MARTÍNEZ CALVO, J.: *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2022, 160 pp.

Mientras me encontraba inmersa en el delicado tema de discapacidad en el ordenamiento jurídico español en busca de materiales que me permitieran avanzar en mis estudios comparativos, me encontré con una obra sobre discapacidad que creo que refleja perfectamente la evolución que ha experimentado este tema en los últimos años. Y ello tras la promulgación de la Ley 8/2021, que introdujo reformas de la legislación civil y procesal con el fin de adaptar la normativa nacional española a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto me animó a llevar a cabo la recensión que ahora estoy escribiendo, ya que permitirá acercar este estudio a muchos investigadores interesados en este tema, a los que sin duda les será muy útil. El libro que aquí se recensiona es fruto de la investigación llevada a cabo por Javier Martínez Calvo, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, que resultó ganador del Premio Aequitas de "Investigación jurídica sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros

colectivos vulnerables" convocado por la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado de España.

En concreto, el autor aborda un tema de enorme trascendencia jurídica como es el estudio de las medidas voluntarias que, en previsión de una posible discapacidad futura, cada persona puede adoptar respecto a la protección patrimonial o personal que necesitará en caso de producirse un deterioro de sus facultades. A este respecto, resulta útil la comparación con la Ley italiana n.º 219 de 2017, titulada "Normas sobre el consentimiento informado y las disposiciones sobre el tratamiento previo". En efecto, las Disposiciones Anticipadas de Tratamiento (DAT) también conocidas como testamentos vitales, reafirman la libertad de elección del individuo respetando la dignidad de la persona y la calidad de vida, permiten a toda persona, mayor de edad y con capacidad de comprender y querer, expresar su consentimiento o negativa sobre pruebas diagnósticas, opciones terapéuticas y tratamientos de salud, en previsión de una posible futura incapacidad de comunicar sus deseos. Para ser válidas, deben redactarse únicamente después de haber adquirido información médica adecuada sobre las consecuencias de las elecciones realizadas con estas disposiciones. Quien redacta las DAT también puede nombrar un mandatario, es decir, una persona de confianza, mayor de edad y capaz de comprender y querer, para representar y hacer cumplir sus deseos en las relaciones con el médico y los centros sanitarios en caso de imposibilidad de comunicarse con ellos. En este contexto, es esencial un conocimiento adecuado de la normativa italiana codificada y de las leyes especiales de referencia: piénsese en los artículos 405º, párrafo 4º del Código Civil italiano, y 4º párrafo, 2º apartado, de la ley n.º 219 de 2017, de los que se deduce que el administrador de apoyo puede, con la autorización del juez tutelar, expresar el consentimiento informado al tratamiento médico en interés del administrado, teniendo en cuenta la voluntad del beneficiario, en relación con su grado de capacidad de entender y querer. La cuestión es mucho más complicada cuando el sujeto ya no es capaz de manifestar su voluntad debido a su estado de incapacidad total y no ha indicado específicamente, en el momento en que estaba en plena posesión de sus facultades mentales, mediante declaraciones de voluntad anticipadas, qué terapias habría deseado recibir y cuáles habría querido rechazar si hubiera estado inconsciente. La voluntad del administrado debe deducirse del estilo de vida personal del incapacitado y, para ello, el representante legal debe ser asistido en la reconstrucción de la personalidad del paciente, con especial atención a sus valores filosóficos, teológicos y éticos, a fin de deducir el tipo de tratamiento médico que el paciente habría preferido.

Después de esta breve digresión comparativa, volvamos al trabajo que reseñamos. La estructura de la obra *"Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*"

de Javier Martínez Calvo comienza analizando la temática de la regulación de la discapacidad de forma general para luego examinar de forma particular cada una de las medidas voluntarias de previsión de la discapacidad futura. Pero antes, para que el lector pueda situarse, se ilustra el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad establecido a raíz de las reformas legislativas que se han producido en los últimos tiempos y el papel preeminente que ha adquirido la autonomía de la voluntad en el ámbito de la discapacidad, que se manifiesta en varios aspectos: el reconocimiento de una mayor autonomía de acción para las personas con discapacidad, la admisión de la persona interesada para promover el proceso de prestación de apoyo, el fortalecimiento del derecho de la persona con discapacidad a participar en el procedimiento de prestación de apoyo o la posibilidad de establecer medidas de apoyo voluntarias (el aspecto más relevante para esta investigación).

