

Recibido: 20 julio 2021
Aceptado: 12 octubre 2021

El equilibrio entre autonomía de la voluntad y protección del interés superior de la persona con discapacidad en el ámbito internacional y en el Derecho civil español*

Javier MARTÍNEZ CALVO* y
M^a Jesús SÁNCHEZ CANO **

SUMARIO: I. Introducción. II. La autonomía de la voluntad y el interés superior del adulto en el CH 2000. III. La autonomía de la voluntad y el interés superior de la persona con discapacidad en la CIPD 2006. IV. La incorporación de los principios de la CIPD 2006 al Derecho español. 1. El nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad diseñado por la Ley 8/2021. 2. Prevalencia de la autonomía de actuación sobre el interés superior de la persona con discapacidad. V. Conclusiones.

RESUMEN: El Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos de 13 de enero de 2000 y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 han potenciado la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad en el ámbito internacional. Además, en el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha ido más allá, relegando el papel del interés superior de la persona con discapacidad a un segundo plano, hasta el punto de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha interpretado que ha de eliminarse totalmente de la normativa, una corriente que ha sido asumida también por nuestro legislador nacional. El presente trabajo analizará las líneas generales de los mencionados textos internacionales y su incidencia en el Derecho civil español. A su vez, se tratará de medir las posibles consecuencias de esta nueva orientación que pretende sustituir el interés superior de la persona con discapacidad por el respeto absoluto a su voluntad, deseos y preferencias, y se valorará su compatibilidad con nuestro propio ordenamiento jurídico.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP. M^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

** Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad San Jorge.

PALABRAS CLAVE: DISCAPACIDAD – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD – CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006 – CONVENIO DE LA HAYA SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS ADULTOS, DE 13 DE ENERO DE 2000.

The balance between autonomy of will and the protection of the best interests of the person with disabilities in the international sphere and in Spanish civil law

ABSTRACT: The Hague Convention of the 13th January 2000 on the International Protection of Adults and the International Convention of the 13th December 2006 on the Rights of Persons with Disabilities have promoted the autonomy of the will of persons with disabilities at the international level. Moreover, in the case of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, it has gone further, relegating the role of the best interests of the person with disabilities to a secondary role, to the point that the Committee on the Rights of Persons with Disabilities has interpreted that it should be completely eliminated from the regulations, a trend that has also been taken up by our national legislator. This paper will analyse the general lines of the aforementioned international texts and their impact on our domestic legal system. At the same time, it will try to measure the possible consequences of this new orientation which aims to dispense with the best interests of the person with a disability and replace it in all cases with their wishes and preferences, and will assess its compatibility with our own legal system.

KEYWORDS: DISABILITY – AUTONOMY OF WILL – BEST INTERESTS OF THE PERSON WITH A DISABILITY – INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES OF 13 DECEMBER 2006 – HAGUE CONVENTION ON THE INTERNATIONAL PROTECTION OF ADULTS OF 13 JANUARY 2000.

I. INTRODUCCIÓN

Según datos procedentes de la Unión Europea, unos cien millones de personas residentes en el territorio de la Unión mayores de dieciséis años padecen algún grado de discapacidad, a lo cual se añade que más de un tercio de las personas mayores de setenta y cinco años tienen sus capacidades limitadas¹. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la relevancia que tiene la edad en materia de discapacidad, toda vez que, mientras en la población de entre 16 y 44 años el porcentaje de personas con limitaciones en la actividad asciende a un 11,5%, esta cifra aumenta hasta el 72,2% en los mayores de 85 años. Más en concreto, en nuestro país, la esperanza de vida saludable sin discapacidad, en las mujeres, se sitúa en

¹ Para mayor información, consúltense: Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020 (B9-0123/2020) y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras [https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_europea_discapacidad_2010_2020.pdf].

69,9 años frente a los 16,2 años de vida con discapacidad; mientras que las variables en hombres se calculan en 69,0 y 11,6 años, respectivamente².

A la vista de estos antecedentes, en las últimas décadas, se viene experimentando un creciente interés por garantizar la autonomía de la voluntad del individuo que sufre discapacidad, tanto en los asuntos de índole patrimonial como en el ámbito familiar y otros reservados tradicionalmente al estatuto personal. Como consecuencia de ello, la tendencia actual se dirige hacia la flexibilización de los sistemas de protección de las personas con discapacidad, de tal manera que, incluso, se permite que los sujetos puedan establecer con carácter anticipado y ante la hipótesis de un deterioro progresivo de sus facultades, previsiones referentes a sus circunstancias patrimoniales y/o personales.

Este principio de la autonomía de la voluntad cobra especial importancia en el ámbito internacional, donde nos encontramos con dos importantes Convenios, respecto de los cuales resulta necesario hacer alguna distinción:

1º) Por un lado, el Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, de 13 de enero de 2000 (en adelante, CH 2000), al que España todavía no se ha adherido, recoge normas de Derecho Internacional Privado. Funciona de manera paralela al CH 1996, considerando el interés del adulto y contemplando el criterio de la autonomía de la voluntad, con mayor precisión en el sector de la ley aplicable.

2º) De otra parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008³ (en adelante, CIPD 2006), junto con su Protocolo Facultativo, que también se encuentra en vigor en nuestro país. Opera con independencia de la edad del sujeto y regula aspectos de Derecho sustantivo, con particular atención a la autonomía de la voluntad. En este sentido, hay que destacar el art. 12, del cual, entre otros extremos, se desprende la obligatoriedad de que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se establezcan con el debido respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que sufre algún tipo de discapacidad.

Dicho esto, el presente trabajo analizará las disposiciones del CH 2000 relativas también a la autonomía de la voluntad del sujeto, en conjunción

² Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España, pp. 107–110. Recuperado en [<https://drive.google.com/file/d/1mLyQEYD2Mlez8YXYdMX3e3huJcqMxGbc/view>].

