

**CAPACIDAD DE OBRAR EN PERSONAS CON DETERIORO
COGNITIVO: EL PAPEL DE LOS NOTARIOS EN ESPAÑA A LA
LUZ DE LA LEY 8/2021**

***CAPACITY TO ACT IN COGNITIVE IMPAIRMENT PEOPLE: THE
ROLE OF SPANISH NOTARIES AFTER LAW 8/2021***

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 44-71



Silvia DURÁN
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: La Ley 8/2021, de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, supone la adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la Convención de Nueva York, e implica un nuevo paradigma en cuanto al tratamiento de la discapacidad. Ello conlleva, necesariamente, un cambio de actitud por parte de los operadores jurídicos, siendo especialmente destacable el nuevo papel de los notarios, como defensores no solo de la seguridad jurídica, sino del derecho de la persona con discapacidad a actuar por sí misma.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad intelectual; notario; consentimiento; capacidad de obrar; fe pública.

ABSTRACT: *Law 8/2021, on support for people with disabilities in the exercise of their legal capacity, involves the adaptation of the Spanish legal system to the requirements of the New York Convention, and implies a new paradigm in terms of the treatment of disability. This entails a change of attitude from legal operators. It is especially noteworthy the new role of notaries as defenders not only of legal certainty, but also of the right of the person with disabilities to act for themselves.*

KEY WORDS: *Intellectual disability; notary; consent; capacity to act; public faith.*

SUMARIO.- I. LEY 8/2021: ADAPTACIÓN AL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DEL AÑO 2006.- 1. De la “incapacitación” a las “medidas de apoyo a las personas con discapacidad”.- 2. La capacidad legal “suficiente”.- II. ALCANCE DEL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA.- 1. ¿Qué queda del principio del interés superior del discapacitado?.- 2. Control de las medidas de apoyo y respeto de la voluntad del afectado.- III. FUNCIONES DE LOS NOTARIOS ANTE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL.- 1. Juicio notarial de la capacidad de obrar de la persona con deterioro cognitivo.- 2. El notario como institución de apoyo en el ejercicio de su capacidad a las personas con deterioro cognitivo.- A) Intervención de notario, según el discapacitado intelectual comparezca con o sin apoyos.- B) El notario como verdadero apoyo institucional, profesional y cualificado.- IV. CONCLUSIONES.

I. LEY 8/2021: ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DEL AÑO 2006.

I. De la “incapacitación” a las “medidas de apoyo a las personas con discapacidad”.

El trastorno mental se define como “una alteración de tipo emocional, cognitivo y/o de comportamiento, en que quedan afectados procesos psicológicos básicos como son la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, la conducta, la percepción, la sensación, el aprendizaje, el lenguaje, etc”, impidiendo, por tanto, al afectado, adaptarse adecuadamente a su entorno social, lo que da lugar a su aislamiento y consecuente estigmatización¹. Debido a ello, tradicionalmente, en relación a las personas con discapacidad intelectual, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno han venido empleando un modelo protector del discapacitado “eminente paternalista”, basado en la necesidad de sustituir la voluntad de estas personas, a la hora de adoptar decisiones que les afecten -especialmente en supuestos de discapacidad cognitiva de cierta entidad-. Este sistema encontraría su fundamento en “una concepción médica de la discapacidad”².

El art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 -ratificada por España el 2 de noviembre de 2007-, rompe con ese modelo tradicional, considerado incompatible con los postulados de la propia CDPD, al girar ésta en torno al modelo social de la discapacidad, basado

1 ALONSO RODRÍGUEZ, I., SERRANO ARIAS, M. E., VALENCIA CORRAL, N. O.: “Percepción de los profesionales de salud mental: comparación España y México”, en AAVV: *Pedagogía Social. Acción Social y Desarrollo*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2015, p. 1322.

2 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 58, 2018, pp. 152-153.

• Silvia Durán Alonso

Juez Sustituta en el ámbito del TSJ de la Región de Murcia desde 2010 hasta 2018. Doctora en Derecho Civil cum laude desde 2017. A partir de septiembre de 2018, Profesora Ayudante en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Antonio de Murcia, impartiendo docencia en las áreas de Derecho Civil y Derecho Procesal. <https://orcid.org/0000-0002-5195-6825>. Correo electrónico: sduran@ucam.edu.

en la dignidad de la persona y en los derechos que le son inherentes. Por tanto, se exige que el referido modelo tradicional, que se basaba en la sustitución de la voluntad del discapacitado, se extinga para dar paso al de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones.

A pesar de la entrada en vigor de la Ley 26/2011 de Adaptación Normativa de la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad, no es hasta la reforma introducida en el Código Civil en virtud de la Ley 8/2021³, que se recogen las exigencias de la CDPD. Esta nueva regulación parte de la premisa de que toda persona, aún aquejada de algún tipo de discapacidad, tiene, a todos los efectos, las mismas posibilidades de actuación, es decir, la misma capacidad, no solo en cuanto a ser titular de derechos, sino también en lo que se refiere a la capacidad para ejercitarlos, y lo que pretende la reforma legal es proporcionar el apoyo necesario, a quién pudiere requerirlo, en el ejercicio de su capacidad de obrar, equiparando así a todo sujeto de derecho, tenga o no discapacidad, desde el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de cada uno.

A tales efectos, desaparece la figura jurídica de la “incapacitación”, y el Título XI del Libro Primero del Código Civil pasa a denominarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Se prescinde de la figura de la incapacitación, en el entendimiento de que la capacidad es inherente a la condición de ser humano y, por ello, no puede privarse a ningún sujeto de la misma, ni modificarse⁴, es decir, que tampoco puede limitarse aunque concurra una situación de discapacidad.

Ahora bien, pese a lo correcto de este cambio de paradigma, hay problemas que se siguen planteando, como el evidente de qué hacer si la discapacidad se debe a problemas de salud mental, y la persona tiene serias dificultades para expresar su voluntad, o para comprender el alcance de las distintas situaciones en las que pueda verse inmerso. La nueva regulación, según establece expresamente el Preámbulo de la Ley, parte del principio de que “las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado”, y la respuesta a posibles problemas en el ejercicio de esos derechos es la adopción de determinadas medidas de apoyo, que se establecerán en los casos en que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de

3 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.

4 Así, según la propia Exposición de Motivos de la Ley, “no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio”.

curador, a través del correspondiente procedimiento judicial “sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”⁵.

Así pues, en caso de que una persona con problemas de salud mental tenga dificultades a la hora de regir su vida, o tomar determinadas decisiones, deberán adoptarse las medidas oportunas, a fin de proporcionarle acceso al apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica. A este respecto, el art. 249 CC, en su nueva redacción, indica que los encargados del apoyo (curadores, guardadores, etc.) deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, con la “finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”. Estas medidas de apoyo⁶, según el propio precepto, deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona, ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, ayudándola en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias. También fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En definitiva, la pretensión es la “pro-capacidad plena”⁷.

Por todo ello, esta reforma del Código Civil, al adoptar la perspectiva antidiscriminatoria empleada por la CDPD, y cambiar radicalmente la posición respecto de la discapacidad mantenida hasta ahora, implica un nuevo reto a efectos de interpretar y aplicar la nueva norma. Así, los órganos judiciales, tanto nacionales como internacionales, deberán efectuar dicha interpretación y aplicación de la reforma teniendo en cuenta los principios recogidos en la CDPD, de modo que queden suficientemente garantizados los derechos que la misma reconoce a las personas con discapacidad⁸.

