente de las personas con discapacidad, apareciendo como principios generales en el artículo 3, e inspirando la regulación de la capacidad jurídica contenida en el artículo 12. Estos principios requieren, en un sentido negativo, el respeto a la libre elección de planes de vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad, y, en un sentido positivo, reclamando que en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas y puedan generar dificultades en la toma de decisiones, se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminarlas o paliarlas entre los que, de nuevo, las medidas de apoyo adquieren un papel de primer orden<sup>17</sup>. En tal sentido, la finalidad de la Convención es, por ende, la promoción y maximización de la autonomía de las personas con discapacidad y no negarla, entorpecerla o impedirle, esgrimiendo como fundamento incuestionable el principio de protección.<sup>18</sup>

Así, el sistema de apoyos en la toma de decisiones constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica y en el ejercicio de sus derechos (art. 12.2 Convención). Esta garantía exige la presunción de capacidad a favor de las personas con discapacidad y, además, impide que la discapacidad o las deficiencias puedan por sí mismas constituir excepciones justificadas a esta presunción general de plena capacidad jurídica<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE (2014), pp. 75-76; En el mismo sentido, ALVENTOSA (2019), pp. 236-237; GARCÍA PONS (2013) realiza un exhaustivo análisis doctrinal sobre la pretendida unificación de la capacidad jurídica en la Convención, pp. 72-80. Y sobre la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica a la luz de la Observación General n.1 del Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, CUENCA (2018), pp. 85-90.

<sup>17</sup> SOLÉ (2014), sobre el derecho a decidir sobre la propia salud de las personas con discapacidad en la Convención, pp. 20-25.

<sup>18</sup> CUENCA (2012), pp. 71 y 72. Esta idea no es compartida por ALEMANY (2014) manifestando que “la noción de dignidad reducida a la autonomía individual es el sustrato de la ideología neoliberal o libertaria que defiende 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”, p. 218.

<sup>19</sup> Según CUENCA (2012), “Esta lectura de mínimos del artículo 12 exigiría ya importantes reformas de la legislación española. Desde una lectura de máximos, a modo de ver más ajustada al espíritu de la Convención, la capacidad jurídica se configuraría como un atributo universal que no se podrá limitar, si bien podría admitir diferentes modalidades de ejercicio. De acuerdo con esta interpretación la presunción de capacidad jurídica establecida por el artículo 12.2, se presenta como un principio general que no admite excepciones, como una presunción *iuris et de iure*, y el sistema de apoyo reemplaza completamente al sistema de sustitución, lo que supone no ya la necesidad de reformar y

En el sistema de apoyos interviene un tercero, como sucede en los sistemas de sustitución, pero su papel es muy distinto, pues de lo que trata es de ayudar a decidir a la persona con discapacidad por sí misma; por eso, las medidas de apoyo tienen que ser entendidas como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad tratando de potenciar al máximo la posibilidad de ejercicio de los derechos por parte de la persona con discapacidad<sup>20</sup>. En tal sentido, el concepto de autonomía que se deduce de la Convención es mucho más amplio que el de la autonomía de la voluntad, como manifestación de poder de autorregulación que asiste a los particulares, relacionándose con la autonomía de la persona que sufre discapacidad para tomar sus propias decisiones, omnicompreensivo de otros conceptos como la independencia, la dignidad<sup>21</sup> o, en definitiva, el respeto al protagonismo de la persona<sup>22</sup>.

No obstante, la Convención considera que los sistemas de apoyo deben estar salvaguardados evitando que se conviertan en mecanismos de sustitución. Tanto es así que se exige a los Estados Parte que proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y preferencia de la persona, que no haya conflictos de intereses, ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. (art. 12.4). En definitiva, las ideas claves de la Convención son el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, apoyo al ejercicio de dicha autonomía, y salvaguardas legales para evitar los abusos<sup>23</sup>.

Si bien, y como se ha manifestado con anterioridad, un sector doctrinal respecto de las discapacidades psíquicas más severas aconseja releer la Convención para adaptar sus previsiones a las características de dicha capacidad. Consideran que quien sufre este tipo de discapacidades no es capaz de tomar decisiones, ni razonables ni no razonables, porque carece de la mínima capacidad de conocimiento y voluntad y, por tanto, de capacidad de autogobierno; lo que exige habilitar un sistema que permita la toma de decisiones por ella, pues sino se hace el resultado será perjudicial para este tipo de discapacitado intelectual. Piensan que el tratamiento conjunto de las distintas discapacidades (físicas, sensoriales e

---

complementar los sistemas de incapacitación y de sustitución vigentes, sino que implica su total desmantelamiento. Esta visión reclamaría, por tanto, una reforma más profunda y radical de la legislación española”, p. 74.

<sup>20</sup> CUENCA (2012) “No se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes y apoyos individualizados necesarios para que las personas puedan tomar sus propias decisiones”, p. 73; y CUENCA (2018), p. 88. Para visualizar experiencias significativas que materializan el tránsito del modelo médico-rehabilitador hacia el modelo social dentro de las políticas sociales en España, se puede consultar MUYOR (2019), pp. 33-55.

<sup>21</sup> Así lo entiende doctrina autorizada como ETXEBERRIA (2016) cuando afirma que “...y de esta autonomía, a su vez, es una referencia clave en la consideración de nuestra dignidad: 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. Y eso es, precisamente, lo que puede pasar cuando otro decide por nosotros”, p. 56. También sobre autonomía, capacidad, voluntad en la vejez, ISOLINA (2018), pp. 59-64.

<sup>22</sup> AMUNÁTEGUI (2019), p. 34.

<sup>23</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE (2014), p. 19.

intelectuales), puede ser contraproducente cuando se trata de establecer medidas u objetivos concretos, siendo necesario la adaptación de las previsiones de la Convención a las peculiaridades de la discapacidad psíquica<sup>24</sup>.

Este sector doctrinal considera que un sistema de protección respecto de este tipo de discapacidades no atenta contra la dignidad humana, pues ésta corresponde a todos los discapacitados de igual manera que a quienes no lo son conforme a los arts. 10 CE y 3 a) Convención, al estar ligada a la naturaleza humana y no a la mayor o menor capacidad en cualquier ámbito. Dicho de otra manera, no se es más digno por tener más capacidades, ni menos por carecer de ellas. Así pues, se hace necesaria, en virtud de una finalidad protectora, la intervención sobre la capacidad de obrar de las personas de afectadas por una discapacidad psíquica, a partir de un grado de afección de sus facultades cognitivas y volitivas que afectan de manera permanente a su autogobierno. Por todo ello, si una persona con discapacidad psíquica tiene afectada sus facultades cognitivas y volitivas hasta el punto de no poder formar su voluntad, se entiende razonable acordar la privación de su capacidad estableciendo mecanismos representativos que complementen legalmente lo que le falta de su capacidad de obrar y, por tanto, se tomen decisiones por él. En este sentido afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE que “El mecanismo representativo, por tanto, no es que sean compatible con la Convención, sino que cabe afirmar que viene exigido por la misma, en la medida que es el único que permite en estos casos que una persona con discapacidad psíquica que tiene severamente afectada su capacidad natural, pueda participar en la vida jurídica...”<sup>25</sup>

## **2. Antecedentes legislativos e incompatibilidad de la regulación vigente de la discapacidad con la Convención**

En España, los derechos y garantías básicas de las personas con discapacidad vienen recogidos en diversos preceptos de la CE. Entre ellos se encuentra el artículo 14 estableciendo el principio de igualdad ante la Ley de todas las personas, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal; en segundo lugar, el artículo 9 cuando establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social; en tercer lugar, el artículo 10 en el que se establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social; y, finalmente, el artículo 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordenando a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos.

