

## REFLEXIONES SOBRE LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL EN PERSONAS QUE PRECISAN APOYOS EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA<sup>1</sup>

*Ascensión Leciñena Ibarra*

Profesora Titular Derecho civil  
Universidad de Murcia

---

TITLE: *Reflections on the formation of the will to negotiate in persons who require support in the exercise of their legal capacity*

RESUMEN: La reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la toma de sus propias decisiones con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias si bien, cuando presenten limitaciones intelectivas, el ejercicio de tal derecho precisará el apoyo de una persona que ella misma ha podido elegir o, en su defecto, la prevista por la norma. Esta nueva realidad jurídica desplaza el centro de atención, de la exteriorización del acto en que interviene la persona con discapacidad al proceso de formación de su voluntad, del que va a depender que emita consentimiento vinculante en los ámbitos que requieran de su intervención. Reconocida su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, la persona con discapacidad psíquica deberá afrontar, con la ayuda de la persona que le presta el apoyo, un proceso deliberativo que le permita adoptar una decisión consciente y libre. Y si ello no fuera posible, la decisión la tomará el apoyo reconstruyendo cuál sería su voluntad si pudiera tomarla sin representación. El juicio sobre el discernimiento de la persona corresponderá hacerlo al notario lo que lo convierte en pieza fundamental en la aplicación de la reforma.

ABSTRACT: *The reform carried out by Law 8/2021, of 2 June, recognises the right of persons with disabilities to make their own decisions with full respect for their will, wishes and preferences. However, when they suffer from intellectual limitations, the exercise of this right will require the support of a person of their own choosing or, failing that, a person determined by law. This new legal reality shifts the focus of attention from the externalisation of the act in which the person with disabilities intervenes to the process of forming their will, on which it will depend whether they can issue a consent that binds them in the areas that require their intervention. Once their legal capacity is recognised on an equal footing with others in all aspects of life, the person with a mental disability must, with the help of the person providing support, undertake a deliberative process that will enable them to make a conscious and free decision for themselves. If this is not possible, the decision will be made by the support person by reconstructing what his or her will would be if he or she could make it without representation. The judgement on the person's discernment will be made by the notary, which makes him a fundamental part of the implementation of the reform.*

PALABRAS CLAVE: capacidad, voluntad, notario, discapacidad, apoyo, decisión.

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto RTI2018-095751-B-I00 «El ejercicio de los derechos en el marco del envejecimiento activo» (EDEA), financiado por: MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa y del Proyecto UMA18-FEDERJA-175, sobre derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado de bienestar, financiado por el Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020.

KEY WORDS: *capacity, will, notary, disability, support, decision.*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. LAS MEDIDAS DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 3. EL JUICIO NOTARIAL SOBRE LA APTITUD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO NEGOCIAL. 3.1. *El notario como apoyo institucional en el marco de la ley 8/2021.* 3.2. *El juicio de discernimiento notarial o la valoración holística de las aptitudes psicológicas cognitivas, volitivas e intelectivas del otorgante con discapacidad psíquica.* 3.3. *El juicio de discernimiento notarial en el marco de una actuación representativa del apoderado en virtud de un poder no preventivo.* 4. LA DIMENSIÓN RELACIONAL DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA. 4.1. *La relevancia del proceso deliberativo en la toma de decisiones.* 4.1.1. La intervención de la persona que presta el apoyo en el proceso de formación de voluntad del apoyado. 4.1.2. ¿Puede la persona con discapacidad rechazar el apoyo que precise para la toma de decisiones con trascendencia jurídica? 4.2. *Autonomía vs. protección: límites a la libertad en la toma de decisiones.* 4.3. *El apoyo «restaurador» de la voluntad de la persona con discapacidad cuando esta no puede culminar su proceso de formación de voluntad.* BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, integra en nuestro Derecho positivo los principios que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) incorporó a nuestro ordenamiento jurídico hace más de una década, destacando por su importancia el reconocimiento a las personas con discapacidad de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. A mi juicio, esta es la clave de bóveda del sistema que soporta el nuevo enfoque de la realidad de estas personas en cuanto las reconoce como titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias, alcanzando el mayor grado posible de autonomía real a través de las medidas de apoyo<sup>2</sup>. Una intervención desconocida en nuestra tradición jurídica, prestada por un sujeto cuya presencia se erige en pieza fundamental en la toma de las propias decisiones de la persona con discapacidad, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias.

Un derecho que no solo actúa en su esfera personal, sino que también encuentra proyección en el ámbito patrimonial, lo que sin duda obliga a adaptar la dinámica de los entornos negociales al protagonismo que este colectivo asume en los actos en los que interviene.

<sup>2</sup> Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica (1)» *Diario La Ley*, nº 9851, de 17 de mayo de 2021, p. 1.

Este nuevo sistema creado por la reforma, donde la regla general es que los actores principales (personas con discapacidad psíquica<sup>3</sup>) otorguen por sí los negocios que precisan de su intervención y los secundarios (apoyos), en su caso, ayuden a conseguir tal logro dejando su impronta sin que conste en declaración negocial alguna, constituye un mecanismo de dinámico engranaje que demanda abordar con nueva perspectiva la construcción intelectual de la formación de voluntad del contratante con discapacidad psíquica como clave operativa del ejercicio de su capacidad jurídica. Y ello con el objetivo de proyectar al tráfico la realidad de una vinculación negocial efectiva a través de la prestación de un consentimiento libre y consciente, con garantía suficiente que haga cierta e indubitable su incorporación al tráfico económico en igualdad de condiciones con las demás personas que consagra el art. 12.5 CDPD<sup>4</sup>.

A este análisis de la formación de la voluntad, más como un proceso temporal que como un acto final, que ponga en valor el *iter* deliberativo en la toma de decisiones de la persona con discapacidad como antesala del consentimiento que va a prestar, es a lo que vamos a dedicar las páginas que siguen. Mas, antes de entrar de lleno en lo planteado, creo preciso hacer unas consideraciones sobre el constructo jurídico que soporta las reflexiones que se van a exponer pues no son pocas las ocasiones en las que las opiniones vertidas parecen minorar cuando no desconocer el verdadero alcance de la revolución que la reforma supone.

La falta de reservas al texto de la Convención por parte del Estado español convirtió a esta íntegramente en una norma de eficacia directa y de obligado cumplimiento para cualquier actuación legislativa posterior<sup>5</sup>. Por ello, el art. 12 CDPD, al reconocer a las

<sup>3</sup> Este tipo de discapacidad incluye «tanto la discapacidad intelectual, como los trastornos mentales más severos como las demencias» (Grupo de Ética y Legislación Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), mayo 2016, «Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad», consultado en <https://aen.es/wp-content/uploads/2018/10/01.-AEN-reforma-legislaci%C3%B3n1.pdf>, p. 8). Sobre la referencia que hace el CC al concepto de discapacidad véase la Disposición adicional 4ª CC.

<sup>4</sup> Una labor en la que, como veremos a lo largo del trabajo, desempeñará un papel importante el notariado cuya función en el diseño de las medidas de apoyo, según afirma CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. «Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *El notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, Nº 97. Disponible en <https://www.elnotario.es/>, «será vital y permitirá el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad con los demás a todos aquellos ciudadanos a quienes por siglos se les ha negado la posibilidad de actuar en su propio nombre, reconociendo que para que esta igualdad sea real y efectiva es imprescindible que los derechos ejercitados sean válidos y eficaces y que no sean atacados sólo por razón de discapacidad».

<sup>5</sup> DEVANDAS, C., *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*. 37 período de sesiones. 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. A/HRC/37/56. Consultado en <https://undocs.org/es/A/HRC/37/56>, p. 10, pt, 37, recoge que fueron trece Estados partes en la Convención los que formularon reservas y declaraciones en el momento de la ratificación o la adhesión, con objeto de limitar la aplicación del artículo 12 y otros artículos relacionados: Australia, Canadá, Egipto, Estonia, Francia, Georgia, Kuwait, Malasia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Singapur y Venezuela (República Bolivariana de). La propia Relatora pone de manifiesto que dada la importancia del artículo 12 para el disfrute y el ejercicio de todos los derechos enunciados en la Convención y teniendo en cuenta

personas con discapacidad capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida como un atributo de su dignidad humana, *velis nolis* arroja de nuestra cultura jurídica el consolidado binarismo existente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar obligando a replantear el primer concepto, dotándolo de un nuevo alcance al englobar en él tanto la capacidad legal de ser titular de derechos (lo que conocíamos en nuestro sistema como capacidad jurídica) como la legitimación para ejercitarlos (tradicionalmente la capacidad de obrar). Con ello, la dimensión binaria de la capacidad desaparece y las dos facetas que la integraban pasan a conformar un todo inescindible que no se puede separar y del que nadie puede ser privado en cuanto atributo de su dignidad humana<sup>6</sup>, sea cual fuere la deficiencia que la persona presente y la gravedad con que la misma se manifieste<sup>7</sup>.

Ahora bien, levantar barreras no supone negar las posibles dificultades que pueda tener una persona para la expresión o la adopción misma de sus propias decisiones<sup>8</sup>; la Convención no es el Jordán sanador, por lo que el anterior reconocimiento, *per se* y sin otro recurso que lo complemente, no serviría para salvar las limitaciones que, en su caso, pudiera generar determinados tipos de discapacidad. Por ello, su proyección con éxito en la realidad de este colectivo obliga a los Estados a adoptar «medidas pertinentes» que proporcionen el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como se señala en el art. 12.3 CDPD. Apoyos cuya utilización se revela como un derecho de la persona más que como una obligación impuesta, «sin pretensión de limitar ni restringir las posibilidades de actuación autónoma de la persona con discapacidad»<sup>9</sup>.

Y aquí entra a consideración una nueva categoría cual es la de la capacidad mental que hace referencia a la aptitud de una persona para adoptar decisiones que, naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos los ambientales y sociales<sup>10</sup>. Como ha declarado el Comité de seguimiento de la Convención, los déficits en la capacidad

---

que el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 46 de la propia Convención, tales reservas son incompatibles con el objeto y el propósito de la Convención ya que entorpecen y/o impiden el goce pleno y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad.

<sup>6</sup> Observación General nº 1, 2014, «Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley», Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, pt. 12.

<sup>7</sup> Como pone de manifiesto ALEMANY, M., «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual (1)», *Práctica de Tribunales* (Julio-Agosto 2020), Nº 145, Sección Estudios, Wolters Kluwer, LA LEY 9639/2020, «La Convención mantiene a lo largo de todo su articulado un tratamiento unitario de la discapacidad y, en particular, no se considera relevante la distinción entre la discapacidad que resulta de deficiencias mentales o intelectuales y la discapacidad que resulta de deficiencias físicas o sensoriales. El principio general es “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas” (art. 3)».

<sup>8</sup> Véase la Circular 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

<sup>9</sup> TENA ARREGUI, R., «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI* (septiembre-octubre 2021), nº 99.

<sup>10</sup> Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, pt. 13.

mental no pueden impedir el reconocimiento de la capacidad jurídica y, por ende, tampoco utilizarse para imposibilitar la adopción de una decisión de quien los padece<sup>11</sup>. Y es que la presencia de un trastorno mental importante, por sí mismo, no supone la inexistencia de discernimiento para adoptar decisiones ni constituye el factor determinante y último ni de este ni de la capacidad<sup>12</sup>. La persona cuya discapacidad psíquica encuentre proyección en su potencial intelectual, podrá seguir tomando sus propias decisiones en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>13</sup> si bien es posible que para la formación de su voluntad consciente y libre precise contar con apoyos<sup>14</sup>.

Téngase en cuenta que la necesidad de los apoyos no puede venir determinada por la información que incorporen los certificados administrativos o médicos, de previa redacción a dicho momento, como tampoco el juicio de discernimiento del notario puede depender de la valoración que los mismos incluyan. La nueva realidad de la discapacidad huye de valoraciones encapsuladas de la capacidad mental del individuo ajenas a la situación real de este en un momento concreto, que es la que ha de decidir los apoyos que precisa. Como se ha afirmado<sup>15</sup>, «la determinación de la capacidad no es el resultado de un examen teórico, sino de un juicio aplicado y funcional o práctico. No se basa en la existencia de una deficiencia o discapacidad, declarada previamente o identificada tras la evaluación, sino en la influencia de dicha condición en la aptitud para otorgar el consentimiento para realizar una actividad determinada en un momento. Es un juicio concreto, pues la capacidad no se examina de modo global, sino en relación con la decisión específica».