2. La capacidad legal “suficiente”.

En definitiva, y tras un largo periplo, se ha afianzado esta concepción realista de la capacidad contemplada por la CDPD, que según hemos visto, aboga por

5 Libro IV, Título I, Capítulo II, arts. 756 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, según la nueva redacción dada a los mismos en virtud de la Ley 8/2021.

6 Diferenciamos entre “apoyos informales” (la guarda de hecho) y “apoyos formales”, que podrán llevarse a cabo a través de distintas instituciones de asistencia, bien voluntaria (poderes preventivos) o bien, en defecto de todo lo demás, judicial (a su vez, respecto a ésta, distinguimos entre aquella de carácter general -curatela- o la fijada para determinados actos, si existen intereses contrapuestos, -defensor judicial-), VALLS XUFRE, J. M.: “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (II)”, *La Notaría*, núm. 1-2, 2020, p. 23.

7 GERMÁN URDIOLA, M. J., FERNÁNDEZ IGLESIAS, J.: *Novedades de la Ley 8/2021 para personas con problemas de salud mental*, Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental, Zaragoza, 2021, pp. 16-18.

8 CARRASQUERO CEPEDA, M.: “La definición de la discapacidad en la Unión Europea: una cuestión por resolver”, en AA.VV: *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU. Libro homenaje a la profesora M^ª. Esther Martínez Quinteiro*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, pp. 1789.

el modelo social y de los derechos de la discapacidad, en su art. 1º, al defender el principio de autonomía de las personas con discapacidad, para que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su dignidad, personalidad y libertad.

Esta evolución hacia dicho modelo social de la discapacidad se ha ido produciendo de forma paulatina en nuestro ordenamiento jurídico, hasta llegar a la referida reforma introducida en virtud de la Ley 8/2021. Así, ya a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad se introdujeron en el Código Civil expresiones como “persona con discapacidad” (arts. 756, 822, 1041 CC) o “capacidad de obrar suficiente” (art. 223, párrafo segundo CC).

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de capacidad de obrar a favor de personas con discapacidad intelectual, hay que tener en cuenta que puede, en ocasiones, dar lugar a que éstas se vean perjudicadas por la desaparición de cierta tutela de la voluntad, puesto que es posible que queden expuestas a un abuso de confianza por parte de terceros¹⁰. Es por ello que debe garantizarse una manifestación libre de su voluntad por parte del discapacitado, sin influencias indebidas, y respetando y priorizando sus preferencias. Esto implica también la identificación, si existiera, de la denominada “voluntad captada o manipulada”, que puede darse cuando el discapacitado intelectual se encuentra en una situación de dependencia personal o emocional respecto de otras personas¹¹.

Respecto al concepto de capacidad de obrar suficiente, siguiendo a GARCÍA PONS¹², podemos indicar lo siguiente:

i) La capacidad de obrar del discapacitado intelectual será suficiente si, en efecto, posee lo que entendemos por “capacidad natural”, que no es otra cosa que la facultad de comprender y aceptar el verdadero alcance del concreto acto que pretende realizarse, así como los beneficios o perjuicios que del mismo pudieran derivar.

9 Dicho art. 1, segundo párrafo, CDPD (conforme al cual “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”) se refiere a las deficiencias de la persona en su interacción social, fijando un concepto de la discapacidad diametralmente opuesto al modelo paternalista imperante hasta entonces, y que la CDPD pretende superar.

10 MOLINA PIDIACHE, Z.: “La capacidad jurídica en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: una reflexión en torno al cambio de paradigma en la doctrina clásica y el formalismo jurídico”, Artículo de reflexión (para acceder a título abogado), Universidad Católica de Colombia, 2015, <http://hdl.handle.net/10983/2684>, p. 26.

11 PETIT SÁNCHEZ, M.: “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 2020, p. 278.

12 GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 107 y ss. En cuanto al concepto de capacidad suficiente, también puede consultarse a GÓMEZ TABOADA, J.: *Práctica notarial y Derecho civil*, Editorial Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012, pp. 45 y ss.

ii) Esta “capacidad natural” no es siempre la misma para toda situación, ya que dependerá del acto o negocio jurídico concreto de que se trate: no es lo mismo la adquisición de un inmueble que el otorgamiento de un préstamo con garantía hipotecaria, por ejemplo¹³.

iii) Además, si estamos ante un discapacitado intelectual, debe concurrir el requisito de que el acto en cuestión le sea beneficioso, aplicando el principio de mayor interés de la persona con discapacidad -o cuanto menos, que no le cause ningún perjuicio-, y la persona discapacitada deberá estar en condiciones de entender y poder apreciar el beneficio (o perjuicio, en su caso) que podría generarle el acto o contrato en cuestión.

iv) La intervención de notarios, registradores, jueces, fiscales y demás funcionarios encargados de velar por la defensa de la legalidad contribuye a que personas con discapacidad participen en el tráfico jurídico en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, ya que también deben asegurarse del cumplimiento del principio de mayor interés de dichas personas, asegurándose de que no se vean afectados por trato discriminatorio alguno. Este deber también atañe a árbitros o mediadores, aunque su participación en el negocio jurídico no sea obligatoria¹⁴.

A este respecto, el art. 1263 CC, según su nueva redacción, no fija ninguna limitación para contratar a personas afectadas de discapacidad intelectual. En cuanto a si significa esto que no se podrá acudir al art. 1261 CC, para impugnar el contrato por falta de consentimiento, lo lógico es considerar que, si estamos ante un deterioro cognitivo de entidad suficiente como para impedir una adecuada formación de la voluntad del sujeto, debería poderse acudir a esta vía, al menos siempre que la enfermedad mental implique una ausencia total de voluntad. Ahora bien, si el grado de discapacidad presentado por la persona afectada le permite formar libremente su voluntad y expresarla de forma adecuada, aunque del acto o contrato derivaran efectos perjudiciales para el discapacitado, y aunque actúe sin apoyos, porque no le hayan sido asignados, en principio, conforme a la literalidad de la reforma y sin perjuicio de interpretaciones jurisprudenciales en sentido contrario, debería mantenerse la absoluta eficacia de su actuación.

13 En este sentido, SERRANO GARCÍA considera que, en cuanto a la “capacidad suficiente”, el notario deberá comprobar, a la hora de valorar la capacidad, no tanto si el otorgante tiene plena capacidad, sino si realmente entiende lo que firma, sabe lo que quiere, y conoce los efectos de sus actos (SERRANO GARCÍA, I.: *Autotutela. El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 70 y 71). En idéntico sentido, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad”, *RCDI*, núm. 736, marzo-abril 2013, pp. 873-877.

14 GARCÍA PONS, A.: “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013, pp. 127-131, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-C-2013-10005900148.

En definitiva, si el discapacitado intelectual, sin apoyos asignados, posee capacidad suficiente para llevar a cabo un acto jurídico o contrato, éste surtirá todos sus efectos. Ahora bien, si no estuviera en condiciones, por razón de su discapacidad, de prestar un consentimiento válido y suficiente sobre el concreto acto o contrato de que se trate, podría instarse la invalidez de ese negocio jurídico¹⁵. La expresión y consecuente determinación de la voluntad libremente formada depende, necesariamente, de la “capacidad natural de querer y entender” de la persona discapacitada en el momento en que exterioriza dicha voluntad. Por eso, si en ese momento no goza de tal capacidad natural, el acto no será válido¹⁶.

