



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

**Facultad de Ciencias
Sociales y Jurídicas
de Elche**

Grado en derecho

**REFORMAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD:
EL PRIMER AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY 8/21
DE 2 DE JUNIO POR LA QUE SE REFORMA LA
LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL
APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

TRABAJO FIN DE GRADO

Curso 2021-2022

AUTOR: José Raúl Vegara Mazón

TUTORA: María Encarnación Aganzo Ramón

ÍNDICE

Resumen/abstract	3
Abreviaturas	5
1. Introducción	6
2. Concepto de discapacidad.....	8
3. Datos estadísticos sobre la discapacidad en España	11
4. Tratamiento de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español antes de la Convención de Nueva York. Regulación del Código Civil sobre la incapacitación y cargos tutelares.....	16
4.1 Regulación anterior a la Convención de Nueva York. Procedimiento de incapacitación (CC.).....	16
4.1.1 La incapacitación	16
4.1.2 Provisión de apoyos a través de cargos tutelares	22
5. La nueva perspectiva introducida por la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad	24
5.1 Objetivo de la convención de Nueva York.....	27
5.2 Los efectos de la convención en el ordenamiento jurídico español...	28
5.3 Principios generales	30
5.4 El artículo 12 de la convención como parte nuclear	31
6. Actuación de juzgados y tribunales antes de la aprobación de la Ley 8/21. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009	35
7. Primeras reformas: el derecho al voto y la esterilización	43
7.1 El derecho al voto para discapacitados después de la convención de Nueva York.....	43
7.2 La prohibición de la esterilización.....	45

8. La Ley 8/21 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.....	48
8.1 Exposición de motivos y principales reformas.....	48
8.2 Principios fundamentales.....	54
8.3 Medidas voluntarias de apoyo.....	55
8.3.1 Concepto de apoyos. El tercer sector de acción social.....	56
8.3.2 Poderes y mandatos preventivos.....	58
8.3.3 Voluntades anticipadas.....	63
8.3.4 Autocuratela.....	65
8.4 Medidas no voluntarias informales. La guarda de hecho.....	67
8.5 Medidas no voluntarias judiciales.....	70
8.5.1 El defensor judicial.....	70
8.5.2 La curatela.....	73
8.6 Otras innovaciones de la Ley.....	85
8.7 Aspectos críticos de la Ley.....	92
8.8 Principales cambios en materia procesal.....	103
8.8.1 Acceso cognitivo. Sentencias de lectura fácil.....	106
8.8.2 Procedimiento contradictorio LEC.....	108
8.8.3 Procedimientos de jurisdicción voluntaria.....	111
8.9 Adaptación de los pronunciamientos anteriores a los criterios de la nueva Ley. Análisis práctico de las resoluciones dictadas en los Juzgados de Elche.....	115
9. Conclusiones.....	117
10. Bibliografía.....	120

Resumen/abstract

RESUMEN

El presente trabajo consiste en el estudio y análisis de la **Ley 8/2021**, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se trata de un instrumento normativo cuyo objeto consiste en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional, que es ratificado por España el 3 de marzo de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, convirtiéndose en un instrumento vinculante para todos aquellos Estados que la han ratificado y que va a suponer un reto jurídico para estos. Se considera la convención, el más importante de los tratados celebrados en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, que en su art.12 como parte nuclear de la convención, va a repercutir sobre todo en el derecho privado, concretamente, en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Analizamos en este trabajo el cambio que se produce en el concepto de la discapacidad, que evoluciona, alejándose del modelo médico, para acoger el modelo social de discapacidad, en el que la discapacidad no viene dada por la deficiencia de la persona, sino por la interacción de la misma con las barreras que la sociedad interpone. Pasa de ser un problema de la persona con discapacidad, a una competencia de los estados, que tienen la obligación de proporcionar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad para que puedan ejercer sus derechos fundamentales, (su capacidad jurídica en el

trabajo que nos ocupa), en igualdad de condiciones y respetando la dignidad personal y la autonomía individual de la persona con discapacidad.

La aparición de la nueva **Ley 8/2021**, de 2 de junio, supone, además de un cambio de terminología la introducción de diversas novedades en el ámbito civil y procesal.

ABSTRACT

The present work consists of the study and analysis of Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. This is a regulatory instrument whose purpose is to adapt our legal system to the Convention held in New York on December 13, 2006, an international treaty, which is ratified by Spain on March 3, 2007 and which entered into force on May 3, 2008, becoming a binding instrument for all those States that have ratified it and that will pose a legal challenge for them. The convention is considered the most important of the treaties concluded in the field of the rights of persons with disabilities, which in its article 12 as a nuclear part of the convention, will have repercussions above all in private law, specifically, in the legal capacity of persons with disabilities.

We analyze in this work the change that occurs in the concept of disability, which evolves, moving away from the medical model, to embrace the social model of disability, in which disability is not given by the person's deficiency, but by the interaction of the same with the barriers that society interposes. It goes from being a problem of the person with disabilities, to a competence of the states, which have the obligation to provide the necessary support to people

with disabilities so that they can exercise their fundamental rights, (their legal capacity in the work that concerns us), under equal conditions and respecting the personal dignity and individual autonomy of the person with disabilities.

The appearance of the new law 8/2021, of June 2, supposes, in addition to a change in terminology, the introduction of various novelties in the civil and procedural

Abreviaturas

ONU	Organización de Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIONDAU	Ley de Igualdad de Oportunidades no Discriminación y Ley de Accesibilidad de las Personas con Discapacidad
CC	Código Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDPD	Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad
CIDDM	Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CE	Constitución Española
STS	Sentencia Tribunal Supremo

1. Introducción

La CDPD, hace necesaria la elaboración de la **Ley 8/2021**, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual va implantar las medidas de apoyo necesarias para cumplir con las exigencias impuestas por la CDPD a los estados miembros, de manera que, partiendo de su art.12, “ las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los estados partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Anteriormente a la **Ley 8/2021**, ya se produjeron unos acercamientos para adaptar la legislación española a la CDPD, de los que vamos a destacar:

- la **Ley 26/2011**, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- el **Real Decreto Legislativo 1/2013**, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- la reforma del Código penal, mediante la **Ley Orgánica 1/2015**, de 30 de marzo
- la **Ley 15/2015**, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- la reforma de la **Ley Orgánica 5/1995**, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

- la adaptación de la **Ley Orgánica 5/1985**, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Pero es con la **Ley 8/2021** de 2 de junio, con la que se consigue el más importante cambio normativo en la legislación civil y procesal que afecta a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, introduciendo algunas medidas que derivan de la CDPD, y en las que priman:

- El respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.
- Que las medidas sean proporcionales y adaptadas a las creencias de la persona.
- Que se apliquen en el plazo más corto posible.
- Que estén sometidas controles periódicos por la autoridad judicial.

La nueva regulación, como podemos extraer de su exposición de motivos, "está inspirada, como en el art.10 CE exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de Las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona en el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás". Comporta, además de un necesario cambio en la mentalidad social de las personas, un gran esfuerzo por parte de los operadores jurídicos para asumir, interiorizar y aplicar la gran reforma civil en materia de igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad que ha traído consigo la **Ley 8/2021**.

La entrada de la nueva ley supone reforma de ocho leyes: la **Ley del Notariado**, el **Código Civil**, la **Ley Hipotecaria**, la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, la **Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad**,

la Ley del Registro Civil, la Ley de jurisdicción voluntaria y el Código de Comercio.

En el desarrollo de este trabajo y como expongo en el índice, diferenciamos:

- Concepto y datos estadísticos de la discapacidad en España.
- Tratamiento diferenciado de la discapacidad en el OJ. Español, antes y después de la CDPD, así como un estudio pormenorizado de dicha convención y mención de los primeros acercamientos legislativos antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio.
- La entrada de la Ley 8/2021, de 2 de junio, con análisis de las reformas introducidas por esta.
- Mención de jurisprudencial en los juzgados de Elche.
- Conclusiones

2. Concepto de discapacidad

El concepto de discapacidad en España ha ido evolucionando a lo largo de los años dependiendo de la situación política y social. A veces con carácter genérico se usaban términos como subnormalidad, deficiencia, minusvalía, limitación y discapacidad, y se empleaban términos iguales, como por ejemplo el de minusvalía, para explicar conceptos diferentes como problemas anatómicos, problemas funcionales, incapacidad para desempeñar un papel social, así como diversos términos como deficiencia, minusvalía, discapacidad, se usaban de manera indistinta para explicar un solo concepto como tener una anomalía funcional, siguiendo el concepto de la CIDDM de 1980 durante varios años. Recientemente, se ha abandonado el término de minusválido por las

connotaciones peyorativas que comporta pasando a ser el término discapacitado el empleado genéricamente para hacer referencia a déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación (RD 1856/2009).

- En atención a lo expuesto anteriormente, podemos decir que la discapacidad es un concepto dinámico que en las últimas décadas está siendo motivo de debate tanto en la política como en la doctrina o incluso en organizaciones de personas con discapacidad a nivel internacional. La ONU, la OIT y la OMS, se han encargado de definir el concepto a través de iniciativas, acciones, programas, planes y estrategias. Podemos mencionar en esta línea algunas como:
 - La Asamblea general de las Naciones Unidas, que establecía su primera **declaración de los derechos de los impedidos** en 1975.
 - La Declaración del año universal de los impedidos en 1981 por las Naciones Unidas, (comenzando así un programa mundial para las personas con discapacidad).
 - La inclusión de las personas con discapacidad en 1985 por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Todas estas acciones iniciaron el debate que suponen tanto las barreras como la discriminación que sufren las personas con discapacidad y cuyo objetivo era conseguir la inclusión social de éstas¹, así mismo, la organización internacional del trabajo adopta la defensa de un tratamiento igualitario para los trabajadores con discapacidad y

¹ Vehmas. S (2004) "Análisis ético del concepto de discapacidadhttps" Revista española sobre discapacidad intelectual. Consultado en 4 de abril de 2022 en [//www.plenainclusion.org/sites/default/files/212_articulos4.pdf](http://www.plenainclusion.org/sites/default/files/212_articulos4.pdf)

demandando la integración social en el mercado laboral, en su agenda global de 1983².

El concepto de discapacidad ha pasado de confeccionarse desde una perspectiva moral o religiosa, a una médica-rehabilitadora, y, más tarde, a una perspectiva social. La persona discapacitada ha pasado de ser dependiente, inactiva e improductiva a enfocarla como una persona que cuenta con habilidades, competencias, recursos y potencialidades si se le brindan los apoyos necesarios.

Aparece en 2001 una definición establecida por la OMS que marca un antes y un después, dejando de considerar al discapacitado como una persona aislada a contemplarlo como a alguien que interactúa en la sociedad en la que vive: “la discapacidad es una condición del ser humano que de forma general, abarca las deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones de participación de una persona:

- Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal.
- Las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas.
- Las restricciones de la participación son dificultades para relacionarse y participar en situaciones vitales”³.

² “Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo” (2015) Consultado el 4 de abril de 2022 en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_430938.pdf

³ Definición dada por la OMS en el artículo 1 de la CPDP 2001.