A continuación, se centra en las tres medidas principales que una persona puede tomar en previsión de una futura discapacidad: autocuratela, poderes y mandatos preventivos, y voluntades anticipadas. El texto comienza con una ilustración de la base común de estas medidas y luego pasa a cada una de ellas, analizando diferentes aspectos, como sus antecedentes inmediatos, su marco legal actual, su configuración, los requisitos previos necesarios para su establecimiento y su posible contenido.

En los últimos años se ha consolidado una tendencia caracterizada por la ampliación de la autonomía de voluntad de las personas con discapacidad, acompañada del fortalecimiento de la posibilidad de establecer medidas anticipadas en previsión de una futura situación de discapacidad. Con la promulgación de la Ley 8/2021, cuyo objetivo era adaptar el ordenamiento jurídico español a las disposiciones incluidas en el ámbito del derecho privado por el Convenio de Nueva York de 2006, se introdujo una regulación específica de la autocuratela y de los poderes y mandatos preventivos. El trabajo de Javier Martínez Calvo muestra que ha habido un fuerte enfoque en la autorregulación de la discapacidad, permitiendo a cualquier persona interesada establecer el sistema de apoyo necesario, así como determinar su contenido y alcance. En general, el autor hace una valoración positiva de la reforma introducida por la Ley 8/2021. Sin embargo, resalta que hay algunos aspectos en los que es insuficiente. Por ejemplo, se han excluido de ella los llamados testamentos vitales, actualmente regulados por la normativa sanitaria española. Con ello, según el profesor Javier Martínez Calvo, se han perdido dos oportunidades importantes. Por un lado, ha perdido una buena oportunidad para promulgar una legislación uniforme sobre las tres principales medidas que una persona puede tomar en previsión de una futura situación de discapacidad, a saber, la autocuratela, los poderes y mandatos preventivos y los testamentos vitales o voluntades anticipadas. No es casualidad que se trate

de medidas que tienen una base común y respondan a un mismo objetivo. De hecho, el vínculo entre ellas es tan estrecho que a veces se superponen, como en el caso del representante preventivo y el representante designado por medio de un documento de voluntades anticipadas. Todo ello hace que sean muchos los aspectos que se prestan fácilmente a la regulación conjunta, como los requisitos para su adopción, los mecanismos de control y protección, el régimen publicitario o las causas de modificación y extinción; estableciendo obviamente las especificidades adecuadas para cada una de las medidas.

Por otro lado, según el autor, el Estado podría haber hecho uso de su competencia exclusiva para establecer la legislación básica en materia sanitaria y definir un procedimiento único y requisitos comunes en cuanto a forma y capacidad para emitir el documento de voluntades anticipadas, armonizando a nivel nacional cuestiones de gran trascendencia actualmente reguladas de manera diferente por las distintas normativas autonómicas, causando inseguridad jurídica tanto para los firmantes como para los propios profesionales de la salud.

En cuanto a los requisitos de capacidad, debe admitirse que los testamentos vitales no solo sean otorgados por adultos, sino también por menores emancipados, ya que ello daría mayor coherencia al sistema, dado que la propia ley permite al menor emancipado dar su consentimiento informado en cuestiones relacionadas con su salud. Además, de esta manera se equipararían a los requisitos de capacidad previstos en general para la autocuratela y para los poderes y mandatos preventivos.

En cuanto a los requisitos formales, sería conveniente establecer la obligatoriedad de que los testamentos vitales se redacten en forma de escritura pública, tal y como se prevé en la propuesta de autocuratela y en los poderes y mandatos preventivos. De este modo, según el profesor Javier Martínez Calvo, se garantizaría el control público sobre el cumplimiento de los requisitos de capacidad y que el firmante disponga de información suficiente sobre la pertinencia de las mismas, así como sobre la autenticidad de la declaración y la correspondencia de su contenido con la voluntad expresada, facilitando también su conocimiento por parte de los profesionales sanitarios. También podría establecerse la obligación del notario de comunicar de oficio su otorgamiento al Registro de Voluntades Anticipadas correspondiente, tal y como ya prevén algunas normativas autonómicas.