³ BOE 22.4.2008.

con el principio del interés de la persona adulta; y se examinarán las líneas generales de la CIPD 2006, desde la relevancia que esta otorga a la autonomía de la voluntad. Además, nos detendremos en la incorporación de los principios de la CIPD 2006 a nuestra normativa interna.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL ADULTO EN EL CH 2000

Al margen de las normas de Derecho Público, cabe subrayar la labor desarrollada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que encuentra su reflejo en el CH 2000⁴, al que España todavía no se ha adherido. A este respecto, en contra de la participación de España en dicho Convenio se ha argumentado que resulta incompatible con el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Este argumento se ha rechazado sobre la base de que el Convenio de Naciones Unidas recoge aspectos sustantivos, mientras que la Convención de La Haya contempla cuestiones propias del Derecho Internacional Privado. Por lo demás, se ha alegado que ambos Convenios tienen en común su compromiso con un sector de la población, cual es el de las personas con discapacidad. No obstante, existe una corriente que se muestra favorable a que España se adhiera al CH 2000, en tanto que ello facilitaría la validez extraterritorial de decisiones, debido al sistema de reconocimiento de pleno derecho que contempla. Sin embargo, este sector recalca que a tal fin resulta necesario adaptar la redacción del art. 3 del mencionado instrumento al art. 12 de la Convención Internacional de 2006, en la misma línea a como se ha llevado a efecto en la legislación española⁵.

Volviendo a las explicaciones del CH 2000, hay que hacer notar que se trata de un instrumento que surgió con intención de aportar seguridad, ante las dificultades que genera en la práctica, especialmente notarial, el considerable incremento de personas que, tras su jubilación, optan por trasladarse a otros países, en busca de un clima más benigno. Estas personas

⁴ En este ámbito, existe un texto anterior, el “Convenio de 17 de julio de 1905, sobre interdicción civil,” que España tampoco ha ratificado.

⁵ Puede consultarse el estado de situación del Convenio en [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=71>]. Vid. M. Álvarez Torné, “La protección internacional de adultos: el encaje de los actuales instrumentos de derecho internacional privado y las perspectivas de avances en la UE”, [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/106468/1/WP_2016_3.pdf] y A. Fernández-Tresguerres, “Protección internacional de adultos”, [<https://www.eleconomista.es/opinion-legal/noticias/5958267/07/14/Proteccion-internacional-de-adultos.html>] [<http://www.convenciondiscapacidad.es/2021/02/22/el-cermi-insta-a-espana-a-ratificar-el-convenio-de-la-haya-sobre-proteccion-internacional-de-las-personas-adultas-mayores/>].

suelen disponer de un patrimonio, que, en el momento en que sus capacidades resultan mermadas, no son capaces de gestionar⁶. En este sentido, el Convenio responde a la necesidad de encontrar la armonía internacional de soluciones⁷. Aquí, debe resaltarse que el CH 2000 sigue el modelo del Convenio de La Haya de Protección de menores, de 19 de octubre de 1996⁸. Así, de manera similar a como dispone este último Convenio respecto al principio del interés del menor, el Convenio de Protección de adultos, incluye el interés del adulto como principal consideración, junto con el respeto a su dignidad y voluntad, si bien, al mencionar estas dos circunstancias, parece estar defendiendo la necesidad de alcanzar un equilibrio entre todos estos principios⁹. Como el propio Convenio indica, este instrumento tiene por objeto “la protección en situaciones internacionales¹⁰ de los adultos que, debido a una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses” (art. 1)¹¹. Por adulto¹² ha de entenderse todo sujeto

⁶ Como acertadamente observa Durán Ayago, son muchas las combinaciones posibles desde la perspectiva de nuestro país, atendiendo al elemento extranjero. Así, por un lado, se puede dar el caso de adultos extranjeros residentes en España, adultos extranjeros que se encuentran en nuestro país de manera transitoria, sí como los que tengan bienes en España. De otro lado, es posible encontrar supuestos en que los adultos que precisen protección sean españoles y residentes en el extranjero, o que se encuentren temporalmente fuera de nuestro país, y dispongan de bienes el extranjero. Esta autora añade también los casos de adultos españoles y con residencia en España que son atendidos por personas extranjeras. Vid. A. Durán Ayago, “Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, *Protección jurídica de los mayores* (coord. M. Alonso Pérez, y otros), Madrid, Editorial La Ley, 2004.

⁷ Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 42 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

⁸ Ello es así debido a que en la Decimoséptima Sesión, donde se revisó el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores, se acordó que, planteándose problemas similares, los expertos valorasen la oportunidad de aplicar a la protección de adultos las soluciones alcanzadas en materia de protección de menores, con las debidas adaptaciones. Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 42, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

⁹ Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 44, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

¹⁰ Por situación internacional ha de entenderse aquella que implica a más de un Estado, si bien nada impide que el Convenio se aplique a situaciones meramente internas en aquellos países que disponen de un sistema plurilegislativo (art. 44). Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 46, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

¹¹ Puntualiza Lagarde que la expresión “no está en condición de velar por sus intereses” ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto los intereses patrimoniales como los personales o de salud. Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 46, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

¹² En cualquier caso, como explica Lagarde, en los trabajos preparatorios del Convenio se optó por evitar términos jurídicos, como el de incapaz, por tener distintos significados en las

mayor de dieciocho años (art. 2)¹³, de manera que dentro del ámbito de aplicación del Convenio estarían comprendidos los sujetos que presenten limitaciones en sus facultades por razón de una enfermedad, pero, también los ancianos que tengan algún tipo de alteración o disminución de sus capacidades¹⁴. Aquí hay que hacer dos puntualizaciones:

1ª) Nótese que el Convenio parte de la premisa de que adulto es todo sujeto mayor de dieciocho años, mientras que la norma de conflicto española, el art. 9.1º Cc remite a la ley nacional de la persona para la determinación de la mayoría de edad.

2ª) El CH 2000 no requiere que la persona haya sido incapacitada judicialmente, aunque la medida de incapacitación sí que se encuentra contemplada por el mencionado Convenio.

Ahora bien, el Convenio sólo regula cuestiones propias de Derecho Internacional Privado, como la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, junto con normas sobre reconocimiento y ejecución de las medidas de protección adoptadas por los Estados contratantes y las relativas a la cooperación de autoridades. A este respecto, debe indicarse que el Convenio señala que pretende evitar conflictos entre sistemas jurídicos en relación con los tres sectores básicos que conforman el Derecho internacional privado, al mismo tiempo que subraya la importancia de la cooperación internacional para la protección de los adultos¹⁵.

diferentes legislaciones internas. De ahí que se prefiriera acudir a una definición objetiva de adulto. Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 45 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

¹³ El establecimiento de una edad mínima de dieciocho años está fijado teniendo en cuenta que el CH 1996 de Protección de Menores fija en esa misma edad el límite máximo para su aplicación. Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 47, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

¹⁴ Concretamente, en el Informe explicativo se indica que el Convenio cubre a las personas que padecen alguna discapacidad física o psíquica, junto con las de edad avanzada que sufren una disminución de sus facultades y en especial, a aquellas personas afectadas por Alzheimer. El texto se aplica tanto si se trata de una disminución de facultades temporal o permanente, siempre que haga necesaria una medida de protección. Señala también Lagarde que la protección de víctimas de violencia extrema, como el maltrato a las mujeres, están excluidas del ámbito de aplicación de la Convención, en tanto que requieren medidas de carácter policial.