II. ALCANCE DEL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA.

I. ¿Qué queda del principio del interés superior del discapacitado?

La extinguida incapacitación de personas aquejadas de deterioro cognitivo daba lugar a una privación de sus derechos civiles, ya que implicaba una declaración judicial de su carencia de capacidad, y, por ende, de voluntad para decidir sobre sí mismas (especialmente en lo relativo a cuestiones de carácter patrimonial). Esta declaración daba lugar, obviamente, a una privación de la posibilidad de ejercitar sus propios derechos que suponía, de hecho, una negación de la titularidad de los mismos. A este respecto, nuestro Tribunal Supremo ha considerado la incapacitación judicial como la muerte civil y social de la persona¹⁷, y el propio TC (STC 174/2002) ha entendido que afecta directamente al libre desarrollo de la personalidad, así como a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE)¹⁸.

Desaparecida la incapacitación, en el entendimiento de que estaba fundamentada en esa “concepción paternalista” de la discapacidad, contraria a la concepción social de la misma propugnada por la CDPD, el art. 249 CC, en su nueva redacción, cuando establece los criterios que han de seguir quiénes

15 Sostienen esta postura LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021 p. 141; ÁLVAREZ LATA, N.: “El artículo 1302”, en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021, p. 1020; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual”, en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 91.

16 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 121.

17 En este sentido, STS de 6 de mayo de 2021 (Id Cendoj: 28079110012021100308), indica que “según esta concepción, durante mucho tiempo dominante, personas que adolecían de ciertas deficiencias en la esfera personal o patrimonial eran totalmente inhabilitadas para la vida social, con la correlativa anulación de sus capacidades de autodeterminación, equivalentes a su muerte civil”.

18 PORRAS ROIG, M. A.: “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 103, septiembre-diciembre 2018, p. 365.

ejerciten medidas de apoyo de personas con discapacidad, a la hora de ayudarles en la toma de decisiones, hace referencia a los “deseos” del discapacitado, pero prescinde de “los derechos” del mismo a los que, sin embargo, sí se refiere de forma preferente el art. 12.4 CDPD¹⁹, siendo éste último, es decir, el que toma en cuenta, principalmente, los derechos del discapacitado, un criterio más objetivo y, es posible que más idóneo, habida cuenta que prevalecerían los derechos del discapacitado frente a los deseos de éste, que pueden verse afectados por posibles manipulaciones de terceros. De hecho, como veremos, pese a que la reforma no haga referencia al mismo, debemos entender que el criterio del mejor interés de la persona con discapacidad debe subsistir en algunos casos, sin que deba éste “contraponerse a la voluntad, deseos y preferencias, como si fuera algo muy distinto”²⁰.

Esta opción de nuestro legislador está guiada por los criterios del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité), que es el que se ha manifestado a favor de que quienes actúen en calidad de apoyo de una persona con discapacidad, deberán actuar conforme a las preferencias y deseos de ésta. Dicho Comité es el órgano de garantía de la CDPD, y lo componen expertos independientes encargados de controlar su aplicación. La reforma introducida por la Ley 8/2021 en nuestro Código Civil aplica incuestionablemente los dictámenes de este Comité, que atribuye al derecho a decidir de la persona con discapacidad un carácter absoluto, ya que abarcaría un derecho a asumir riesgos y cometer sus propios errores (lo que se conoce como “el derecho a equivocarse del enfermo mental”). En consecuencia, se prescinde del criterio del “interés objetivo” del discapacitado, y se sustituye por su “interés subjetivo”, es decir, aquel presidido por los deseos y propia voluntad de aquél.

Esta postura del Comité ha sido criticada por entenderla excesivamente extrema, ya que una aplicación tal literal del principio del interés subjetivo puede no resultar beneficiosa para personas con deterioro cognitivo, en ocasiones especialmente vulnerables²¹. En cuanto a la postura de nuestros tribunales,

19 Establece, concretamente, el precepto 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, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

20 SANCHO GARGALLO, I.: “La «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad”, en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 15.

21 Según ALEMANY [ALEMANY, M.: “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.º (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, p. 219], el Comité actúa bajo un principio de “antipaternalismo radical”, que realmente sacrifica los intereses discapacitados intelectuales en aras del respeto a la libertad, si bien, con ello, realmente, puede conseguirse el efecto contrario, es decir, facilitar

mientras que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sentido opuesto al carácter vinculante de las Observaciones del Comité, el Tribunal Supremo es menos tajante en su postura²². Asimismo, gran parte de la doctrina²³ se muestra conforme con dicho carácter no vinculante de que las observaciones y dictámenes de los Comités, si bien ello no supone que no se les reconozcan efectos jurídicos, ya que sí cuentan con un indudable valor interpretativo del alcance y contenido efectivo de los derechos que reconoce la CDPD, conforme al Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que tampoco refleja la existencia de ese carácter vinculante²⁴.

En cualquier caso, a pesar de que, según se ha expuesto, los criterios del Comité no son vinculantes, lo cierto es que la reforma introducida por la Ley 8/2021 sigue, sin fisuras, los postulados del mismo, lo que implica cierto riesgo, en especial cuando estamos ante un supuesto de persona aquejada de discapacidad intelectual de cierta entidad, ya que, en estos casos, tal respeto absoluto de su voluntad puede, en la práctica, dar lugar a que se vean mermados los propios

una desigualdad “de facto”. En contra, hay autores que defienden la incompatibilidad entre los criterios de la voluntad de la persona y el mejor interés de la misma y otorgan, a este respecto, preferencia al primero. Así, GARCÍA RUBIO defiende el principio de la autonomía individual de la persona con discapacidad, que necesariamente implica la posibilidad de actuar libremente. Por ello, critica el sistema de sustitución en la toma de sus propias decisiones, basado en el criterio del mejor interés del discapacitado, y aboga por el sistema de apoyos a la persona en la adopción de dichas decisiones (GARCÍA RUBIO, M. P.: “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”, en AA.VV.: *Propuestas de modernización do dereito*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2017, p. 12).

- 22 Así, el Tribunal Constitucional es contrario a dicho valor vinculante en su Sentencia 70/2002, de 7 de abril, conforme a la cual “las observaciones que en forma de Dictámenes emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia”. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de julio de 2018 (Id Cendoj: 28079130042018100347), resuelve que “aunque ni La Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y El Protocolo, pues el artículo 24 de La Convención dispone que los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención”. Si bien, matiza su postura en la STS de 12 de febrero de 2020 (Id Cendoj: 28079160612020100001), donde establece que “resulta conveniente añadir que no procede equiparar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos. La ley española sólo atribuye a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en determinadas condiciones, la condición de título habilitante para un recurso de re-visión contra una resolución judicial firme”. No existe, en consecuencia, uniformidad de criterios, y habrá que esperar para que el Tribunal Supremo determine su postura al respecto.
- 23 CAVALCANTE refiere “el carácter no vinculante de las observaciones generales”, destacando que los Estados partes no están obligados a cumplirlas y, por tanto, las cuestiones desarrolladas por dichas observaciones no tienen el mismo alcance jurídico que si estuvieran recogidas en la convención (CAVALCANTE CARVALHO, A. M.: “El derecho a la educación inclusiva en España: la importancia del informe de la investigación realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 2, 2019 <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2019/01/derecho-educacion-inclusiva-2-19.pdf>, p. 11). Asimismo, TRÔMEL destaca que el carácter vinculante de las observaciones generales es cuestionado por numerosos Estados Miembros (TRÔMEL, S.: “Hacia un Derecho Internacional de la discapacidad”, en AA.VV: *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, pp. 1059-1075, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona).
- 24 Dicho Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad consta publicado en el BOE 22 de abril de 2008 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6996>).

derechos que se intentan proteger. Y es que la reforma, en su nueva redacción del art. 249 CC, ha prescindido del criterio del “interés superior de la persona discapacitada”, incluso cuando “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona”, ya que, en tales supuestos, quien desempeñe las funciones de apoyo lo que deberá tener en cuenta es “la trayectoria vital” del discapacitado, “sus creencias y valores”, así como otros factores, de forma que la decisión finalmente adoptada fuera, si no la misma, la más parecida a la que hubiera elegido el discapacitado intelectual, de estar en condiciones de hacerlo²⁵.