Dada su incidencia en el proceso de formación de voluntad del sujeto, la puntual aptitud de este para ejercer su capacidad jurídica, *hic et nunc*, se erige en el centro de atención del notario<sup>16</sup>, pieza clave en la consecución de los logros que la reforma

<sup>11</sup> Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, pt. 13.

<sup>12</sup> Organización Mundial de la Salud, *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental*, Ginebra, 2006, p. 46.

<sup>13</sup> Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, pt. 15.

<sup>14</sup> En opinión de MARÍN CALERO, C., *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho español. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Barcelona, Aferre, 2022, p. 94, «el reconocimiento de su capacidad de obrar, en iguales condiciones a las demás personas, no está condicionado a que su discapacidad no sea “excesiva”. El CC y la Convención no ponen límite a la intensidad del apoyo».

<sup>15</sup> SEOANE, J. A., ÁLVAREZ LATA, N., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución* (enero-diciembre 2010), Núm. 24, p. 158.

<sup>16</sup> Como expresa LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Guía rápida Francis Lefevre, Madrid, Lefevre-El Derecho, 2021, nº 282, p. 30, «el juicio del notario no recae sobre la capacidad de personas sino sobre su aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica en el momento del otorgamiento, por sí sola o con los apoyos pertinentes. No cabe por tanto que se pretenda con posterioridad al otorgamiento demostrar la discapacidad intelectual de la persona, pues se parte de que ello puede ocurrir; la presunción de validez del juicio del notario solo puede destruirse demostrando que en ese momento del otorgamiento la persona debidamente asistida no puede emitir su consentimiento válidamente».

pretende<sup>17</sup>, en concreto, en la efectiva incorporación de las personas con discapacidad al tráfico jurídico y económico con niveles de garantía y seguridad jurídica, pretensión convencional recogida en el art. 12.5 CDPD.

## 2. LAS MEDIDAS DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Alejada de toda percepción paternalista y de protección y en el marco promocional del pleno respeto a la autonomía individual, la reforma que incorpora la Ley 8/2021 reconoce que todas las personas con discapacidad pueden tomar las decisiones que le incumben a su persona o a sus bienes con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Y ello con independencia de que en el proceso de formación de su voluntad puedan conducirse solas o por el contrario precisen de la asistencia de una persona que les preste el apoyo para culminar dicho proceso. Incluso, cuando sus deficiencias les impidan alcanzar el umbral intelectual suficiente para superar el *iter* deliberativo, su voluntad deberá ser reconstruida y respetada por quien asuma su representación.

Por tanto, aunque pueden intervenir otros factores, a mi juicio, en el contexto de la discapacidad psíquica las limitaciones que la persona presente jugarán un papel importante en la determinación del tipo de apoyo que pueda precisar en la toma de decisiones que le incumben.

Téngase en cuenta que, como recoge el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>18</sup>, al apoyo se le reconocen las siguientes misiones: «a) obtener y entender información; b) evaluar las posibles alternativas a una decisión y sus consecuencias; c) expresar y comunicar una decisión; y/o d) ejecutar una decisión».

Intentaré reflejarlo en la siguiente tabla<sup>19</sup>:

<sup>17</sup> Destaca VALLS I XUFRE, J. M., «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en *El Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente; Heras Hernández, (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 87, «en el contexto de desjudicialización en el que ha de situarse el nuevo tratamiento de la discapacidad, la autoridad judicial solo debería intervenir en aquellos casos en que es imposible adoptar decisiones por sí mismo, aún con todo el apoyo posible y se corre peligro de perjudicar gravemente su persona o bienes. Todo lo demás debería quedar fuera de su alcance pues de lo contrario, la reforma habrá servido para poco».

<sup>18</sup> DEVANDAS, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/HRC/37/56, cit., párr. 41.

<sup>19</sup> Los contenidos de la tabla han sido adaptados al ordenamiento patrio por la autora si bien la idea de utilización de esta herramienta para ilustrar el tema ha sido tomada de BREGAGLIO, R.; CONSTANTINO, R. «Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384», *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 4 (2020), 1, p. 50.

NECESIDADES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	COMPETENCIA DEL APOYO	FUNCIÓN DEL APOYO
Facilitar la comunicación de la voluntad en la celebración de un acto jurídico	Obtener y entender información	Medida de accesibilidad y ajustes razonables en la comunicación
Desarrollo de un proceso deliberativo	Evaluar las posibles alternativas a una decisión y sus consecuencias	Apoyo asistencial en la toma de decisiones
Canalizar la voluntad del sujeto cuando no puede completar el proceso de formación de la voluntad	Expresar y comunicar una decisión. Ejecutar una decisión	Funciones representativas

Si la persona presenta una discapacidad física o sensorial, tal deficiencia puede encontrar proyección en la manifestación externa de su voluntad, para la que puede requerir determinados apoyos centrados en facilitar *ayuda técnica* en su comunicación<sup>20</sup>, pero carecerá de relevancia en la formación interna de su voluntad<sup>21</sup>, proceso que la persona podrá afrontar por sí sola. Puesto que lo relevante para el Derecho no es la dolencia en sí sino su posible incidencia en las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto, al no darse esta carecerá de justificación que en el proceso deliberativo intervenga una medida de apoyo pues las limitaciones físicas o sensoriales que, en su caso, padezcan no afectarán a su entendimiento, dejando intacta su capacidad de autogobierno.

<sup>20</sup>La Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 17, hace referencia a que la prestación de apoyo «*también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias*».

En este sentido, véase la redacción del párrafo final del artículo 25 de la Ley del Notariado, que incorpora lo que en la guía de la UINL aprobada en Yakarta en 2019 para 89 países, se denomina recomendaciones para la accesibilidad jurídica. Reconoce dicho precepto que en esa comunicación o intermediación con el notario la personas con discapacidad podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos incluyendo sistemas aumentativos alternativos, Braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyo a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso».

<sup>21</sup> Ilustra este argumento el caso de un reputado científico, que pudo difundir su historia del tiempo a través de un «intérprete» informático. Intactas sus facultades mentales no creo que sus graves dolencias físicas y sensoriales hubieran podido llevar a alguien a considerar legítimo la prestación de apoyos para la formación de su voluntad libre y responsable.

Ahora bien, cuando la persona presenta una anomalía o alteración psíquica o la deficiencia sufrida es consecuencia de un deterioro severo derivado de la edad<sup>22</sup>, aunque en el nuevo contexto legal su estatus jurídico le permita su participación en cualquier entorno negocial o personal que precise de su intervención en igualdad de condiciones con las demás personas, su realidad funcional pudiera poner de manifiesto la dificultad para conseguir tal logro por sí solo, en la medida en que la dolencia que padece incidiera en su aptitud para adoptar decisiones.

Ya hemos recogido *supra* cómo, a juicio del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, la capacidad mental «no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos». En alguna medida esto es cierto, pero, no obstante, considero que tal afirmación precisa de matizaciones pues, a mi juicio, negar la enfermedad y achacar las limitaciones que sufre la persona que la padece exclusivamente al entorno social y político no responde del todo a la realidad, en particular cuando en los casos más graves la dolencia se erige en la verdadera protagonista, que determinará los apoyos que la persona que la sufre va a necesitar. Orillar totalmente el plano funcional, del que el legislador guarda prudente silencio, para focalizar la atención en la discapacidad como resultado de la interacción entre la persona que la padece con diversas barreras debidas a la actitud y al entorno, puede servir para un gran número de casos, pero no será reflejo de una total correspondencia con la realidad de aquellos cuya dolencia es de tal importancia que impide que el sujeto actúe, no ya por sí solo sino ni siquiera por mismo<sup>23</sup>. A mi juicio, en estos casos es la enfermedad y no «las barreras debidas a la actitud y al entorno» la que impide al sujeto tomar las decisiones que le incumben

<sup>22</sup> Autorizada doctrina se ha posicionado a favor de ampliar la cobertura de la Convención en el marco del envejecimiento, (véase, entre otros, CUENCA GÓMEZ, P., «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* (2018), Número 38, p. 94; ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil* (Febrero 2020), Nº 2, Sección Persona y derechos / A fondo, Wolters Kluwer, LA LEY 2232/2020, p. 14; ETXEBERRÍA MAULEON, X., «Autonomía moral y derechos humanos de las personas ancianas en condición de vulnerabilidad», en Bárcena y Mancera (Coords.), *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México. CEPAL, 2014, p. 70; BARRANCO AVILÉS, M. C., «Envejecimiento y discapacidad», en Cuenca Gómez (ed. lit.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 585; BARIFFI, F.; SEATZU, F., «La convención de la OEA sobre los derechos de las personas mayores y la ratificación del modelo de toma de decisiones con apoyos», *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2019, 3 (1). Disponible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista>, p. 110.

En el plano internacional, recientes Tratados internacionales se han manifestado en este sentido. Véase la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos humanos de las Personas mayores, aprobada el 15 de junio de 2015 por los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

<sup>23</sup> Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur Menor, 2014, p. 43.

(enfermos en coma, demencias graves ...)»<sup>24</sup>. Negar esto supone situarnos, como se ha afirmado, «en el umbral de la negación jurídica de la enfermedad mental grave, puesto que su noción derivada de discapacidad mental esta cerca de ser considerada una mera construcción social»<sup>25</sup>. Comparto la opinión de los que sostienen que «las enfermedades no son invenciones de la profesión médica y la demencia senil es un trastorno neurocognitivo que impide a quien lo padece “una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás [personas]” con completa independencia de la existencia o no de barreras sociales»<sup>26</sup>.

Las dificultades con las que pueden topar las personas con discapacidad psíquica en un entorno negocial se focalizan en el proceso interno de formación de su voluntad, consciente y libre. A estas personas mayores de edad o menores emancipadas van dirigidas las medidas de apoyo previstas en la reforma con el objetivo de que ellas mismas puedan tomar sus propias decisiones con trascendencia jurídica, asistidas convenientemente, si así lo desean, en el proceso deliberativo que necesitan para comprender el acto que van a realizar y las consecuencias que del mismo se le van a derivar.

Mas, frustrado el intento de que la persona alcance por sí sola una voluntad libre y responsable, «a pesar de desplegar todas las tareas informativas y explicativas no se culmina en la conformación de una voluntad que la persona exterioriza y que la vincula, una voluntad en sentido técnico-jurídico»<sup>27</sup>, no consiguiendo el apoyo asistencial su propósito, será necesario la intervención de medidas de apoyo de tipo representativo, que no sustitutivo, que canalicen la voluntad, deseos y preferencias de la persona con el fin de tomar la decisión que habría adoptado de no requerir tal medida excepcional (art. 249.3 CC).

### 3. EL JUICIO NOTARIAL SOBRE LA APTITUD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA PARA PRESTAR CONSENTIMIENTO NEGOCIAL

#### 3.1. *El notario como apoyo institucional en el marco de la ley 8/2021*

La reforma ha permitido que las personas con discapacidad psíquica puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas lo cual va a traer consigo,

<sup>24</sup> Coincido con DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2018), núm.5, Doctrina, BIB 2018\8655, p. 21, cuando afirma que «no parece defendible reducir la discapacidad a la existencia de barreras impuestas por la sociedad».

<sup>25</sup> ALEMANY, M., «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual (1)», *cit.* p. 8.

<sup>26</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad», *Revista IUS ET VERITAS*, 2016, 53. Disponible en <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.015>.

<sup>27</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. «Comentarios al artículo 249», en Guilarte Martín-Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2021, p. 524.

desde el punto de vista práctico, su incorporación directa al tráfico jurídico. En este cometido va a jugar un papel importante el notariado<sup>28</sup>, del que se va a necesitar su plena implicación, no solo en el empleo de las medidas de accesibilidad y ajustes razonables sino también en su compromiso con el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, todo ello «para que su labor no se traduzca en una restricción *de facto* de la capacidad jurídica»<sup>29</sup>. Conocido es que el notario debe prestar una asistencia adecuada a la parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra, para así obtener el equilibrio necesario a fin de que el contrato sea celebrado en pie de igualdad<sup>30</sup>. Que esto sea así no quiere decir que cuando sea requerido por las personas con discapacidad, el ejercicio de sus funciones responda a un modelo paternalista que el legislador ha querido orillar<sup>31</sup>.