---

<sup>24</sup> ÁLVAREZ *et al.* (2010), “Entre los aspectos cuestionables destacan la sobrevaloración de la sociedad como causa de la discapacidad y de la discriminación de las personas con discapacidad; la inadecuación del modelo social para el tratamiento de ciertos tipos de discapacidad –v.gr. originados por deficiencias visuales, auditivas o físicas–; la falta de consideración de factores distintos de los sociales que también influyen en la determinación de la discapacidad, sí reconocidos por el modelo único; y una concepción estrecha y limitada de la justicia”, p. 15

<sup>25</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), pp. 44-48, 84-88, 96.

Las primeras leyes que desarrollaron las citadas previsiones constitucionales fueron<sup>26</sup>: La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI); La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la norma tributaria (modificada a su vez por la Ley 1/2009, de 25 de marzo), que se publicó con la finalidad de proteger el patrimonio de las personas con discapacidad, vinculándolo a la satisfacción de las necesidades vitales de las mismas, e introduciendo por primera vez en nuestro Derecho la figura de autotutela; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad universal (en adelante LIONDAU)<sup>27</sup>, que vino a desarrollar la LISMI; y, finalmente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia<sup>28</sup>.

Como se ha manifestado, la regulación de la discapacidad en España está en proceso de reforma o adaptación normativa a los citados instrumentos internacionales. La primera de las reformas se inició con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dio lugar a la modificación de diversas leyes, entre las que se encuentran las citadas LISMI y LIONDAU. Asimismo, en este proceso de adecuación se ha producido una refundición de la legislación vigente en el ámbito de las personas con discapacidad, a través del RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (que, a su vez, derogó las ya citadas LISMI y LIONDAU, así como la Ley 49/2007, dándose cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011). La última de las reformas se ha producido por virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, consecuencia de la evolución en la interpretación de la regulación de la incapacitación, reforzando la protección de las personas con discapacidad<sup>29</sup>.

No obstante, la discapacidad pendiente adaptación a las previsiones del artículo 12 de la Convención, es la de aquellas personas con alteraciones intelectuales que inciden en la

---

<sup>26</sup> Sobre los antecedentes legislativos se puede consultar VIVAS (2012), p. 25. PAU (2018), p. 5. Y el Dictamen del Pleno del Consejo Económico y Social, en su sesión ordinaria del día 24 de octubre de 2018, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

<sup>27</sup> Esta Ley preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que finalmente se implementó con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre.

<sup>28</sup> Esta Ley introduce un nuevo concepto de cuidados al socializar las atenciones personales del ámbito privado llevándolas a la esfera pública. Su modelo protector establece el derecho social subjetivo al nuevo sistema y garantiza un conjunto de servicios y prestaciones sociales fundamentados, entre otros, en los principios de universalidad en el acceso a todos los ciudadanos, equidad en la valoración de las necesidades de las personas para garantizar la igualdad real y la calidad y accesibilidad de los servicios. “El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía” (Exposición de Motivos). Sobre el derecho de ciudadanía del enfermo mental, el sistema de autonomía y la atención a la dependencia, PULIDO (2010), pp. 362-365.

<sup>29</sup> Esta Ley señala en su Preámbulo que para adaptarse a las normas que establece la Convención se debe modificar la terminología empleada para designar a las personas incapacitadas “en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente” (apartado III, párrafo 5.º); también incorporó medidas que dan mayor amparo a las personas discapacitadas y a las personas con la capacidad modificada judicialmente. En ella, además, se establece como principio prioritario que, en los expedientes de jurisdicción voluntaria, en las comparecencias en juicio o para nombramiento de defensor judicial y en la protección de su patrimonio, prime el interés superior de la persona con capacidad judicialmente modificada (arts. 26 y 27).

formación de una voluntad plenamente consciente y libre. Por ello, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad viene recomendando a España que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela, y que tome medidas para adoptar leyes por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por la ayuda o apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas<sup>30</sup>.

Así, el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación de reforma del CC, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil, y la Ley de Jurisdicción voluntaria en materia de Discapacidad (en adelante Anteproyecto) viene a completar la adaptación del Ordenamiento jurídico español a la Convención en lo relativo a la discapacidad intelectual, tratando de resolver la situación de incoherencia normativa<sup>31</sup>. Y digo incoherencia que no incompatibilidad, pues la compatibilidad de las normas de incapacitación en el CC y la LEC con la misma ha sido puesta de manifiesto por el TS en la Sentencia del Pleno, de 29 de abril de 2009<sup>32</sup> declarando que el sistema de incapacitación graduable que adoptó en la práctica el Derecho español desde la emblemática sentencia del Alto tribunal de 4 de marzo de 1947, y que fue acogida en la reforma del Código civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, no es incompatible con las disposiciones de la Convención<sup>33</sup>. Sin embargo, expuso la necesidad de adaptar nuestro Código a la Convención, sugiriendo la curatela como la más conveniente<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> La Ley 26/2011, en su disposición adicional séptima, sobre la adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, fijaba el plazo de un año a partir de su entrada en vigor para la remisión a las Cortes Generales por parte del Gobierno de un proyecto de ley de adaptación normativa del Ordenamiento jurídico en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

<sup>31</sup> PAU (2018), “...la tendencia a la marginación a las personas con discapacidad intelectual persiste. La LEC de 1881, y hoy el artículo 757 LEC 2000, decían y siguen diciendo, que cualquier persona está *facultada* para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación y las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, están obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”, p. 7.

<sup>32</sup> ALVENTOSA (2019), “En el caso que contempló dicha sentencia, el TS ha tenido la oportunidad de exponer las pautas de interpretación de las normas legales sobre incapacitación y la tutela a la luz de la CE y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, subrayando que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de personas sólo puede adoptarse como un sistema de protección, y que para ello hay que leer conjuntamente la CE, y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14, y 49 CE. En el caso se cuestionó si los arts. 199 y 200 del CC son acordes con la Convención de Nueva York, señalando el TS que “en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad” (FD. 5.4)”. p. 235. Sobre la interpretación de la Convención por el TS de la STS 282/2009, de 29 de abril, se puede consultar ALEMANY (2018), pp. 206-210. BERROCAL (2014), pp. 5-6. MUNAR (2018), pp. 127-128. MANGAS (2019), pp. 129-150. SANCHO (2018), pp. 20-23.