Ahora bien, lo cierto es que, en realidad, la CDPD en ningún momento prescinde de dicho interés superior. Pese a ello, el Comité señala, en sus recomendaciones, que “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”²⁶, incluyendo “el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”²⁷ (es decir, el mencionado “derecho a equivocarse del enfermo mental”). Esto entraña peligros que no pueden obviarse, ya que una decisión objetivamente poco acertada o incluso muy perjudicial para la persona afectada en un entorno social en el que, *de facto*, la enfermedad mental es la gran olvidada, las consecuencias de dicha decisión perjudicarán no solo al propio discapacitado intelectual, sino también, e inevitablemente, a su entorno familiar, que la mayoría de las veces es su único apoyo, poniendo a todos ellos, innecesariamente, en una situación complicada. Y es que España es uno de los países de nuestro entorno que destina menos aportes económicos a la salud mental en particular y a la protección social de las personas afectadas por un deterioro cognitivo, en general, lo que ha dado lugar a que la asistencia a las personas con discapacidad intelectual recaiga sobre familiares o allegados, que desempeñan tales funciones, normalmente, sin los apoyos públicos imprescindibles²⁸.

No se está cuestionando que las personas afectadas por un deterioro cognitivo puedan y, en efecto, deban, tomar decisiones conforme a su “voluntad, deseos y preferencias”. Si bien, tampoco podemos obviar que el espectro de afecciones mentales que pueden dar lugar a una situación de discapacidad intelectual es amplísimo, y existen patologías mentales graves cuyos síntomas pueden complicar, sino impedir, la libre adopción de decisiones debidamente

25 MUNAR BERNAT, P. A.: “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto”, en AAVV: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 183, considera “cuando menos, atrevida” esta eliminación que ha hecho el legislador de toda referencia al interés de la persona con discapacidad.

26 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11° período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_sp.doc.

27 Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>.

28 CASAL ÁLVAREZ, J. C.: “Derechos y participación de las personas con diversidad mental”, *Cuadernos de trabajo social*, Vol. 23, 2010, p. 307.

sopesadas. Por ello, no parece la solución más adecuada este respeto sin fisuras a la voluntad del discapacitado intelectual, sin barajar más opciones, ya que, diga lo que diga la literalidad del precepto, si fuera necesario acudir a medidas de apoyo con funciones representativas -que permite el art. 249 CC- no siempre podrá quien ejercite ese apoyo tener en cuenta “la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”²⁹. Y es que, en algunos casos, habrá que estar, necesariamente, a la aplicación del interés superior objetivo del discapacitado intelectual, no proscrito por la CDPD. En cualquier caso, habrá que esperar a las resoluciones que, al respecto, adopten nuestros tribunales, a la hora de interpretar y aplicar el contenido de la reciente reforma³⁰.

De hecho, nuestro Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, en su STS 589/2021, de 8 de septiembre³¹, mostrándose favorable a atender con carácter preferente a dicho interés superior del discapacitado en los supuestos en los que, atendidas las circunstancias concurrentes, sea necesario. En la referida resolución, nuestro TS acuerda la adopción de una medida de apoyo, aún en contra de la voluntad del afectado. Así, el TS, al analizar el contenido de la norma, cuando establece la necesidad de atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, indica que “el empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que 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. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que

29 Esta voluntad “supuesta” es calificada por SANCHO GARGALLO como “uno de los puntos más débiles de la reforma”, ya que, según razona, es necesario que la persona pueda manifestar su voluntad para que ésta tenga efecto vinculante; además, debe ser una voluntad libre, carente de vicio. De lo contrario, se crea una ficción legal, atribuyendo la capacidad de decidir a un tercero, como si del discapacitado se tratase, sin tomar en consideración que la discapacidad intelectual puede dar lugar a situaciones de dependencia del guardador, favoreciendo el abuso por parte de éste de su posición -lo define el autor como “voluntad cautiva”- (SANCHO GARGALLO, I.: “La «voluntad, deseos y preferencias», cit., pp. 13-14).

30 En el sentido de que la necesidad de considerar las creencias, valores o trayectoria vital de una persona no es incompatible con que se tenga en cuenta, igualmente, el interés de esta persona para formar esa voluntad presunta, PETIT SÁNCHEZ, M.: “Consideración del interés de la persona -con o sin discapacidad- como necesaria y auténtica protección legal en la determinación de sus medidas de apoyo”, en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 52. Si bien, PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacidad al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 11, entiende que solo cuando la persona afectada no pueda expresar su voluntad, ni pueda ésta reconstruirse, entraría en juego el criterio del mayor interés del discapacitado.

31 Id Cendoj: 28079119912021100017.

es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad³².

2. Control de las medidas de apoyo y respeto de la voluntad del afectado.

En el mismo orden de cosas, encontramos otra cuestión controvertida, tal es si el discapacitado puede, o no, rechazar el apoyo, puesto que tal posibilidad no ha sido recogida expresamente en la reforma introducida por la Ley 8/2021; en principio, parece que las medidas de apoyo podrían fijarse, aún en contra de la voluntad del afectado -y por tanto, abundando en la premisa, atendiendo a un interés superior de éste-, toda vez que él será parte en el procedimiento judicial dirigido al establecimiento de dichas medidas, y será oído durante el mismo. De hecho, la STS de 8 de septiembre de 2021, antes citada, se pronuncia en este sentido.

Así pues, si el discapacitado intelectual no acordara apoyos preventivamente o los rechazara cuando fueran necesarios, si estamos ante un interés necesitado de protección, legalmente existen mecanismos judiciales para establecer un adecuado régimen de asistencia. Este interés objetivo necesitado de protección no tiene por qué referirse únicamente a la persona del discapacitado, sino que puede ser relativo a terceras personas (normalmente parientes directos que se encuentran ante el deber moral de intentar proteger al discapacitado que se ha negado a recibir el apoyo), ya que las decisiones de la persona afectada pueden implicar perjuicios económicos, o de otro tipo, para todos los interesados³³.

A este respecto, encontramos que también se ha pronunciado el Comité³⁴, en el sentido de atribuir al discapacitado la posibilidad de rechazar los apoyos, aunque no diga nada al respecto la CDPD (pese a que podía haberlo referido expresamente). Y es que, aunque, en efecto, a la hora de favorecer la autodeterminación de las personas con discapacidad intelectual, indudablemente debemos regirnos por el principio del libre desarrollo de la personalidad de

32 Continúa la resolución precisando que en aquellos casos “en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal”, estaría perfectamente justificada “la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación”.

33 PETIT SÁNCHEZ, M.: “La adopción de medidas”, cit., p. 307.

34 Observación general N° I (2014), punto 29 g), “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”.

las mismas (art. 10 CE), no podemos obviar el principio de protección a tales personas con discapacidad, que también recoge el art. 49 CE, debiendo encontrar entre ambos un adecuado equilibrio para ni caer en un proteccionismo excesivo, ni tampoco insuficiente, ya que éste último perjudica tanto al discapacitado como el primero³⁵. En consecuencia, todo dependerá, en primer lugar, de si los apoyos se han establecido voluntariamente por el discapaz, o si, por el contrario, se han establecido judicialmente, y de si el afectado presenta capacidad de hecho suficiente, aún sin apoyos, para celebrar el concreto negocio jurídico de que se trate -volveremos sobre esta cuestión al hablar sobre la función de apoyo de los notarios-.