Debe tenerse presente que según determina el art. 1 Reglamento de la organización y régimen del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944, los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho y desde esta última vertiente recoge la norma que tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Por tanto, el primer apoyo que recibe una persona con

<sup>28</sup> Aunque menos recomendable, a mi juicio, nada impide que las personas con discapacidad psíquica, en igualdad de condiciones con las demás, puedan tomar sus decisiones de trascendencia jurídica fuera del marco notarial. Si optan por actuar con la intervención del apoyo, el negocio será firme y desplegará sus efectos propios salvo que pudiera probar la existencia de vicios de la voluntad o falta de capacidad natural pese a la intervención del apoyo, en cuyo caso podrán anular el negocio en las mismas condiciones que estaría otro contratante sin discapacidad. Si en el documento privado la persona con discapacidad actuó sola, no estando asistida de las medidas de apoyo siendo necesarias para la formación de su voluntad, dicho negocio privado podría ser declarado nulo pudiendo ejercitarse la acción ex art.1261 CC cuando se probase que careció de capacidad natural al tiempo de su celebración. De no ser así, el problema tendría que encontrar solución en el art. 1302 CC, precepto de complicada interpretación como prueban, entre otros, los trabajos de GARCÍA RUBIO, M. P., «Comentario al artículo 1302 CC», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio, M. P.; Moro Almaraz, M. J., (Dirs.), Civitas, 2022, consultado en <https://proview.thomsonreuters.com>; GÓMEZ CALLE, E., «En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad», *Almacén del Derecho*, (Blog), 3-12-2021. Disponible en <https://almacenederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad>; TENA ARREGUI, R., «El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI*, enero-febrero 2022, Nº 101. Disponible en <https://www.elnotario.es/>.

<sup>29</sup> En esta dirección, véase el *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/HRC/37/56, 12.12.2017, presentado en diciembre de 2017 a la Asamblea General de Naciones Unidas, punto 77.

<sup>30</sup> Véase documento aprobado por la Asamblea de Notariados miembros de la UINL Roma, Italia - 8 de noviembre de 2005.

<sup>31</sup> Prueba de ello la tenemos en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, que insta a aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, que lo hagan partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.

discapacidad psíquica será el del propio notario cuya labor de asesoramiento se proyectará como apoyo institucional para el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad<sup>32</sup>.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, como recoge la Circular informativa 3/2021<sup>33</sup>, «el notario debía denegar su intervención en aquellos casos en que, por ejemplo, pretendiera otorgar la escritura una persona carente del llamado -por el artículo 199- «*autogobierno*», estuviera o no incapacitada». En la actualidad esta barrera ha desaparecido, pues la dignidad de la persona exige, siempre que sea posible, que no se sustituya su voluntad, deseos y preferencias por decisiones ajenas y, en todo caso, evitar la discriminación por causa de discapacidad».

Por ello, cuando sea requerido y a su juicio la persona puede completar el proceso de voluntad sin apoyos, el notario hará «constar que el compareciente, según le ha manifestado o comprobado, padece una discapacidad intelectual; parece importante esta constancia notarial para evitar que se pueda intentar impugnar el otorgamiento porque el notario no detectó la discapacidad. Que apoyó expresamente a la persona, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando la expresión de sus preferencias»<sup>34</sup>.

Si el compareciente presenta alguna dificultad de comprensión y no cuenta con los apoyos precisos, corresponde al notario prestar la ayuda que sea precisa para vencer sus dificultades<sup>35</sup>, advirtiéndole «como lo suele hacer con cualquier persona, pero con ella aún con mayor intensidad y detenimiento, sobre los inconvenientes y peligros de los actos que le encomienda que autorice, sugiriéndole en su caso modos alternativos, incluso que sean igualmente legales, pero más económicos»<sup>36</sup>.

Como reconoce la Circular 3/2021<sup>37</sup>, sólo se podrá denegar el otorgamiento si la persona de que se trate «*no puede expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello*» (Vid. 663 del Código civil) o cuando «*después de haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar su voluntad, deseos o preferencias*» (art. 249 del Código civil). Se trata de un imperativo ético y legal, perfectamente expresado en el artículo 665 del Código civil que, aunque previsto para

<sup>32</sup> Algunos notarios como CABANAS TREJO, «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», *op. cit.*, advierten de la confusión que tal calificación puede provocar con las medidas de apoyo legales y típicas, que son otra cosa.

<sup>33</sup> Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, p. 1.

<sup>34</sup> LORA TAMAYO, I., «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», *El notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, Nº 97, Opinión. Disponible en <https://www.elnotario.es/>.

<sup>35</sup> Circular informativa 2/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, p. 3.

<sup>36</sup> MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>37</sup> Circular 3/2021, p. 2.

los testamentos, es aplicable con carácter general a todo otorgamiento. Por tanto, no podrá denegar su ministerio por la inoportunidad del negocio ni por motivos distintos a los que la ley le obliga a abstenerse sea quien sea el otorgante e independientemente de su condición personal<sup>38</sup> debiendo actuar de conformidad con la voluntad y deseos expresados por el otorgante, nunca en su contra por muy justificado que pudiera parecer<sup>39</sup>.

Si la persona con discapacidad comparece sola y si a juicio del notario necesita apoyos más allá de los que él puede prestarle en su condición de apoyo institucional entiendo que no podrá suplirlos<sup>40</sup> y requerirá que se nombre una medida judicial, a falta de otros apoyos como son los voluntarios. Y es que, como se ha destacado<sup>41</sup>, el notario no es necesariamente una persona idónea para dar apoyo en el sentido de ayudar a conformar y expresar la voluntad conforme a sus deseos y preferencias y respetando su trayectoria vital, cuando se dirige a alguien que no conoce personalmente ni sabe de sus circunstancias personales y familiares.

Pero más allá de esta función de apoyo institucional, indagando, interpretando y adecuando al ordenamiento jurídico la voluntad común de los otorgantes, e informándoles del valor y alcance de su redacción (art. 147 RN), considero que, como autoridad, la nueva ley atribuye al notario un importante protagonismo en la implementación de los nuevos paradigmas, en un doble sentido: primero, como garante del respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad psíquica. Esta posición le obligará a comprobar que la persona que ante él comparece entienda lo que hace y las consecuencias que de ello derivan, en cuanto andamiaje necesario para sustentar el consentimiento que le vinculará en el negocio que pretende celebrar.

Segundo, en lógica vinculación con el anterior, la interacción personal del notario con todos los que ante él comparecen, en particular con la persona con discapacidad, lo convierte en una posición de control para impedir el abuso y la influencia indebida en

<sup>38</sup> MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>39</sup> VALLS I XUFRE, «EL papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, p. 91. Para MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 85: Si sus actos son reiterada y demostradamente perjudiciales para ella cabrá por los legalmente legitimados para ello, proponer al juez que le imponga una curatela preceptiva u obligatoria, pero el notario no puede denegar mientras tanto cautelarmente los actos conscientes y decididos de una persona que legalmente está en pleno uso de su capacidad jurídica.

<sup>40</sup> Como enfatiza CABANAS TREJO, «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», *cit.*, «El notario no es medida de apoyo: pero las medidas de apoyo típicas son las que son, y el notario no es una de ellas. Como funcionario público que da fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, tiene el deber de cerciorarse del discernimiento suficiente de los otorgantes. Esto no excluye que deba asistir a alguno de ellos en la formación y expresión de su voluntad, como se ha hecho siempre, pero si finalmente no lo ve claro, la tutela del discapacitado pasa por denegar su intervención y remitir a las medidas de apoyo -estas sí- que corresponde adoptar al juez».

<sup>41</sup> MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 171.

el compareciente con discapacidad<sup>42</sup>. Detectada, en su caso, esta anomalía<sup>43</sup>, «las decisiones adoptadas por la persona que las sufre no se corresponderán con sus auténticas preferencias, y por lo tanto el principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona reclamaría precisamente prevenir o poner fin a esas situaciones»<sup>44</sup>.

### 3.2. *El juicio de discernimiento notarial o la valoración holística de las aptitudes psicológicas cognitivas, volitivas e intelectivas del otorgante con discapacidad psíquica*

A la vista de lo que dispone el art. 17 bis. 2.a) de la Ley del Notariado<sup>45</sup>, el notario deberá cerciorarse, no de la discapacidad del otorgante sino de las potencialidades intelectivas del mismo, efectuando una valoración holística de sus aptitudes psicológicas cognitivas, volitivas e intelectivas. Y ello como lo haría con cualquier otro sujeto que no tuviera discapacidad pues el notario debe enjuiciar la aptitud de los comparecientes en una escritura pública, abstracción hecha de la situación de discapacidad. Es una exigencia legal que corresponde a una necesidad lógica: que quien otorgue el documento esté en situación de conocer y discernir sus consecuencias (Circular informativa 2/2021).

Y ello desprovisto de cualquier prejuicio que pudiera alimentar una documentación administrativa o médica que diera noticia sobre una deficiencia del otorgante de la que podría derivar una minoración de sus facultades mentales. Dicha documentación tan solo puede ofrecer información sobre la capacidad cognitiva y volitiva *in genere*, consecuencia de la deficiencia que acreditada, pero no sobre su discernimiento<sup>46</sup>, *hic et*

<sup>42</sup> Véase la posición de la Unión Internacional del Notariado (Buenos Aires, 1 de octubre 2018).

<sup>43</sup> Describe MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 92, la influencia indebida respecto de una persona con discapacidad: utilizar la ascendencia personal de quien presta el apoyo o la dependencia, física o emocional de quien lo recibe para incumplir los deseos conocidos de esta última (que considera absurdos o nocivos para ella) o no esforzarse en que llegue a formar u expresar una voluntad propia en conjunción con el apoyo, por haber decidido de antemano que no la tendrá o que será irrelevante. Es el caso de quien se limita a pedir una confianza o una obediencia ciega sin intentar explicarle el asunto y convencer al sujeto apoyado.

<sup>44</sup> MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., «A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2020, Número 42, p. 247. Disponible en DOI: 10.7203/CEFD.42.15695.

<sup>45</sup> ... a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Idéntico contenido incorpora el artículo 145, primer párrafo del Reglamento notarial: La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

<sup>46</sup> Téngase en cuenta que, como reconoce la Organización Mundial de la Salud, *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental*, Ginebra, 2006, p. 46, «La presencia de un trastorno mental importante no implica, de por sí y por su sola existencia, la inexistencia de discernimiento para adoptar decisiones. De modo que la presencia de un trastorno mental no constituye el factor determinante y último del

*nunc*, necesario para poder realizar el acto o negocio jurídico para el que es requerido y cuya falta en ese preciso momento del otorgamiento, en su caso, podría erigirse en prueba suficiente en contrario para fundamentar la destrucción de la presunción de validez del juicio notarial previo a la declaración de voluntad<sup>47</sup>.

Por otra parte, frente a valoraciones encapsuladas incorporadas en documentos oficiales, ha de tenerse en cuenta que el proceso deliberativo que se presenta ante el notario no puede calificarse «de laboratorio» o desconectado de la acción concreta que se está sopesando y de la persona concreta y el contexto en el que se lleva a cabo el proceso de deliberación<sup>48</sup>. El juicio de discernimiento es circunstancial, depende del caso concreto o negocio para el cual se manifiesta la voluntad de la persona concernida y de las circunstancias concurrentes. Por ello, no todas las actuaciones requerirán las mismas habilidades cognitivas y volitivas por parte del sujeto con discapacidad, las características del negocio jurídico que pretenda celebrar podrán modular el juicio que haga el notario de tal manera que este sea más proclive a la admisión de su discernimiento para unos supuestos que para otros<sup>49</sup>.