Supone un avance del modelo médico-rehabilitador al modelo social, pero es en la CPDP de 2006, en su artículo uno, donde se recoge la más reciente definición “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”⁴

3. Datos estadísticos sobre la discapacidad en España

La discapacidad supone una realidad que comporta un problema de salud pública mundial afectando a una de cada siete personas en todo el mundo, así como también supone un problema de derechos humanos ya que suelen ser estos los que sufren la discriminación y a menudo son objeto de violencia. Datos de la OMS a fecha de 2017 que lo demuestran:

- Viven en España 13.000 personas que tienen más de 100 años.
- La persona que más ha vivido, que tengamos registros, tuvo 133 años.
- La esperanza de vida en el año 2029 será de 84 años para los varones y de 88,7 años para las mujeres.
- En 15 años, existirán en España 11 millones de personas mayores de 64 años, 3 millones más que en la actualidad, cifra que se incrementara en un 87% dentro de 50 años
- De los procedimientos de incapacidad que se tramitan en los juzgados, 190.000 lo son respecto a personas con incapacidad intelectual, 300.000

⁴ Art 1.2 convención de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

con respecto a personas con enfermedad mental o trastorno mental y 700.000 respecto a personas con deterioro cognitivo propio de la edad.

- En España de 700.000 a 800.000 personas sufren enfermedad de Alzheimer.
- Viven en residencias para mayores en España el 45% de las personas mayores de 65 años. Existen plazas para 4,1 por cada 100 personas mayores de 65 años.
- El 63% de las personas mayores de 65 años que residen en residencias sufren trastornos neurocognitivos.
- El 9% de la población tiene algún tipo de problema de salud mental y el 25% lo tendrá en algún momento de su vida según la OMS.
- Entre el 2,5% y el 3% de la población tiene un trastorno mental grave, suponiendo esto más de un millón de personas⁵.

Otro dato más reciente sobre las personas con discapacidad administrativamente reconocida en España a 31 de diciembre de 2019, de acuerdo con la base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad, apunta que había en España 3.257.058 personas con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% (93.066 más que a 31 de diciembre de 2018, un incremento del 2,9%) de las cuales 1.637.077 son hombres (50,3%) y 1.619.981 son mujeres (49,7%). Datos que tenemos en atención a diferentes criterios serían:

- Grado de discapacidad: de las 3.257.058 personas con un grado de discapacidad reconocido, el 41% tiene reconocido entre el 33 y el 44 por

⁵ Datos facilitados por la OMS en 2017

ciento; el 18% entre el 45 y el 63 por ciento; el 25% ha sido reconocida con grados de entre el 64 y el 74 por ciento y un 16% ha sido reconocida con un grado del 75 por ciento o superior.

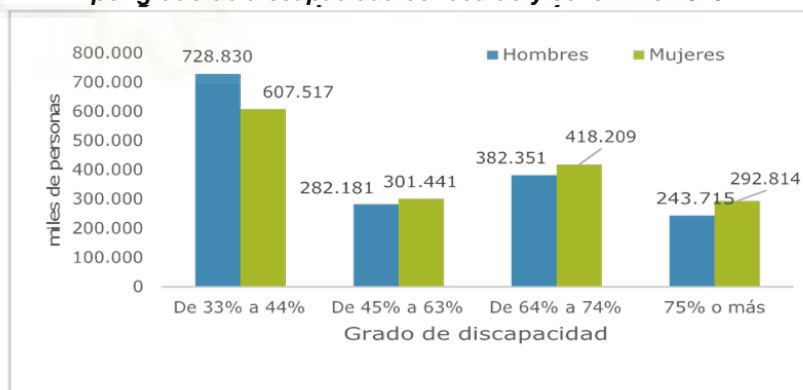
- Edad, sexo y grado de discapacidad. El 43% de las personas con reconocimiento administrativo de discapacidad se sitúa en el grupo de edad de los 35 a los 64 años.

Tabla 1. Personas con discapacidad por grado de discapacidad reconocido y sexo. Año 2019

Grado de discapacidad	Número de personas			Tasas por 1.000 habitantes		
	Hombres	Mujeres	Ambos sexos	Hombres	Mujeres	Ambos sexos
De 33% a 44%	728.830	607.517	1.336.347	31,34	25,11	28,16
De 45% a 63%	282.181	301.441	583.622	12,13	12,46	12,30
De 64% a 74%	382.351	418.209	800.560	16,44	17,28	16,87
75% o más	243.715	292.814	536.529	10,48	12,10	11,31
Total	1.637.077	1.619.981	3.257.058	70,39	66,95	68,64

Fuente: Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad a 31 de diciembre de 2019

Gráfico 1. Personas con discapacidad administrativamente reconocida por grado de discapacidad concedido y sexo. Año 2019



Fuente: Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad a 31 de diciembre de 2019

- Entre los 0 y los 64 años los varones presentan una mayor presencia tanto en volumen como porcentualmente y es solo a partir de los 80 años donde las mujeres suponen el 64% del total de las personas en ese grupo de edad.

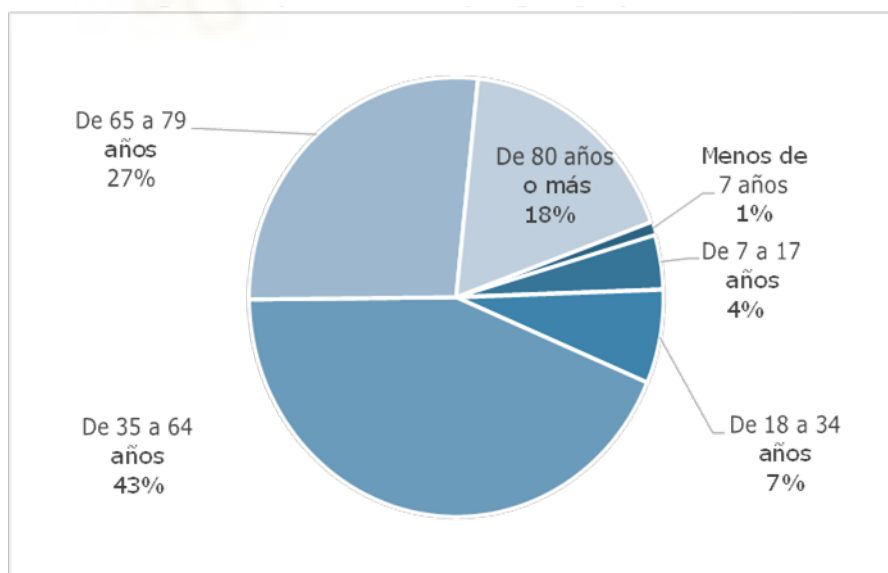
Las mujeres presentan grados de discapacidad más altos que los varones: de las 536.529 personas reconocidas con un grado superior al 75 por ciento, el 55% son mujeres. Al considerar los datos según tasas por mil habitantes esta diferencia entre sexos también se muestra: 10,48 en los varones, 12,10 por 1.000 habitantes en las mujeres.

Tabla 2. Personas con discapacidad administrativamente reconocida (grado igual o superior al 33%) según grupo de edad y sexo. Año 2019

Grupos de edad	Hombres	Mujeres	Ambos sexos	Hombres	Mujeres	Ambos sexos
Menos de 7 años	21.073	10.844	31.917	14,29	7,78	11,13
De 7 a 17 años	86.689	44.093	130.782	31,19	16,81	24,21
De 18 a 34 años	133.129	92.098	225.227	30,06	21,40	25,79
De 35 a 64 años	759.644	657.039	1.416.683	71,76	61,73	66,73
De 65 a 79 años	426.951	446.879	873.830	144,82	130,05	136,87
De 80 años o más	209.591	369.028	578.619	201,63	205,64	204,17
Total	1.637.077	1.619.981	3.257.058	70,39	66,95	68,64

Fuente: Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad a 31 de diciembre de 2019

Gráfico 2. Personas con discapacidad administrativamente reconocida (grado igual o superior al 33%) según grupo de edad. Año 2019



Fuente: Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad a 31 de diciembre de 2019

- Tipo de deficiencia. El tipo de deficiencia que presenta mayor prevalencia es el osteoarticular (19,08 casos por 1.000 habitantes). Le siguen las

demencias y trastornos mentales (12,19 casos por 1.000 habitantes) y las enfermedades crónicas (11,88 casos por 1.000 habitantes).

Tabla 3. Personas con discapacidad administrativamente reconocida (grado igual o superior al 33%) según sexo y tipo de deficiencia (números absolutos y prevalencia por 1.000 habitantes). Año 2019

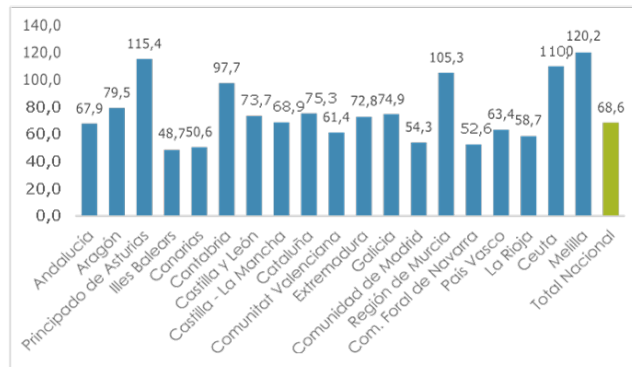
Tipo de deficiencia	Número de personas			Tasas por 1.000 habitantes		
	Hombres	Mujeres	Ambos sexos	Hombres	Mujeres	Ambos sexos
Osteoarticular	404.514	500.669	905.183	17,39	20,69	19,08
Neuromuscular	162.469	142.546	305.015	6,99	5,89	6,43
Enfermedad crónica	303.247	260.283	563.530	13,04	10,76	11,88
Intelectual y del desarrollo	162.509	119.903	282.412	6,99	4,96	5,95
Demencias y trastornos mentales	295.013	283.351	578.364	12,69	11,71	12,19
Visual	102.162	115.522	217.684	4,39	4,77	4,59
Auditiva	94.288	96.437	190.725	4,05	3,99	4,02
Sordoceguera	456	472	928	0,02	0,02	0,02
Expresiva	12.289	5.008	17.297	0,53	0,21	0,36
Mixta	44.532	60.052	104.584	1,91	2,48	2,20
Otras deficiencias	55.587	35.704	91.291	2,39	1,48	1,92
No registrada	11	34	45	0,00	0,00	0,00
	1.637.077	1.619.981	3.257.058	70,39	66,95	68,64

Fuente: Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad a 31 de diciembre de 2019

- Distribución territorial. En términos absolutos, las Comunidades con mayor número de personas con discapacidad administrativamente reconocida son Cataluña (585.899 personas), Andalucía (574.873 personas) y la Comunidad de Madrid (367.836 personas). En términos relativos, se encuentran Melilla y Ceuta con 120 y 110 casos por 1.000 habitantes respectivamente; le sigue el Principado de Asturias con 115,4 casos y Murcia con 105, 2 casos por 1.000 habitantes⁶.