<sup>33</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE (2014) afirma que “la forma de organizar nuestro sistema jurídico-privado la situación de las personas afectadas por una discapacidad intelectual o mental es compatible con las previsiones de la CDPD, cuyo artículo 12.º o debe conducir necesariamente a descartar la adaptación de la capacidad legal de obrar a la real ni tampoco el establecimiento de mecanismos legales de representación que permitan, cuando sea necesario, actuar en nombre de quien, por su discapacidad psíquica, no puede hacerlo por sí mismo: es decir, en la terminología vigente en nuestro Derecho, no debe conducir a descartar la incapacitación y la tutela, tal y como los configuran nuestras leyes. En muchas ocasiones éste será el nivel de apoyo ajustado y proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad psíquica...”, pp. 99-100.

<sup>34</sup> No es de la misma opinión ÁLVAREZ LATA *et al* (2010), cuando señala que “La Convención y las demandas de la persona con discapacidad van más allá de lo afirmado en la resolución: no necesitan meramente protección, sino medidas jurídicas que no los inhabilite y que propicien el ejercicio autónomo de sus derechos en la mayor medida posible. La regulación legal y la argumentación teórica que sustentan el régimen jurídico actual podrían considerarse una respuesta aceptable a las necesidades de la persona con discapacidad, pero incompleta, pues no incorporan íntegramente el modelo articulado en la Convención...”, p. 47.

Es preciso señalar que desde la STS de 29 de abril de 2009 se inició una nueva etapa jurisprudencial en la que se afirmaba que la incapacitación debe articularse como un “traje a medida” en función de la situación de cada persona, y que la curatela debe ser entendida como una figura de asistencia y de régimen preferente a la sustitución que supone la tutela; si bien, esta nueva doctrina jurisprudencial, actualmente, no es seguida de forma mayoritaria por los tribunales de instancias, admitiendo la limitación total de la capacidad de obrar y a la sustitución absoluta de la voluntad, recurriendo a la tutela para la mejor protección de la persona con discapacidad<sup>35</sup>.

Por todo ello, el Anteproyecto se hace eco de la exigencia derivada de artículo 12.3 de la Convención, así como la Observación General n.º 1 (2014), que impone a los Estados Parte la obligación de asegurar a las personas con discapacidad intelectual el acceso al apoyo que precisen, asumiendo que cada persona necesita de un apoyo específico; siendo, por tanto, la regulación del apoyo, en su especificidad, el objeto central de la nueva Ley.

### **3. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad**

Centrándonos en la regulación establecida en el Anteproyecto, señalar que uno de los ejes de la reforma es la supresión de la tutela como medida de apoyo a las personas con discapacidad, quedando su función limitada a los “menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a la patria potestad”, (art. 199 CC del APL), pues, la institución tutelar, tal y como está regulada en el Código civil, tiene funciones preferentemente asistenciales y representativas, siendo difícilmente aplicable a las personas con discapacidad, según los principios inspiradores de la Convención y la Observación General n.º 1 (2014) en las que se aboga por el rechazo a las medidas sustitutivas y representativas sobre las personas con discapacidad.

Si bien, aunque se suprime la referencia a la tutela, su contenido queda absorbido en la curatela, al fusionarse las dos instituciones tutelares (tutela y curatela) en uno solo y optándose por la denominación de la curatela, que se refiere más al cuidado que a la sustitución representativa, sin perjuicio de que en casos específicos pueda abarcar esta última pues, como se ha afirmado, el Anteproyecto pone el acento en la constitución de apoyos<sup>36</sup>.

La regulación de la discapacidad en el Anteproyecto supone un cambio normativo profundo. No se trata de un mero cambio terminológico que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos con la Convención, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, en el sentido de que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones.

En el Anteproyecto no se hace alusión, en ningún momento, a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Se habla de capacidad en el sentido de que ésta no puede ser objeto de limitación ni restricción de ninguna especie. En consecuencia, no es que ya no

---

<sup>35</sup> CUENCA (2018), p. 84

<sup>36</sup> SANCHO (2018), “El legislador ha sido responsable al permitir la curatela representativa para casos extremos en que la discapacidad priva totalmente a la persona que la padece de la posibilidad de conocer y decidir, y no de forma temporal sino prolongada en el tiempo. Es la medida más extrema, pero las circunstancias que concurren alrededor de esa persona pueden aconsejar acudir a esta medida, para asegurar su cuidado y proteger sus intereses patrimoniales”, p. 24

puedan utilizarse términos como los de incapacitado o proceso de incapacitación, sino que resultaría igualmente incorrecto hablar de procesos de modificación de la capacidad de obrar o de capacidad modificada judicialmente. El planteamiento es claro: la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se puede restringir ni se puede modificar<sup>37</sup>.

El Anteproyecto tampoco define la discapacidad, si bien la mayor parte de los problemas que trata de solventar, en la parte relativa a esta materia, afecta a las personas adultas con dificultades de comprender y adoptar decisiones, incluyendo también la comprensión de sus consecuencias en todas las facetas de la vida.<sup>38</sup> Así, el Anteproyecto engloba las discapacidades intelectuales, como los daños cerebrales, las demencias de todo tipo y otras situaciones análogas; también contiene algunas disposiciones específicas para otro tipo de discapacidades, como las sensoriales o físicas que implican necesidades concretas de apoyo en la emisión de determinadas declaraciones de voluntad.

Es por ello que, teniendo en cuenta los diferentes tipos de discapacidades a las que hace referencia el Anteproyecto, el sistema de apoyos debería comprender todo tipo de actuaciones que irían desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras, e incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad, que pueden tener repercusión tanto a la esfera personal como en la patrimonial<sup>39</sup>. Y, como sostiene un sector doctrinal, el procedimiento de determinación de apoyos debe alejarse del esquema tradicional de “banquillo”, en el que la persona con discapacidad se sienta frente al juez como un acusado o un demandado, y orientarlo hacia un sistema de colaboración interprofesional o de mesa redonda, con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo idóneas<sup>40</sup>.

### 3.1. Principios del Anteproyecto

Antes de entrar en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad previstas en el Anteproyecto y, en concreto, en la autocuratela como medida preventiva o de autoprotección, conviene aludir a los principios básicos que nos vienen marcados por la propia Convención.

El primero de ellos sería el de *subsidiariedad*, entendido como que sólo debe adoptarse una medida de protección cuando los intereses de la persona no hayan quedado resueltos por otros medios, que pueden ser de tipo familiar, al contar la persona con discapacidad de un entorno

---

<sup>37</sup> Este principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro Ordenamiento, según PARRA LUCAN, ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. STS, 1.ª, 15.3.2018 (Ar.146; M.P: M.ª Ángeles Parra Lucan).

<sup>38</sup> Si bien, la Ley 41/2003, señala en el artículo 2.2, que son personas con discapacidad las personas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Por su parte, el Texto Refundido del RD-Legislativo 1/2003 dispone en su artículo 2.a) que la discapacidad “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impida su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>39</sup> De sumo interés es el artículo de ETXEBERRIA (2016) en el que aporta unos criterios específicos y orientaciones concretas para realizar éticamente decisiones sustitutorias de la voluntad de otro, que son aplicados al colectivo de personas con discapacidad. Asimismo, aborda la tensión ética existente entre las decisiones de representación/sustitución de las personas y el obligado respeto a su autonomía, pp. 55-66.

<sup>40</sup> PAU (2018), p. 26

protector adecuado, o acudiendo a normas de nuestro Ordenamiento jurídico, sin necesidad de judicializar todo lo que acontece a una persona con discapacidad.