En el marco legal del art. 17 bis 2 a) de la Ley del Notariado, la reforma impone al notario la realización de un triple juicio, de discernimiento, de intención y de libertad<sup>50</sup>, cuyo resultado permitirá conocer si el sujeto ha alcanzado los umbrales de las habilidades intelectivas necesarias para conocer, valorar y gestionar adecuadamente la información y prestar su consentimiento, elemento esencial del negocio que va a celebrar. Desde esta perspectiva he de reconocer mi extrañeza por la posición

---

discernimiento, y menos aún de la capacidad. Además, a pesar de la presencia de un trastorno que pueda afectar el discernimiento, una persona puede conservar aún el discernimiento necesario para adoptar algún tipo de decisiones. Por ende, el discernimiento y la capacidad son relativas a decisiones y funciones específicas. Dado que el discernimiento puede fluctuar con el tiempo, y no constituye un concepto de «todo o nada», es necesario considerarlo en el contexto de la decisión específica a ser adoptada, o a la función específica a ser cumplida».

<sup>47</sup> Como advierte TENA ARREGUI, «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad», *op. cit.*, «hay que ser muy prudente a la hora de declarar ineficaces negocios en base a informes médicos (anteriores o posteriores al acto) si no se quiere frustrar completamente la finalidad de la ley. Si un informe médico bastase para declarar judicialmente la ineficacia de los negocios jurídicos posteriores al diagnóstico, no habríamos ganado nada».

<sup>48</sup> En este sentido ALBERT MÁRQUEZ, «El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en *El Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente; Heras Hernández (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 201.

<sup>49</sup> Véase GARRIDO MELERO, M., «El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Gete-Alonso y Calera (Coord.), Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Barcelona, 2020, p. 102.

Como declara la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Resolución de 25 febrero 2021, RJ 2021\1540, «es plausible entender que aquellos actos jurídicos que puedan poner en riesgo la situación personal o económica del discapacitado merezcan por nuestra parte una mayor desconfianza».

<sup>50</sup> Tomo la terminología de LANDESTOY MENDEZ, P. L., «El juicio notarial de capacidad sobre el compareciente con discapacidad intelectual (reflexiones en clave kantiana)», *Un nuevo Derecho para las personas con Discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla; Pérez Gallardo (Dir.), Ediciones Olejnik, 2021, p. 285.

adoptada por el Comité<sup>51</sup> cuando afirma que «la prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo».

No cuestiono que de la evaluación de la capacidad mental no pueda depender el reconocimiento de la capacidad jurídica del sujeto pues este es un atributo de su personalidad del que nadie puede verse privado. Pero lo que no puedo compartir es que no sea pertinente determinar las habilidades intelectivas del sujeto evaluando su capacidad mental cuando el mismo quiere tomar una decisión que le concierne. Y ello ya resultó que el déficit intelectual encuentra su origen en una discapacidad psíquica o que el mismo proceda del consumo de sustancias o sea el resultado de un traumatismo. Siempre será necesario determinar las aptitudes intelectivas del sujeto, con o sin discapacidad, como requisito previo para que pueda tomar una decisión con trascendencia jurídica libremente consentida pues «la comprensión cuando la deliberación va encaminada a actuar jurídicamente, es un elemento indispensable para el ejercicio de la autonomía de las personas con discapacidad y sin ella»<sup>52</sup>. En todos los casos, el consentimiento obligatorio debe pasar por los mismos estándares de calidad sin que pueda admitirse valoraciones discriminatorias que encuentren su fundamento en la condición personal del sujeto<sup>53</sup>.

#### JUICIO DE DISCERNIMIENTO

Tras la reforma, ha de quedar patente la diferencia existente entre el juicio de capacidad y el juicio de discernimiento. El reconocimiento a las personas con discapacidad, como atributo de su dignidad humana, de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida hace que el primer juicio haya quedado resuelto positivamente *ex ante* por imperio de una declaración jurídica. Es el segundo el que ha de atraer la pericia del notario, centrado en las habilidades intelectivas del compareciente<sup>54</sup>, con el objetivo de indagar si el sujeto ha entendido lo

<sup>51</sup> Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, pt. 29.i.

<sup>52</sup> ALBERT MÁRQUEZ, «El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 194.

<sup>53</sup> No obstante, matiza MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 170, cuando afirma que la comprensión no puede exigirse que sea total, «de un modo no “discapaz” o no disfuncional, puesto que la capacidad se les reconoce a las personas, no en la medida en que “superen” su discapacidad, sino contando con que existe y tiene consecuencias».

<sup>54</sup> Recojo las reflexiones de LANDESTOY MENDEZ, «El juicio notarial de capacidad sobre el compareciente con discapacidad intelectual (reflexiones en clave kantiana)», *op. cit.*, p. 285, «Para considerar que una persona con discapacidad intelectual puede consentir un acto o negocio jurídico, así como requerir un acta notarial, esta debe tener unos conocimientos y un entendimiento claro acerca de los elementos esenciales del acto o hecho en cuestión, siendo necesario que distinga entre este que está celebrando o requiriendo de otros relacionados. Esto no significa que la persona con discapacidad deba comprender los pormenores jurídicos que caracterizan el acto o la terminología especializada que los define, aspecto que ni siquiera personas sin discapacidad pero que sean legas en materia jurídica conocen. La cuestión radica en que la persona sepa qué es lo que hace y que no, cuestión en la que el notario a través de un asesoramiento en un lenguaje, más que sencillo, elemental le brinde a su compareciente con

que está a punto de hacer y las consecuencias que ello le va a derivar como presupuesto necesario para manifestar una voluntad que permita la formación de un consentimiento negocial válido<sup>55</sup>. Pesquisas notariales que, como se ha afirmado<sup>56</sup>, «no pueden centrarse en la discapacidad del compareciente ni en sus circunstancias de vida más que en el caso de que el otorgante así lo manifieste. La discapacidad es una circunstancia privada que la persona que comparece ante notario no está obligada a reconocer que la tiene».

De acuerdo con lo que establece la Circular informativa 2/2021<sup>57</sup>:

en estos casos, cuando existan circunstancias que puedan dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica, el notario, habrá de valorar la procedencia de levantar un acta previa, a cualquier efecto futuro en la que se refleje el proceso seguido para vencer esas dificultades, la intervención del llamado facilitador, o los informes que se aporten o requiera en su caso y añade la Circular 3/2021, p. 4, también la ayuda de las personas que presten su apoyo para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. También parece recomendable que el notario refleje, en su caso, en la correspondiente acta su colaboración o apoyo para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones. La justificación de esta acta radica en que el juicio de capacidad o de discernimiento en la escritura pública ha de ser sintético, no descriptivo. La escritura expresa la apreciación del notario, no las razones ni la justificación o fundamento de su apreciación, que además pondría en evidencia las circunstancias que pudieran dificultar el ejercicio de la capacidad jurídica de naturaleza íntima y que no tienen que trascender, para no colocar la escritura pública y a la persona que la otorga bajo la sombra o el estigma de la sospecha. En consecuencia, la escritura pública habrá de consignar simplemente el juicio de capacidad en los términos expuestos anteriormente sin ninguna particularidad.

No es pacífica la valoración de este documento por parte del colectivo notarial. Así, se ha planteado la necesidad de que habría que reseñarlo en la escritura, precisamente para vincular ambos y que cumpla esa función de blindaje<sup>58</sup>. Incluso, algún notario

---

discapacidad. Igualmente, discernir significa que la persona con discapacidad intelectual ha de ser capaz de entender las consecuencias negativas que pueden derivar del acto o negocio, y alcanzar a entender que existe la posibilidad de negarse a las mismas, no estando obligada a celebrarlo».

<sup>55</sup> Como puntualiza ETXEBERRIA MAULEON, X., «Autonomía y decisiones de representación/sustitución en personas con discapacidad intelectual. perspectiva ética», Ediciones Universidad de Salamanca / CC BY-NC-ND, *Siglo Cero*, vol. 47 (1), (2016, enero-marzo) n.º 257, p. 61, capacidad de decisión no es igual a querer hacer algo: son dos realidades jurídicas perfectamente diferenciadas, hay que comprender suficientemente lo que es ese algo, lo que supone en nuestros ideales de vida, los contextos en los que se sitúa, las consecuencias que puede acarrear para uno mismo y para los demás, etc. Para TENA ARREGUI, R. «El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad, *El notario del siglo XXI* (enero-febrero, 2022), Nº 101, «existe un consentimiento válido cuando la persona, sola o con apoyo, entiende la información que se le proporciona, la puede integrar en su proceso de razonamiento y es capaz de expresar su preferencia de manera coherente».

<sup>56</sup> MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 172.

<sup>57</sup> Circular informativa 2/2021, p. 4.

<sup>58</sup> CABANAS TREJO, «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», *cit.* Tampoco es baladí el problema de quién ha de pagar esa acta. Dice ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA que, «en principio si el otorgante quiere que se realice en acta para mayor seguridad del negocio si fuera

cuestiona su pertinencia por considerar la exigencia de este documento «una negación directa y por tanto de una autoridad de Estado, de su derecho a ejercer su capacidad «en igual de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida».<sup>59</sup>

### JUICIO DE INTENCIÓN

Para que la persona con discapacidad pueda formar su voluntad no basta con que comprenda el acto que va a instrumentarse, sino que se precisa que, además, quiera llevarlo a cabo, estadio que requiere necesariamente haber superado su conocimiento: *nihil volitum nisi praecognitum*<sup>60</sup>.

### JUICIO DE LIBERTAD

El tercer control que ha de llevar a cabo el notario al que hemos hecho referencia es determinar que la persona con discapacidad no esté presionada o confundida como consecuencia de una acción externa; que no exista fraude o dolo, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, ni amenaza o intimidación que incidan en la formación de su voluntad, viciándola<sup>61</sup>. De detectarse alguna de estas situaciones anómalas localizadas en la actuación de la persona que presta el apoyo, la voluntad que la persona apoyada habría logrado manifestar fruto de una previa formación de su voluntad no se correspondería con sus deseos y preferencias, impidiendo la prestación del consentimiento contractual válido<sup>62</sup>.

Superados estos tres estadios, cuando el notario tenga la percepción de que la persona con discapacidad psíquica ha superado el umbral cognitivo y volitivo necesario para declarar formada su voluntad de manera libre y consciente, entonces podrá prestar el consentimiento negocial, quedando firme tal negocio en igualdad de condiciones con las demás personas.

### 3.3. *El juicio de discernimiento notarial en el marco de una actuación representativa del apoderado en virtud de un poder no preventivo*

Si no es tarea fácil el juicio de discernimiento que debe llevar a cabo el notario cuando la persona con discapacidad es la que comparece ante él, semejante cometido se complica cuando su intervención se requiere para un negocio llevado a cabo por su apoderado en virtud de un título representativo que, otorgado en plenas facultades del poderdante, las mismas se han deteriorado al tiempo de su utilización. Ha de tenerse

---

impugnado después, deberá pagarla, pero si la hace el notario por propia iniciativa entiendo que debe ser gratuita». «O quién tiene derecho a copia (¿el comprador interesado en que no impugnen la compra por una discapacidad del vendedor, que a él mismo le resulta visible, aunque el notario finalmente no la considere impeditiva?)» (CABANAS TREJO, «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», *cit.*).

<sup>59</sup> MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 172.

<sup>60</sup> LANDESTOY MENDEZ, «El juicio notarial de capacidad sobre el compareciente con discapacidad intelectual (reflexiones en clave kantiana)», *op. cit.*, p. 285.

<sup>61</sup> LANDESTOY MENDEZ, «El juicio notarial de capacidad...», *op. cit.*, p.285.

<sup>62</sup> Véase MARTÍNEZ PUJALTE, «A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo», *cit.*, p. 247.

en cuenta que lo único que el notario tiene a su alcance para conocer la situación real del poderdante son las manifestaciones de los comparecientes. El juicio de suficiencia para el acto o contrato que se va a otorgar recae exclusivamente en estos, autores del negocio o acto jurídico. Al notario le bastará la exhibición y comprobación de la existencia y suficiencia del poder para determinar la legitimidad representativa de su actuación; el juicio de discernimiento del poderdante lo habrá dado el notario que autorizó la escritura de apoderamiento.

Ahora bien, creo que el notario debería comprobar si el poderdante mantiene su aptitud para adoptar decisiones, en la medida en que tal circunstancia puede encontrar proyección en la eficacia del negocio representativo celebrado por el apoderado. Llamo la atención que estamos hablando de una realidad que no resulta extraña en el tráfico comercial de las personas vulnerables y es conocida por los operadores jurídicos que en él intervienen. Valorada positivamente por quienes se ven obligados a actuar en este contexto y sin juzgar la bondad de los objetivos que el representante pretenda alcanzar con ello, jurídicamente obliga a cuestionarse la situación que la utilización de dichos poderes puede generar en el negocio que se celebra.