Gráfico 3. Personas con discapacidad administrativamente reconocida (grado igual o superior al 33%) según Comunidades y Ciudades Autónomas (prevalencia por 1.000 habitantes). Año 2019

⁶ Información estadística facilitada por la Subdirección General de Planificación, Ordenación y Evaluación (2021). Base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad (Informe a 31/12/2019). Madrid, IMSERSO



Fuente: Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad a 31 de diciembre de 2019

4. Tratamiento de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español antes de la Convención de Nueva York. Regulación del Código Civil sobre la incapacitación y cargos tutelares

4.1 Regulación anterior a la Convención de Nueva York. Procedimiento de incapacitación (CC.)

4.1.1 La incapacitación

Con anterioridad a la suscripción de la Convención de Nueva York, en España contábamos con una legislación que, partiendo de nuestro decimonónico Código Civil, se fue desarrollando en los últimos años, buscando una mayor protección integral a las personas sin capacidad de autogobierno, destacando así:

- La regulación del Código Civil, contenida en el título IX (de la incapacitación) del libro I (de las personas) (artículos 199 y siguientes), conforme a la cual “nadie podía ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la Ley” art.199 CC⁷.
- La reforma del Código Civil, introducida por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del

⁷ Art.199 CC, “nadie podía ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la Ley”

Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que equiparó en algunos temas la protección de los menores a la de los incapaces, y modernizó la figura de la tutela.

- La nueva regulación del procedimiento para la incapacitación instaurado por la actual **Ley 1/2000** de 7 de enero de enjuiciamiento civil,

La incapacitación (termino que posteriormente la **Ley 15/2015** de 2 de julio de jurisdicción voluntaria, sustituirá por el término “modificación de la capacidad de obrar”), suponía la privación de la capacidad de obrar de una persona física, en principio capaz, por sentencia por causas fijadas en la Ley. Se consideraba que la persona no nace o se hace incapaz, sino que se la priva de su capacidad natural de obrar al producirse una situación de hecho que puede dar lugar a una incapacitación, pero dejando intacta su capacidad jurídica. Esta privación de la capacidad de obrar podía ser total o parcial, estando esta última asociada a una capacidad restringida, que hacía necesario el complemento de capacidad derivado de la curatela

Solo podía declarar la incapacitación de un ser humano persona física un órgano jurisdiccional mediante sentencia, la resolución más importante de su actividad jurisdiccional, como terminación normal de un proceso de incapacitación en el que debían quedar debidamente probadas las causas que llevaban a la incapacitación, recogidas en el art. 200 CC.⁸. “enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que impidan a una persona gobernarse por sí misma”.

Resultaba necesario, por tanto:

⁸ Código Civil de 1889, art. 200 “*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

- Que se tratase de una patología persistente: el juez no podía acordar la incapacitación por una situación puntualmente aguda, sino por un motivo permanente en el tiempo, aunque fuera de manera periódica o por brotes.
- Que el efecto de la patología fuera de tal entidad que el sujeto no pudiera gobernar su persona y bienes por sí mismo, esto es, no pudiera física o mentalmente realizar actos o negocios jurídicos con mínimas garantías con conciencia y voluntad, libre y conscientemente.
- Que se tratase de una deficiencia física o psíquica, aunque cabe mencionar que por una simple deficiencia física se permitía declarar la incapacidad sólo en casos de impedimento total, limitación sensorial extrema o trastornos mixtos, acompañados de disminución psíquica.

Hago referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 20 de marzo de 2006, en la que viene a recogerse la importancia de la valoración que el juez haga de los informes o dictámenes periciales, de las causas de incapacitación en el ámbito jurídico, ya que se puede padecer una enfermedad inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, no existiría causa de incapacitación puesto que permite al enfermo un comportamiento prácticamente normal. Hace unos años existían enfermedades psíquicas que eran motivo de reclusión en centros psiquiátricos durante largas estancias e incluso de por vida, mientras que a día de hoy muchas de estas enfermedades se pueden tratar gracias a los avances de la medicina.

Antes de terminar con este apartado sobre la incapacitación, hacemos una breve referencia al art. 201 CC. que expresa “Los menores de edad podrán ser

incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”

Articulación de las medidas de protección:

Antes de la Convención de Nueva York, las medidas de protección de los discapacitados se articulaban exclusivamente a través de los cargos tutelares, patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela o curatela, en función de la determinación de la capacidad de las personas en cada una de las tres esferas de la personalidad: personal, patrimonial/negocial y sanitaria. En la mayor parte de los casos, la incapacitación total iba ligada a la patria potestad y a la tutela, y la parcial a la curatela.

Progresivamente se adoptaron una serie de medidas tendentes, bien a la protección el patrimonio destinado a sufragar las necesidades del discapaz, bien a proporcionar una mayor igualdad de oportunidades y evitar la discriminación.

4.1.1.1 En el ámbito patrimonial y tributario

En este ámbito destacamos la **Ley 41/2003** de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del código civil, de la Ley y de la normativa tributaria, según esta Ley y como expresa en su exposición de motivos, el objeto es la regulación de nuevos mecanismos para la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, que por una parte reciben por parte de los poderes públicos unos instrumentos económicos como pueden ser beneficios fiscales o subvenciones

y por otra parte los medios procedentes de la propia persona discapacitada o de su familia, indica la exposición de motivos en su apartado segundo “el objeto inmediato de esta Ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, (definido en el art.1 de esta Ley), la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos de la misma. Los bienes y derechos de este patrimonio que no tienen personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio de su titular-beneficiario sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico”⁹.

4.1.1.2 Ley 51/2003

Ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que posteriormente quedara derogada por **Real Decreto Legislativo 1/2013**, de 29 de noviembre⁹, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Se la conocía como la Ley LIONDAU, su objetivo era establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la

⁹ Extraído del 2 párrafo de la exposición de motivos de la **Ley 41/2003** de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

constitución que castiga y sanciona a las personas y organismos que discriminan a las personas con discapacidad.

4.1.1.3 Real Decreto 2271/2004

En el **Real Decreto 2271/2004**, se recogen varias medidas de adaptación y ajustes razonables a las necesidades de las personas con discapacidad en el desarrollo del proceso selectivo y en el lugar de trabajo, para garantizar la igualdad de oportunidades y combatir la discriminación por motivos de discapacidad en la esfera del empleo público.

4.1.1.4 Real Decreto 1865/2004

Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad, derogado por **Real Decreto 1855/2009**, en su art.1.2 establece, *“En particular, corresponde al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”*¹⁰, así como en el texto original en su párrafo quinto nos muestra que su objetivo es impulsar el dialogo y la participación de las familias de los discapacitados¹¹.

¹⁰ Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad art1.2 En particular, corresponde al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

¹¹ Con la regulación de este Consejo, se da así impulso al principio de diálogo civil, en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.

4.1.2 Provisión de apoyos a través de cargos tutelares

Se encontraban regulados en el artículo 215 del Código Civil, que contemplaba la Tutela, Curatela y Defensor Judicial, teniendo en cuenta que la reforma llevada a cabo por la **Ley 13/1983**, de 24 de octubre¹², permitió separar la protección de la persona y de los bienes, es decir, que se puede ejercer un cargo tutelar solamente de la persona o solamente de los bienes. Como características inherentes a estos cargos tutelares a partir de la citada Ley destacamos:

- La obligatoriedad de dichos cargos, aunque se preveían legalmente circunstancias que permiten excusarse del desempeño de los mismos.
- El nombramiento de la persona a desempeñar el cargo tuitivo debía (salvo para el defensor judicial) y suele recaer en un familiar cercano.
- Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares deberían inscribirse obligatoriamente en el RC, a efectos de que los terceros puedan conocer las condiciones de capacidad de las personas. Así, quien contrate con un incapacitado o con un pródigo, no podrá verse perjudicado por la falta de capacidad de éste, si la declaración judicial no ha sido inscrita en el RC, por lo tanto, los actos y contratos celebrados por el tutor sin contar con la autorización judicial, cuando ésta sea preceptiva, serán radicalmente nulos.

Podría decirse, sintetizando, que el tutor es el representante legal del menor o incapacitado con carácter estable; el curador, gozando igualmente de estabilidad,

¹² BOE núm. 256 de 26 de octubre.

limita sus funciones a complementar la capacidad del sometido a curatela, sin sustituirlo, por tanto, ni ser propiamente su representante. El defensor judicial es asimilable tendencialmente al del curador, aunque se caracteriza por su ocasionalidad.

4.1.2.1 La Tutela

La institución de la tutela venía regulada en los artículos 222 a 285 CC, y su finalidad era complementar la capacidad de obrar en la esfera económica y personal de determinadas personas que no podían actuar por sí solas, designando el juez en atención a un orden de preferencia que indica el art. 234 CC, la persona que ha de cumplir esa función tutiva de los intereses del tutelado.

4.1.2.2 La curatela

Era aquella institución de guarda que se establecía como medio de protección del patrimonio del menor o de la persona incapacitada judicialmente a través de la figura del curador y venía regulada en los artículos 286 a 298 del Código Civil.

La curatela no pretendía representar o sustituir la voluntad del incapaz (desplazar la autonomía de la voluntad de las personas incapacitadas) como es el caso de la tutela, sino complementarla o asistirla. Así, el artículo 289 del CC, establecía el objeto de la curatela “tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”. Pero si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los

actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este código, autorización judicial (art. 290 CC.).

En otro momento más avanzado de este trabajo reflejaremos como la institución de la curatela es la que mejor va a encajar en nuestro ordenamiento jurídico conforme a los propósitos inspiradores de la CNUDPD en materia de establecer para las personas con capacidad modificada un sistema o modelo basado en el “apoyo o asistencia en la toma de decisiones” frente al de “sustitución en la toma de decisiones”.

4.1.2.3 El defensor Judicial

Se trata de una institución de guarda de menores e incapacitados judicialmente con la que se venía a sustituir/representar o asistir, según el caso concreto, a los padres, tutor o curador cuando estos en asuntos determinados de manera transitoria, no podían desarrollar las funciones que les son propias o existía conflicto de intereses.

5. La nueva perspectiva introducida por la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo fueron aprobados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Con fecha 23 de noviembre de 2007 el Jefe de Estado ordenó expedir el oportuno instrumento de ratificación (BOE 21 de abril de 2008) respecto de los 50

preceptos que la integran, disponiendo expresamente aquel instrumento que tales preceptos se hallan vigentes en nuestro país desde el 3 de mayo de 2008 y por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 CE y en art. 1.5 CC., la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad pasa a formar parte de nuestro derecho positivo, debiendo incluso ser un referente interpretativo de las normas internas a tenor del art. 10.2 CE.