A estos efectos, la reforma de 2021 ha modificado también la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, para asegurar un control judicial que garantice la fijación de los apoyos adecuados, así como que la persona que presta el apoyo respeta la voluntad del discapacitado, ya que tanto el Juez como el propio Ministerio Fiscal deben actuar desde el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Así, la nueva regulación establece el cauce de la jurisdicción voluntaria, con la participación activa del afectado. Si existiera oposición al establecimiento de los correspondientes apoyos, pasaríamos de un procedimiento de jurisdicción voluntaria a uno contradictorio³⁶. En cualquier caso, si es el discapacitado el que se opone al apoyo, a la hora de decidir si procede o no otorgárselo, deberán tenerse en cuenta sus particulares circunstancias personales y las de la formación de esa voluntad, el carácter racional de su decisión, si concurre esa "capacidad natural o suficiente" a la que ya nos hemos referido, todo ello sin prescindir del mejor interés de la persona a la que van dirigidos los apoyos³⁷.

En cuanto a la posibilidad de que esas medidas de apoyo establecidas sean, de alguna forma, controladas, para garantizar su adecuado funcionamiento, la reforma permite al juez adoptar las medidas de control que estime oportunas para evitar abusos o conflictos de intereses por parte de la persona que ejerce el apoyo, así como una posible influencia o manipulación de la voluntad del discapacitado, controles que pueden fijarse en el mismo momento de acordar los apoyos, o en una resolución posterior. Uno de los controles que se prevén es, precisamente,

35 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 50.

36 Conforme al art. 42.bis.b).5 Ley de Jurisdicción Voluntaria, "la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso".

37 *Ibidem*.

la revisión de esos apoyos establecidos, a fin de garantizar su proporcionalidad, necesidad y adecuado funcionamiento³⁸.

III. FUNCIONES DE LOS NOTARIOS ANTE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL.

I. Juicio notarial de la capacidad de obrar de la persona con deterioro cognitivo.

Según hemos visto, frente al sistema anterior a la Ley 8/2021, la regulación introducida por dicha reforma supera la concepción de la discapacidad fundada en la sustitución de la voluntad y apuesta por el libre ejercicio de su capacidad de obrar por el discapacitado, fijando un sistema de apoyos, para el caso de ser necesario. Esto significa que el afectado por una discapacidad intelectual puede otorgar una escritura pública, no solo para fijar sus propias medidas de apoyo, en caso de que lo estimara oportuno, sino también para llevar a cabo cualquier otro acto o negocio jurídico. Y a estos efectos, según veremos, la reforma introducida por la Ley 8/2021 amplía el ámbito de actuación de los notarios, ya que deben apoyar al discapacitado, para que éste pueda expresar adecuadamente su voluntad, si bien, también deben efectuar un juicio previo sobre la capacidad natural o de hecho del otorgante, para verificar que esa capacidad es, además, suficiente y conoce el alcance del negocio celebrado.

La formación de juicio sobre la capacidad de obrar es una parte importante la función notarial. A este respecto, según el art. 17 bis 2 II a) de la Ley del Notariado (en adelante, LN), el notario debe dar fe de que “a su juicio tienen capacidad y, 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”. Tal juicio es de carácter proactivo, ya que implica cierta actividad de información y asesoramiento, para que el discapacitado pueda emitir un verdadero consentimiento informado³⁹.

El notario, por tanto, tiene la obligación de asegurarse de si el discapacitado intelectual está actuando libre y voluntariamente, y si tiene, en el momento preciso del otorgamiento, capacidad bastante para llevar a cabo el concreto negocio de que se trate, conforme a los arts. 25 LN y 665 CC (este último, relativo a la

38 Establece el a tal fin el art. 268 CC que “las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”.

39 La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública también viene declarando de forma reiterada, que el referido juicio notarial sobre la capacidad negocial del otorgante es un presupuesto necesario de toda escritura pública (en este sentido, la Resolución de 16 de diciembre de 2020 señala que este juicio “expresa la consideración del notario de que concurre en el otorgante, al tiempo del otorgamiento, la suficiente capacidad de entender y querer el contenido del instrumento que está autorizando”).

capacidad de otorgar testamento)⁴⁰. Los ajustes “necesarios” o “razonables” a que se refieren ambos preceptos, para ayudar al notario a la formación de su juicio, hacen referencia de forma suficientemente amplia a la posibilidad de recabar los medios necesarios para esa tarea (como pueden ser informes de los servicios sociales, o dictámenes médicos). Una vez formado dicho juicio, autorizará la celebración del negocio, o bien la denegará, si entiende que no concurre en el afectado esa capacidad de hecho suficiente⁴¹.

Además, a la hora de formular su juicio sobre la capacidad suficiente o de hecho del otorgante, el notario únicamente dejará de autorizar el acto por razón de la falta de dicha capacidad en el afectado por el deterioro cognitivo, si éste “no puede expresar o conformar su voluntad, ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello” (en este sentido, art. 663.2º CC, en sede de capacidad para testar, pero extrapolable a cualquier otro negocio jurídico), o cuando “después de haber hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar su voluntad, deseos o preferencias” (art. 249, pfo. 3º CC), es decir, debemos estar ante una imposibilidad de hecho y debe ser una situación excepcional⁴².

Respecto a este juicio de la capacidad de hecho por el notario (en sede testamentaria, pero podríamos entenderlo extensible, se insiste, a cualquier acto o negocio jurídico en el que deba intervenir) la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en diversas ocasiones: “a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento. c) Que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial revista especial relevancia de certidumbre; y d) que por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia⁴³”.

40 Dispone la nueva redacción del precepto que “la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándose en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”, lo cual es perfectamente aplicable, además de a las disposiciones *mortis causa*, a cualquier acto o negocio jurídico celebrado por un discapacitado intelectual, que requiera otorgamiento de escritura pública.

41 Ya hemos visto que, si no concurre esa capacidad suficiente, no habrá consentimiento válido y, por tanto, conforme al art. 1261 CC, no hay contrato y, en consecuencia, no podrá autorizarse el mismo.

42 BARRIO DEL OLMO, C. P.: “La función notarial tras la entrada en vigor de la ley 8/2021”, en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 20-21.

43 STS 250/2004, de 29 de marzo (Id Cendoj: 28079110012004100256), con cita de otras.

De este modo, corresponde al notario asegurarse de que en el discapacitado intelectual concurre la capacidad natural suficiente para entender los caracteres y consecuencias del negocio que se celebra, en el mismo momento del otorgamiento, teniendo siempre en cuenta que la denegación de la autorización del acto por no concurrir dicha capacidad de hecho es excepcional, para aquéllos casos en que nos encontremos ante determinadas discapacidades intelectuales profundas o severas, que priven al sujeto de toda posibilidad de discernimiento⁴⁴.

Ahora bien, lo cierto es que tal discernimiento no puede cuantificarse en términos matemáticos o absolutos, sino que habrá que estar a cada caso concreto, valorando que “la capacidad exigida debe ser la suficiente para la normal comprensión del negocio jurídico que se pretenda otorgar y sus naturales consecuencias; exigir un conocimiento profundo sería excesivo”⁴⁵. A este respecto, en el protocolo de actuación (en caso de comparecencia de una persona con discapacidad en una oficina o dependencia jurídica del Estado)⁴⁶ se dice que: “La calificación que haga el funcionario o profesional jurídico de la comprensión suficiente del acto por parte del titular, deberá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren y, en especial, las siguientes: i. La intensidad de los apoyos recibidos, pudiendo solicitar un incremento de los mismos. ii. La trascendencia económica del acto. iii. La previa consumación de las prestaciones. iv. La constitución de obligaciones futuras a cargo de la persona con discapacidad. v. La opinión de la contraparte, si la hubiera”.