¹⁵ Sobre este particular, subraya A. Durán Ayago el cambio de orientación que ha supuesto este Convenio, habida cuenta que pone el acento en la cooperación de autoridades como forma de hacer efectiva la protección de adultos, frente al método tradicional del conflicto de leyes. Esta autora destaca, asimismo, el uso que hace la Convención de técnicas de flexibilización en los sectores de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable. Vid. A. Durán Ayago, *loc.cit.*

En cuanto al ámbito de aplicación material del CH 2000, el art. 3¹⁶ enumera una serie de medidas de protección de adultos, de carácter personal y patrimonial, que tienen carácter ilustrativo, con la intención de cubrir un amplio elenco de instituciones. Ciertamente es que puede darse el caso de que no todas las medidas de protección estén previstas en los ordenamientos de los Estados contratantes, si bien, este extremo carece de relevancia, en tanto que la aplicación de una u otra institución protectora dependerá de la ley aplicable designada por las normas de conflicto del CH 2000. Lo que no entra dentro del art. 3 es la validez de los actos celebrados por una persona adulta respecto de la que se ha acordado una de las medidas protectoras que enuncia el citado precepto¹⁷.

De otra parte, el art. 4 del CH 2000 establece las cuestiones expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Convenio, salvo por lo que respecta a la condición de una persona a actuar como representante del adulto. Se trata de medidas, bien que ya están incluidas dentro de la esfera de otros instrumentos (alimentos, matrimonio, salvo la representación de los cónyuges, régimen económico matrimonial, *trust*, sucesiones), bien porque se trata de materias de Derecho público, que protegen intereses esenciales de los Estados contratantes (seguridad social, salud, medidas vinculadas a infracciones penales, decisiones sobre el derecho de asilo o inmigración y seguridad pública).

A continuación, se estudiarán las reglas de Derecho Internacional Privado que contempla el Convenio y las soluciones que se ofrecen respecto de los sectores de la competencia judicial internacional y la ley aplicable, tomando en consideración el criterio de la autonomía de la voluntad.

Así, el sistema del Convenio parte de un foro principal, que atribuye la competencia a las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual del adulto para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto (art. 5). El sistema de competencia de autoridades, establece igualmente una serie de foros complementarios y subsidiarios de la competencia principal, en los cuales

¹⁶ Dentro de estas medidas están, la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección; la colocación del adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; la colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele protección; la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto.

¹⁷ Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 57, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

no resulta necesario detenerse, dado que no resultan relevantes a los efectos de este trabajo, por los motivos que a continuación se expondrán.

Debe subrayarse que el Convenio de La Haya de Protección internacional de adultos no contempla un foro específico que reconozca la autonomía de la voluntad y tan sólo se recoge en el art. 8.2º.d), al permitir que las autoridades competentes, en virtud del art. 5 y del art. 6, requieran, para que tomen medidas de protección en interés del sujeto, a las autoridades del Estado que “el adulto haya escogido por escrito para que adopte medidas relativas a su protección”. Sobre este particular, se justificó que era necesario hacer hincapié en la necesidad de “reconocer y alentar la autonomía de la voluntad de las personas incapacitadas”, pero, dada la especial vulnerabilidad de las personas mayores, que pueden estar sometidas a influencias externas, se consideró más razonable supeditar el control de la autonomía de la voluntad a las autoridades de la residencia habitual del adulto¹⁸.

En lo referente a la determinación de la ley aplicable, previamente, hay que señalar que el Convenio tiene carácter universal y eficacia *erga omnes*, lo que lleva a aplicar la ley designada por el mismo, aunque se trate de la ley de un Estado no contratante (art. 18).

Asimismo, también debe observarse que el CH 2000 excluye expresamente el reenvío (art. 19) y que establece la aplicación de las normas imperativas del Estado en el cual se deba proteger al adulto, con independencia de la ley que resulte aplicable en virtud de las normas de conflicto del propio Convenio (art. 20).

Además, es importante reseñar que la Convención prevé la excepción de orden público internacional en su art. 21.

Por lo demás, el CH 2000, como se ha avanzado, establece un sistema paralelo en muchos aspectos al CH 1996, si bien, con algunas diferencias relevantes. En este sentido, en lo referente al CH 2000, cabe mencionar dos extremos fundamentales:

1º) El primero de ellos, radica en que toda limitación o modificación a la capacidad del adulto o la libre disposición de sus derechos, tendrá que venir establecida en una medida de protección. Por tal motivo, las normas de conflicto incorporadas por el Convenio se aplican tanto, en su caso, al procedimiento de incapacitación de la persona, como a las medidas de apoyo adoptadas en relación con la misma. Esta solución resulta más

¹⁸ Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 66 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

ventajosa que la prevista en el Derecho español, en el cual la ley aplicable a la capacidad de la persona, conforme al art. 9.1º Cc, es la Ley nacional del sujeto, mientras que “las medidas de apoyo respecto de discapacitados”, en virtud del art. 9.6º Cc, se gobernarán por Ley de su residencia habitual. Esta falta de concordancia no ha recibido respuesta adecuada tras la reforma efectuada por la Ley 8/2021 y conduce a que la capacidad de las personas y las medidas de protección se sujeten a leyes distintas ¹⁹.

2º) El segundo aspecto comporta el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, toda vez que se permite al adulto que organice con carácter previo su régimen de protección, en previsión de que en un momento dado no esté en condiciones de atender a sus intereses²⁰. Esta previsión no se encuentra expresamente recogida en el art. 9.6º.II Cc si bien, según un sector doctrinal, entiende que se trata de una facultad que entraría asimismo dentro de la esfera del art. 9.6º.II Cc y en consecuencia, se regiría por la ley de la residencia habitual de la persona mayor de edad²¹.