El segundo de los principios es el *de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona*. El Anteproyecto establece la prioridad absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, tanto en el establecimiento del apoyo que precise (art. 251 CC del APL)<sup>41</sup> como en la determinación de su contenido y alcance (art. 248 CC del APL último párrafo)<sup>42</sup>. Además, la voluntad, deseos y preferencias de la persona aparecen también como límites y directrices que necesariamente han de seguir los encargados de suministrar los apoyos, incluso llegando a su comprensión por vía interpretativa. Sirva de ejemplo el último párrafo del artículo 274 del Anteproyecto “Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar sus deseos y preferencias”.

En cambio, no se reconoce en ningún lugar del texto prelegislativo que los encargados de apoyo tengan que actuar conforme al mejor interés (o interés superior) de la persona con discapacidad. Al respecto, destacamos que la cuestión sobre si el mejor interés debe o no ser un principio de actuación en relación a las personas con discapacidad es un tema controvertido en el que discrepan los intérpretes de la Convención. En este punto, la opción del Anteproyecto se sitúa en la línea indicada por la citada Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN), de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que coloca la voluntad, deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés<sup>43</sup>. Este planteamiento parte de la premisa de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás<sup>44</sup>.

Por tanto, *el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona*, ostenta una importancia esencial y sustituye al criterio *del mejor interés* como parámetro objetivo desde el que decidir

---

<sup>41</sup> “Cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bien estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante”.

<sup>42</sup> “Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro”.

<sup>43</sup> En relación con el modelo de apoyo, éste debe entenderse en el sentido siguiente: el apoyo a las personas discapacitadas “nunca debe consistir en decidir por ellas (Observación 17); incluso “en situaciones de crisis, debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad a adoptar decisiones” (Observación 18); “algunas personas con discapacidad (...) pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12.3 (Observación 19); “el principio del “interés superior” no es una salvaguarda 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”. (Observación, 21).

<sup>44</sup> GARCIA RUBIO (2018), pp. 32 y 33.

por la persona con discapacidad. Así, en el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo, la voluntad y preferencias siempre deben ser respetadas. Es más, y en los casos excepcionales de apoyos intensos que impliquen decisiones sustitutivas, los apoyos deberán tratar de reconstruir, la voluntad y preferencias de la persona.<sup>45</sup> Por tanto, el estándar de protección se ha transformado y evolucionado en el sentido de sustituir y cambiar el criterio del “interés superior”, por el de “voluntad y preferencia de la persona”, bien expresada por el propio sujeto cuando eso sea posible, bien buscando la “mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias”. Y sólo cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará en juego el criterio del interés<sup>46</sup>.

Cosa distinta de la preferencia de la voluntad sobre el interés es la supremacía del interés de la persona con discapacidad, que como sabemos es uno de los principios que presiden en la Convención. Así, si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, nuestro Tribunal Supremo ha considerado que tendrá primacía o preferencia el primero al encontrarse por encima de cualquier otro<sup>47</sup>.

Otros principios del Anteproyecto que merecen ser destacados son los llamados *de necesidad y proporcionalidad*. Se establece que las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, e irán destinadas a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro<sup>48</sup>. Así, de la interpretación de estos principios se deriva que las medidas de apoyo no podrán excederse de lo que precise la persona con discapacidad (*principio de necesidad*), pero que han de ser suficientes para que con ese apoyo puedan ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (*principio de*

---

<sup>45</sup> CUENCA (2012), “las referencias al respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, antes destacada, ostenta una importancia esencial y sustituye el criterio del mejor interés, como parámetro objetivo desde el que decidir por la persona incapacitada. Así, el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo la voluntad, y preferencias “subjetivas” siempre deben ser respetadas. En casos excepcionales de apoyos intensos que pueden llegar a implicar decisiones sustitutivas, los apoyos deberán tratar de “reconstruir” la voluntad y las preferencias de la persona”, pp. 76 y 77. En el mismo sentido, AMUNÁTEGUI (2019) afirma que “Si puede formular su voluntad, mediante una información adecuada y adaptada a su situación, la persona debe ser apoyada para ello; si no puede, lo que debe ser excepcional, se tenderá a reconstruir su trayectoria vital, sus valores o sus preferencias, forma de apoyo que se revela especialmente importante en el caso de los mayores. Sólo cuando no existan datos para poder valorar la voluntad o preferencias del sujeto podrá ser sustituido en sus decisiones como último y residual criterio”, p. 39.

<sup>46</sup> AMUNÁTEGUI (2019), p. 40. En el mismo sentido, GARCIA PONS “el concepto de mayor interés de la persona con discapacidad, consiste básicamente y finalmente en promover y garantizar sus derechos fundamentales como persona física y fomentar el libre desarrollo de su personalidad, bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que la persona discapacitada actúe por sí misma cuando tenga capacidad de obrar suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente a las instituciones de representación legal (patria potestad-tutela) o complemento de capacidad (curatela) cuando posea dicha capacidad”, citado por MAYOR (2011), p. 11.

<sup>47</sup> PAU (2018), “si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, tendrá primacía o preferencia el primero. El Tribunal Supremo, aplicando ese criterio, ha considerado “interés más relevante”. (S. 216/2017, de 4 de abril, con cita de la de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015), o “interés superior”, “interés que se encuentra por encima de cualquier otro” (S. 3925/2017, de 8 de noviembre) el de la persona con discapacidad (en esos casos se contraponía el interés de la persona con discapacidad al interés de los llamados a ejercer la guarda)”, p. 10.

<sup>48</sup> Art. 248 del Anteproyecto: “Las 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. Toda ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”.

*proporcionalidad*)<sup>49</sup>. Se parte de una concepción del apoyo como “un traje a medida”, o mejor aún, como “tantos trajes a medidas sean necesarios”<sup>50</sup>.

#### **4. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La autotutela como principal medida preventiva o de autoprotección en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad**

La rigidez de los sistemas de protección previstos en el Código civil –en concreto la tutela- y la insuficiencia del esquema institucional, ha provocado la introducción de un nuevo modelo de protección dotado de mayor flexibilidad, a través de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, procurando al interesado establecer previsiones que se ajusten a sus necesidades y a las circunstancias de su entorno<sup>51</sup>. En el Derecho español estos principios se han ido concretando en la regulación de la autotutela (art. 223 CC) y de los poderes preventivos o de autoprotección (art. 1732 CC), que responden, de manera diferente, a esta necesidad de flexibilizar el sistema de protección de personas con discapacidad pero que, como ya se ha manifestado, ha sido deficiente su regulación<sup>52</sup>.

En el artículo 248. 2 del CC según el nuevo Título XI del Libro I del Anteproyecto, se establece que “las 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 sólo 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”<sup>53</sup>. Diferencia claramente dos tipos de medidas de apoyo: por un lado, las anticipatorias o preventivas basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toman por el interesado *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo y, por otro, las medidas reactivas *ex post*, porque nada ha previsto al

---

<sup>49</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), considera que “aplicado esto estrictamente a la CE quiere decir que los principios de protección de las personas con discapacidad (art. 49), y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10) 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”, p. 50

<sup>50</sup> Término que acuñó la STS 282/2009, del 29 de abril.