Por su parte, sobre este juicio notarial de la discapacidad, la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, en su Circular 3/2021, de 27 de septiembre, indica, a la vista de la reforma, que: “A la luz de la nueva legalidad hay que extraer dos consecuencias importantes: a) La primera es que el juicio notarial de capacidad jurídica versa sobre una situación de hecho y se caracteriza por su actualidad o coincidencia con el momento del otorgamiento. b) La segunda, que ese juicio de capacidad ha cobrado una nueva dimensión, pues supone la involucración del notario, que no es ni puede ser un mero espectador”.

De ello, según la propia Comisión, se desprende que el juicio notarial de la capacidad del sujeto no es una simple presunción atacable mediante un informe médico posterior, “desconocedor de la realidad del momento y de la voluntad,

44 PÉREZ GALLARDO, L.: “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad”, en AAVV: *Discapacidad y Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 163.

45 LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I.: “Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario”, *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año IX, núm. 36, 2015, p. 55.

46 Informe de conclusiones sobre la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia en España, elaborado por el Congreso de Expertos en Justicia y Derechos Humanos, Madrid, 2010, p. 27 <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/Informe+de+conclusiones.+Expertos+Aequitas.pdf/5e449419-71e0-8081-42fd-8802fd98797a?t=1568838566984>.

deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como del apoyo prestado por el notario”, sino que para destruir dicha presunción debe ser necesario probar una imposibilidad de hecho, es decir, que en ese momento concreto, el otorgante afectado por un deterioro cognitivo no pudo expresar o conformar de forma suficiente su voluntad, ni siquiera con la intervención de los apoyos necesarios, incluyendo el prestado por el propio notario. En consecuencia, podemos concluir que el juicio notarial sobre la capacidad de hecho del sujeto afectado genera una presunción legal *iuris tantum* muy cualificada, toda vez que el apoyo notarial es una vía para el ejercicio la propia capacidad jurídica, íntimamente vinculado a la dignidad de la persona, recogida en el art. 10 CE.

En definitiva, y como refiere LORA-TAMAYO⁴⁷, “el juicio del notario no recae sobre la capacidad de la persona sino sobre su aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica en el momento del otorgamiento, por si sola, o, con los apoyos pertinentes”. Por eso, y como se acaba de indicar, no cabría alegar con posterioridad una discapacidad intelectual del otorgante, ya que la capacidad valorada notarialmente se refiere a un momento preciso, y la referida presunción de validez del juicio del notario “solo podrá destruirse demostrando que en ese momento del otorgamiento la persona debidamente asistida no pudo emitir su consentimiento válidamente”.

2. El notario como institución de apoyo en el ejercicio de su capacidad a las personas con deterioro cognitivo.

A) Intervención de notario, según el discapacitado intelectual comparezca con o sin apoyos.

El apoyo del notario a la persona con discapacidad, conforme a los arts. 1 y 147 del Reglamento Notarial, deriva de su doble carácter de fedatario público y profesional del Derecho, que como tal, puede asesorar a quiénes soliciten su servicio. Si, además, el otorgante es una persona afectada por un deterioro cognitivo, tales funciones se intensifican, puesto que, como hemos adelantado, también es función del notario, en estos casos, la de prestar apoyo. Y es que la Ley 8/2021 ha atribuido al notario un papel adicional de apoyo profesional y, por tanto, cualificado, al discapacitado, con el consiguiente incremento de sus funciones⁴⁸.

Una vez que el notario decide que el otorgante tiene capacidad suficiente para entender el alcance y consecuencias del negocio jurídico, su intervención diferirá según el discapacitado concorra con o sin apoyos:

47 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”, *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 97, 2021, p. 41.

48 GERMÁN URDIOLA, M. J., FERNÁNDEZ IGLESIAS, J.: *Novedades de la Ley 8/2021*, cit. p. 24.

a) Si no tuviera apoyos o hubiera comparecido sin ellos, el notario puede, en primer lugar, informarle sobre los apoyos voluntarios o necesarios que podría emplear, además de la propia actuación notarial (ya que el discapacitado puede otorgar escritura pública, con asesoramiento del notario, fijando para sí medidas de apoyo para llevar a cabo el acto de que se trate, según se desprende del art. 255 CC).

En relación con esta ausencia de apoyos y respecto a determinadas actuaciones testamentarias (declaración de herederos abintestato y adveración de testamento cerrado u ológrafo), el Notario deberá comunicar esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de defensor judicial, conforme a los arts. 56, 57 y 62 LN.

En cualquier otro caso, si no comparecen apoyos, el notario deberá indagar en la voluntad real del otorgante, que puede ser errónea o no informada, por desconocimiento de la ley aplicable, por ejemplo; o también poco previsor, sin considerar las consecuencias reales del negocio jurídico⁴⁹. A tales efectos, el notario adoptará el rol de medida de apoyo del discapacitado intelectual. Para evitar impugnaciones ulteriores, debe hacer constar en la escritura que el compareciente padece un deterioro cognitivo –indicando si se lo ha manifestado o lo ha percibido por sí mismo–, ya que, si se deja constancia, impide que posteriormente se alegue que el notario no detectó esa discapacidad. Además, debería precisar que prestó el correspondiente apoyo al otorgante, facilitándole una información adecuada y ayudándolo en su comprensión, así como en la toma de decisiones conforme a su voluntad y preferencias⁵⁰.

b) Si quien comparece ante el notario sí cuenta con medidas de apoyo, tanto el discapacitado como quién le asiste deberán aparecer en la escritura, y el notario debe hacer constar la intervención del apoyo en el concreto acto de que se trate y el título en virtud del cual interviene como apoyo. Ahora bien, el consentimiento debe prestarlo exclusivamente el discapacitado intelectual, de forma individual, ya que el asistente no complementa el consentimiento de aquél, ni presta su propio consentimiento⁵¹.

Si la persona ha acudido al notario con apoyos, es necesario distinguir si son voluntarios o judiciales. Si son voluntarios, el notario autorizará el negocio jurídico si, una vez valorados dichos apoyos, entiende que son idóneos y suficientes para el acto concreto de que se trate. Ahora bien, si el afectado posee capacidad natural, podría modificar esos apoyos, o renunciar a los mismos en escritura

49 RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Jurisdicción civil y Notariado", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 51, julio-septiembre 2004, p. 198.

50 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "El apoyo notarial", cit., p. 42.

51 *Ibidem*.

pública, con fundamento en el art. 255 CC, conforme al cual cualquier persona, ante circunstancias que le dificulten el ejercicio de su capacidad, puede acordar en escritura pública medidas de apoyo. Así, con tales medidas, la persona pretende ampliar su capacidad ante la falta de ésta. Por eso, *a sensu contrario*, si tal persona con deterioro cognitivo tiene capacidad natural suficiente para otorgar el negocio, y la misma ha sido apreciada por el notario, no debería ser necesario emplear el apoyo que ella designó y que ahora no entiende necesario. Lo esencial, en cualquier caso, es que el discapacitado intelectual pueda en ese instante concreto otorgar libre y voluntariamente el negocio y, en consecuencia, ejercitar su capacidad jurídica.

Si, por el contrario, el notario considerara que los apoyos voluntarios designados por el discapacitado intelectual no fueran bastantes para el concreto negocio jurídico que se va a otorgar, aconsejará el cambio de esos apoyos, para poder autorizar la escritura.