En cuanto a las normas de conflicto de leyes previstas en el Convenio de 2000, el art. 13 dispone que “en el ejercicio de su competencia según lo dispuesto en el Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley”. Como ventajas a esta solución se dice que permite que la autoridad competente aplique la ley que mejor conoce, así como que facilita la ejecución de las medidas de protección adoptadas²².

¹⁹ En cuanto a las normas de Derecho Internacional Privado, se ha modificado el segundo párrafo del art. 9.6º Cc, en cuya virtud la regla general es que las medidas de apoyo para personas con discapacidad se regirán por la ley de su residencia habitual. El citado precepto solventa el problema del conflicto móvil, toda vez que prevé que, en el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. En último término, se ordena la aplicación de la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes. A este respecto, un sector doctrinal ya defendió en su momento, con anterioridad a la Ley 8/2021, que el art. 9.6º.II Cc comprendía tanto la incapacitación como las medidas de protección, toda vez que hacía referencia a la protección del mayor de edad. Así lo puso de manifiesto la Dra. Salomé Adroher Biosca en el II Congreso internacional sobre la reforma del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de discapacidad dir. M.V. Mayor del Hoyo y S. De Salas Murillo), celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, los días 22 y 23 de noviembre de 2018. En la misma línea, consúltese, S. Adroher Biosca, “La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos”, *REDI*, vol. LXXI, nº 1 2019, Madrid, p.174.

²⁰ Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 73 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

²¹ Vid. A.L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol.II, 18ª ed., 2018, Granada, Comares, 2018. p. 34.

²² Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 74 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

No obstante, el ap. 2 del art. 13 contempla una cláusula de excepción, que da entrada (aplicar o tomar en consideración) a la ley del Estado con el que el supuesto presente un vínculo estrecho, en la medida en que lo exija la protección de la persona o de los bienes del adulto. En este punto, cabe precisar que no se trata de la tradicional cláusula de vínculos más estrechos, basada en el principio de proximidad, sino que tiene su fundamento en el interés del adulto²³.

Por otra parte, el art. 14 del CH 2000 establece que las condiciones de aplicación de la medida de protección acordada será la ley del Estado contratante en que dicha medida ha de desarrollarse. Entrarían dentro del ámbito del citado precepto la ejecución de las medidas de protección en un Estado distinto de aquel en que se han adoptado, sin perjuicio de que ello comporte o no un cambio de ley. Como excepción, quedaría fuera la ejecución de los poderes de representación otorgados por el adulto, conforme al art. 15.3º del propio Convenio²⁴.

Como se ha explicado más arriba, el Convenio recoge el principio de autonomía de la voluntad o de auto-tutela y lo hace en el art. 15, en cuya virtud la persona adulta puede otorgar poderes de representación conferidos, de *motu proprio* o mediante un acuerdo, para ejercitarse cuando no se encuentre en condiciones de “velar por sus intereses”²⁵. En estos casos, “la existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación” se regirá por la “ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a no ser que haya designado expresamente por escrito alguna de las leyes mencionadas en el ap. 2”²⁶.

Las modalidades del ejercicio de los poderes otorgados por el adulto para el caso de que no pueda defender sus intereses se gobernarán por la ley del Estado en el que se ejerciten (art. 15.3º). Nótese aquí que, si se compara este

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*, p. 75.

²⁵ P. Lagarde pone de manifiesto la diferencia existente entre estos poderes conferidos en previsión de incapacidad, del mandato ordinario que un adulto con plena capacidad otorga a una persona para que se encargue de velar por sus intereses. Este último mandato entraría dentro del ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, conforme al cual, en defecto de elección de ley, la ley aplicable sería la del establecimiento profesional o de la residencia habitual del intermediario (art. 6), siendo esa misma ley la que se aplicará, en particular, al cese de los poderes del intermediario (art. 8 a). *Vid.* P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 76, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

²⁶ Así, podrá designarse la ley de los siguientes Estados: la ley de un Estado del que el adulto posea la nacionalidad; la ley del Estado de la anterior residencia habitual del adulto; la ley de un Estado en el que se encuentren situados bienes del adulto, con respecto a dichos bienes.

precepto con el art. 14 del Convenio, el ámbito de aplicación de la ley del lugar en el que se ejerciten los poderes resulta más restringido si tales poderes los ha conferido el adulto que si traen causa de una medida de protección. Ello supone que el concepto de “modalidades de ejercicio” sea también más limitado que el término “alcance” de los poderes²⁷.

Los poderes pueden hacer referencia a medidas de índole personal o patrimonial, pero, deberán constar expresamente y por escrito siempre que se haya elegido la ley de uno de los Estados designados por el ap. 2 del art. 15.

Por su parte, el art. 16 permite la revocación o modificación de los poderes a los que hace referencia el artículo anterior mediante medidas adoptadas por una autoridad competente en virtud del Convenio, siempre que “no se ejerciten de manera suficiente para garantizar la protección de la persona o el patrimonio del adulto” y teniendo en cuenta la ley designada por el art. 15.

Para terminar con el sector de la ley aplicable, parece oportuno mencionar que el art. 17 del Convenio incorpora una regla para la protección de terceros de buena fe que hayan contratado, con la diligencia debida, con quien tendría la condición de representante del adulto conforme a la ley del Estado de celebración del acto, pero, que no la tendría en virtud de las normas de conflicto del Convenio. Así, el citado artículo prevé la validez del acto, salvo que el tercero “supiera o hubiera debido saber que la condición de representante se regía por esta última ley”.

Por lo demás, parece oportuno hacer una referencia a la regulación del CH 2000 en relación con la validez extraterritorial de decisiones, toda vez que garantiza la continuidad en todos los Estados contratantes de las medidas de apoyo adoptadas en uno de ellos. Sobre este particular, cabe señalar que el CH 2000 sigue en este punto las líneas generales establecidas en el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores. Así, diferencia entre el reconocimiento (arts. 22 a 24), la declaración de ejecutoriedad o *execuatur* o el registro a efectos de ejecución (arts. 25 y 26) y la ejecución (art. 27).

En concreto, se prevé en el art. 22 un sistema de reconocimiento de pleno derecho, es decir, sin necesidad de procedimiento alguno, de las medidas acordadas en un Estado contratante en todos los demás Estados contratantes. Este sistema no operará si se solicita también algún acto de ejecución. No obstante, la parte frente a la que se inste el reconocimiento podrá alegar alguna de las causas de denegación recogidas en el ap. 2, pero,

²⁷ Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, pp 79-80 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].

el Estado requerido podrá denegar el reconocimiento si concurre alguna de estas circunstancias, si bien no está obligado a ello .