<sup>51</sup> PEREÑA (2007), en relación a la tutela de autoridad, manifiesta que “la experiencia ha demostrado que este esquema resulta demasiado rígido y puede atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque impide a una persona organizar su propia asistencia, personal, patrimonial, cuando es plenamente capaz, mediante instrumentos como la autotutela, o instar su propia incapacitación, cuando detecte los primeros síntomas de una enfermedad que, especialmente en las edades más avanzadas, suele desembocar en una pérdida de la capacidad de autogobierno”, p. 2.

<sup>52</sup> Ambas figuras fueron introducidas en el Código civil por la reforma por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil. Sobre el origen de la regulación se puede consultar PARRA (2006), pp. 96-106; GARCIA CANO (2006), pp. 117-129.

<sup>53</sup> MAGARIÑOS (2018), considera que el legislador es reacio a describir claramente las causas que dan lugar a la necesidad de apoyo, lo que plantea el problema de la diferenciación de las distintas situaciones en las que se puede encontrar una persona con discapacidad, según la causa e intensidad de la misma. Y que la redacción del precepto, pese a la amplitud que anuncia en la Exposición de Motivos, parece acoger sólo o principalmente la discapacidad psíquica, al referirse de modo exclusivo a personas que requieran medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. A su juicio, convendría describir las causas de necesidad de apoyo, como lo hacen otros ordenamientos, citando entre ellos el Código francés en su artículo 425, p. 202.

respecto el interesado<sup>54</sup>. Por consiguiente, y puesto que se parte del respeto a la autoprevisión y autoprotección de la persona, las segundas (las institucionales) son en todo caso subsidiarias de las primeras, siendo postulados básicos de la nueva comprensión de la discapacidad<sup>55</sup>, además de respetar la autonomía, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyos, como exige la Convención<sup>56</sup>. Dando reflejo de lo manifestado la Exposición de Motivos del Anteproyecto cuando afirma que *“La nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establezcan externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo”*.

Centrándonos en las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, el Anteproyecto establece que son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. (249 CC del APL)<sup>57</sup>, conviviendo con otras medidas como son la autocuratela (269 a 272 CC del APL), los poderes y mandatos preventivos y las medidas contenidas en documentos de voluntades anticipadas (arts. 254 a 260 CC del APL), que van a tener preferencias respecto a las primeras<sup>58</sup>.

Este tipo de medidas recogidas en el Anteproyecto responden a la preocupación existente por el creciente número de diagnósticos, más o menos tempranos, que anticipan enfermedades neurodegenerativas en un estado más o menos incipiente; lo que permite a una persona plenamente autónoma tomar decisiones en relación a sus necesidades de apoyo en el futuro. No obstante, estas medidas no solo están pensadas para este tipo de situaciones, sino que cada vez son más frecuentes en personas, dada la mayor longevidad de la población y la mayor presencia de demencias relacionadas con la vejez<sup>59</sup>, que pueden tener dificultades en la toma de

---

<sup>54</sup> GARCIA RUBIO (2018), p. 34.

<sup>55</sup> LÓPEZ AZCONA (2015) afirma que “El respeto a la voluntad anticipada se considera exposición del respeto a la dignidad y a la libertad del individuo, y lo cierto es que tanto en España como en países de nuestro entorno está inspirada la protección de adultos”, p. 315. GARCIA RUBIO (2018), p. 35.

<sup>56</sup> MAGARIÑOS (2018), señala que “con esta preferencia a las medidas preventivas, establecidas por el interesado y, también, a la guarda de hecho, se pretende revitalizar y potenciar tales métodos de apoyo, institucionalizándolos como medidas suficientes y adecuadas. Quizá de modo excesivo, y con un cierto temor a poca confianza en la efectividad de la intervención judicial de modo compatible con los principios de la Convención”, p. 200.

<sup>57</sup> MAGARIÑOS (2018), manifiesta que en el artículo 249 en relación a las medidas de apoyo, “se echa de menos la regulación de la “asistencia”, como institución diferenciada de la curatela y del defensor judicial. Como una medida a utilizar no sólo en los casos de la vieja y poco “considerada” prodigalidad, sino en los variados y múltiples casos en los que no es necesaria la denominada con la antigua y poco clarificadora palabra curatela (...), con la “asistencia institucional”, se trataría de acoger la voluntad de decidir y elegir la ayuda de un asistente por la persona que la necesita y que se encuentra con capacidad para hacerlo en ese momento, con la garantía y la rigurosidad que imprime un proceso sencillo de jurisdicción voluntaria y el control judicial”, p. 203.

<sup>58</sup> Con la regulación de los poderes preventivos y otras directivas anticipadas se cumplen los dictados de la Recomendación 11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad. En este documento europeo se recomienda expresamente a los gobiernos que promuevan la autonomía de la voluntad de los adultos a través de instrumentos otorgados en previsión de una eventual futura incapacidad, enfatizando además la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de protección; todo ello es perfectamente concorde con las exigencias de la Convención y, en particular, con lo establecido en su artículo 12, precepto inspirador del Anteproyecto.

<sup>59</sup> La doctrina entiende que hay una correlación entre discapacidad y dependencia, y así lo advierte la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, cuando señala que los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación dependencia; por un lado, por el importante crecimiento de la población de más de 65 años y, por otro, por el aumento del colectivo con edad superior a 80 años (fenómeno demográfico denominado “envejecimiento del envejecimiento”), lo que conforma una nueva realidad de la población mayor que conlleva dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio. Además, a esta

decisiones plenamente conscientes y voluntarias en relación a determinados actos, pero que poseen discernimiento suficiente para decidir quién quiere que le ayude a la hora de adoptarlas, incluso quién, llegado el caso, ha de tomarlas por él o ella. Asimismo, estas medidas de apoyo pueden ser convenientes para personas jóvenes con condiciones volitivas y cognitivas intactas, pero que por su profesión o actividad desean hacer previsiones sobre futuros accidentes o enfermedades relacionadas con su ejercicio<sup>60</sup>.

No procede en este trabajo analizar la regulación de los mandatos y poderes preventivos, pues escapa del objeto de estudio. Si bien, la diferencia entre estas medidas radica, principalmente, en que los poderes o mandatos preventivos son declaraciones de voluntad que van a desplegar todos sus efectos como un negocio jurídico, sin más que acreditar el hecho que los motiva, desempeñando su eficacia al margen de la incapacitación; mientras que la declaración de voluntad de la autotutela, como veremos, es una propuesta dirigida a la autoridad judicial para que constituya la tutela, nombre o excluya a determinada persona como curador, determine su régimen orgánico y funcional, conforme a la propuesta vinculante del declarante ( arts. 269.1.º y 3, CC del APL)<sup>61</sup>. No obstante, pese a que la declaración de voluntad de la autotutela tiene carácter vinculante para la autoridad judicial, corresponde a ésta el nombramiento del curador, calificar la aptitud del propuesto e incluso prescindir total o parcialmente de las mismas (propuestas) de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la tutela, o por Ministerio Fiscal, mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o la alteración de las causas expresadas por el mismo o que presumiblemente no tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 270 CC del APL).