Pero si las medidas de apoyo designadas son judiciales, en este caso el notario debe garantizar su cumplimiento, en atención a la resolución en que hubieran sido acordadas (sentencia, en caso de proceso contencioso, o auto en caso de jurisdicción voluntaria), asegurándose de que la asistencia prestada es conforme al contenido de dicha resolución. En este caso, el notario no podrá autorizar el otorgamiento del acto si se prescinde de los apoyos, aunque insistiera en renunciar a ellos o se negara a emplearlos la persona discapacitada. Ahora bien, es posible que el notario recomiende la modificación de los apoyos adoptados, ya que puede haberse producido un cambio en la situación del discapacitado que así lo requiera⁵².

B) El notario como verdadero apoyo institucional, profesional y cualificado.

En aquellos casos en que una persona con discapacidad intelectual pretende llevar a cabo un acto o negocio jurídico, la intervención de la medida de apoyo no implica únicamente una asistencia para suscribir tal acto o negocio, sino que el apoyo debe ir dirigido a ayudar a que el afectado por la medida pueda manifestar su consentimiento en las mismas condiciones que cualquier otra persona. Así, según se desprende del art. 249 CC, la función de aquellas personas que prestan este tipo de apoyo, incluyendo al propio notario, no es realmente que el negocio jurídico se celebre de la mejor manera, sino que el discapacitado intelectual otorgue ese contrato siguiendo sus propios deseos y preferencias, expresando su propia voluntad y, por tanto, evitando influencias externas indebidas, consecuencia todo ello de un proceso individual de toma de decisiones, y a estos efectos, la función del apoyo es informar al discapacitado y ayudarlo en sus razonamientos, para que pueda expresar libremente sus preferencias.

52 BARRIO DEL OLMO, C. P. "La función notarial", cit., p. 22.

Así, el notario lleva a cabo su función: 1°. Apoyando al discapacitado en el establecimiento voluntario de medidas de apoyo, que deberán constar en escritura pública. 2°. Apoyándolo también y, por tanto, asesorándolo, en aquellos negocios jurídicos cuyo otorgamiento solicite –especialmente si el discapacitado comparece sin apoyos y el notario estima que, con el suyo propio, es suficiente-. 3°. Controlando que, en dichos otorgamientos, el afectado está en condiciones de ejercitar su capacidad por sí mismo, con el solo apoyo institucional, o con los apoyos que presente⁵³.

En este sentido, la Ley 8/2021 viene a reconocer una labor que, en cierto modo, ya era desempeñada con anterioridad a la reforma por los notarios en muchas ocasiones, considerándolos como un verdadero apoyo de carácter profesional e institucional. Así se deduce, por ejemplo, del art. 665 CC (v. nota 40), en relación a la capacidad para testar, pero perfectamente aplicable, como ya se ha indicado, a otros negocios jurídicos, o también de la disposición transitoria tercera, párrafo tercero, de la Ley 8/2021, cuando indica que si el otorgante quisiera modificar poderes o mandatos preventivos que hubieran sido otorgados antes de la entrada en vigor de la reforma, “el Notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

El notario debe, por tanto, asegurarse de que el discapacitado intelectual toma sus propias decisiones, y para ello, le informará y asesorará, facilitándole tanto la comprensión del acto, como la exteriorización por el afectado de sus propias preferencias. Además, debe comprobar que la persona puede otorgar el concreto negocio de que se trate, únicamente con su apoyo institucional. Si no fuera bastante dicho apoyo, deberá poner en conocimiento del otorgante que, para poder autorizar el acto, es necesaria otro tipo de ayuda, a efectos de que comprenda el alcance del negocio jurídico o de que forme o exprese su decisión.

Es decir, el fedatario público tiene la particular función de asesorar y aconsejar, a la que se reconoce una especial transcendencia en las personas con discapacidad intelectual. Este proceso de apoyo y asesoramiento implica facilitar los ajustes razonables necesarios para que el discapacitado pueda acceder al otorgamiento de un acto o contrato en igualdad de condiciones respecto de cualquier persona. Estos ajustes pueden ser los “apoyos instrumentales” que enumera el art. 25 LN⁵⁴,

53 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: “El apoyo notarial”, cit., p. 43.

54 “Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos 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”.

a modo de lista abierta, y que normalmente no entrañan mayor dificultad en casos de discapacidad física o sensorial; ahora bien, cuando estamos ante un deterioro cognitivo, es más difícil determinar cuándo una persona presenta realmente problemas de decisión, y de qué entidad son los mismos. Para resolver éstos, la persona con discapacidad puede aportar los medios que considere oportunos, pero si son apoyos humanos –que, en caso de deterioro cognitivo, es lo más frecuente–, si existe sospecha de conflicto de intereses, el notario deberá restringir la participación de tal persona, aunque podrá intervenir él mismo como apoyo o facilitar otros ajustes que se estimen necesarios.

Considerando la importancia que la ley atribuye a la función notarial en la articulación de las medidas de apoyo, el tradicional juicio notarial de capacidad debe ir acompañado de una búsqueda proactiva de la accesibilidad del discapacitado intelectual a su propia participación en el otorgamiento del negocio jurídico, contribuyendo el mismo fedatario en determinar esa voluntad, deseos y preferencias del discapacitado con los apoyos precisos, incluso el suyo propio⁵⁵.

En definitiva, el notario es el funcionario elegido por nuestro ordenamiento jurídico para asegurar que, en un determinado momento, el discapacitado intelectual está en condiciones de otorgar un concreto negocio jurídico, es decir, de valorar tiene capacidad de hecho suficiente para ello teniendo en cuenta la situación de hecho, y los apoyos empleados, incluido el institucional y cualificado del fedatario público⁵⁶.

IV. CONCLUSIONES.

La Ley 8/2021 introduce un nuevo sistema respecto al ejercicio de su propia capacidad por parte de las personas con discapacidad intelectual, basado en el respeto a su voluntad y preferencias, que implica que ellas mismas serán las encargadas de adoptar sus propias decisiones. Este nuevo modelo establece como eje central para que estas personas lleven a cabo un acto o negocio jurídico, la intervención, si fuera necesario, de un apoyo personal o institucional a favor del discapacitado intelectual, para paliar sus posibles dificultades a la hora de otorgar ese acto o contrato, tomando siempre como guía la voluntad expresada por el afectado.

Los apoyos del discapacitado intelectual deben tomar como referencia, en primer lugar y siempre que sea posible, la voluntad y preferencias de aquél. Ahora bien, esto no implica que el criterio del interés superior de la persona discapacitada no deba ser tenido en cuenta, si bien, puede resultar complejo determinar cuál es

55 FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 347.

56 BARRIO DEL OLMO, C. P. "La función notarial", cit., pp. 23-25.

ese interés superior, así como coordinar dicho interés con el necesario respeto a la voluntad del discapacitado, en especial cuando hablamos de discapacidad psíquica o mental, que suele llevar aparejada un déficit cognitivo y, en consecuencia, puede afectar a la formación de su propia voluntad. Y es que, en estos casos, la concreta voluntad del discapacitado puede traer consigo efectos gravemente perjudiciales, no solo en lo patrimonial, sino incluso en lo personal.

Quiénes ejerciten la medida de apoyo deben tratar de equilibrar ambos principios (respeto a la voluntad del discapacitado y a su superior interés): el mayor interés de la persona con deterioro cognitivo debe fundamentar la adopción de esas medidas de apoyo, y el respeto a la voluntad, derechos y preferencias del afectado será el camino que deba intentar seguir ese apoyo para conseguir dicho superior interés. Debe buscarse ese equilibrio entre las preferencias de la persona discapacitada y su propio interés, tratando de evitar, en todo momento, que una mala decisión, que puede venir derivada de una voluntad mal informada, le ocasione al discapacitado un perjuicio irreparable. Y no debemos entender esta búsqueda de tal equilibrio como una actitud "paternalista" o excesivamente protectora, sino como una labor más de quién ejercita el correspondiente apoyo, en aras de lograr una asistencia adecuada al discapacitado intelectual.