Estos textos recogen los derechos de las personas con discapacidad y lo más importante, las obligaciones de los estados partes de promover, proteger y asegurar tales derechos inherentes a la dignidad de las personas. La redacción de esta convención supone el conjunto de varios esfuerzos para alcanzar la evolución en la consideración social y jurídica de la discapacidad a través de las aportaciones de las instituciones de derechos humanos nacionales y de las organizaciones no gubernamentales destacando un papel muy importante las plataformas sociales en defensa de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias.¹³

La eficacia jurídica vinculante que supone la convención de Nueva York permite en el ámbito de los derechos humanos pasar de lo genérico a lo

¹³ Citamos la importante labor del Comité Español de Representantes de personas con Discapacidad (CERMI). Para apoyar la participación española en el proceso de elaboración de la convención, el real patronato sobre discapacidad creó, en el marco de su comisión de legislación, la subcomisión de Expertos sobre la Convención de la ONU, compuesta por expertos de diversos ámbitos (asociativo, académico y gubernamental). Los informes elaborados por la subcomisión de expertos sirvieron de base para el posicionamiento de España durante el proceso de elaboración de la convención. El comité español de representantes de personas con discapacidad (CERMI) también participó activamente en el proceso tanto a través de la citada subcomisión de expertos como a través del Foro Europeo de la Discapacidad. Atendiendo a una demanda del CERMI, en las últimas fases de la negociación, la representación gubernamental española incorporó en su delegación a una persona con discapacidad, Ana Peláez, comisionada del género del CERMI, consejera general de la ONCE y actualmente vicepresidenta del comité de naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, órgano encargado de velar por el cumplimiento de la convención

específico gracias al llamado modelo de la diversidad, a modo de examen de conciencia internacional sobre un problema concreto, como es la desatención o despreocupación hacia las personas discapacitadas y su anhelada inclusión social, así, con la ratificación hecha por España, el texto de la Convención pasa a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, lo que determina la aprobación de las necesarias reformas que los principios, el espíritu y el texto de la convención internacional de las personas con discapacidad requieren en relación con un gran número de normas sustantivas y procesales inherentes a ésta.

La Constitución de 1978 ya ofrecía cobertura para llevar a cabo políticas activas de integración de personas con discapacidad, así lo expresaba el art.49 de la Carta Magna ubicado en el capítulo 3 del título 1 “los principios rectores de la política social y económica” aunque utiliza la palabra “disminuidos” término éste que no es compatible con la terminología empleada en la convención internacional de las personas con discapacidad que usa el termino discapacidad y personas con discapacidad.

Se trata de algo más que un cambio en la terminología, la CDPD viene a producir un gran cambio en el mundo de la discapacidad con plenos efectos jurídicos vinculantes para los estados partes que la han ratificado. La cuestión es de un gran calado social, se trata de la consideración de las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y de protección social. Apuesta de forma decidida por la transformación de un modelo “médico rehabilitador” en un modelo “social” de la discapacidad.

5.1 Objetivo de la convención de Nueva York

Su objetivo es lograr la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad suponiendo esto garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos a las personas, promoviendo, defendiendo y garantizando el “goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad” así como promover también el respeto de su dignidad (artículo 1 de la convención internacional de las personas con discapacidad)¹⁴. También aparece en este art. 1 de la CDPD la nueva definición de las personas con discapacidad “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”. De esta definición podemos extraer la idea de un modelo social en el que la sociedad es la que tiene que adaptarse a la persona con discapacidad eliminando las barreras que impiden a las personas con discapacidad interactuar en la sociedad que las rodea, pues en este modelo social, no se puede considerar la discapacidad como un problema individual de la persona, ya que son las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados a las personas con discapacidad las que influyen en la propia discapacidad.

Supone la convención una respuesta por parte de la ONU a la corriente inobservancia o desconocimiento de la práctica totalidad de textos vinculantes

¹⁴ El art.1 de la convención de las personas con discapacidad lo ponemos en conexión con los art.1 y 2 de la declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 e incluso con los arts.10.1 y 14 de la CE. También cabe nombrar en este sentido los arts. 1 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

a nivel supranacional, especialmente, cuando la persona se encuentra desvalida o vulnerable por motivo de discapacidad. La ONU se ha preocupado de llevar a un texto jurídico internacional la demanda y la exigibilidad a los poderes públicos de políticas normativas y administrativas que faciliten el acceso y el ejercicio de los distintos derechos de las personas con discapacidad y su inclusión efectiva en la sociedad en igualdad de oportunidades.

5.2 Los efectos de la convención en el ordenamiento jurídico español

Teníamos en España la **Ley 13/1982** de 7 de abril, en materia de discapacidad que quedo obsoleta tras la aparición de la CDPD, dando lugar a la "**Ley 26/2011**, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad" y el **Real Decreto 1276/2011**, de 16 de septiembre de la misma rubrica, Ley que va a suponer un punto de partida en la modificación de varias normas españolas con el objetivo de adaptarlas a las exigencias de la convención. Entre estas normas modificadas y/o derogadas destacamos:

- **Ley 51/2003**, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- **Ley 27/2007**, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
- **Ley 49/2007**, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

- Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el **Real Decreto-Legislativo 5/2000**, de 4 de agosto.
- **Ley 30/1979**, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- **Ley 14/1986**, de 25 de abril, General de Sanidad.
- **Ley 41/2002**, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- **Ley 14/2006**, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- **Ley 16/2003**, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- **Ley 44/2003**, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- **Ley 7/2007**, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- **Ley 2/1985**, de 21 de enero, sobre protección civil.
- **Ley 23/1998**, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo.
- **Ley 50/1980**, de 8 de octubre, de contrato de seguro.
- **Ley 49/1960**, de 21 de julio, de propiedad horizontal.
- **Ley 34/2002**, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- **Ley 39/2007**, de 19 de noviembre, de la carrera militar.
- **Ley 30/2007**, de 30 de octubre, de contratos del sector público.
- **Ley 13/1982**, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.
(LIONDAU).

Jurídicamente se va a imponer a los estados partes una serie de obligaciones, sobre todo de reformas normativas y de adecuación de sus políticas activas en el mundo de la discapacidad a los principios fundamentales que vienen relacionados y con eficacia jurídico vinculante en el art.3 de la CDPD.

5.3 Principios generales

Los principios generales que recoge la convención en su art. 3 son:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Con arreglo a dichos principios la CDPD declara prohibida expresamente la discriminación por discapacidad recogido en el párrafo 4 del art. 2 CDPD¹⁵.

¹⁵ Artículo 2. CDPD

Para la consecución de estos principios también recoge el citado art 2 de la convención el concepto de “ajustes razonables” que impone a los países suscriptores y no es otra cosa que “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida , cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades públicas”. Junto a estos ajustes razonables, también hay otro instrumento llamado el diseño universal que supone que “tanto los objetos como los espacios deben diseñarse de manera que pueda ser utilizados, sin modificación alguna, por el mayor número posible de personas” esto se conoce como diseño sin barreras, y es la base sobre la que se sustenta el diseño que incorpora la accesibilidad física, accesibilidad sensorial y la accesibilidad cognitiva, ósea, que tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad durante todo su proceso de desarrollo.

5.4 El artículo 12 de la convención como parte nuclear

Antes de empezar con un estudio del art. 12 CDPD, que trata sobre la capacidad Jurídica de las personas, vamos a hacer referencia al tradicional

Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

sistema que había en España el cual diferenciaba entre personalidad Jurídica, capacidad Jurídica y capacidad de obrar. La personalidad jurídica se identifica con la capacidad para ser reconocido como persona ante la Ley, requisito imprescindible para ser titular de derechos y obligaciones, el art. 267 del CC, dispone que la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte. La capacidad jurídica la entendemos como aquella aptitud de ser titular de derechos y obligaciones. La personalidad jurídica y la capacidad jurídica se aúnan en la condición de ser persona La vinculación de la capacidad jurídica a toda persona, sin excepción, deriva del artículo 29 del Código Civil.

En el análisis de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar puede decirse, con respecto a la primera, que permanece inalterable de forma absoluta. Es decir, a diferencia de la capacidad de obrar que sí puede restringirse, una persona siempre gozará de capacidad jurídica. La capacidad de obrar es, por contra, la aptitud para producir efectos jurídicos mediante nuestros actos, de forma consciente y voluntaria. Así pues, podemos establecer que capacidad jurídica y capacidad de obrar no son lo mismo.

La capacidad jurídica entendida desde la perspectiva del art.12 de la convención acoge la capacidad de ejercer derechos, así como la de asumir obligaciones, o lo que es lo mismo, el art. 12.2 no establece distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

El artículo 12 exige a los Estados reafirmar que ¹⁶“todas las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su

¹⁶ Art.12 de la CDPD

personalidad jurídica”, “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” que se adoptarán “todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”

El art. 12 CDPD recoge tres ideas principales que han de ser asumidas por las regulaciones internas de los estados miembros que serían:

- En primer lugar, la capacidad jurídica que contempla el párrafo segundo del art.12 que incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos como la capacidad de ejercitarlos; por lo tanto, el término no se identifica con el de capacidad jurídica en el sentido que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Derecho, equivalente al de personalidad jurídica, sino que contempla también capacidad de obrar.
- En segundo lugar, el concepto de apoyo a las personas con discapacidad que pretende evitar, en la medida de lo posible, la sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad ya que estando capacitada para ejercer sus derechos no debe ser representada ni sustituida salvo que sea en un caso extremo en el que sea absolutamente necesario ese apoyo conforme a los principios de proporcionalidad y de necesidad.
- La tercera idea, es que además de los apoyos y todas las medidas de salvaguarda que sean adecuadas y efectivas, se creen las garantías que sean necesarias para asegurar el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y en la toma de sus propias decisiones

La CDPD es contraria al sistema tradicional de sustitución en la toma de decisiones que supone en la mayoría de legislaciones internas la incapacitación, y apuesta por el sistema social, con el apoyo en la toma de decisiones para que así no se vea mermada o anulada la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En el citado art. 12 se incorpora el modelo de asistencia en la toma de decisiones que, junto con los principios de autonomía, dignidad, igualdad y el derecho a vivir de forma independiente proporcionan a este colectivo la igualdad con el resto de personas en lo concerniente a decidir sobre sus propias vidas.

Tras la aprobación de esta **Ley 26/2011**, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Consejo de Ministros de España elaboró un informe que contenía un estudio de la normativa española con el fin de adaptarla a las exigencias de la convención, el cual fue aprobado el día 30 de marzo de 2010, con la rúbrica de “informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” el cual apunta a una reforma del CC, y de la LEC, Pero no es hasta el 21 de septiembre cuando tenemos un Anteproyecto definitivo, que es presentado por las Ministras de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar Social a consideración del Consejo de Ministros.

El régimen de guarda legal más adecuado, así como las medidas de apoyo necesarias para asistir a la persona discapacitada en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar serán determinadas por intervención judicial.

Resultado de lo expuesto anteriormente, concluimos conque pasamos de un sistema de sustitución controlado judicialmente a un sistema de apoyos y

asistencia en la toma de decisiones con salvaguardas, como reza el precepto “el establecimiento de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica, como único admisible en lo sucesivo. La prestación de asistencia para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, parte del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla” así como la adopción de salvaguardas como garantía para un funcionamiento regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona. Las salvaguardas han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias, y han de estar sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Según se desprende del art. 12 CDPD, en su apartado 4, establece que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionan estas salvaguardas para evitarlos abusos que se puedan producir conforme al D.I en materia de derechos humanos, impidiendo que esos apoyos se transformen en instrumentos de sustitución.

6. Actuación de juzgados y tribunales antes de la aprobación de la Ley 8/21. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009

Haciendo un estudio jurisprudencial en el sentido de la incapacitación, y en virtud del esfuerzo que han hecho los tribunales para ir ajustando nuestros preceptos legales a los principios de la convención, tenemos que destacar la **STS de 29 de abril de 2009 (282/2009)**, que marcó el inicio de una nueva línea jurisprudencial en materia de protección de las personas con discapacidad

modificada judicialmente e interpretación de las normas vigentes a la luz de la convención.