Con la nueva redacción del art. 1732.5º CC, el mandato se extingue por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos. Es decir, *a sensu contrario*, si no hay curatela representativa constituida, el mandato pervivirá, incluso si el poderdante sufre de un grave deterioro de sus facultades cognitivas y volitivas no previstas al tiempo del otorgamiento del poder. Lo cual lleva a cuestionarnos la validez de los negocios representativos celebrados por cuenta de una persona que, de actuar fuera del marco representativo necesariamente precisaría para el ejercicio de su capacidad jurídica de la intervención de apoyo asistencial o representativo fuera de la curatela. ¿Podría entenderse que la pérdida de sus facultades trascendería a la esfera comercial en donde el apoderado presenta legitimación, privándole a este de la posibilidad de llevar a cabo actos que aquél no podría realizar solo?

El juego del principio de la sustitución que impera y empapa toda la regulación del mandato no funciona cuando una persona no puede hacer por sí misma lo que en su nombre estaría haciendo el mandatario. Si quien lleva a cabo un acto por medio de representante busca la producción de los mismos efectos jurídicos que si realizara el acto por sí mismo, es lógico afirmar que la aptitud para celebrar actos y negocios jurídicos a través de la representación debería ser la misma y tener la misma extensión que la necesaria para realizar tales actos y negocios jurídicos por sí mismo<sup>63</sup>.

La falta de aptitud para tomar decisiones por parte del poderdante derivaría en una falta de legitimación del apoderado para actuar en su nombre. Si fue su voluntad que el

<sup>63</sup> DíEZ PICAZO, *La representación en Derecho Privado*, Madrid, 1979, p. 69.

mandatario le sustituyera en el ejercicio de una determinada actividad<sup>64</sup>, es obvio que, despojado de su aptitud para dirigir sus asuntos por sí solo, debería despojarse también al mandatario de la legitimación que ostentaba para intervenir en ellos<sup>65</sup>. Si el deterioro del poderdante obligase a la intervención de la persona de apoyo cuya falta afectaría a la validez del negocio *ex art. 1302 CC*, los negocios celebrados por el apoderado en su nombre, al tratarse de contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, según el citado precepto, podrían ser anulados por el poderdante con el apoyo que precise. También podrían ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Y también podrían ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

#### 4. LA DIMENSIÓN RELACIONAL DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

##### 4.1. *La relevancia del proceso deliberativo en la toma de decisiones*

##### 4.1.1 La intervención de a persona que presta el apoyo en el proceso de formación de voluntad del apoyado

El reconocimiento a las personas con discapacidad de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás supone el abandono en los entornos negociales del modelo clásico de protección, centrado en el momento de la exteriorización del acto y preocupado por la tutela de la seguridad jurídica, y la adopción de un sistema de apoyos donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los

<sup>64</sup> Sobre la sustitución como causa específica del mandato, véase GARCÍA VALDECASAS, G., «La esencia del mandato», RDP (1944), pp. 769-776.

<sup>65</sup> Así BARMER CÁRCAMO, R. «Comentario art. 1732», en *Comentario al Código civil*, 5ª ed. 2021, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), disponible en Thomson Reuters Proview, que pone de manifiesto las dudas que plantea que el mandatario pueda hacer lo que el mandante no puede por sí solo, más allá de las específicas formas de protección que comportan el mandato preventivo y continuado (arts. 256 y 257 CC). Entiende la autora que la coordinación de este artículo con lo dispuesto en los arts. 256 a 262 CC conduce a entender que el mandato se extingue por la fijación al mandante de apoyos para la realización de actos comprendidos en el mismo, salvo su celebración como continuado o preventivo. De parecida opinión MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Comentario al art. 1732», en C. Guilarte Martín-Calero (Dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2021, para quien, si no ha dispuesto nada en el poder preventivo, el mandato se extinguirá.

derechos de la persona<sup>66</sup>. En este contexto, es el proceso de formación de la voluntad y no la capacidad de la persona el que acapara la atención del operador jurídico.

Como hemos destacado *supra*, que se reconozca capacidad jurídica a toda persona como atributo de su dignidad humana, aun cuando padezca limitaciones intelectivas, no implica que jurídicamente se pueda ignorar la proyección que las mismas van a tener en la toma de decisiones de quien las padece. No puede olvidarse que una cosa es querer como impulso instintivo y maquinal y otra querer como voluntad consciente y libre que sirva de andamiaje para el consentimiento contractual con virtualidad obligatoria de quien lo presta. Y esto tanto si la alteración intelectual responde a una discapacidad como si es consecuencia de otra circunstancia ajena a esta realidad.

A mi juicio, aprobada la reforma y elevados los principios convencionales a realidad normativa, una tarea se revela pendiente de consecución, sin la cual será difícil alcanzar los logros que Ley 8/2021 pretende: la deconstrucción de la voluntad con relevancia jurídica. Se precisa desmontar la construcción clásica como acto final del sujeto para transformarla en un acto complejo de toma de decisiones que se desarrolla en dos fases y en la que intervienen dos sujetos: la persona con discapacidad con capacidad jurídica reconocida, que por regla general es la que se obliga con la manifestación de su consentimiento y la persona que, en su caso, le presta el apoyo, interviniente en el acto pero no otorgante del mismo, que le asiste para que aquella puede culminar con éxito el proceso de formación interna de su voluntad<sup>67</sup>.

Dos son las fases que integran este proceso de formación de la voluntad: una previa a la declaración del consentimiento, donde la persona con discapacidad a través de un razonamiento deliberativo toma conciencia de lo que quiere y de sus consecuencias y otra posterior donde el sujeto manifiesta su consentimiento con el que queda vinculada de manera definitiva. Es en la primera fase donde interviene la persona que presta el apoyo, informando al sujeto, ayudándolo en su comprensión y razonamiento, facilitándole información suficiente sobre la decisión a tomar adaptada a sus habilidades intelectivas, sus riesgos, beneficios y alternativas posibles.

Si gracias al apoyo prestado en esta fase, la persona con discapacidad ha logrado alcanzar los umbrales cognitivos y volitivos necesarios que le permitan manifestar una voluntad consciente y libre, aquella podrá emitir el consentimiento formalizando el

<sup>66</sup> BARRIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* [Tesis Doctoral], Universidad Carlos III de Madrid, marzo 2014, pp. 482-483.

<sup>67</sup> No comparto el parecer de algún sector de la doctrina que, para poder ofrecer una adecuada seguridad a los terceros, considera necesario que el apoyo sea profesionalizado (véase MUÑOZ ESPADA, E., «Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado* (julio-diciembre 2020), 111, p. 293). En una posición alejada de estos planteamientos véase MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, p. 32, para quien ni siquiera «el notario puede exigir que la persona que preste el apoyo sea la más idónea posible, ni puede rechazar a la que libremente haya elegido la persona con discapacidad, ya sea como apoyo voluntario o como apoyo obligatorio, por el trivial e irrelevante motivo de que podría haber otra que tengo mejor criterio».

negocio jurídico del que solo ella y no la persona que le ha prestado el apoyo, será parte. En clara coherencia con el sistema, solo cabe colegir que, completado su proceso de formación de la voluntad, en su caso, con la ayuda de los apoyos y emitido el consentimiento, la persona con discapacidad será responsable de las decisiones que tome en igualdad de condiciones con las demás personas y el acto jurídico que formalice será firme sin que exista causa que le permita impugnarlo.

Cuestión distinta será que la persona que le ha prestado el apoyo no haya sido capaz de transmitir una asistencia adecuada, lo que ha podido llevar a la persona apoyada a tomar una decisión equivocada. Tal comportamiento entiendo que solo tendrá reflejo en la relación interna entre apoyo y persona con discapacidad sin que el mismo pueda tener trascendencia alguna en la firmeza del negocio celebrado.

Si el negocio se ha formalizado en instrumento notarial, parece obvio que puesto que es la persona con discapacidad la que va a tomar las decisiones que le incumben sea ella la que comparezca ante el notario acompañada, en su caso, de la persona que le va a prestar el apoyo, requiriéndose su presencia en la formalización del acto jurídico, no como otorgante del instrumento sino como interviniente en el mismo<sup>68</sup>, debiendo el notario hacer constar que el otorgante ha estado asistido en ese acto por la persona de que se trate<sup>69</sup>.

No obstante, cabe la posibilidad de que sea la propia persona con discapacidad, en un ejercicio de autolimitación, la que de manera voluntaria haya atribuido a la persona que le presta el apoyo atribuciones de cogestión o de fiscalización de tal manera que no pueda actuar sola, es decir, implicando al apoyo no solo en el proceso de formación de la voluntad sino en el de manifestación de la misma<sup>70</sup>.

Su carácter voluntario excluiría cualquier tacha que se le pudiera poner en relación a la restricción de la capacidad jurídica que tal proceder pudiera conllevar, siempre que la

<sup>68</sup> De este planteamiento se exceptúa el testamento por su carácter personalísimo, en el que el apoyo que va a recibir el testador con discapacidad psíquica se circunscribe al apoyo del notario autorizante (VALLS I XUFRE, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, p. 104.).

<sup>69</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», *cit.*

<sup>70</sup> Como pone de manifiesto VALLS I XUFRE, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, p. 109, el acuerdo voluntario de apoyo puede contener además autolimitaciones de exclusión absoluta, es decir, solamente el asistente puede ejercer determinadas facultades sin que el asistido no pueda ni participar en ellas. Considera el autor que, de acuerdo con los principios de la Convención, si esta autolimitación de exclusión se pretende que sea absoluta para cualquier acto jurídico, el notario debería abstenerse de autorizar y remitirse al juez para que decida, el cual, dado que la situación pudiera estar próxima a una incapacitación de facto, debería rechazar y proceder a constituir la curatela, determinado las facultades que en cada caso correspondan al curador.

persona con discapacidad pueda en todo momento disponer de la voluntad para darlos por terminados o modificar su alcance<sup>71</sup>.

La condición de interviniente en el instrumento de la persona que presta el apoyo obliga a que la misma, antes de poder desplegar su función, acredite su condición ante el notario. Si el apoyo es judicial o voluntario bastará presentar el documento público en donde conste el nombramiento. Pero el problema se presenta con el apoyo informal de la guarda de hecho cuya naturaleza fáctica mantiene su existencia alejada de cualquier reconocimiento oficial que pudiera servir a los fines que nos ocupan.

En el caso de que el guardador de hecho preste con carácter puntual apoyo asistencial en documento público, el asistido puede declarar in situ la condición de guardador de quien le acompaña convirtiendo la guarda en un apoyo voluntario. Igualmente, analizando las circunstancias, si estas conducen a una frecuente actuación del guardador, habría que valorar si no sería más pertinente el otorgamiento por parte de la persona con discapacidad, asistida en su caso por el guardador, de un acuerdo de apoyos cuya constancia registral le hace impermeable a cualquier problema de prueba convirtiéndolo en un título de legitimación *erga omnes* para actuar en el tráfico. Ha de tenerse en cuenta que la guarda encuentra su justificación en los hechos que la sustentan por lo que la prueba de hoy no tiene por qué servir de legitimación para acreditar la guarda de mañana.

4.1.2 ¿Puede la persona con discapacidad rechazar el apoyo que precise para la toma de decisiones con trascendencia jurídica?

Es un hecho incuestionable por su imperativo legal que la discapacidad de la persona no constituye motivo legítimo para negarle capacidad jurídica. Si la deficiencia que presenta incide en su aptitud para la toma de decisiones, el Estado tiene la obligación de proporcionarle los apoyos necesarios para que pueda celebrar el acto que precise. Los apoyos son un derecho y no un deber de la persona con discapacidad. Pues bien, desde la atalaya que ofrece esta realidad se ha especulado sobre la posibilidad de que este derecho incluya también la posibilidad de rechazar al apoyo. O, abordada la cuestión desde otra óptica, si es posible la imposición de una medida de apoyo en contra de los deseos de la persona a la que se le pretende aplicar. No parece que el legislador haya contemplado este supuesto cuando en el art. 249 CC establece la procedencia de las medidas judiciales y legales en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad. Y ello porque cuando una persona rechaza un apoyo, no hay defecto o falta de voluntad; al contrario, hay una voluntad clara centrada en que no quiere ningún apoyo<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Así véase MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A. L. «Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas, en Argentina e Irlanda», *Derechos y Libertades* (junio 2017), número 37, Época II, p. 191, DOI: 10.14679/105.