#### **4.1. La autotutela como manifestación de autonomía en la toma de decisiones por parte del discapacitado en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad**

El Anteproyecto dedica a esta medida de autoprotección preventiva la subsección 1.º con la rúbrica “de la autotutela”, dentro de la sección 2.ª “de la autotutela y nombramiento del curador”, situada en el Capítulo IV “de la Tutela”, en el Título XI del Libro I del Código civil que se titula “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad” (arts. 269 a 272 CC, del APL).

Atendiendo a la regulación del Anteproyecto, la autotutela se define por un lado como una manifestación de voluntad, en virtud de la cual el potencial beneficiario, una persona física, mayor de edad, menor emancipado (art. 269 CC del APL) o habilitado de edad (art. 244 CC del APL), en previsión de que se produzca una eventual y futura situación de discapacidad (art. 248

---

realidad debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral. ALVENTOSA (2019), p. 230.

<sup>60</sup> ALVENTOSA (2019), “...hay que poner de relieve muy significativamente que tanto la discapacidad, la ancianidad, o la enfermedad, así como las situaciones de dependencia a que pueden dar lugar, no son por sí mismas situaciones que puedan determinar la incapacitación de las personas que se encuentran en dichas situaciones. Pero suelen ser circunstancias de la persona que pueden llegar a determinar la imposibilidad de autogobierno, que es el núcleo esencial de la incapacitación”, p. 233.

<sup>61</sup> Sobre la constitución y tipos de medidas preventivas en el Anteproyecto, véase GARCÍA RUBIO (2018), pp. 37-58.

CC del APL), que requiera apoyo continuado (art. 249 del CC del APL) propone la curatela como medida de apoyo necesaria para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, desarrollo de su personalidad y condiciones de igualdad (art. 248 CC del APL); y, por otro lado, como una situación jurídica de salvaguarda (art. 12 Convención) o medida institucional de apoyo, en la terminología del Anteproyecto, en el sentido de que tal declaración de voluntad vincula a la autoridad judicial y genera una situación jurídica de conformidad con la extensión y límites de la resolución judicial que constituya la curatela, regulada por las disposiciones del declarante, por lo declarado en la resolución judicial y lo establecido por la ley. Por tanto, la autocuratela es una medida de autoprotección institucional, dentro de la curatela, pero que está dotada de regulación propia, fundamentada en el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo.<sup>62</sup>

En relación a la persona beneficiaria de esta medida de autoprotección, podrá ser cualquier persona física, mayor de edad o emancipada por quienes tengan la patria potestad, que requiere la edad, al menos de dieciséis años cumplidos y que la consienta (240 CC del APL), o que teniendo dieciséis años cumplidos viviera independientemente de sus progenitores con el consentimiento de éstos (art. 242 CC del APL), o por concesión de la autoridad judicial (243 APL). Habría que añadir también el menor habilitado de mayoría de edad (art. 244 del CC).

En cuanto a la aptitud que se exige para la realización de esta declaración de voluntad, es interesante la aportación realizada por AMUNÁTEGUI<sup>63</sup>, según la cual, la letra del Código habla de “capacidad de obrar suficiente”, utilizando la misma terminología que el Derecho aragonés (art. 108.1 CDF) y en la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>64</sup>, mientras que en el Derecho catalán se exige “plena capacidad de obrar” (art. 222-4 CCCat). De manera diferente, el Anteproyecto alude a mayores o emancipados que por futuras circunstancias que dificulten el ejercicio de la capacidad jurídica, decidan prever medidas de apoyo, lo que presupone que el sujeto no presenta todavía las mencionadas circunstancias, dando por sentado que proyecta una protección que no necesita todavía. Así, se puede afirmar que, el texto proyectado intenta eludir cualquier alusión a la presencia de capacidad suficiente, adecuada, o expresión similar, evitando toda referencia a la posibilidad de otorgar este tipo de documentos con apoyo. Dicho de otra manera, que las escrituras de autocuratela quedarían vedadas a quienes ya necesitan de una medida de apoyo al momento del otorgamiento, reforzando el argumento la Exposición de Motivos del Anteproyecto y el desarrollo posterior del articulado con la utilización de expresiones como “*absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que pueda tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo*”, o en el artículo 251 “*conurrencia futura de circunstancias que pudieran dificultarle el ejercicio de su capacidad*”..., o finalmente, el art. 269, “*en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el art. 248...*”; si bien, la citada autora considera que el debate todavía está abierto, en el sentido de considerar la posibilidad del otorgamiento de estos documentos de autoprotección con medidas de apoyo.

---

<sup>62</sup> ESCARTIN (2018), p. 87. GARCIA RUBIO (2018) también la define como “medida voluntaria, anticipatoria o preventiva establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad por la que nombra a una o varias personas para que, llegado el momento y por el procedimiento que se establezca, ejerza las funciones de apoyo en su condición de curador o curadores y dispone, en su caso, sobre sus reglas de actuación; se trata, en definitiva, de autodeterminar el apoyo tomando referencia el marco institucional”, p. 44.

<sup>63</sup> AMUNÁTEGUI (2019), pp. 75-76.

<sup>64</sup> <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php>

En cuanto al carácter de la declaración de la persona que en un futuro se va a ver necesitada de apoyo, manifestar que *es personalísima*. Podría surgir la duda al permitir el Anteproyecto la forma de escritura pública; Ahora bien, teniendo en cuenta el proyectado artículo 272 del CC se da respuesta a esta cuestión, cuando se especifica que “*se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección de curador entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada*”<sup>65</sup>. En cuanto a la forma de la declaración de voluntad o propuesta del eventual beneficiario el artículo 269. 1º CC del APL exige la forma de escritura pública; comunicándose de oficio al Registro Civil. Sobre esta exigencia documental, manifestar que es adecuada para la seguridad jurídica preventiva en lo referente a los títulos jurídicos de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, cumpliendo con los principios constitucionales y los establecidos por la Convención (art. 12)<sup>66</sup>.

La declaración se realiza en previsión de que se produzcan algunas de las circunstancias del artículo 248 CC del APL, “*para las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad*”, y el artículo 249 CC del APL dice “*la curatela se aplica a quienes precisen el apoyo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad*”.

Sobre el contenido de la declaración de voluntad, decir que consiste en “*proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador (...), podrá igualmente establecer varias disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo*”. (art. 269. 1.º y 2.º CC del APL). Ahora bien, es preciso señalar que “*una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesitada de apoyo*”. (art. 269. 3.º CC, del APL).

Podríamos preguntarnos si conforme al artículo 269 CC propuesto debe prevalecer, en todo o parte, la voluntad del declarante, sobre las normas que, con carácter general, establece la ley para el curador, quedando la normativa general como supletoria y, por tanto, de carácter

---

<sup>65</sup> ESCARTÍN (2018), considera que “no estaría de más que el artículo 272 comenzara con la frase “las declaraciones a que se refieren los artículos anteriores deberán ser emitidas con carácter personalísimo por los propios legitimados. No obstante, (...). Dado que el carácter personalísimo de una declaración tiene naturaleza excepcional, es prudente que el legislador evite posibles litigios”, p. 92.