Haciendo un brevísimo resumen de la sentencia que nos ocupa para su mejor entendimiento, cabe señalar, que se trata de la estimación de la demanda por la que dos hermanas solicitan la incapacitación de su madre alegando que la demandada era incapaz de gobernarse por sí misma, necesitando continuos cuidados y atenciones y que, desde la muerte de su esposo, alternaba periodos de lucidez con otros de desorientación. La madre de las demandantes fue sacada de la finca familiar por otros hermanos de las demandantes, quienes impedían las visitas a las hermanas iniciadoras del procedimiento de incapacitación. La demandada contesto con un poder general otorgado a tres de sus hijos, negando que careciera de capacidad para atender al cuidado de su persona y bienes. El juez de primera instancia estimo la demanda, declarando la incapacidad total y absoluta para regir su persona y bienes y nombrando tutor de su persona a sus hijas y a un hijo tutor de sus bienes. La demandada apeló la sentencia a través de tres de sus hijos, que actuaron en representación y defensa de la presunta incapaz. La sentencia dictada en grado de apelación por la audiencia provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada. El tribunal supremo declara no haber lugar a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la demandada por mediación de sus hijos.

Contiene esta sentencia unas propuestas revolucionarias por parte del Ministerio Fiscal que en un futuro iban a servir para influenciar al legislador estatal a la hora de reformar el código civil en materia de discapacidad.

Esta sentencia fue la primera oportunidad que tuvo el TS de pronunciarse sobre si la interpretación de los artículos 199 y 200 del CC son acordes con la Convención de Nueva York. El problema que se plantea en el recurso de casación y en la impugnación del ministerio fiscal es determinar si nuestra normativa en materia de incapacitación como medida de protección de las personas incapaces, es contraria a la convención.

Cabe resaltar el valor normativo que tiene la convención a la cual le es de aplicación el artículo 96.1CE. el cual establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España forman parte de su ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

El Ministerio Fiscal entiende que “el tratamiento de las personas con discapacidad está regulado por nuestra constitución desde dos perspectivas complementarias al considerarlas de un lado, como titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; y de otro, como miembros de un colectivo que requiere una especial protección para el disfrute de los mismos. En principio, la combinación de ambas perspectivas parece adecuada y ajustada a los principios de la convención internacional, pero hay que matizar por un lado el concepto de discapacidad que recoge el artículo 1 de la convención,” 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 los demás “, este concepto junto con lo recogido en el preámbulo de la convención, que además,

lo describe como un concepto dinámico y en constante evolución marcado por las personas con deficiencias y las barreras que suponen la actitud y el entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás, concepto que resulta fundamental a la hora de interpretar las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requieran para ejercer con plenitud su capacidad de actuar, (art. 12). Este concepto contempla una triple perspectiva, la individual, la biológica y la social que se han de tener en cuenta a la hora de dar solución, (en igualdad de condiciones) al conflicto que pueda producirse entre el derecho y su aplicación, aplicando actuaciones que favorezcan a este colectivo para lograr la igualdad de hecho.

En el escrito del ministerio fiscal se indica que “la convención adopta el modelo “social de discapacidad “que sustituye al modelo” médico rehabilitador” que en nuestro derecho tiene actualmente un carácter residual, con relación al art. 12. Sigue señalando el escrito del ministerio fiscal que la convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad pueda necesitar la ayuda de un tercero. La convención contiene implícitamente tres deberes distintos que implican a todos los estados partes:

- La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.
- La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros.
- La obligación de actuar.

Señala el Ministerio Fiscal que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor. La figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, `para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales” ”la curatela, reinterpretada a la luz de la convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parece la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro lado porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones.

La convención unifica la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en un todo inseparable como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria “igualdad”, proporcionándole los mecanismos adecuados, asegura a la persona con discapacidad su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar. También pone de relieve las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas discapacitadas y concluye diciendo que la convención propugna la sustitución del modelo de “sustitución en la toma de decisiones”

por el nuevo modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones” aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del ordenamiento interno. Respecto a las medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, añade el escrito del Ministerio Fiscal, sobre la base de protección que contempla el preámbulo de la convención “la toma de decisiones con apoyos puede adoptar diferentes modalidades. Apoyos en las decisiones personales en las decisiones patrimoniales art.12.5, sociales y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la convención, aunque por otra parte reconoce que los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna. Concluye el escrito del ministerio fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se apten a la convención.

La sala, antes de entrar a examinar los motivos del recurso de casación, afirma que “antes debe establecer las reglas interpretativas que permitan compaginar el sistema de constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el CC, a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa se centra en su art. 12.

El problema que se plantea en el recurso de casación y en la impugnación del ministerio fiscal se centra, en consecuencia, en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

El Ministerio fiscal se refiere al art. 12.4 CDPD para destacar la necesidad de que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica sean proporcionales y adaptadas a las condiciones de la persona y que sus salvaguardas sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona, suponiendo esto que las situaciones de modificación de la capacidad han de tener un contexto flexible y modulado para lo que requiera el interés y la protección de cada persona, en ejercicio de su capacidad de obrar, en función de su capacidad de entender y querer, a lo cual atiende en la actualidad nuestro ordenamiento en el art. 215 CC y en su art. 760.1 LEC.

La modificación judicial de la capacidad, solo se puede justificar en el marco de la protección de la persona. Haciendo una lectura conjunta de la CE y de la convención para que se den los objetivos de los artículos 10,14 y 49 CE, expone el tribunal que:

- a) El art.49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección en el ámbito de la protección de las personas por su situación psíquica
- b) La incapacitación, contemplada en el CC, no se puede considerar contraria a los valores de la convención porque si vulnera el contenido del art.14 CE, tratando de forma distinta a las personas que pueden gobernar su persona y bienes de aquellas que por sus condiciones no pueden, lo hace de manera justificada, atendiendo a la necesidad de protección específica de estas.
- c) La insuficiencia mental que desemboca en la incapacitación o en la capacidad limitada, tiene que devenir de una valoración exclusiva de las

condiciones del sujeto, el cual sigue teniendo su capacidad jurídica y solo es posible, mediante sentencia que sea privada de su capacidad de obrar en la medida que sea necesaria para su protección.

Al hilo de lo expuesto en los tres puntos anteriores, la sentencia objeto de estudio en el FJ 7º, obliga a recordar la **STC 174/2002**, que expresa que la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC) mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exige el art. 759, LEC que, en la medida en que van dirigidos a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto “incapaz “ y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su “incapacitación” (art. 199 y 200 CC).

De este modo afirma el TS que esta es la única interpretación posible del art. 200 CC, y del art. 760 LEC que hace adecuada la regulación actual con la convención, y es por la cual el sistema de protección establecido en el CC sigue vigente. De su lectura e interpretación se propone que el “incapaz” sigue siendo el titular de sus derechos fundamentales y que la modificación judicial de la capacidad es solo una forma de protección.

Destacamos también como parte relevante de esta sentencia lo expresado en el FJ 5, por el que tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y a los que por sus condiciones no pueden gobernarse, no es argumento para considerar la modificación de capacidad como contraria a los principios establecidos en la convención. A la persona que le falta capacidad

para entender y querer se le proporciona un sistema de protección y no de exclusión, compatible con el principio de tutela de la persona recogido en el art. 222 CC, como también expresa el art 49 CE.

Ante estas situaciones el CC, español contempla por un lado la limitación legal de la capacidad de obrar, y simultáneamente la sujeción a un régimen de guarda que incluye mecanismos de representación o complemento de capacidad con la finalidad que la persona discapacitada no tome decisiones erróneas que le sean perjudiciales o que terceros se aprovechen de ellas.

7. Primeras reformas: el derecho al voto y la esterilización

7.1 El derecho al voto para discapacitados después de la convención de Nueva York

Con anterioridad a la Convención de Nueva York de 2006, la regulación del derecho al voto de las personas con discapacidad podría suponer una vulneración del principio de igualdad ante la Ley, al establecerse como posible la prohibición del ejercicio del derecho de sufragio para las personas con discapacidad. La **Ley Orgánica 5/1985**, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su artículo 3 señalaba que: *“Carecen de derecho de sufragio: Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.*

Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente.”¹⁷.

Para llegar a la privación del derecho al voto, se precedía de un estudio del caso concreto. La limitación de este derecho se tenía que hacer de forma restrictiva puesto que la regla general era mantener este derecho.

Suponía este precepto una violación al derecho de participar en la vida política y pública a los discapacitados, y que tuvo su respuesta con la entrada de la convención de Nueva York, que en su art. 12 declara la igualdad ante la Ley, y en este sentido, el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones, suponiendo la máxima expresión de participación política de los miembros de una sociedad democrática. Así lo recoge el artículo 29 del Tratado citado, que insta al Estado “a garantizar el derecho al voto en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad, entre otras formas de participación política y pública”. Para lograr este objetivo los poderes públicos deberán asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública, directamente o a

¹⁷ Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General art. 3

través de representantes libremente elegidos, mediante el derecho a votar y a ser elegidas.

A la luz de las exigencias impuestas por la convención en materia de igualdad y no discriminación, se aprueba la **Ley Orgánica 2/2018** de 5 de diciembre, para la modificación de la LOREG, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, que va a modificar el art 3, 2º LOREG, “toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”.

Para articular el ejercicio del derecho en tales condiciones cabe destacar la instrucción 7/2019, de la Junta Electoral Central, de 18 de marzo, que dispuso: “en el supuesto de que algún miembro de una mesa electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna”, pasando por tanto a derivar la responsabilidad, en detrimento de juzgados y tribunales, al Presidente de la mesa electoral, sin perjuicio de lo cual el voto se entenderá correctamente emitido.

7.2 La prohibición de la esterilización

La esterilización está definida como cualquier procedimiento, técnica o método por el cual se crea un estado de ineptitud para la procreación de forma definitiva, tanto en el hombre como en la mujer, siempre y cuando se conserven la actividad y el deseo sexual. Están excluidos de este concepto,

todos aquellos casos de castración “extirpación de glándulas sexuales” que, si bien suponen una incapacidad para la procreación, también conllevan la imposibilidad de realizar una vida sexual normal. En el caso de los hombres se la denomina vasectomía y en el de las mujeres ligadura de trompas.

En nuestro ordenamiento jurídico se regulaban las causas por las que estaba penalizada la práctica de la esterilización en el art.156.2 CP, que contenía los requisitos necesarios para considerar conforme a derecho la esterilización de personas cuya discapacidad intelectual o psicosocial les impidiera prestar válidamente su consentimiento a la intervención.

Este artículo 156 CP es fruto de la **LO. 1/2015**, por la que se había reformado este precepto con la finalidad de adaptar la legislación española de la “esterilización acordada por órgano judicial” a la CDPD. Incluso había otro precepto más antiguo, LO 3/1989 de 21 de junio, a la que se le añadió a su art. 428.2 CP vigente en aquel momento y que dejaba impune, con ciertas condiciones procedimentales, la esterilización de las personas que padecieran una discapacidad social grave, siendo su criterio rector la referencia al interés del incapaz de la decisión de esterilizar, expresada en el citado art. 156 CP.