La regulación de los poderes y mandatos preventivos es, además, claramente insuficiente, lo que exige recurrir al régimen de curatela para colmar las lagunas existentes. A esto el autor añade que la referencia de la ley al régimen de curatela, en los casos en que la potestad incluye todos los asuntos del otorgante, no está definida con precisión, ya que no especifica si se refiere a la curatela asistencial, a la representativa o a ambas. Cabe destacar que algunos de los mecanismos de

control previstos por la ley se aplican únicamente a la curatela representativa, como la obligación de elaborar un inventario o la necesidad de contar con autorización judicial para realizar determinados actos; Por lo tanto, no está claro si pueden o no extenderse a los poderes y mandatos preventivos que tienen un alcance general.

Y esta no es la única inexactitud en la que incurre la legislación. Si atendemos a los requisitos de capacidad para proponer un régimen de autocuratela o para otorgar poderes y mandatos preventivos, observamos una supuesta contradicción entre los artículos 255.1 y 271.1 del Código Civil y el artículo 254 del Código Civil, ya que mientras los primeros exigen que el firmante sea mayor de edad o emancipado, el segundo parece permitir a todos los mayores de dieciséis años tomar medidas voluntarias en previsión de una situación de discapacidad aunque no hayan alcanzado el estado civil de emancipación. La interpretación más razonable es que el artículo 254 del Código Civil solo contempla el caso de los mayores de dieciséis años que necesiten asistencia en el momento que cumplen la mayoría de edad y, por tanto, se extingue el régimen de patria potestad o tutela al que estuvieran sujetos, por lo que fuera de estos casos concretos no estaría permitido que el menor mayor de dieciséis años no emancipado propusiera el establecimiento de medidas de apoyo voluntarias. Sin embargo, para el autor, sería preferible que el legislador fuera más preciso en la redacción del artículo 254 del Código Civil, ya que es probable que su contenido actual pueda dar lugar a diferentes interpretaciones. Además, se debe considerar la posibilidad de permitir que los hijos no emancipados propongan también medidas de apoyo preventivo, ya que no tiene mucho sentido establecer requisitos de capacidad más estrictos que los requeridos para designar un tutor para los hijos, lo que puede hacerse a partir de los catorce años.

Además, habría que aclarar si las tres medidas de autoprotección que se han estudiado en el trabajo del profesor Javier Martínez Calvo pueden ser tomadas por personas que carecen de la capacidad natural de entender y querer. Si no cuentan con medidas de apoyo, parece que la respuesta debe ser negativa, pero si no, es probable que la ampliación de la autonomía de la voluntad que guía el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad cubra esa posibilidad, aunque el tema no sea del todo pacífico. Lo que parece evidente es que no se permite la representación o sustitución por parte de la persona que presta el apoyo a la persona con discapacidad, ya que ello vulneraría el carácter personalísimo que debe tener la adopción de este tipo de medidas.

Del mismo modo, para el autor, sería conveniente que la propia ley definiera qué se entiende por necesidad de apoyo o que enumerara las causas que pueden llevar a tal situación, ya que ello daría certeza sobre el momento preciso en que las medidas preventivas adoptadas por el interesado entran en vigor (o,

en el caso de la continuidad del poder, el momento en que nace el mandato propiamente dicho). En la autocuratela, este supuesto puede ser valorado por el juez (con la asistencia de peritos), pero en el caso de los poderes y mandatos preventivos no se contempla la intervención judicial, por lo tanto, si el interesado no ha especificado los criterios para determinar el momento en que el poder se hace efectivo, pueden surgir situaciones de inseguridad jurídica e incertidumbre, ya que puede haber ocasiones en las que no esté claro si el poder está vigente o no. Por lo tanto, mientras la ley no aclare qué se entiende por necesidad de apoyo, podría considerarse la posibilidad de exigir como condición de validez de los poderes preventivos que estos establezcan con precisión las condiciones para su efectividad.