<sup>72</sup> DE SALAS MURILLO, S., «Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2020), 780, p. 2243.

Si nos detenemos en las consideraciones del Comité sobre esta cuestión<sup>73</sup> parece que subyace la idea de que a la persona con discapacidad no se le puede imponer un apoyo si ella no quiere hacer uso de él. No obstante, con el mantenimiento en nuestra norma procesal de un proceso contencioso que actuará cuando la persona se niegue a admitir los apoyos que precisa en el marco de un expediente de jurisdicción voluntaria, nuestro legislador reconoce que, aun en contra de la voluntad de la persona, es posible que se le pueda nombrar los apoyos que precise<sup>74</sup>. El propio Tribunal Supremo ha admitido que el juicio contradictorio puede concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado (STS 8 septiembre 2021, Pleno, RJ 2021\4002). Incluso, cuando el expediente haya finalizado con un auto desestimatorio de la solicitud de apoyos, sin que se haya formulado oposición por ningún interesado, se sostiene que cabría promover el proceso contencioso de los arts. 756 Lec y ss. solicitando que se revocase lo acordado en aquél (art. 19.4 LJV) y que se adoptasen las medidas que hubieran sido rechazadas, dado la ausencia de eficacia de cosa juzgada material de lo resuelto en el expediente de jurisdicción voluntaria<sup>75</sup>.

Si no está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a rechazar los apoyos impuestos coactivamente, si podríamos valorar la posibilidad de admitir un derecho a prescindir de su contenido por la sola voluntad de la persona con discapacidad<sup>76</sup>.

Hemos de partir de un hecho a mi juicio incontestable, que la existencia previa de apoyos no prejuzga en absoluto la capacidad de la persona con discapacidad para prestar un consentimiento informado y válido prescindiendo de los mismos, si en ese momento no los necesita y es capaz de formar libremente su voluntad<sup>77</sup>. Asimilan a este supuesto el de que «la persona con discapacidad haya rechazado voluntariamente y sin vicios, presiones o influencias indebidas, el apoyo del que disponía para celebrar el contrato correspondiente, asumiendo así voluntariamente los riesgos de la

<sup>73</sup> En este sentido la Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, reconoce que el Estado tiene la obligación de proporcionar los apoyos necesarios y la persona con discapacidad puede no ejercitar su derecho a recibir los apoyos (n.º 19); en consecuencia, la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento (n.º 29 g).

<sup>74</sup> Afirma GARCÍA RUBIO. M. P., «La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el Ordenamiento jurídico», *La Ley Derecho de Familia* (2021), nº 31, que esta posibilidad es contraria a la Convención.

<sup>75</sup> VEGA TORRES, J., «La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad». En Pereña Vicente; Heras Hernández (Dirs.), *El Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 52. Ofrece una solución conciliadora con la posición de la OG n.º 1 GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentario al art. 249», *op. cit.*, p. 519, en el sentido de que «el juez pueda constituir la curatela si quedare debidamente probado que, con ello, se conjura la influencia indebida y los abusos de los que es víctima o puede llegar a serlo la persona con discapacidad; cumple así el Estado parte con la obligación positiva que le impone la CNY de prevenir los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida».

<sup>76</sup> Posibilidad que plantea DE SALAS MURILLO, S., «Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, *op. cit.*, p. 2254.

<sup>77</sup> TENA ARREGUI, «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad», *op. cit.*

contratación»<sup>78</sup>. Si por voluntariamente se entiende que su discapacidad no le ha impedido formar su consentimiento informado consciente y libre superando el proceso deliberativo previo de formación de voluntad, nada que objetar.

A mi juicio, el foco de atención de la cuestión que nos ocupa debe situarse en el supuesto de que la persona con discapacidad pretenda rechazar los apoyos cuando realmente los necesita para poder emitir una declaración de voluntad consciente y libre. Se ha afirmado que los apoyos «no pueden configurarse como presupuesto ni exigencia para el ejercicio de la capacidad jurídica»<sup>79</sup>; que «el reconocimiento de la capacidad en las mismas condiciones que las demás es absoluto y no está condicionado a que use apoyos o que estos sean adecuados»<sup>80</sup>. Pero, yo añadiría, siempre y cuando la persona esté en situación de prestar un consentimiento válido que descansa en una voluntad libre y consciente, sin discriminación alguna en relación con cualquier otra persona que, no presentando una discapacidad, esté en una situación que le impida completar su proceso deliberativo. En mi opinión, el acto celebrado sin apoyos en estas circunstancias no sería eficaz, no tanto por la falta del apoyo<sup>81</sup> cuanto por el deficiente consentimiento prestado consecuencia de su ausencia. Más allá de la posibilidad de declararlo nulo de pleno derecho por falta de capacidad natural del otorgante o de calificarlo anulable en el caso de mediar error, dolo, violencia o intimidación (arts. 1265 a 1270 CC), puede resultar cuestionable mantener la validez de un negocio que nace sin una voluntad libre y consciente, celebrado con un tercero de buena fe.

Pero, por otro lado, no se puede obviar que, si se permitiera que los jueces anulasen estos contratos sobre la base de informes médicos en donde constase la discapacidad de la persona que justificase la necesidad de los apoyos de los que prescindió, para poco habría servido la reforma en el plano negocial. El problema es que el texto del art. 1302.2 no es precisamente un dechado de claridad que ayude a aportar luz sobre el particular. Tan solo quiero poner de manifiesto que de su lectura se podría deducir que

<sup>78</sup> Véase GARCÍA RUBIO, M. P., «Comentario al artículo 1302 CC», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio, M. P.; Moro Almaraz, M. J., (Dir.), Civitas, 2022, consultado en <https://proview.thomsonreuters.com>.

<sup>79</sup> GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 1302 CC», *op. cit.*

<sup>80</sup> MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho español. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>81</sup> Este parece ser el criterio que incorpora el art. 226-5 CC catalán, en redacción dada por el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, según el cual *los actos jurídicos que la persona asistida haga sin la intervención de la persona que lo asiste, si dicha intervención es necesaria de acuerdo con la medida voluntaria o judicial de asistencia, son anulables a instancia de quien asiste, de la persona asistida y de las personas que la sucedan a título hereditario en el plazo de cuatro años desde la celebración del acto jurídico.*

Según GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentarios al artículo 250», en Guilarte Martín- Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (511-527, Cizur Menor, 2021, p. 545. «son los apoyos que necesita los que la colocan en la misma situación que las demás personas, si los apoyos faltan debería ser esta circunstancia y no otras (mala fe, ventaja injusta del otro contratante) las que determinen la reacción del Ordenamiento Jurídico para cumplir con la obligación positiva que le impone la Convención: garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás».

el precepto acoge un reconocimiento legal de un derecho de la persona con discapacidad a equivocarse y rectificar, si es así lo que se desea, a ejercitar durante cuatro años desde la celebración del contrato (art. 1301 CC), con dudosa armonía con el artículo 1256 CC. Y ello en un escenario en el que el tercero no habría podido conocer si la persona con la que contrata está provista de medidas de apoyo pues estos datos son objeto de publicidad restringida para los particulares. De mantenerse esta interpretación, la norma se alejaría de las *medidas pertinentes y efectivas* que tenían que tomar los Estados Partes para garantizar la incorporación al tráfico económico a las personas con discapacidad, a las que se refiere el art. 12.5 CDPD. Dudo que en estas condiciones fueran muchos los terceros de buena fe los que contrataran con personas con discapacidad, presente el riesgo de que su contrato pudiera ser sorpresivamente anulado durante los próximos cuatro años<sup>82</sup>.

Si las personas con discapacidad tienen reconocida plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, parte de esa igualdad debe proyectarse en el cumplimiento de sus compromisos contractuales<sup>83</sup>. Por ello habría que buscar una solución de compromiso que aunase la ineficacia de un contrato sin consentimiento informado válido con la seguridad del tráfico.

Algunos autores en el ámbito notarial<sup>84</sup> se han posicionado a favor de que el notario no autorice la escritura cuando las medidas de apoyo estén establecidas judicialmente y se pretenda prescindir de ellas. Respecto de las medidas voluntarias de apoyo consideran que, en principio, habría que estar a lo que en ellas se hubiera dispuesto. Si el contratante conservase la capacidad natural podría la persona con discapacidad

<sup>82</sup> No comparto la opinión de PEREÑA VICENTE, M., «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio», en *El Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente; Heras Hernández, (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 163, cuando afirma que «no es cierto que, en la opción que ejerce el legislador entre el respeto de la voluntad de la persona y la seguridad del tráfico jurídico, se elige la primera y no la seguridad del tráfico jurídico. Se elige la seguridad del tráfico jurídico porque este es el que sale reforzado cuando se ponen trabas a la impugnación del acto. Y se refuerza a costa de la desprotección de la persona con discapacidad».

<sup>83</sup> MARÍN CALERO, C., *La integración de las personas con discapacidad...*, op. cit., p. 132. Como afirma TENA ARREGUI, «El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», cit., esto supondría un privilegio inadmisibles que las observaciones a la Convención rechazan tajantemente (y que en la práctica puede terminar volviéndose en su contra, pues el mercado siempre encuentra cómo defenderse).

<sup>84</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «El apoyo notarial a la persona discapacitada...», cit. Para MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, op. cit., p. 131 solo son anulables los actos realizados sin la concurrencia de las medidas de apoyo que se han configurado como obligatorio y que como requisito ineludible gocen de la adecuada publicidad. Para TENA ARREGUI, «El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», cit., estaríamos hablando solo de los casos de nombramiento de curador, defensor judicial e incluso el guardador de hecho representativo, en la medida en que esta última figura implica la intervención de la autoridad judicial para autorizar la realización de ciertos actos (art. 264 CC).

modificarlas o renunciar a las mismas en escritura pública, incluso en la escritura pública que pretenda otorgar<sup>85</sup>.

Es decir, de las cuatro medidas de apoyo que recoge el art. 250.1 CC, instalados en un escenario de pérdida de protagonismo judicial, solo se permitiría declarar la ineficacia del negocio si se hubiera prescindido de las medidas voluntarias o judiciales de apoyo, ignorando la posibilidad de que la persona con discapacidad tuviera guarda de hecho y renunciase voluntariamente a servirse de su apoyo, emitiendo por ello una voluntad que no es libre ni consciente para forjar un consentimiento informado y válido. Llegaríamos a la conclusión de que, *provisto* el sujeto de una medida de apoyo que reconoce el art. 250 CC y *precisa* dicha medida de carácter informal para formar su consentimiento, su ausencia no tendría relevancia en la posible ineficacia del negocio celebrado más allá de la acción del art. 1261 CC o de la presencia de un vicio de la voluntad en el declarante.

No acabo de ver el correcto encaje de este planteamiento con el protagonismo que confiere la Ley 8/2021 a la guarda de hecho.

Quizás por ello se han buscado otras interpretaciones que, evitando entrar en las medidas de apoyo que se pudieran obviar, reconoce legitimación de la persona con discapacidad para anular el contrato solo si «el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».<sup>86</sup>

#### 4.2. *Autonomía vs. protección: límites a la libertad en la toma de decisiones*

A la vista de los principios que se han incorporado a la Ley 8/2021, a mi juicio, la persona con discapacidad psíquica no está obligada a respetar en el proceso deliberativo las directrices que reciba de la persona que le presta el apoyo, ni le vinculan los consejos y recomendaciones que esta le brinda, teniendo derecho a tomar una decisión diferente de la que esta pudiera recomendarle. Tal comportamiento no podría someterse a un control judicial que como tal atentaría contra la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad que la reforma reconoce en clara hegemonía frente a la intervención judicial.

Culminado con éxito el proceso de formación de su voluntad de manera consciente y libre, la persona con discapacidad es dueña de su decisión, por muy extraña o excéntrica que esta sea, pues lo que se somete a control no es la decisión que ha

<sup>85</sup> Como sostiene LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «El apoyo notarial a la persona discapacitada...», *cit.*, «si las medidas de apoyo lo que pretenden es ampliar la capacidad de la persona sería un contrasentido que ella misma se la limitará, es decir, que pudiendo actuar por tener capacidad natural suficiente para ello apreciada por el notario tuviera que pasar por el apoyo que ella misma se impuso y que en ese momento no lo considera necesario».