<sup>66</sup> GARCIA RUBIO (2018), es de la opinión de que la exigencia de escritura pública debería ser repensada. Considera que es una fuerte limitación al modo de expresar la genuina voluntad de una persona para definir sus eventuales apoyos futuros, limitación que puede estar injustificada, sobre todo en los casos de los apoyos más débiles. Además, piensa que, si tenemos en cuenta la situación actual en nuestro Ordenamiento, cabe recordar que, por lo que atañe a las medidas previstas en el ámbito de la salud, ni la aludida Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ni en las paralelas autonómicas que inciden en la misma cuestión, imponen para su establecimiento la escritura pública”. Pues bien, según esta autora, “si el proyectado artículo 251 CC pretende ser el paraguas que cobije todo tipo de previsiones anticipadas a la propia discapacidad para la toma de decisiones, dicho precepto debería, o bien eliminar el requisito de escritura pública, o bien hacer referencia, como excepción, a los casos en los que las leyes especiales no la exijan”, p. 46.

dispositivo. Siguiendo doctrina autorizada sobre esta cuestión, debería prevalecer la voluntad del declarante en la autotutela, sobre el régimen general de la tutela, como principio; con excepciones precisas y concretas que deberán constar en la resolución de la autoridad judicial. Y todo ello teniendo en cuenta las siguientes premisas: 1ª. El texto del artículo 12. 4.º de la Convención “esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona...”; 2ª. Que el artículo 269 propuesto es puro desarrollo de tal criterio. 3ª. Que el artículo 269 concuerda con la regulación de la tutela; así existe concordancia en la designación de la persona o personas físicas o jurídicas (art. 274 CC del APL)<sup>67</sup>, y en la prioridad de excluir a personas determinadas (art. 273. 1.º CC del APL)<sup>68</sup>, con el 280 en materia de cuidado de la persona, de contacto personal, desarrollo del proceso de toma de decisiones<sup>69</sup>; finalmente, se produce concordancia con el artículo 279 en materia de retribución<sup>70</sup> y con el artículo 283 relativo a la formación de inventario<sup>71</sup>.

Por tanto, se aceptarían aquéllas excepciones al principio dispositivo que estuviesen fundadas en los criterios de la 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”, “que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”, “que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4).

Por otra parte, y en relación al contenido de la autotutela, nos podríamos preguntar sobre el carácter imperativo o dispositivo del proyectado artículo 285 del CC<sup>72</sup>, relativo a la necesidad de autorización judicial y otras formalidades para determinados actos. Esto es, si partimos de la premisa de que el artículo 269 autoriza al declarante para establecer las reglas de administración y disposición de sus bienes, ¿queda o no vinculado en su propuesta de autotutela para prescindir de la autorización judicial y demás formalidades del artículo 285 según el Anteproyecto?<sup>73</sup>

---

<sup>67</sup> “La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por el necesitado de apoyo o la persona en quien este hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 270”.

<sup>68</sup> “...1.º A quien haya sido excluido por la persona necesitada de apoyo”.

<sup>69</sup> “... el curador asistirá a la persona a la que le preste el apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando la voluntad, deseos y preferencias.

El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

El curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en su caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración”.

<sup>70</sup> “El curador tiene derecho a retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo al patrimonio de la persona que precisa el apoyo”.

<sup>71</sup> Sobre lo imperativo y lo dispositivo de las normas del Anteproyecto, véase ESCARTÍN (2018), pp.94-98.

<sup>72</sup> “El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso...”

<sup>73</sup> Los requisitos de autorización judicial, aprobación o, incluso, venta en pública subasta, previstos en el artículo 285 propuesto, son normas de derecho imperativo, cuyo incumplimiento lleva consigo la sanción de nulidad.

Teniendo en cuenta la idea que subyace en la Convención y en la reforma de adaptación del Código civil, entiendo que en el régimen común de la curatela rige el artículo 285 CC del APL como norma de carácter imperativo, mientras que en el régimen especial de la autotutela el citado precepto debería regir con carácter supletorio. Tanto es así que, ESCARTÍN considera que el artículo 269 CC del APL debería contener el siguiente párrafo: “las disposiciones otorgadas según lo dispuesto en los párrafos anteriores tendrán preferencia sobre las normas que establece este Código con carácter general, en las secciones segundas y tercera de este capítulo”<sup>74</sup>. Por tanto, le corresponde a la autoridad judicial organizar el régimen alternativo, en el que deberán tenerse en cuenta los principios y disposiciones del art. 12. 4.º de la Convención. Es decir, “*que las salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*”, y, según la misma norma, establecer los criterios que tal solución alternativa deben respetar: “*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 menor plazo posible*”, y *que están sujetas a exámenes periódicos por parte de autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial*”.

Por último, el respeto a la autonomía, deseos y preferencias en la regulación de la autotutela, como medida de prevención y autoprotección en el Anteproyecto, también se puede apreciar en relación a la prioridad de la declaración del propio afectado en lo relativo a la designación o exclusión de la persona del curador<sup>75</sup>. Ello resulta de los términos generales del artículo 269 CC del APL cuando señala que el declarante podrá “*...proponer el nombramiento o exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador*”; esta norma viene ya confirmada por el artículo 274 CC del APL “*la autoridad judicial nombrará curador a quien haya propuesto para su nombramiento por el necesitado de apoyo o la persona en quien éste hubiere delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 270*”; como son “*circunstancias graves desconocidas por quién las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*”. Por tanto, podemos afirmar que, el artículo 273 CC del APL es de carácter dispositivo, y que la autoridad judicial sólo podrá evitar el nombramiento como curador en los términos que describe el citado precepto, es decir, si las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para el nombramiento del curador por el interesado han variado de forma esencial, o se descubren razones que el autor de la designación no pudo conocer y que, con probabilidad, de haberlas conocido, hubiera alterado su decisión. Ahora bien, entiendo que, si el declarante y destinatario de la autotutela conocía al tiempo de su declaración tales circunstancias, la autoridad judicial queda vinculada por tal declaración y debe nombrar curador entre las personas designadas<sup>76</sup>. En tal caso, la decisión podrá tomarse de oficio o a instancia de las

---

<sup>74</sup> ESCARTÍN (2018), p. 98.

<sup>75</sup> Sobre la curatela como principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad en el Anteproyecto y el deber de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien se presta el apoyo, se puede consultar MUNAR (2018), pp. 122-151.

<sup>76</sup> Sobre el tema señala ESCARTÍN (2018), “Por inalámbrica que parezca la posición del Anteproyecto, la suscribo íntegramente por las siguientes razones: 1ª el Carácter institucional de la curatela exige el control de la autoridad judicial, lo que la diferencia de las medidas privadas como los poderes o mandatos preventivos. 2.º Porque el juez español está, como el europeo continental, sujeto a la ley; y si la ley le impone el respeto a la voluntad del que va a ser eventualmente el propio beneficiario, tal voluntad debe ser respetada. 3.ª Porque concuerda con los principios que la

personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, siempre mediante resolución motivada.

Finalmente, y relacionado con este aspecto, el último párrafo del artículo 270 2 CC del APL debe completarse con el ya mencionado artículo 274 CC del APL cuando se refiere al nombramiento del curador al establecer que *“Cuando una persona oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar sus deseos y preferencias”*<sup>77</sup>.