Por otro lado, el art. 23 incorpora una acción preventiva del reconocimiento o de la denegación del reconocimiento de una medida adoptada en un Estado contratante. El procedimiento, que comenzará a instancias del interesado, se regirá por la ley del Estado requerido.

La declaración de ejecutoriedad, que se regula en el art. 25 del Convenio, se iniciará a solicitud de la parte interesada y conforme al procedimiento establecido en la ley del Estado requerido. También se requiere que la medida cuya ejecución o registro se pretende sea ejecutoria en el Estado requirente. Una vez declaradas ejecutivas, tales medidas podrán ser objeto de ejecución o registro en el Estado requerido, como si se tratasen de medidas adoptadas por las autoridades de dicho Estado, lo que supone que la ejecución deba realizarse de conformidad con la ley del Estado requerido (art. 27).

Tanto para el reconocimiento como para el exequátur, el Convenio dispone la prohibición de revisión sobre el fondo (art. 26).

En último término, se analizarán muy brevemente las normas del Capítulo V del Convenio, dedicadas a la cooperación de autoridades. En dicho capítulo se contempla un mecanismo de cooperación, similar al del Convenio de 1996, que funcionará a través de la intervención de Autoridades Centrales. Así la Autoridad Central de un Estado contratante podrá dirigirse a las Autoridades Centrales de los demás Estados contratantes, que responderán a sus solicitudes (arts.28-30). Del mismo modo, el Convenio recoge la posibilidad de que se establezcan comunicaciones y se formulen solicitudes directas de información entre las autoridades competentes de los diversos Estados contratantes que intervengan en la adopción de medidas de protección (arts.31-35). También es viable el uso de la mediación o de la conciliación para alcanzar acuerdos amistosos respecto a la protección de la persona adulta y de sus bienes (art.31). Igualmente, cabe recurrir a la celebración de acuerdos de cooperación entre distintos Estados contratantes (art.37).

En definitiva, de la regulación del Convenio cabría resaltar las siguientes notas en favor del mismo:

1º) El propósito que subyace en el CH 2000 consiste en conjugar y armonizar dos circunstancias tan relevantes en la protección del adulto como son la autonomía de la voluntad del sujeto y el interés de la persona con discapacidad.

2º) El CH 2000 es respetuoso con el principio de armonía internacional de soluciones y en consecuencia, garantiza que se alcancen soluciones uniformes en todos los Estados contratantes, favoreciendo, de esta manera, la eficacia en todos ellos de las medidas de protección adoptadas en otro Estado contratante, a lo que contribuye también en buena medida el sistema de reconocimiento de pleno derecho previsto en el Convenio.

3º) El régimen de cooperación que instituye el propio Convenio facilitaría la asistencia mutua entre las autoridades de los diferentes Estados contratantes, lo que a buen seguro agilizaría el procedimiento y redundaría en interés del adulto. Como también supondría una ventaja a favor del adulto el recurso a mecanismos alternativos de resolución de conflictos que prevé el Convenio, toda vez que permitirían alcanzar soluciones de consenso.

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA CIPD 2006

Uno de los principales objetivos de la CIPD 2006 ha sido potenciar la autonomía de las personas con discapacidad para que puedan actuar por sí mismas en el tráfico jurídico. A este respecto, su art. 12, bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, establece una serie de principios tendentes a la consecución del mencionado objetivo. Al respecto, puede destacarse su punto segundo, en el que dispone que “los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”; cuarto, en el que señala que “los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona (...)”; y quinto, en el que prevé que “(...) los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero (...)”.

De las mencionadas previsiones, la que ha generado más debate es la que establece que las personas que padecen una discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de

la vida; y que ha sido interpretada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el punto 28 de su Observación general N° 1 (2014)²⁸ en el sentido de que “la obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos(...)”.

Lo primero que puede advertirse es que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad equipara la capacidad jurídica y su ejercicio, sobrepasando el tenor literal de la CIPD 2006, del que no parece deducirse dicha equiparación²⁹. Además, a nuestro modo de ver, considerar que todas las personas poseen capacidad de obrar en igualdad de condiciones puede resultar excesivo, por contradecir la realidad física, psicológica, biológica, jurídica y social³⁰; y, en última instancia, puede derivar en una situación de desprotección de la persona con discapacidad. Téngase en cuenta que, como señala M.V. Mayor del Hoyo, “la modificación de la capacidad de obrar tiene como fundamento último la protección y el bien de la persona, sin que, en modo alguno, su dignidad se vea afectada negativamente, sino al contrario”³¹.

Por el mismo motivo, creemos que el rechazo absoluto hacia los sistemas de representación por parte del Comité puede comprometer la protección del interés de las personas con discapacidad, pues en muchos casos dicha protección solo podrá alcanzarse a través de mecanismos de representación o sustitución en la adopción de decisiones.

Sin embargo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha considerado que no solo deben suprimirse los sistemas de representación, sino que ha de reconocerse a la persona con discapacidad un pretendido derecho a cometer errores y a asumir riesgos en su esfera patrimonial y personal, al disponer en el punto 22 de su Observación general N° 1 (2014) que “(...) la protección debe respetar los derechos, la

²⁸ Disponible en: [<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-general-1-Articulo-12-Capacidad-juridica.pdf>], (fecha de última consulta: 02/07/2021)>].

²⁹ Tal y como defendí en un trabajo anterior: J. Martínez Calvo: “La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno”, *REDIS*, n° 8, vol. 1, 2020, pp. 54 ss. *Vid.* también en el mismo sentido: M. Pereña Vicente: “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *RDP*, n° 100, 2016, pp. 17 ss.

³⁰ G. García Cantero, “¿Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa?: Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español”, *RDC*, vol. 1, n° 4, 2014, p. 88.

³¹ M.V. Mayor del Hoyo, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 22 y 23.

voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”.

Por tanto, la interpretación que lleva a cabo el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad da un carácter absoluto al respeto a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, convirtiéndolo en el único criterio admisible en la materia y anteponiéndolo a la protección del interés superior de la persona con discapacidad. Es más, en el punto 21 de la Observación general nº 1 (2014) llega a abogar por la supresión del interés de la persona con discapacidad, al señalar que “cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del interés superior debe ser sustituida por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias (...) el principio del interés superior no es una salvaguardia que cumpla con el art. 12 en relación con los adultos. El paradigma de la voluntad y las preferencias debe reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás”. Así mismo, en su punto 29 b) dispone que “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”.