La constitucionalidad del precepto fue avalada por un Tribunal Constitucional dividido en su sentencia 215/1994, de 14 de julio, que la condicionó, sin embargo, al requisito de que la esterilización se llevase a cabo, en todo caso, en interés del incapaz, permitiéndole “no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 C.E.) y a su integridad moral (art. 15.1 C.E.), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni

asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos de la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39.3 C.E.) inherentes a tales situaciones”

Es también la **LO 1/2015 CP** es la que expresa el procedimiento para la autorización de la esterilización de las personas que carezcan de capacidad para consentir, permitiendo su realización siempre que fuera con autorización judicial, previa audiencia de dos especialistas y del Ministerio Fiscal, y habiendo realizado un reconocimiento personal de la persona afectada, al objeto de determinar su capacidad para entender las posibles consecuencias del acto sexual, para utilizar mecanismos tendentes a impedir la concepción, y para ejercer la maternidad o paternidad responsable en su caso.

Es con la aprobación de la LO 2/20 de prohibición de la esterilización, cuando se constata que no existía ninguna lectura del art. 156.2 CP que fuese acorde con la convención. Así lo declara el legislador en el Preámbulo de la reforma, que señala que “La permanencia de esta posibilidad legal en el Derecho nacional, más de una década después de la entrada en vigor del Tratado internacional de las personas con discapacidad constituye una grave anomalía en términos de estrictos derechos humanos. Que nuestro Estado siga permitiendo que se vulneren los derechos de las personas con discapacidad por mitos tales como ‘el bien de la familia’, ‘la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres’ o ‘por su bien’, atenta directamente contra el artículo 23 de la Convención”. Es por esto que se suprime el párrafo segundo del art. 156 CP, donde se preveía que no eran punibles las esterilizaciones

practicadas por facultativo y autorizadas por el órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no pudieran prestar su consentimiento.

Se establece en la nueva regulación la previsión de reformar la legislación para garantizar que las personas con discapacidad dispongan de los apoyos humanos y materiales para tomar una decisión libre e informada y para garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad.

Ello, no obstante, no resulta del todo acertado, pues se está excluyendo del uso de este método anticonceptivo a las personas cuya discapacidad intelectual o psicosocial les impide, de facto, una comprensión profunda de sus implicaciones, por lo que se les aboca a una procreación indeseada o, lo que es más grave, a la necesidad de impedir el ejercicio libre de su sexualidad. Lo deseable sería, por tanto, una regulación de la materia que, excluyendo radicalmente la posibilidad de una esterilización forzada de las personas con discapacidad, les garantice los apoyos necesarios para que puedan someterse voluntariamente a esta clase de procedimientos en condiciones de igualdad con el resto de personas.¹⁸

8. La Ley 8/21 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

8.1 Exposición de motivos y principales reformas

¹⁸ Pantaleón Díaz. M (2021) “¿Esterilización forzada versus esterilización prohibida? “Blog Facultad de Derecho. Consultado el 3 de mayo de 2022 en ¿Esterilización forzada versus esterilización prohibida? | Blog de la Facultad de Derecho (uam.es).

El 3 de junio de 2021 se publicó en el BOE la **Ley 8/2021**, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas discapacitadas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicha Ley entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, por lo que el tres de septiembre de 2021 ya había sido aplicada por todos los operadores jurídicos. Esta Ley ha venido a incorporar la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, a nuestro ordenamiento jurídico, 15 años después de haberse celebrado la citada convención. Supone una reforma de enorme calado en la protección jurídica de las personas con discapacidad que afecta a más de 140 artículos y a 8 Leyes. Esta Ley consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

La CDPD, proclama en su art.12, que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida y obliga a los estados partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Como dice la exposición de motivos de la **Ley 8/2021**, en su apartado I “ El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”.¹⁹ La CDPD, dice expresamente que la capacidad jurídica

¹⁹ exposición de motivos de la **Ley 8/2021**, en su apartado I “El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”.

implica la capacidad de ser titular de derechos y de ejercerlos con eficacia, y aquí resaltamos que las personas con discapacidad pueden ejercer sus derechos con eficacia a través de un sistema de protección nuevo, en el que los estados partes han de proporcionar salvaguardias que aseguren que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetan los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, siendo estas proporcionales al grado en que dichas medidas afectan a la persona con discapacidad .

La reforma del ordenamiento jurídico introducida por la convención ha supuesto la modificación de varias normas. El proceso se inició con las reformas siguientes:

- La **Ley 26/2011**, de adaptación normativa a la CDPD.
- **Real Decreto Legislativo 1/2013**, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.
- La **Ley Orgánica 1/2015** de 30 de Marzo (reforma del código penal).
- La **Ley 15/2015** de 2 de Julio, modificada por la Ley 4/2017, de 14 de junio (jurisdicción voluntaria).
- La **Ley Orgánica 1/2017**, de 13 de diciembre de modificación de la **L.O. 5/1995**, de 22 de mayo del tribunal del jurado.
- La **Ley Orgánica 2/2018**, de 5 de diciembre, para modificar la **L.O. 5/1985** de 19 de junio, del régimen electoral general para garantizar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad.

La **Ley 8/2021**, en concreto, introduce reformas en las siguientes Leyes:

1. La **Ley del Notariado**
2. El **Código Civil**.

3. La **Ley Hipotecaria**.
4. La **Ley 1/2000** de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
5. La **Ley 41/2003** de protección patrimonial de las personas con discapacidad y normativa tributaria.
6. La **Ley del Registro Civil**.
7. La **Ley de jurisdicción voluntaria**.
8. El **Código de Comercio**.

Estas modificaciones normativas deben de ir acompañadas de un cambio del entorno, así como de una transformación de la mentalidad social, especialmente de los operadores jurídicos en la adaptación a la visión que ofrece la nueva Ley en el ámbito de la discapacidad.

Esta Ley está inspirada, como expresa en el apartado I último párrafo de su exposición de motivos, “en el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales y el respeto a la libre voluntad de las personas con discapacidad, y consagra los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que las personas con discapacidad pueden necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.”

En el ámbito procesal, pasamos de los tradicionales procesos de modificación de la capacidad a los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, dando preferencia a la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa.

Supone un cambio de sistema en el que predominaba la sustitución en la toma de decisiones, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, es decir, para que lo que se plasma sea no lo que

el otro piensa que es el interés de la persona con discapacidad, sino lo que la persona con discapacidad dice que es su voluntad, deseos y preferencias ya que ahora es la persona con discapacidad quien toma las decisiones que le afectan. Este cambio de paradigma viene reflejado en el art. 2 de esta Ley, el cual viene a introducir la reforma del código civil que es la más extensa y de mayor calado y que además va a irradiar al resto de reformas que la Ley contempla en el resto de su articulado. El título XI del libro primero del código civil se redacta de nuevo y pasa a llamarse “de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, apoyos que engloban desde “el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en las declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo o la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”. Las medidas de apoyo que van a ser prioritarias en la nueva Ley van a ser las medidas voluntarias, siendo estas las que pueda adoptar la persona con discapacidad (especial referencia a los poderes y mandatos preventivos y a la autotutela).

Por orden de preferencias, después de las medidas voluntarias nos encontramos con las siguientes medidas de apoyos:

1. La guarda de hecho, que es quien sin nombramiento judicial que le habilite para ello, cuida de la persona con discapacidad, aunque en determinadas circunstancias, puede requerir de autorización judicial ad hoc, cuando se esté ante ciertos casos previstos en la Ley.
2. La curatela, que es la principal figura judicial de apoyo y consiste en que el asistente dota de apoyos a la persona con discapacidad, solo en

aquellos ámbitos que lo precise. Es por lo tanto una figura asistencial y solo excepcionalmente será representativa.

3. Desaparecen, la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. la tutela queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos por la patria potestad (títulos IX y X), la desaparición de esos tipos de patria potestad se debe a que, en la nueva concepción sobre la autonomía de las personas con discapacidad, se duda que los progenitores sean las personas más adecuadas para conseguir que el hijo adulto con discapacidad logre el mayor grado de independencia posible para vivir en un futuro sin la presencia de sus progenitores. Esto conlleva que en la nueva Ley cuando el discapacitado alcance la mayoría de edad.

También se ha modificado la terminología jurídica, pues desaparecen los términos “incapaz” e “incapacitado” y pasa a emplearse el término “personas con discapacidad”, ahora se ha pasado de la incapacitación a una variedad de acciones.

Desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, de forma que actualmente la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimidad para ejercitarlos por sí mismo y/o con los apoyos necesarios.

Para terminar con este punto, hacemos referencia al régimen transitorio de la nueva Ley, señalando que, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva Ley desde su entrada en vigor “los tutores y curadores, excepto de los pródigos, y los defensores judiciales ejercerán su cargo conforme a la nueva Ley” “los tutores se regirán por las normas de los curadores representativos”

“quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta la revisión”.

Por otro lado, quedan sin efecto las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad o de su ejercicio, así como también, en cualquier momento se puede solicitar ante la autoridad judicial la revisión de la medida, que deberá resolverse en el plazo de un año. Amplia legitimación. En defecto de solicitud, la revisión se hará de oficio o a instancia del ministerio fiscal en el plazo de tres años.

8.2 Principios fundamentales

Los principios fundamentales a destacar con la introducción de la nueva Ley los podríamos concretar en:

- El ámbito personal de aplicación se restringe a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen de una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.
- La finalidad de las medidas es permitir el pleno desarrollo de la personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.
- Estas medidas han de estar inspiradas, como exige el art. 10 CE, en el respeto a la dignidad de la persona y tutela de sus derechos fundamentales.
- Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario de las voluntarias, ya que como mencione en el apartado anterior “Las medidas de apoyo que van a ser prioritarias en la nueva Ley van a ser las medidas voluntarias, siendo estas las que pueda adoptar la persona con

discapacidad (especial referencia a los poderes y mandatos preventivos y a la autotutela)”.

- No se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona. Esta es una de las premisas de las que parten las medidas judiciales de apoyo y el nuevo contenido de los arts. 249 y siguientes del CC.
- La provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de proporcionalidad y necesidad.
- Se ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad deseos y preferencias

8.3 Medidas voluntarias de apoyo

Para empezar, apuntamos que las medidas voluntarias de apoyo, se engloban dentro de las medidas de apoyo formales, esto significa, que son aquellas que, requieren para su adopción, la observancia de las prescripciones legalmente establecidas, son susceptibles de controles y salvaguardas y deben ser inscritas para su conocimiento por terceros. Por el contrario, las informales implican una situación de hecho, en la que el apoyo para la toma de decisión se realiza de modo natural, a través del entorno familiar, social o comunitario.

La nueva regulación otorga preferencia a estas medidas voluntarias de apoyo, siendo estas las establecidas por la propia persona designando quien debe prestarle apoyo y con qué alcance (art. 250.3 CC) y se regulan en el Capítulo II, bajo la rúbrica “medidas voluntarias de apoyo”. Tienen especial relevancia estas medidas voluntarias, en aquellos casos en que se pueden

anticipar, como es el caso de aquella persona que le diagnostican Alzheimer en estado primitivo y esa persona sabe que en unos años no va a poder tomar sus propias decisiones, en este supuesto, la idea del legislador es que esa persona pueda anticipadamente elegir sus propias medidas para el futuro.