<sup>86</sup> Véase GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 1302 CC», *op. cit.*

podido adoptar sino la aptitud que se ha tenido para tomarla<sup>87</sup>. La toma de decisiones precipitadas o inoportunas no es patrimonio exclusivo de las personas con discapacidad mas, su constancia en entornos negociales no se valora de igual manera cuando los que las adoptan son personas que no tienen ninguna deficiencia. En estas, tal proceder se asume como parte de su autonomía individual, de su derecho a equivocarse como instrumento de aprendizaje en su trayectoria vital mientras que en aquellas nada de esto se permite; se evalúa el contenido de la decisión rechazándola en aras de un afán de protección de difícil acomodo en los nuevos principios que recoge la reforma.

La persona con discapacidad psíquica tiene derecho a ejercer, en igualdad de condiciones que las demás, el otrora quimérico «derecho a asumir riesgos y a cometer errores». En esta recién estrenada libertad de decisión es normal que las personas intenten experimentar por sí mismas, tomando la decisión más oportuna según su criterio, aunque con ello se equivoquen, como ocurre con las personas que no presentan deficiencia intelectual alguna. A mi juicio, el riesgo a cometer un error debe asumirse en un contexto en el que la decisión haya sido tomada de manera consciente, voluntaria y libre por quien la ha manifestado. En este escenario, la persona que ha prestado el apoyo para que la persona con discapacidad haya podido culminar el proceso deliberativo no ostentará poder alguno para vetar tal decisión pues tal actuación supondría una restricción en el ejercicio de su capacidad jurídica, carente de justificación en la norma. Ahora bien, comparto la opinión de quienes afirman que cuando las aptitudes del individuo no le permitan realizar un mínimo ejercicio valorativo sobre las consecuencias perjudiciales o riesgos que comportan sus decisiones, el derecho a equivocarse se convierte en una trampa<sup>88</sup>.

Solo si se pudiera probar la existencia de una influencia indebida en el proceso deliberativo, entendiéndose por tal «cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación»<sup>89</sup>, justificaría que el notario se negara a la formalización del acto en tanto en cuanto tales decisiones adoptadas no corresponderían a las auténticas preferencias de la persona.

Nada impide que la posible influencia indebida o manipulación provenga, no de la persona que presta el apoyo sino de los terceros con los que contrata la persona con discapacidad. En estos casos, culminado con éxito el proceso de formación de su

<sup>87</sup> Así SEOANE y ÁLVAREZ, «El proceso de toma de decisiones ...», *cit.* p. 158. Para MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad...*, *op. cit.* p. 85, la función del apoyo no es asegurarse de que la persona con discapacidad realiza un acto acertado, adecuado o ventajoso para ella, sino permitirle que entienda suficientemente bien lo que hace.

<sup>88</sup> ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *cit.*, p. 17. Alegóricamente afirma la autora: ¿abriríamos la ventana a quien piensa que puede volar sin alas?

<sup>89</sup> Observación general nº 1), CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014 pt. 22, «las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores».

voluntad la persona con discapacidad se situaría en igualdad de condiciones que los demás contratantes para gestionar estas influencias. Dicho de otra forma, «como todos podemos ser víctimas de un engaño, manipulación, influencia indebida, el apoyo simplemente habrá puesto en las mismas condiciones de decisión a la persona, con o sin discapacidad»<sup>90</sup>.

Mas, si ningún tipo de abuso o influencia indebida fuera detectado en el proceso deliberativo de formación de la voluntad, entiendo que el notario debería formalizar el acto para el que hubiera sido requerido siguiendo las indicaciones de la persona con discapacidad, convirtiendo el negocio en inatacable por parte de la persona que lo ha realizado salvo que pudiera justificarse vicios de la voluntad, en igualdad de condiciones con los contratos celebrados por personas sin discapacidad.

Pero, ¿qué pasaría si la decisión que fuera a tomar la persona con deterioro intelectual no solo pareciera equivocada, sino que resultase objetivamente perjudicial tanto patrimonial como personalmente por quedar comprometidos sus derechos fundamentales tales como su salud o su integridad física, pero también el honor o la intimidad de la persona con discapacidad?<sup>91</sup>

Estamos ante dos intereses enfrentados<sup>92</sup>: por un lado, «la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones» (art. 3.a CDPD) y el respeto a su voluntad (cfr. art. 12.4 CDPD) y por el otro la protección de la persona con discapacidad cuyo fundamento se podría encontrar en el art. 49 CE, precepto del que la reforma guarda silencio<sup>93</sup>.

De acuerdo con el art. 3 CDPD, a las personas con discapacidad se les reconoce la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, siempre que esas se tomen: a) intencionadamente; b) con conocimiento; y c) con ausencia de

<sup>90</sup> DE SALAS MURILLO, S., «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», *Diario La Ley* (3 de mayo de 2021), Nº 9841, Sección Doctrina, p. 2.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La Observación general primera del Comité de Derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en *Un nuevo Derecho para las personas con Discapacidad*, Cerdeira Bravo De Mansilla, G.; Pérez Gallardo, L., Ediciones Olejnik, 2021, p. 108.

<sup>92</sup> TENA ARREGUI, R. «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad», *cit.*

<sup>93</sup> Recoge la Exposición de Motivos que «La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad. A la vista de este texto, ALEMANY, M., «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat, Dir., Marcial Pons, 2021, p. 34, llama la atención sobre la omisión del art. 49 CE, artículo que por no encajar en el modelo social de la discapacidad (no con el nuevo lenguaje) y si con el denostado modelo médico o rehabilitados parece haber dejado de ser aplicable; todo un desafío para nuestra doctrina constitucional.

influencias externas que pretendan controlar y determinar el acto<sup>94</sup>. Por tanto, completado con éxito el proceso deliberativo de formación de su voluntad y cumplidos los requisitos mencionados, no hay razón para no respetar la voluntad manifestada<sup>95</sup>. Entiendo que esta es una de las consecuencias que pueden derivar de la hegemonía de la voluntad que el legislador ha querido incorporar en la Ley, pues, la compartamos o no, no se puede «desautorizar la Convención o las propuestas normativas a la luz de esta porque nos incomodan o nos exigen un mayor esfuerzo de adaptación o de ejecución»<sup>96</sup>. Y si esto es así creo que es importante que esa voluntad se haya formado correctamente. Por ello considero que el juicio de discernimiento que haga el notario se erige en la clave de bóveda de todo el sistema negocial en el que intervengan las personas con discapacidad psíquica, actuando como garante de que su voluntad puede conformar el consentimiento contractual y ofreciendo a los terceros la seguridad que el tráfico necesita para conseguir su plena incorporación al mismo. Sin este filtro se corre el riesgo de dejar a estas personas a su suerte y como se ha afirmado<sup>97</sup>, «pueden terminar siendo las víctimas que toda revolución entraña, puros medios para alcanzar un fin sin lugar a dudas deseable: la eliminación de la discriminación y la reducción de las desigualdades».

Ahora bien, cuando se han detectado minoraciones en sus aptitudes cognitivas o volitivas que impiden que pueda formar una voluntad libre y consciente aun con la intervención del apoyo, cuando estamos ante una discapacidad que se caracteriza por afectar a la capacidad de tomar decisiones<sup>98</sup>, considero que, el derecho a tomar sus decisiones debe decaer, necesitando que su voluntad sea canalizada a través de la persona de apoyo con facultades representativas.

Creo que es difícil cuestionar que, en estos casos, por encima del respeto a la voluntad manifestada ha de estar el de proteger a la persona vulnerable, salvar sus derechos, proceder cuya cobertura se ha defendido se encuentra en el mismo art. 12.4 CDPD<sup>99</sup>. El

<sup>94</sup> BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford Univ. Press, New York/Oxford, 1994, 4.ª ed, citados por BUSQUETS ALIBÉS, E., «Principios de autonomía y beneficencia. Dos principios en tensión», <https://www.bioeticaweb.com/autonomasa-y-beneficiencia-dos-principios-en-tensiasn/>.

<sup>95</sup> En contra, véase LEGERÉN-MOLINA, A., «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 203.

<sup>96</sup> MORO ALMARAZ, M.ª J., «La tramitación legislativa de la Ley 8/2021», en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, La LEY Derecho de familia* (julio-septiembre, 2021), nº 31, Editorial Wolters Kluwer, p. 4.

<sup>97</sup> ALEMANY, M., «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual», *cit.*

<sup>98</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La Observación general primera...», *cit.*, p. 108.

<sup>99</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La Observación general primera...», *cit.*, p. 108-111. Dice el autor que «si el problema es que hay personas cuya capacidad de conocer y querer (y, por tanto, de tomar decisiones realmente libres y responsables) está comprometida por la presencia de una discapacidad psíquica, la solución no puede pasar exclusivamente por su voluntad o por sus preferencias, porque por hipótesis están comprometidas: no solo el conocimiento, sino también la voluntad, que es lo que afecta directamente al proceso de toma de decisiones. Mas, como dice este autor, de todo esto es de lo que prescinde la Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1 cuando proscribe el recurso al mejor interés de la

promover la autonomía de la persona no puede encontrar acomodo en un mal entendido respeto a su voluntad y preferencias cuando su propia deficiencia cuestiona la formación libre de las mismas<sup>100</sup>.

Así parece entenderlo la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando en la STS 8 septiembre 2021, Pleno, RJ 2021\4002 fija jurisprudencia sobre cómo debe interpretarse la exigencia contenida en el art. 268 CC de que para la provisión de un apoyo judicial haya que atender, en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. Admite que, «aunque el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado».

Ahora bien, prescindiendo del juicio notarial como base y control de la formación de la voluntad, ¿qué ocurrirá cuando la persona contrate en documento privado tomando una decisión gravemente perjudicial para ella? Si ha prescindido de los apoyos que precise para el ejercicio de sus derechos, orillado el ejercicio de la acción del art. 1261 CC o la que deriva de los vicios de la voluntad, nos encontramos en el escenario de posible aplicación del art. 1302 con las dificultades interpretativas a las que hemos hecho referencia *supra*. Pero, ¿qué pasara si contrata en documento privado, pero con los apoyos que precisa y la decisión le es perjudicial? El proceso de formación de su voluntad no se ha visto sometido a un juicio de discernimiento por lo que podría intentar anular el contrato por falta de consentimiento *ex art.* 1261.1 CC en el supuesto de que pese a la intervención de los apoyos su grave deterioro psíquico le impidiese formar su voluntad; o por vicios de consentimiento, en igualdad de condiciones con los demás contratantes. Téngase en cuenta que, al tratarse de negocios celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar contando con dichas medidas al ser precisas, no podría impugnarse por la vía del art. 1302 CC.

---

persona con discapacidad psíquica, y omite la toma en consideración de la salvaguarda de sus derechos como criterio orientador de los apoyos, haciendo caso omiso del texto del art. 12».

<sup>100</sup> Este sería el supuesto donde dejar a la persona que sea ella misma sobrepasa el límite de lo posible en palabras de MORO ALMARAZ, M.ª J., «La tramitación legislativa de la Ley 8/2021», en *La reforma civil y procesal de la discapacidad*, p. 5, «el mejor interés de la persona es dejar que sea ella misma y actúe en las diferentes facetas de su vida por sí misma hasta donde sea posible». Para PEREÑA VICENTE, V., «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en Pereña Vicente, Montserrat (Dir.), Díaz Pardo y Núñez Núñez, (Coord.), en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 139 y s para quien «es esencial consagrar el interés superior como criterio moderador o límite de la voluntad claramente manifestada, cuando esta genera un grave perjuicio a la persona, ya sea patrimonial o personal, aunque como siempre cuando se habla de límites, la dificultad reside en ponerse de acuerdo en dónde están los mismos. Apunta la autora que El límite quizás podría ser que la persona no puede tomar una decisión que le exponga a un riesgo de sufrir un daño o perjuicio, personal o patrimonial, que le impida en el futuro vivir conforme a lo que es su estilo de vida y preferencias y que no habría tomado, de acuerdo con sus parámetros, si hubiese tenido plenas facultades mentales».