A nuestro entender, la interpretación que lleva a cabo el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trasciende una vez más del tenor de la CIPD 2006, pues de la misma no parece extraerse tal rechazo a la protección del interés superior de la persona con discapacidad. De hecho, aun cuando no encontramos en la Convención ninguna referencia expresa a dicho interés superior, puede considerarse implícito en su art. 12.4º, tal y como ha sido puesto de manifiesto por algún autor³². Y es que, la mención que hace a la protección de los derechos de las personas con discapacidad ha de entenderse ligada a la preservación de su interés superior, pues el objeto de este principio no es otro que la protección de los derechos de las personas afectadas por una discapacidad. Además, en el caso de los menores con discapacidad, la salvaguarda de su interés superior sí ha sido expresamente prevista en el art. 7.2º CIPD 2006, que dispone que “En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”. También lo recoge el art. 23 CIPD 2006, que en su párrafo segundo señala que “(...) en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño (...)”; y en su párrafo cuarto prevé que “los Estados Partes asegurarán

³² Vid. A. Pau Pedrón, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *RDC*, vol. 5, nº 3, 2018, p. 12.

que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño (...)."

IV. LA INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CIPD 2006 AL DERECHO ESPAÑOL

1. El nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad diseñado por la Ley 8/2021

Recientemente se ha promulgado la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), que tiene como principal objeto la adaptación de nuestra normativa interna a los principios de la CIPD 2006, y, en especial, a su art. 12. Y para ello, ha dado nueva redacción al Título XI del Libro Primero del Código Civil, que pasa a rubricarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad".

Así, se ha llevado a cabo una reforma de gran calado del sistema tradicional de protección de las personas con discapacidad intelectual, que con anterioridad a la Ley 8/2021 se organizaba a través de tres figuras: la tutela, la curatela y el defensor judicial (art. 215 de la redacción del Código Civil anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021); y que ahora se organizará en torno las figuras de la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial (art. 250 Cc, en la redacción dada por el art. 2.23º de la Ley 8/2021).

Por tanto, se ha decidido prescindir de la tutela, que tras la entrada en vigor de la nueva norma quedará reservada exclusivamente para los menores de edad no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad (art. 199 del Código Civil, en la redacción dada por el art. 2.21º de la Ley 8/2021). Y, en consonancia con ello, también se suprimen las figuras de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada, tal y como señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021. En este punto, la norma española contrasta con lo previsto en otros ordenamientos de nuestro entorno, que han optado por conservar la tutela entre los instrumentos de apoyo a las personas con discapacidad. Así, a modo de ejemplo, el ordenamiento jurídico italiano prevé tres instrumentos para la protección de las personas privadas de autonomía: la interdizione, que se

materializa en la figura de la tutela; la inabilitazione, que se materializa en la curatela; y la amministrazione di sostegno, en español: “administración de apoyo” (arts. 404 y ss. del Codice Civile italiano)³³.

En cuanto a la guarda de hecho, se refiere a aquellos supuestos en los que una persona ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Pero la Ley 8/2021 le ha dado una nueva configuración, superando su carácter fáctico y convirtiéndola en una medida de carácter judicial (de hecho, su extensión vendrá determinada por la correspondiente resolución judicial, en función de las necesidades concretas de la persona en cuyo beneficio se establece). Y es que, cuando se considere que la guarda de hecho es una medida suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, podrá dejar de ser una situación provisional y convertirse en una medida estable.

En cuanto al defensor judicial, su función es atender a situaciones de carácter coyuntural, como por ejemplo la necesidad de apoyo ocasional que no está garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre quien ejerza el apoyo y la persona con discapacidad, o la imposibilidad temporal de la persona que ejerza el apoyo.

Pero la principal medida de apoyo a las personas con discapacidad en el nuevo sistema es la curatela, no en vano, es la figura que ha sido objeto de una regulación más detallada por parte de la Ley 8/2021, que la ha dotado de una nueva configuración y la ha convertido en la principal medida de apoyo para las personas con discapacidad.

La curatela está destinada a ser una medida de carácter estable, por lo que se aplicará en aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad requiera de apoyos de modo continuado. Además, uno de los principales objetivos de la reforma es dotar a esta medida de una gran flexibilidad, de modo que atienda a las necesidades concretas de la persona en cuyo beneficio se establezca. De este modo, se pretende que la actuación del curador se limite a lo imprescindible, sacrificando lo menos posible la capacidad del beneficiario para actuar en el tráfico jurídico. Para ello, la resolución judicial por la que se establezca la curatela tendrá que determinar de forma precisa los actos para los que la persona va a requerir la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de

³³ Sobre la distinción entre las tres figuras, *vid.* J. Martínez Calvo: “La administración de apoyo italiana y su relación con la nueva curatela prevista en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2019, pp. 204 y 205 y “La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno”, *loc. cit.*, pp. 45 ss.

apoyo (arts. 250 y 269 Cc, en la redacción dada por el art. 2.23º de la Ley 8/2021).

Normalmente, la función del curador consistirá en asistir a la persona con discapacidad en aquellas situaciones concretas en las que requiera de apoyo para adoptar una determinada decisión. Así, el rol que desempeñará será el de acompañar, informar y asesorar a la persona, evitando la sustitución de su voluntad en la toma de decisiones. No obstante, se admite que en aquellos casos en los que resulte absolutamente necesario el curador pueda asumir funciones de representación, siempre y cuando el apoyo no pueda prestarse eficazmente de otro modo. En cualquier caso, solo en supuestos muy excepcionales la representación podrá tener alcance general (art. 269 Cc, en la redacción dada por el art. 2.23 de la Ley 8/2021).

2. Prevalencia de la autonomía de actuación sobre el interés superior de la persona con discapacidad

Como puede deducirse claramente de lo visto hasta aquí, la nueva tendencia en materia de discapacidad consiste en potenciar la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad intelectual para que sea ella la que adopte sus propias decisiones, tratando de limitar la actuación del curador al mínimo imprescindible y descartando los mecanismos de representación siempre que resulte posible. Y es que, la persona con discapacidad intelectual podrá realizar por sí misma y sin ningún tipo de asistencia todos aquellos actos que no estén incluidos expresamente en la resolución judicial por la que se establezca la curatela. Además, cuando el curador deba intervenir, ha de hacerlo respetando en todo momento la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad (art. 282 Cc, en la redacción dada por el art. 2.23 de la Ley 8/2021).