Adquieren especial importancia en estas medidas, los poderes y mandatos preventivos, las voluntades anticipadas y la autocuratela. El art.255 CC²⁰.

8.3.1 Concepto de apoyos. El tercer sector de acción social

El concepto de apoyos en el nuevo sistema introducido por la **Ley 8/2021** de discapacidad, es un término bastante amplio que engloba todo tipo de actuaciones como pueden ser el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo o asesoramiento, la toma de decisiones delegadas, las actuaciones en asuntos tanto de naturaleza patrimonial como en aspectos personales, como los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de la vida ordinaria así como la supervisión o control en la tomade medicación, son estos unos ejemplos de un amplio abanico de actuaciones que pueden darse tanto en los ámbitos personales de la persona con discapacidad como en aquellos asuntos de naturaleza patrimonial o sanitaria.

²⁰ El art.255 CC” expresa que “estas medidas de apoyo puede adoptarlas un mayor de 16 años cuando prevea la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad, siempre mediante escritura pública otorgada ante notario , así mismo, podrá prever las medidas , órganos de control, salvaguardas y plazos de revisión con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. El Notario debe comunicarlas al registro civil para su constancia en el registro individual del otorgante y solo en defecto de estas medidas voluntarias, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial acordar otras medidas supletorias o complementarias“

En la nueva regulación, y a modo de ejemplo práctico, si una persona con discapacidad tiene dificultades para tomar sus decisiones, la solución no pasa por iniciar un procedimiento de incapacitación o de modificación de su capacidad jurídica para designarle un/a tutor/a o un/a curador/a. Se deben de adoptar “las medidas pertinentes” para proporcionarle acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. La capacidad jurídica es igual para todas las personas con discapacidad, si bien atendiendo a las necesidades de la persona con discapacidad, se fijará el apoyo que precise.

El tercer sector de acción social desempeña un papel crucial para la protección de aquellos grupos de personas marcados por las situaciones de desigualdad y de exclusión social. España cuenta con la **Ley 43/2015** del Tercer Sector de Acción social, que recoge su parte más social y lo define como “aquellas organizaciones del tercer sector de carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadana o social, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social”. Por lo que su objetivo estratégico es” ser un actor imprescindible en el desarrollo de los derechos sociales, y en particular de los colectivos más vulnerables de la sociedad española. Su misión es expresar el compromiso desde la sociedad civil organizada, contribuir a construir una sociedad más justa, inclusiva y cohesionada, que evite la exclusión de determinados colectivos y asegure a todos unos niveles suficientes de bienestar. Además, es uno de los pilares fundamentales del sistema de bienestar social junto al Estado, los hogares y el mercado”.

Básicamente se caracterizan por:

- “1. Tener personalidad jurídica propia. Están formalmente constituidas como asociaciones, fundaciones, entidades religiosas, cooperativas de iniciativa social o bien empresas de inserción.
2. Son de naturaleza jurídica privada.
3. No poseen ánimo de lucro y tienen carácter altruista: reinvierten sus beneficios en la actividad social que desarrollan.
4. Su misión está orientada a la inclusión social de colectivos vulnerables.
5. Desarrollan sus actividades de acción social siguiendo los principios de proximidad al territorio o el entorno.
6. Garantizan la participación democrática en su seno.
7. Actúan de modo transparente, tanto en el desarrollo de su objeto social como en el funcionamiento, gestión de sus actividades y rendición de cuentas.
8. El voluntariado es parte fundamental para la consecución de sus objetivos. Personas que ceden su tiempo, conocimientos, así como parte de sus recursos económicos para ello”²¹.

Estas siete características podemos decir que conforman sus principios rectores que vienen expresados en el Capítulo II art.4 de la” **Ley 43/2015**, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social”²².

8.3.2 Poderes y mandatos preventivos

Estas medidas voluntarias de apoyos vienen reguladas en el Capítulo II, De las Medidas voluntarias de Apoyos, sección 2ª de los poderes y mandatos

²¹ “*El tercer sector: claves y objetivos*” (2021) *Unir Revista electrónica*. Consultado el 3 de mayo de 2022 en *El tercer sector: ¿en qué consiste y cuáles son sus objetivos?* (*unir.net*).

²² https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10922

preventivos arts. 256 a 262.de la **Ley 8/2021** de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²³

Las medidas voluntarias de apoyo tienen sus antecedentes en la reforma de 2003 donde se regulaba en sede de mandato, concretamente como excepción a la extinción del mandato por incapacitación sobrevenida del mandante, mientras que el nuevo sistema la integra en el sistema de apoyos. Se trata de una medida con sustantividad propia, y la regula con más detalle. Se conserva la doble vía prevista en el segundo párrafo del antiguo art. 1732 CC y que ahora se recoge separadamente en el art. 256 y 257: inclusión de una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica u otorgamiento de poder solo para el supuesto de que en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta medida se caracteriza por lo siguiente:

1. Implica representación, y su conformidad con la convención de Nueva York radica, precisamente, en que la legitimación para actuar por la persona con discapacidad emana de su voluntad manifestada libre y conscientemente y, si fuera preciso, acompañada por sus apoyos formales o informales.
2. Se otorga para el futuro en previsión de la necesidad de una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica
3. Le acompaña una nota de incertidumbre, ya que este poder transferido por el poderdante solo surte efectos, únicamente, en el caso de que sea necesario para el ejercicio de la capacidad jurídica.

²³ BOE.es - BOE-A-2021-9233 **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.

El legislador hace una distinción entre los conceptos del mandato y el poder en la regulación de las medidas de apoyo voluntarias de carácter preventivo donde:

- El mandato, es un negocio jurídico de carácter bilateral y naturaleza contractual, que requiere del concurso de ambas partes, y que genera el nacimiento de obligaciones a cargo del mandante y del mandatario en relación con la gestión por este de un asunto por cuenta del mandante. El contrato de mandato puede ser representativo cuando la gestión a llevar a cabo por el mandatario presupone que el mandante le ha conferido el poder de representarle y los actos concluidos en su nombre por el mandatario recaen directamente en el patrimonio del mandante. Pero también puede existir un contrato de mandato sin poder (art 1717 CC), cuando la obligación a la que se compromete el mandatario no exige relacionarse con terceros, o la relación con los terceros la tiene el apoderado en nombre propio, sin apoderamiento.
- El poder, en cambio, resulta del negocio jurídico unilateral de apoderamiento a través del cual el otorgante confiere legitimación al apoderado para actuar en su nombre en el ámbito de aplicación del poder de tal forma que los efectos de los actos o contratos acometidos por el apoderado dentro de los límites del poder redundan directa e inmediatamente, en la persona del poderdante. Se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia, pero que es válida y eficaz con anterioridad e independientemente de que el llamado al que se dirige para ostentar la legitimación conferida conozca el otorgamiento del poder y

por lo tanto antes de que se decida a aceptarlo o rechazarlo.²⁴ Los poderes y mandatos preventivos pueden mantener su vigencia a pesar de concurrir con otras medidas de apoyo, así lo expresa el "art.258 I CC" que regula la concurrencia de las medidas de apoyo formalizadas, de manera que no solo no se extinguen, sino que la autoridad judicial no puede ordenar sino más su extinción al nombrar curador. El poder preventivo no se ve afectado por el hecho de que se establezcan otras medidas judicialmente o por el propio interesado, y esto es debido a que un poder preventivo puede estar vigente antes de que se produzca la situación de necesidad de apoyos, o puede darse esta situación y que posteriormente entren en vigor otras medidas que él mismo había previsto.

Respecto a las medidas judicialmente establecidas, la concurrencia entre el poder preventivo y curatela o defensor judicial es posible pero debería venir motivada por la insuficiencia o inadecuación de la legitimación conferida al apoderado, para atender algún asunto o, en el caso de la curatela, para atender de modo permanente algunos asuntos del poderdante. Respecto al concurso con la guarda de hecho, el art. 263CC, también presupone la preferencia de los apoyos formales, aunque también admite que aquella sea de aplicación no solo cuando estos sean insuficientes sino también cuando estos no se estén aplicando con eficacia. El art 258 en su párrafo tercero dispone que se pueden establecer por el poderdante medidas de control, salvaguardas y plazos de revisión, así como formas específicas de extinción.

²⁴. Guilarte Martín-Calero. C et al (2021) "Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad". España. Aranzadi Thomson Reuters.

Por otro lado el artículo 259.CC expresa que el apoderado queda sujeto a las reglas de la curatela en todo lo no previsto en el poder “Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.”

Lo más habitual es que el poder preventivo sea un poder general, por lo que, si se está en el supuesto de necesidad de apoyo, al remitirse con carácter general a las reglas de la curatela, significaría que se aplicaría el nuevo artículo 287 CC, de modo que el apoderado necesitaría autorización judicial para muchísimas cosas: desde vender inmuebles, aceptar herencias pura y simplemente, pedir dinero a préstamo, etc. Esto, en muchas ocasiones más que proteger mejor al poderdante puede constituir un impedimento y una traba, dado que la autorización judicial conlleva gastos, tiempo y trámites que estén injustificados porque el apoderado será una persona que lo único que quiere es el bienestar del poderdante.

Para terminar con la descripción de los poderes y mandatos preventivos, el art. 260 CC, establece que han de otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Civil, introduce la forma solemne que había requerido la doctrina, pero no perfila un procedimiento específico de otorgamiento, ni mucho menos un contenido mínimo sobre el cual el otorgante tenga que pronunciarse al otorgarla, estableciendo ciertas previsiones o descartándolas tras haber sido cumplidamente informada.

8.3.3 Voluntades anticipadas

Una cuestión de indudable actualidad es la referente a los diversos instrumentos que articula el Derecho para proteger la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro no pueda tomar decisiones por sí ni gestionar sus asuntos personales ni patrimoniales.

En esta materia desde hace años existe una tendencia de Derecho comparado en el ámbito sanitario y no sanitario, en la esfera personal y patrimonial, que se basa en la toma en consideración de la voluntad manifestada con anterioridad por el propio interesado, cuando todavía es plenamente capaz. En cualquier caso, este respeto a la voluntad anticipada se considera expresión del respeto a la dignidad y a la libertad del individuo.

En el ámbito de la comunidad valenciana nos vamos a referir a un nuevo precepto normativo de gran importancia en el tema que nos ocupa, se trata de la aprobación del “**Decreto 180/2021**, de 5 de noviembre, del Consell, de regulación e inscripción del documento de voluntades anticipadas en el Registro Centralizado de Voluntades anticipadas de la comunidad valenciana: [021_11632.pdf \(gva.es\)](#)²⁵

El pasado 28 de noviembre de 2021, publicaba el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana el **Decreto 180/2021**, de 5 de noviembre, del Consell, de regulación e inscripción del documento de voluntades anticipadas en el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana.

²⁵ [2021_11632.pdf \(gva.es\)](#)

La nueva norma deroga el Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el documento de voluntades anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana, y la Orden de 25 de febrero de 2005, de la Consellera de Sanidad, que lo desarrollaba.