#### 4.3. El apoyo «restaurador» de la voluntad de la persona con discapacidad cuando esta no puede culminar su proceso de formación de voluntad

Es posible que, en casos extremos, la limitación de las facultades intelectivas del sujeto con discapacidad sea tal que las mismas no permitan a la persona superar el umbral cognitivo y volitivo necesario para completar el proceso de formación interna de su voluntad (demencias, trastornos mentales severos ...).<sup>101</sup> En estos supuestos, el apoyo asistencial entendido como acompañamiento, ayuda, consejo se revela como un intento frustrado de que la persona pudiera tomar su propia decisión, poniendo de manifiesto la necesidad de contar con un apoyo de tipo representativo que sirva para canalizar su voluntad.

El art. 249 CC establece que, en casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. A través de este apoyo de tipo representativo, la persona que lo presta proyecta los deseos, voluntad y preferencias de la persona que no ha podido manifestarlos por sí misma, orillando todo intento de que el acto responda a sus propios intereses, por muy bienintencionados que estos sean. Tales apoyos representativos, por tanto, no implican la sustitución de la voluntad de la persona por la de la del que presta el apoyo<sup>102</sup> pues este se encuentra vinculado por la decisión hipotética<sup>103</sup> que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Para reconstruir cuál sería esta deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, las posibles instrucciones que hubiera dejado en previsión de que una situación así podría llegar, manifestaciones y actitudes en situaciones anteriores semejantes que sirva para identificar lo que serían sus preferencias<sup>104</sup> y, en general, los factores que ella hubiera tomado en consideración, canalizando esa «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias<sup>105</sup> para proyectarla como decisión de la persona con discapacidad<sup>106</sup>.

<sup>101</sup> Como se han puesto de manifiesto SEGARRA CRESPO, M. J.; ALÍA ROBLES, A., «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021». *Actualidad civil* (2021), (10), La Ley 10320/202. Consultado en laleydigital, «ciertamente, existen situaciones vitales en las que la discapacidad resulta tan inhabilitante para la persona que el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y el fomento de su autonomía no pueden ser alcanzados ni aun haciendo acopio de la mayor dedicación, esfuerzo y medios».

<sup>102</sup> Insiste en recalcar la distancia existente entre estas acciones de representación y la sustitución en la toma de decisiones, MARTÍNEZ PUJALTE LÓPEZ, A. L., «Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda», *Derechos y libertades* (2017), nº37, p. 171.

<sup>103</sup> CANIMAS BRUGUÉ, J., «Decidir por el otro a veces es necesario». En *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, (2016), núm. 39, p. 19.

<sup>104</sup> PARRA LUCÁN, M. A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisiones en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, p. 13.

<sup>105</sup> Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, 2014, pt 21.

<sup>106</sup> VARSI, E.; SANTILLÁN, R., «Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos. Un estudio de derecho peruano»,

Y todo ello de conformidad con lo que ha interpretado el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad según el cual: «Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo»<sup>107</sup>.

Ahora bien, a falta de previsión al respecto, si toda labor de indagación hubiera resultado estéril, si no hubiera preferencias, valores, actitudes, argumentos y hechos anteriores, incluidas las formas de comunicación verbales o no verbales, de la persona concernida<sup>108</sup>; si, como indica el art. 249 CC, tampoco se puede contar con la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, ni con indicios de cuál sería su decisión, no veo otra alternativa que no sea que la actuación representativa de la persona que presta el apoyo se ajuste a lo que se considere el mejor interés para la persona con discapacidad<sup>109</sup>. Y todo ello «por imperativo de los principios de necesidad y de proporcionalidad ya que ambos funcionan en las dos direcciones: no solo para que se establezcan medidas solo cuando sea necesario, sino para que se establezcan también cuando sea necesario y con una intensidad proporcional a esa necesidad»<sup>110</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

---

en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (febrero 2021), N.º 14, p. 1074, han matizado que, en este escenario, el apoyo no es tanto un apoyo «con representación, sino un apoyo “restaurador” de la voluntad de la persona con discapacidad.»

<sup>107</sup> Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 29b.

<sup>108</sup> Insiste la relatora especial en estos puntos para indagar la voluntad de la persona: A/HRC/37/56, 12.12.2017, pt. 31.

<sup>109</sup> En esta dirección véase, entre otros, PEREÑA VICENTE, M., «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021, de 2 de junio», *op. cit.*, pp. 167-ss.; CUADRADO IGLESIAS, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2020), N.º 777, págs. 13 a 90, p. 45; DE SALAS MURILLO, «Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad», *op. cit.*, p. 9; PARRA LUCÁN, M. A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, *cit.*, p. 13; SEOANE, J. A.; ÁLVAREZ LATA, N., «El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia», *Derecho Privado y Constitución* (2020), 36, p.171. Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La Observación ...», *cit.* p. 108, «en este caso, las decisiones sustitutivas (no cabe otras por ausencia total de voluntad) deberán tener como criterio guía de actuación la mejor salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad: ese es el contenido fundamental que hay que dar a la expresión “superior interés”, entendido como el mejor interés, o la decisión más beneficiosa para la persona ... La exclusión radical por la Observación de estas dos posibilidades, realizada a través de una lectura sesgada e intencionalmente incompleta de la Convención, al prescindir de recursos que la Convención no prohíbe (es más, que pueden encontrar un fundamento claro en la propia Convención), empobrece los instrumentos a disposición de los Estados y los particulares para afrontar problemas reales de reales personas afectadas por una discapacidad psíquica; y lo hace, además, en los casos en los que por la intensidad de esa discapacidad, tales personas están más necesitadas de esos instrumentos».

<sup>110</sup> PEREÑA VICENTE, M., «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del CC», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*. Dir. Munar Bernat, Marcial Pons, 2021, p. 207.

ALBERT MÁRQUEZ, M., «El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» en *El Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente; Heras Hernández, (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 185-215.

ALEMANY, M.: «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual (1)», *Práctica de Tribunales* (julio-agosto 2020), Nº 145, Sección Estudios, Wolters Kluwer, Madrid, LA LEY 9639/2020.

— «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat, Dir., Marcial Pons, 2021, pp. 21-45.

ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil* (febrero 2020), Nº 2, Sección Persona y derechos / A fondo, Wolters Kluwer, LA LEY 2232/2020, p. 14.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI*, enero-febrero 2022, nº 101, consultado en <https://www.elnotario.es/>.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad», *Revista IUS ET VERITAS*, 2016, (53), pp. 262-266. Disponible en <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.015>.

BARRANCO AVILÉS, M. C., «Envejecimiento y discapacidad», en Cuenca Cuenca Gómez (ed. lit.). *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 573-599.

BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario art. 1732», en *Comentario al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano Coord., 5ª ed., 2021 consultado en Thomson Reuters Proview.

BARIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* [Tesis Doctoral], Universidad Carlos III de Madrid, marzo 2014.

BARIFFI, F. Y SEATZU, F., «La convención de la OEA sobre los derechos de las personas mayores y la ratificación del modelo de toma de decisiones con apoyos», *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2019, 3 (1), 89-119. Disponible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista>.

BREGAGLIO, R.; CONSTANTINO, R. «Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384», *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 4 (1), Año 2020, p. 32-59.

BUSQUETS ALIBÉS, E., «Principios de autonomía y beneficencia. Dos principios en tensión», disponible en <https://www.bioeticaweb.com/autonomasa-y-beneficiencia-dos-principios-en-tensiasn/>.

CABANAS TREJO, R., «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/>.

CANIMAS BRUGUÉ, J., «Decidir por el otro a veces es necesario». En *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas* (2016), núm. 39, pp. 13-31.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. «Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *El notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, Nº 97, Opinión, consultado en <https://www.elnotario.es/>.

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

CUENCA GÓMEZ, P., «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* (2018), Número 38, pp. 82-101.

DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2018), núm.5, Doctrina, BIB 2018\8655.

— «Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2020), Nº 780, pp. 2227-2268.

— «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», *Diario La Ley* (3 de mayo de 2021), Nº 9841, Sección Doctrina.

DÍEZ-PICAZO, *La representación en Derecho Privado*, Madrid, 1979.

ETXEBERRÍA MAULEON, X., «Autonomía moral y derechos humanos de las personas ancianas en condición de vulnerabilidad». En A. Bárcena y M. Mancera, M. (Coords). *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México: CEPAL, 2014, pp. 61-70.

— «Autonomía y decisiones de representación/sustitución en personas con discapacidad intelectual. perspectiva ética», Ediciones Universidad de Salamanca / CC BY-NC-ND, *Siglo Cero*, vol. 47 (1), (2016, enero-marzo), n.º 257, pp. 61-70.

GARCÍA RUBIO, M. P., «La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el Ordenamiento jurídico». *La Ley Derecho de Familia* (2021), n 31.

— «Comentario al artículo 1302 CC», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio, M. P.; Moro Almaraz, M. J., (Dirs.), Civitas, 2022, consultado en <https://proview.thomsonreuters.com>.

GARCÍA VALDECASAS, G., «La esencia del mandato», *RDP* (1944).

GARRIDO MELERO, M., «El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Gete-Alonso y Calera (Coord.), Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 91-118.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentarios al artículo 249», en Guilarte Martín- Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, 2021, pp. 511-527.

— «Comentarios al artículo 250», en Guilarte Martín- Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, 2021, pp. 527-552.

LANDESTOY MENDEZ, P. L., «El juicio notarial de capacidad sobre el compareciente con discapacidad intelectual (reflexiones en clave kantiana)», *Un nuevo Derecho para las personas con Discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla; Pérez Gallardo, (Dir.), Ediciones Olejnik, 2021, pp. 275-286.

LEGERÉN-MOLINA, A., «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212.

LORA TAMAYO, I., «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», *El notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, Nº 97, Opinión, consultado en <https://www.elnotario.es/>.

— *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Guía rápida Francis Lefevre, Madrid, Lefevre-El Derecho, 2021

MARÍN CALERO, C., *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho español. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Barcelona, Aferre, 2022

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

— «Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica (1)» *Diario La Ley*, nº 9851, de 17 de mayo de 2021,

— «La Observación general primera del Comité de Derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en *Un nuevo Derecho para las personas con Discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla; Pérez Gallardo, (Dir.), Ediciones Olejnik, 2021, pp. 85-112

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Comentario al art. 1732», en C. Guilarte Martín-Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, 2021, pp. 1053-1058.

MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., «A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2020, Número 42, pp. 240-262. Disponible en DOI: 10.7203/CEFD.42.15695.

— «Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas, en Argentina e Irlanda», *Derechos y Libertades* (junio 2017), número 37, Época II, DOI: 10.14679/105, pp. 167-192.

MUÑOZ ESPADA, E., «Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado* (julio-diciembre 2020), 111, pp. 277-325.

MORO ALMARAZ, M.<sup>a</sup> J., «La tramitación legislativa de la Ley 8/2021», *LA LEY Derecho de familia* nº 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, Nº 31, 1 de jul. de 2021, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-13.

PARRA LUCÁN, M. A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisiones en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015.

PEREÑA VICENTE, M., «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente; Heras Hernández, (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 155-186

— «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en Pereña Vicente, (Dir.), Díaz Pardo; Núñez Pergeña, (coord.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 119-141.

— «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del CC», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Dir. Munar Bernat, Marcial Pons, 2021, pp. 195-241.

SEOANE, J. A.; ÁLVAREZ LATA, N., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, nº 24, pp. 11-66. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/autor/natalia-alvarez-lata-y-jose-antonio-seoane>.

— «El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia», *Derecho Privado y Constitución*, nº 36, pp. 131-177. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/autor/jose-antonio-seoane-y-natalia-alvarez-lata>.

TENA ARREGUI, R. «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2021, nº 99, disponible en <https://www.elnotario.es/>.

—«El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI* (enero - febrero 2022), Nº 101.

VALLS I XUFRE, J. M., «EL papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en *El Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente; Heras Hernández, (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 85-153.

VARSI, E.; SANTILLÁN, R., «Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos. Un estudio de

derecho peruano», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2021, N.º 14, pp. 1060-1081. Disponible en <https://www.revista-aji.com/>.

Fecha de recepción: 15.07.2021

Fecha de aceptación: 14.03.2022