Por tanto, en líneas generales, se ha optado por seguir la interpretación que hace el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del texto de la CIPD 2006. Ello, aun cuando consideramos que dicha interpretación no tiene carácter preceptivo para los Estados³⁴, por lo que

³⁴ Vid. en este sentido: S. de Salas Murillo, “¿Existe el derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *RCDI*, nº 780, 2020, p. 2231; M.V. Mayor del Hoyo: “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?”, *RCDI*, nº 782, 2020, pp. 3367–3369; y C. Martínez de Aguirre Aldaz: “La Observación general primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dirs. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L.B. Pérez Gallardo; y coord. M. García Mayo), Santiago (Chile), Ediciones Olejnik, 2021, pp. 88 ss.

parece que se trata simplemente de una opción de política legislativa adoptada por parte de nuestro legislador.

Entre los aspectos más destacados de la reforma, cabe mencionar la decidida apuesta del legislador español por otorgar una primacía absoluta a los deseos y preferencias de las personas con discapacidad³⁵ y la omisión de toda referencia al principio del interés superior de la persona con discapacidad; apartándose una vez más de la opción adoptada por otros ordenamientos de nuestro entorno, como por ejemplo el Derecho italiano, que mantiene la referencia al interés superior de la persona con discapacidad (*v.gr.*, art. 408 del Codice Civile italiano).

Pero esta ampliación de la autonomía de la voluntad que ha llevado a cabo la Ley 8/2021 implica inevitablemente que la persona con discapacidad vaya a asumir mayores riesgos y a contar con una protección menor de la que ha tenido hasta ahora. De hecho, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no lo oculta y ya hemos visto que en el punto 22 de su Observación general nº 1 (2014) llega a hablar de un pretendido “derecho a asumir riesgos y a cometer errores” (punto 22). Y bajo dicha expresión, lo que se esconde es un derecho (si es que puede ser calificado como tal) a exponerse a situaciones de peligro en su dimensión tanto personal como patrimonial y a renunciar a la protección que puede brindar el derecho a la persona con discapacidad³⁶.

Lo que ocurre es que postergar el interés superior de la persona con discapacidad (o incluso eliminarlo completamente de la normativa) y atribuirle un supuesto derecho a asumir riesgos y cometer errores puede provocar consecuencias no deseadas, como que un tercero pudiera abusar de la situación de falta de capacidad cognitiva o volitiva en la que se encuentra una persona³⁷ o que la propia actuación de la persona con discapacidad intelectual pueda causarle perjuicios o ponerle en peligro.

³⁵ *Vid.* más ampliamente: J. Martínez Calvo, “La ampliación de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en: *Avanzando en la inclusión: balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad* (coords. A.L. Martínez Pujalte, J. Miranda Erro, y M. Flores), Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 415–429).

³⁶ Tanto es así, que parece que incluso podría renunciar a los apoyos establecidos judicialmente por su mera voluntad (*vid.* S. de Salas Murillo, “¿Existe el derecho a no recibir apoyos”, *loc. cit.*, pp. 2253, 2254 y 2258). De hecho, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha mostrado partidario de ello en su Observación general Nº 1 (2014), en la que señala que “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”.

³⁷ *Vid.* C. Martínez de Aguirre Aldaz: “La tensión entre autonomía y protección en el tratamiento legal de la discapacidad psíquica”, en: *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado* (coord. A. Muñoz

Por ello, parece que la libre autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad habría de estar sujeta a un límite, que, siguiendo a A. Legerén Molina, creemos que habría de situarse en el “peligro objetivo” para la persona en su dimensión personal o patrimonial³⁸; razón por la cual consideramos que hubiera sido preferible mantener en la normativa la referencia al interés superior de la persona como límite a su libre autonomía de actuación. Y es que, tal y como ha puesto de manifiesto la STS del Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017\4745), el objetivo del interés superior de la persona con discapacidad no es otro que “su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión (...)”.

De hecho, durante la tramitación parlamentaria de la norma, fueron apareciendo en nuestra doctrina muchas voces críticas con la supresión absoluta del interés superior de las personas con discapacidad³⁹. También el Consejo General del Poder Judicial manifestó la inconveniencia de dicha opción legislativa a través de su Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad⁴⁰.

Y es que, incluso cabría plantearse si la supresión del interés superior de la persona con discapacidad es compatible con nuestro marco constitucional, pues dicho principio parece estar reconocido implícitamente por el art. 49 de la Constitución, cuando dispone que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán

Fernández), Cizur Menor, Civitas, 2014, p. 38; y M.A. Parra Lucán: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables: modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, p. 135.

³⁸ Vid. A. Legerén Molina, “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* (S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo, dirs.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, p. 197.

³⁹ Vid. por todos, C. Martínez de Aguirre Aldaz: “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo, dirs.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, p. 268.

⁴⁰ Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, p. 36. Disponible en: [<https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20181129%20Informe%20Anteproyecto%20Ley%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20sobre%20discapacidad%2017.18.pdf>] (fecha de última consulta: 12/01/2021).

especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”⁴¹.

Por todo lo anterior, entendemos que lo correcto sería intentar alcanzar un equilibrio entre el respeto a la libre autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad y la protección de su interés superior.

V. CONCLUSIONES

Es un hecho innegable que la protección de personas adultas y de su patrimonio en supuestos internacionales constituye un reto que hay que afrontar, en tanto que estas situaciones se presentan cada vez con más frecuencia, generando numerosos inconvenientes desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado. En este sentido, no cabe duda de que la disparidad de criterios que contemplan las normas de producción interna de los diferentes Estados comporta una grave inseguridad jurídica, habida cuenta que la solución a los problemas que suscitan las situaciones internacionales en esta materia variará de unos Estados a otros, dando lugar a decisiones contradictorias y por consiguiente, claudicantes, válidas en un Estado, pero, cuya existencia y validez no se va a reconocer en otro país.