En cuanto a la posibilidad de delegar el nombramiento del curador en terceros, sería oportuno eliminar la referencia específica al cónyuge, pues ya está incluido en la mención genérica que la ley hace a cualquier persona. Por el contrario, sería interesante precisar si se incluyen o no las personas jurídicas cuando se habla en general de personas.

Según el autor, la ley también debería aclarar si la persona que propone un régimen de autocuratela puede excluir voluntariamente la necesidad de autorización judicial para que el representante pueda realizar en su nombre los actos previstos en el artículo 287 del Código Civil, o si por el contrario se trata de una norma imperativa.

Además, se deben definir los criterios a seguir en el caso de que existan varias medidas preventivas a aplicar simultáneamente o si concurren con otras medidas de apoyo de carácter judicial. Del mismo modo, el Profesor Martínez Calvo considera oportuno prever la posibilidad de que, excepcionalmente, tanto los poderes y mandatos preventivos como la designación de un representante a través del documento de voluntades anticipadas puedan ser compatibles con el establecimiento de un régimen de curatela representativa. En estos casos, no deben establecerse reglas generales, sino que debe dejarse al tribunal la decisión según las circunstancias presentes en cada caso, ya que puede haber casos de curatela representativa en los que sería aconsejable que alguna función concreta fuera asumida por un tercero distinto del curador.

La inscripción de las medidas anticipadas en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad está sujeta a una publicidad restringida, lo que, según el autor, puede no ser la mejor opción. Si bien tiene sentido que la publicidad sobre la discapacidad u otros aspectos relacionados con la salud se limite para garantizar el derecho a la privacidad del interesado, no parece apropiado extenderla a las medidas de apoyo. El libro destaca que esto dificulta que los terceros que interactúan con la persona con discapacidad cuenten con información acerca de la existencia de tales medidas,

comprometiendo seriamente la seguridad de las transacciones legales. Además, la ley no menciona la posibilidad de que las medidas preventivas se inscriban en el Registro de la Propiedad, lo que tiene sentido en el caso de la propuesta de curatela, ya que hasta que no se establezca judicialmente no tiene efectos sobre terceros. Pero no ocurre lo mismo para el resto de medidas voluntarias, y en particular para los poderes y mandatos preventivos, ya que en aquellos casos en los que afecten a la administración y disposición de bienes pueden tener efectos importantes frente a terceros, por lo que deberían ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por todo lo anterior, el autor señala que el análisis en profundidad de la regulación de las medidas preventivas pone de manifiesto la presencia de aspectos muy positivos, fruto de los esfuerzos realizados por diversos organismos para impulsar la promulgación de la Ley 8/2021, lo que sin duda es digno de elogio. Sin embargo, también existen algunas omisiones, imprecisiones y contradicciones que ponen de manifiesto la necesidad de impulsar nuevas reformas que corrijan las disfunciones de la legislación vigente y que, teniendo en cuenta las distintas propuestas presentadas, permitan dotar de un marco jurídico homogéneo, completo y coherente a las medidas voluntarias en previsión de una futura discapacidad.

A modo de conclusión, cabe destacar la relevancia de este estudio, dado que hace pocos años que ha entrado en vigor la nueva normativa para la protección de las personas con discapacidad, lo que hace indudable su novedad. Además, esta monografía tiene una verdadera utilidad práctica, proporcionando información extremadamente útil y una reflexión crítica en profundidad a todos aquellos interesados en tomar medidas voluntarias en previsión de una posible discapacidad futura.

Angela Mendola
Investigadora en derecho privado comparado de la Universidad de Salerno
Acreditada como profesora universitaria asociada de derecho privado y de derecho comparado
Miembro de la "*Comisión de Jóvenes Abogados de la Academia Euroamericana de Derecho de Familia*" y de la "*Red Iberoamericana de Investigación e Innovación Jurídica*"