Es cierto que, cuando estamos ante personas con discapacidad psíquica, ayudarles a formar una voluntad que no perjudique sus propios intereses es parte de un adecuado aprendizaje, pero no siempre el discapacitado cuenta con alguna medida de apoyo (ni voluntaria ni judicialmente establecida), corriendo el riesgo, en tal caso, de que su voluntad sea manipulada por terceros. Incluso contando con tales apoyos, puede ser que éstos, ante un acto o negocio concreto, no estén tampoco en condiciones de dar las indicaciones necesarias, o podemos estar también ante un posible conflicto de intereses, o ante un apoyo que se aproveche de la vulnerabilidad de la persona discapacitada en su propio beneficio.

Si bien, en estos casos, pese a estar previsto legalmente, un control judicial del desarrollo de las medidas de apoyo es más complejo o menos inmediato, ya que no puede intervenir en el momento de la celebración del negocio, sino siempre *a posteriori*, de modo que no es posible vigilar por esta vía posibles desequilibrios entre el objetivo interés del discapacitado y la voluntad de éste que puede haber sido manipulada o, simplemente, no formada adecuadamente, por ausencia de información esencial.

A estos efectos, resulta de alta importancia la función de los notarios, que pueden ofrecer un gran servicio en materia de asistencia a las personas con discapacidad intelectual, no solo autorizando medidas de apoyo voluntarias (como los poderes preventivos), sino prestando ellos mismos, cuando intervengan en el otorgamiento de un acto o negocio jurídico por una persona con deterioro

cognitivo, el apoyo indispensable al ejercicio de la capacidad jurídica, así como la asistencia y asesoramiento necesarios, tanto al discapacitado, como a la propia persona que presta el apoyo, para evitar tener que acudir a una designación o control judicial, menos operativa en la práctica, favoreciendo con ello que el discapacitado intelectual pueda obrar en el tráfico jurídico en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos.

La reforma legal introducida por la Ley 8/2021 fortalece, en este sentido, la figura del notario, al constituirla como medida de apoyo institucional y cualificada, atribuyéndole una función, en primer lugar, de control de la capacidad del otorgante, entendida como una capacidad de hecho suficiente para llevar a cabo el negocio jurídico de que se trate en el concreto momento de su otorgamiento, estando esa valoración de la capacidad efectuada por el notario protegida por una presunción *ius tantum* cualificada, que no es susceptible de ser quebrantada únicamente por la presentación de dictámenes médicos, sino que habrá que acreditar que el discapacitado no estaba en el preciso momento del otorgamiento en condiciones de emitir un consentimiento válido, ni siquiera con los apoyos empleados, en su caso, ni con la asistencia del notario.

Asimismo, también se le atribuye una función de salvaguarda frente a posibles influencias indebidas o abusos por parte de terceros. Para ello, el fedatario público debe llevar a cabo una función de apoyo y asesoramiento, asegurándose de que la persona del otorgante con discapacidad intelectual conoce y entiende el contenido del acto o negocio jurídico que se está llevando a cabo, así como todos sus efectos legales. Deberá también garantizar el cumplimiento del poder preventivo que pudiera haberse otorgado, en su caso, instando la intervención de los apoyos, si estimara que éstos son necesarios. Empleará el notario, a estos fines, todos los ajustes razonables que ayuden al discapacitado ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, pudiendo incluso recurrir al apoyo de facultativos que verifiquen que el afectado es consciente de sus actos y no se encuentra influenciado por otras personas.

En definitiva, y pese a que las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 en la Ley del Notariado han sido esencialmente terminológicas, para adaptarla a los postulados de la CDPD, lo cierto es que la figura del notario se ha visto notablemente reforzada, incrementando tanto sus posibilidades de actuación como su responsabilidad en materia de control de la capacidad y apoyo en la formación de la libre voluntad del discapacitado, funciones que adquieren especial importancia cuando estamos ante personas afectadas por una discapacidad intelectual.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.: Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.º (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018.

ALONSO RODRÍGUEZ, I., SERRANO ARIAS, M. E., VALENCIA CORRAL, N. O.: "Percepción de los profesionales de salud mental: comparación España y México", en AAVV: *Pedagogía Social. Acción Social y Desarrollo*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2015, pp. 1315-1320. [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7600511>].

ÁLVAREZ LATA, N.: "El artículo 1302", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021.

BARRIO DEL OLMO, C. P.: "La función notarial tras la entrada en vigor de la ley 8/2021", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022.

CARRASQUERO CEPEDA, M.: "La definición de la discapacidad en la Unión Europea: una cuestión por resolver", en AA.VV: *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU. Libro homenaje a la profesora M.º Esther Martínez Quinteiro*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018.

CASAL ÁLVAREZ, J. C.: "Derechos y participación de las personas con diversidad mental", *Cuadernos de trabajo social*, vol. 23, 2010.

CAVALCANTE CARVALHO, A. M.: "El derecho a la educación inclusiva en España: la importancia del informe de la investigación realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 2, 2019, <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2019/01/derecho-educacion-inclusiva-2-19.pdf>.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Dykinson, Madrid, 2022.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-C-2013-10005900148.

GARCÍA RUBIO, M. P.:

- "La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006", en AA. VV: *Propostas de modernización do dereito*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2017.
- "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 58, 2018.

GERMÁN URDIOLA, M. J. y FERNÁNDEZ IGLESIAS, J.: *Novedades de la Ley 8/2021 para personas con problemas de salud mental. Guía en 100 preguntas para trabajadores, familias y usuarios*, Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental, Zaragoza, 2021. <https://www.fadesaludmental.es/biblioteca/223-novedades-de-la-ley-8-2021-para-personas-con-problemas-de-salud-mental.html#63-pueden-las-personas-con-discapacidad-mental-testar>.

GÓMEZ TABOADA, J.: *Práctica notarial y Derecho civil*, Editorial Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.:

- "Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, año IX, núm. 36, 2015.
- "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. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 97, 2021.
- *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.

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

MOLINA PIDIACHE, Z.: “La capacidad jurídica en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: una reflexión en torno al cambio de paradigma en la doctrina clásica y el formalismo jurídico”, Artículo de reflexión (para acceder a título abogado), Universidad Católica de Colombia, 2015, <http://hdl.handle.net/10983/2684>.

MUNAR BERNAT, P. A.: “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto”, en AAVV: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018.

PÉREZ GALLARDO, L.: “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad”, en AAVV: *Discapacidad y Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2014.

PETIT SÁNCHEZ, M.:

- “Consideración del interés de la persona -con o sin discapacidad- como necesaria y auténtica protección legal en la determinación de sus medidas de apoyo”, en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022.
- “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 2020.

PORXAS ROIG, M. A.: “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 103, septiembre-diciembre 2018.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “Jurisdicción civil y Notariado”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 51, julio-septiembre 2004.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad”, *RCDI*, núm. 736, marzo-abril 2013.

SANCHO GARGALLO, I.: “La «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad”, en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022.

SERRANO GARCÍA, I.: *Autotutela. El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

TRÖMEL, S.: "Hacia un Derecho Internacional de la discapacidad", en AAVV: *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

VALLS XUFRÉ, J. M.: "La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (II)", *La Notaría*, núm. 1-2, 2020.