En este sentido, habida cuenta las contradicciones que presenta nuestro sistema de Derecho Internacional privado autónomo, parece conveniente que España suscriba el CH 2000, en tanto que, como ya se ha puesto de manifiesto, proporciona respuestas uniformes en todos los Estados contratantes y garantiza la armonía internacional de soluciones, facilitando, de este modo, la protección del adulto vulnerable en supuestos transfronterizos. Lo mismo cabe decir respecto de aquellos EE MM de la Unión Europea que todavía no se han adherido al CH 2000, toda vez que la aplicación del mismo evitaría los obstáculos al derecho a la libre circulación de los ciudadanos europeos derivados de este tipo de situaciones.

Por lo demás, del CH 2000 cabe destacar como idea clave que ha tratado de ponderar los dos principales principios que han de presidir la protección del adulto: el principio de la autonomía de la voluntad y el principio del interés de la persona que padece algún tipo de discapacidad, tan relevante tratándose de personas vulnerables. En este sentido, su regulación parece más adecuada en comparación con la CIPD 2006, la cual, si bien contempla

⁴¹ *Vid.* en este sentido: M.I. de la Iglesia Monje, “La curatela y el discapacitado desde el prisma del principio del superior interés de la persona con discapacidad. Estudio jurisprudencial”, *RCDI*, nº 740, 2013, p. 4128; y V. Rodríguez Escudero: “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, *AC*, nº 7-8, 2016, pp. 18-31.

la autonomía de la voluntad desde el punto de vista de los derechos humanos, no obstante, deja de lado el principio del interés del adulto, al que debería de atenderse, al menos para tratar de lograr su armonización con la autonomía de la voluntad del sujeto.

Y es que, la CIPD 2006 ha supuesto un cambio de paradigma en materia de discapacidad, promoviendo una mayor autonomía personal y patrimonial de las personas que padecen una discapacidad. Y, con base en ello, ha aparecido una corriente (que encuentra en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad su máximo exponente) que va mucho más allá del tenor literal de la CIPD 2006, llegando incluso a corregir lo dispuesto en ella⁴² y a mostrarse favorable al establecimiento de la libre autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad como el único parámetro a tener en cuenta en la configuración del sistema de protección de las personas con discapacidad, abogando por la absoluta supresión del tradicional principio del interés superior de la persona con discapacidad.

Aun cuando parece que las resoluciones dictadas por el mencionado Comité carecen de carácter obligatorio para los Estados, lo cierto es que nuestro legislador ha optado por asumir en buena medida sus postulados a través de la Ley 8/2021, en la que omite cualquier referencia al interés superior de la persona con discapacidad. Ello, pese a las críticas recibidas desde diversos sectores durante la tramitación parlamentaria de la Ley y a su posible incompatibilidad con nuestra Constitución.

Creemos que no se han medido bien las consecuencias que puede acarrear la eliminación del interés superior de la persona con discapacidad como límite a su libre autonomía de actuación, pues ello supone anteponer el respeto a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad a su propia protección personal y patrimonial, lo que puede resultar, cuando menos, arriesgado. Por ello, consideramos que el legislador debería replantearse esta cuestión e intentar alcanzar un equilibrio entre el respeto a la libre autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad y la protección de su interés superior.

BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDIvista Española de Derecho internacional*, vol. LXXI, nº 1, 2019, Madrid, pp. 163-185.

⁴² Vid. C. Martínez de Aguirre Aldaz: "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica", *La Ley*, nº 9851, 2021, p. 3.

- Álvarez Torné, M.: “La protección internacional de adultos: el encaje de los actuales instrumentos de derecho internacional privado y las perspectivas de avances en la UE”, [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/106468/1/WP_2016_3.pdf].
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Decimotava edición 2018, Granada, Comares, 2018.
- Durán Ayago, A.: “Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, en: *Protección jurídica de los mayores* (Coord. M. Alonso Pérez, y otros). edición nº 1, Madrid, Editorial La Ley, 2004, pp. 443-470.
- Iglesia Monje, M.I. de la: “La curatela y el discapacitado desde el prisma del principio del superior interés de la persona con discapacidad. Estudio jurisprudencial”, *RCDI*, Nº 740, 2013, pp. 4119-4133.
- Salas Murillo, S. de: “¿Existe el derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *RCDI*, Nº 780, 2020, pp. 2227-2268.
- Fernández-Tresguerres, A.: “Protección internacional de adultos” [<https://www.eleconomista.es/opinion-legal/noticias/5958267/07/14/Proteccion-internacional-de-adultos.html>].
- García Cantero, G.: “¿Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa?: Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español”, *RDC*, vol. 1, Nº 4, 2014, pp. 67-106.
- Lagarde, P.: *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>].
- 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* (S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo, dirs.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 165-212.
- Martínez Calvo, J.: “La ampliación de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Avanzando en la inclusión: balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad* (coords. A.L. Martínez Pujalte, J. Miranda Erro, y M. Flores), Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 415-429.
- Martínez Calvo, J.: “La administración de apoyo italiana y su relación con la nueva curatela prevista en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2019, pp. 201-224.
- Martínez Calvo, J.: “La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno”, *REDIS*, Nº 8, vol. 1, 2020, pp. 43-61.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C.: “La tensión entre autonomía y protección en el tratamiento legal de la discapacidad psíquica”, *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado* (coord. A. Muñoz Fernández), Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 25-42.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C.: “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo, dirs.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 253-270.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C.: “La Observación general primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en: *Un nuevo Derecho para las*

- personas con discapacidad* (dirs. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L.B. Pérez Gallardo; y coord. M. García Mayo), Santiago (Chile), Ediciones Olejnik, 2021, pp. 85–112.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C.: “Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica”, *La Ley*, nº 9851, 2021, pp. 1–9.
- Mayor del Hoyo, M.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- Mayor del Hoyo, M.V.: “Los derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?”, *RCDI*, nº 782, 2020, pp. 3359–3415.
- Muñoz Fernández, A.: “La protección de las personas con discapacidad en el derecho internacional. Especial referencia a las situaciones que implican la intervención de varios Estados”, *MEDIC*. 2013; 21(2).
- Parra Lucán, M.A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables: modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015.
- Pau Pedrón, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *RDC*, vol. 5, nº 3, 2018, pp. 5–28.
- Pereña Vicente, M.: “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *RDP*, nº 100, 2016, pp. 3–40.
- Rodríguez Escudero, V.: “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, *AC*, nº 7–8, 2016, pp. 18–31.