## 5. Conclusiones finales

La ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York 2006, ha cambiado radicalmente la regulación de la discapacidad en nuestro Ordenamiento jurídico. La discapacidad ha sido entendida como un problema social donde las limitaciones personales no vienen ocasionadas por la deficiencia, sino por la sociedad que no tiene presente la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan. Por ello, entre sus objetivos está garantizar el goce pleno, y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como el respeto a su dignidad.

La Convención aboga por un sistema de apoyo o modelo social para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que sustituye al modelo médico o rehabilitador, actualmente vigente en nuestro Derecho. Entiende que la autonomía y la libertad para tomar decisiones está intrínsecamente vinculada a la proclamación de la dignidad inherente de las personas con discapacidad. En este sentido, el sistema de apoyos en la toma de decisiones constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica y en el ejercicio de sus derechos.

El Ordenamiento jurídico español se encuentra en un proceso de adaptación normativa a las previsiones establecidas en el artículo 12 de la Convención; siendo el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación de reforma de CC, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Registro Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria en materia de discapacidad, donde se están remplazando los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por el de ayuda a las personas con discapacidad en la toma de decisiones, respetando la autonomía, voluntad y sus preferencias. Tanto es así que, uno de los ejes de la reforma es la supresión de la tutela como medida de apoyo a las personas con discapacidad, optando por la curatela al considerar que se ajusta más los principios de la Convención.

---

Convención de Nueva York expone en su Preámbulo y desarrolla en su texto articulado, números 1 y 12...”, p. 88. GARCIA RUBIO (2018), pp. 44-45.

<sup>77</sup> Sobre este aspecto señala AMUNÁTEGUI (2019) “que el recurso a tantos conceptos indeterminados y de difícil prueba, permitirá al juez alterar las disposiciones de autotutela cuando su seguimiento llevase al sujeto protegible a una situación de desprotección, lo que considero que constituye parte del ejercicio de la tutela judicial efectiva. Es posible que aprecie el juez un cierto margen de influencia indebida, de error al adoptar las decisiones al no haberse tenido en cuenta todo tipo de circunstancias, o por alteración de las circunstancias. Sin duda, cuando no se respete alguna de las decisiones del sujeto, incluyendo la designación de curador, la resolución judicial deberá ser especialmente motivada en aras del respeto a las preferencias y deseos expresados, evitando el mero recurso a los mencionados criterios indeterminados, pp. 77 y 78.

En el Anteproyecto cobran importancia las medidas de apoyo preventivas de autoprotección, como la autocuratela, los poderes y mandatos preventivos y las medidas contenidas en documentos de voluntades anticipadas, inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, siendo la autocuratela un documento de manifestación de poder de autoprevisión del sujeto donde expresa su voluntad, deseos y preferencias, quedando la autoridad judicial vinculada, salvo excepciones, como máxima expresión de respeto a la voluntad y dignidad de la persona con discapacidad.

## 6. Bibliografía

Macario ALEMANY (2018), “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.º 1.º (2014) del Comité (UN) de los Derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 201-222.

Natalia ÁLVAREZ LATA *et al.* (2010), “Procesos de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una Revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 11-66.

Josefina ALVENTOSA DEL RIO (2019), “Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 10, febrero, 2019, pp. 224-281.

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT (2014), “La autonomía de la voluntad de protección de las personas con discapacitadas”, *La Ley*, 1578/2014, pp. 1-22.

Patricia CUENCA GÓMEZ (2012), “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios Generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, diciembre 2012, pp. 61-94.

Patricia CUENCA GÓMEZ (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, pp. 82-101.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ (2019), *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*, ed Reus.

Silvia DÍAZ ALABART (2018), “Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: El derecho a su libertad personal”, en *La voluntad de la persona protegida, oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Monserrat PEREÑA (Directora), ed. Dykinson, Madrid, pp. 163-197.

José Antonio ESCARTÍN IPIÉNS (2018), “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, julio-septiembre, 2018, pp. 85-119.

Xavier ETXEBERRIA MAULEON (2016), “Autonomía y decisiones de representación/sustitución en personas con discapacidad intelectual. Perspectiva ética”, *Siglo Cero*, vol. 47, n.º 257, 2016, enero-marzo, pp. 55-66.

Rafael DE LORENZO (2018), *Discapacidad sistemas de protección y Trabajo Social*, ed. Alianza Editorial. Madrid.

Cristóbal Francisco FRABREGA RUIZ, (2016), *La protección jurídica de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas Discapacitadas*, (tesis Doctoral, dirigida por JIMÉNEZ LIÉBANA).

Tomás GARCÍA CANO (2006) “Autotutela y poderes preventivos”, *Actas del XV Encuentro del Foro del Derecho Aragonés*, pp. 117-129. [http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/\\_n002863\\_Voluntades%20anticipadas.pdf](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf).

Antonio GARCÍA PONS (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”, *ADC*, tomo LXVI, 2013, fac. I, pp. 59-147. ([https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2013-10005900148](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-10005900148))

María Paz GARCÍA RUBIO (2018) “Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho civil*, vol. V., núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 29-60.

María ISOLINA DABOVE (2018), “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 34, junio 2018, pp. 53-85.

Aurora LÓPEZ AZCONA (2015), “El respeto a las voluntades anticipadas en el Derecho civil aragonés”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 313-330.

David MAYOR FERNÁNDEZ (2011) “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2133, julio de 2011, pp. 1-36. (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/302385>)

Victorio MAGARIÑOS BLANCO, (2018), “Comentario al anteproyecto de la Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, (julio-septiembre, 2018), pp. 199-225.

María Teresa MANGA ALONSO, (2019) “Incidencia de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad en el Derecho español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm, 48, mayo 2019, pp. 129-150.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, (2014), *El tratamiento de jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, ed. Aranzadi.

Pedro MUNAR BERNAT (2018), “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 121-152.

Jesús MUYOR RODRÍGUEZ (2019) “Nuevos significados de la discapacidad: de la igualdad de capacidades a la igualdad de derechos”, *Acciones e investigaciones Sociales*, núm. 39, 2019, pp. 33-55.

María Ángeles PARRA LUCÁN (2006) “Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos”, *Actas del XV Encuentro del Foro de Derecho Aragonés*, (2006), pp. 77-117.

([http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/\\_n002863\\_Voluntades%20anticipadas.pdf](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf)).

Antonio PAU (2018) “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V. núm. 3, (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 5-28.

Montserrat PEREÑA VICENTE, (2007) “La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?”, *La Ley 1010/2007*, pp. 1-16. (La Ley 1010/2007).

Montserrat PEREÑA VICENTE (Dirección) (2018), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, ed. Dykinson.

Amparo PULIDO MARTÍNEZ (2010) “EL Derecho de ciudadanía del enfermo mental, un desafío al sistema para la Autonomía y la Atención a la dependencia”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 3, 2010, pp. 361-379.

Ignacio SANCHO GARGALLO (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 Montserrat PEREÑA (Directora), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, ed. Dykinson, Madrid, pp. 17-25.

Judith SOLÉ RESINA (2014) “El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas”, *Revista Electrónica de Derecho*, n.º 2, (junio 2014), pp. 2-27.

Inmaculada VIVAS TESON (2012), *Más allá de la capacidad de entender y querer...un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Observatorio Estatal de la Discapacidad.