Obedece, pues, a la necesidad de actualizar las disposiciones reglamentarias en esta materia de voluntades anticipadas, ya que en el tiempo transcurrido desde 2004 se han ido dictando diversas Leyes autonómicas y estatales que la afectan: **Ley 10/2014**, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana; **Ley 16/2018**, de 28 de junio, de la Generalitat, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida; **Ley Orgánica 3/2021**, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

Se estructura el **Decreto 180/2021** en tres capítulos

El primero, dedicado a las disposiciones generales (art. 1), el segundo, referido al documento de voluntades anticipadas (arts. 2 a 7), y el tercero, regulador del Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana (arts. 8 a 13). A los capítulos siguen dos disposiciones adicionales (incidencia presupuestaria y desarrollo), una transitoria (sobre validez del registro previo), dos derogatorias (derogación normativa en los términos ya vistos y de la Orden 2/2015) y dos finales (habilitación normativa y entrada en vigor).

El art. 1.1 trata del objeto, indicando que «es la aprobación del procedimiento previsto en el art. 11.2 de la **Ley 41/2002**, que garantice el cumplimiento de las instrucciones previas o voluntades anticipadas de cada persona, que deberán

constar siempre por escrito, así como su proceso de inscripción en el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana».».

El Capítulo II del **Decreto 180/2021** está dedicado a la regulación relativa al documento de voluntades anticipadas

El art. 7 constituye una novedad respecto a la regulación que ahora se deroga, definiéndose la PAD como «el proceso voluntario de comunicación y deliberación entre una persona capaz y el personal sanitario con implicación en su atención, acerca de los valores, deseos y preferencias que quiere que se tengan en cuenta respecto a la atención sanitaria que recibirá como paciente, fundamentalmente, en los momentos finales de la vida» (art. 7.1). Se registra electrónicamente el contenido de dicho proceso y será accesible en la historia clínica electrónica (art. 7.2). En los supuestos de contradicción con el documento de voluntades anticipadas, el contenido de la PAD prevalecerá en todo caso, siempre que sea posterior (art. 7.3).

Por último, el Capítulo III aborda la regulación del Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana.

8.3.4 Autocuratela

La exposición de motivos de la **Ley 8/2021**, de 2 de junio, dice expresamente, que otra de las medidas voluntarias de apoyo es la autocuratela (arts. 271-274 CC).²⁶, aunque se encuentra regulada en el capítulo IV, dedicado a la curatela, medida formal de apoyo tomada por la autoridad

²⁶(arts. 271-274 CC), exposición de motivos, III, p.4 “dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela”

judicial. Se trata de una figura de carácter mixto (voluntaria y judicial). Se da esta figura cuando la curatela tiene un origen voluntario, es decir, cuando la persona, de nuevo con carácter preventivo o ex ante, propone en escritura pública el nombramiento o exclusión de quien desee que vaya a cumplir este cometido, pudiendo también establecer las reglas de funcionamiento y contenido (art. 271 CC párrafo segundo). La autocuratela ha de ser establecida por la autoridad judicial, quien salvo circunstancias graves y desconocidas por quien realice la propuesta en el momento de hacerla, estará vinculada por esas previsiones.

La autocuratela se concibe como una “declaración de voluntad del sujeto, dirigida a disciplinar, en la medida de lo posible, el diseño de su propia protección en el caso de que se adopte una medida judicial al respecto atendiendo a sus preferencias”²⁷

Las tres características que podrían definir la autocuratela podrían ser:

1. Carácter Unilateral y no Recepticio.

Ya que la designación preventiva del tutor es en un negocio jurídico unilateral y no recepticio, ya que no necesita, para que sirva como designación, de la aceptación del destinatario.

2. Carácter Personalísimo.

Porque deriva de la relación de confianza propia de esta designación, impide la sustitución, por lo que no se podría encomendar su

²⁷De Amunategui Rodríguez. C et al (2019) “Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad”. España. Tirant lo Blanch.

otorgamiento a otra persona, aunque sea de confianza (por ej., a un apoderado preventivo).

3. Esencialmente Revocable.

Debido a que la declaración está basada en la confianza, y puede ser una revocación expresa o tacita por un nuevo nombramiento posterior que resulte incompatible.

8.4 Medidas no voluntarias informales. La guarda de hecho

La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, viene regulada en el capítulo III de la **Ley 8/2021** de 2 de junio, bajo la rúbrica “de la guarda de hecho de las personas con discapacidad” arts. 263-267, y que en las disposiciones generales dispone el art. 250 “La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”. Se trata de una figura que no precisa investidura judicial formal. En esta medida de apoyo juega un papel muy importante la voluntad de la persona con discapacidad, que está presente tanto en su nacimiento y desarrollo como en su extinción al permitir el art. 267.1 CC que el guardado pueda solicitar que el apoyo que se le presta le sea organizado de otra forma, todo esto dentro de un escenario en el que la nueva Ley refuerza el poder de la voluntad individual de la persona con discapacidad, siendo además esa voluntad la que ha sido tenida en cuenta por el legislador para excluir otras medidas de apoyo de origen judicial, que

quedarían apartadas al reconocer el art. 249 CC su procedencia solo en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de la que se trate.

La guarda de hecho pasa de ser una figura con carácter provisional a ser una figura más estable y consiste en que guardador de hecho debe prestar apoyo a la persona con discapacidad respetando su voluntad realizando un acompañamiento amistoso y prestándole ayuda. Se trata de una persona que de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanencia a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado. No obstante, si se requiere que el guardador de hecho realice alguna actividad representativa, puede obtener una autorización judicial expresa y particular para el supuesto de que se trate, de tal forma que no se inicia un procedimiento general de provisión de apoyos.

La nueva regulación de la guarda de hecho introduce una novedad que consiste en la posibilidad de que el guardador de hecho realice actuaciones representativas con la preceptiva autorización judicial ad hoc, previo examen de las circunstancias, para el acto concreto a realizar y sin necesidad de que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial de provisión de apoyos, estos son los actos que contempla el art. 287 CC. Sin embargo, la Ley señala en su art.264 III que “no será necesaria la autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”.

La autoridad judicial supervisa el ejercicio de la guarda de hecho, así lo dispone el art. 265 CC²⁸, así como también el art. 52.2 de LJV, recoge que tales medidas, se adoptaran previa comparecencia citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

Como expresa Ascensión Leciñena Ibarra “El establecimiento de estas salvaguardas tiene su fundamento en el art. 12.4 CDPD donde se indica a los estados partes la obligación de proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de acuerdo con el derecho internacional en materia de derechos humanos , estas van a asegurar 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”²⁹

Finalmente, cabe señalar que el ejercicio del cargo puede hacer incurrir al guardador en una serie de gastos. Para estos supuestos, el artículo 266 del Código Civil señala que tiene derecho al reembolso de los mismos y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, todo ello, siempre a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

En cuanto a la extinción de la guarda de hecho, se da en los cuatro supuestos que contempla el art. 267 CC:

²⁸art.265 CC “la autoridad judicial podrá establecer en relación con la guarda las salvaguardias que estime oportunas como podría ser el nombramiento de un defensor judicial para ese caso concreto, o incluso instar un cambio de apoyo ex...”

²⁹ Comentario de Leciñena Ibarra, A. (2021). La intervención del guardador de hecho en los actos del guardado con trascendencia jurídica. En Cristina Guillarte Martin Calero, “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad” primera edición, Thomson Reuters Aranzadi

1. Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.
2. Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.
3. Cuando el guardador desista de su actuación.
4. Cuando, a solicitud del ministerio fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

8.5 Medidas no voluntarias judiciales

Como tales se regulan el defensor judicial, previsto para supuestos de asistencia puntual y conflictos de intereses, y la curatela, cargo tutelar estrella sobre el que gira la actuación judicial.

8.5.1 El defensor judicial

1.1.1 Antecedentes: los antecedentes inmediatos los encontramos en las redacciones de los arts. 299 a 302 CC. En la regulación antes de la reforma de la **Ley 8/2021**, la figura del defensor judicial estaba prevista para aquellos casos en los que los intereses del menor entraban en conflicto con los de los progenitores, tanto en juicio como fuera de él, para defender los intereses del desaparecido y para complementar las instituciones de la tutela y curatela a fin de salvaguardar de los intereses de la persona y bienes discapacitada o menor. En la nueva regulación establecida por la **Ley 8/2021**, la regulación de la figura del defensor judicial se despliega, derivándose de ello otras figuras, como el

defensor judicial del menor regulado en los artículos 235 y 236 del Código Civil (la Ley 1/1889) vigente, y el defensor judicial del discapacitado, artículos 295 a 298 de dicho texto legal, que establece el régimen jurídico propio del defensor judicial de las personas con discapacidad, con características y funciones independientes de las del defensor judicial del menor.

Centrándonos en el defensor judicial de las personas con discapacidad, los arts. 295 y ss. se aplican a los defensores judiciales a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, y también a los que lo fueran bajo el régimen de la legislación anterior que, según la DT 2ª, “ejercerán su cargo conforme a las nuevas disposiciones a partir de su entrada en vigor”. Se trata de una medida de apoyo de carácter excepcional y ocasional, no estable, que será adoptada por el Juez en los casos que determina el artículo 295 CC. “Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

1º. Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

Caso en que el defensor judicial actúa reemplazando o supliendo a dicha medida de apoyo. Se trata como señala la exposición de motivos de la **Ley 8/2021** “de cubrir las situaciones en las que exista imposibilidad coyuntural de que la medida de apoyo habitual ejerza el apoyo”

2º. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

“Estos conflictos pueden ser de índole patrimonial y/o extrapatrimonial, y cabe decir que en su momento fue la causa para incluir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico. Este conflicto se da cuando los intereses y derechos de

uno y de otro son contrarios u opuestos en un asunto determinado de manera que el beneficio de uno puede comportar el perjuicio del otro”³⁰.

3º. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

Aquí podemos incluir lo que expresa el art. 279 CC “mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función, si no lo hiciera y fuera necesario una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial,..”

4º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

5º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

Si el art. 295 prevé los supuestos en que procede el nombramiento del defensor judicial, el art 296 establece cuando no procede dicho nombramiento, siendo “cuando si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial considere motivadamente necesario el nombramiento”.

³⁰ Comentario de Álvarez Lata, N. (2021). Los supuestos del nombramiento del defensor judicial. En Cristina Guillarte Martín Calero, *“Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”* primera edición, Thomson Reuters Aranzadi

Siguiendo con el articulado, y en atención al art.297 CC. El cual establece que son de aplicación al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo”

Así, en analogía con lo previsto en el art. 301 CC, y de lo establecido en la LJV de 2015, es de aplicación a esta figura las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador.

Para terminar con esta figura el art. 298 CC. dispone que “En el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos.

El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.”

8.5.2 La curatela

A modo introductorio señalamos que la curatela viene regulada en la **Ley 8/2021** Capítulo IV Título XI bajo la rúbrica De La Curatela”, arts. 268 a 294 CC que en cuatro secciones dispone los principios y el régimen legal de la curatela. Se configura como una de las principales medidas formales de apoyo judicial que requiere de nombramiento y que es de naturaleza asistencial, aunque de manera excepcional se podrá atribuir al curador funciones representativas. La Ley no especifica nada sobre cuáles son esas circunstancias excepcionales, pero sí menciona que sólo debe ser cuando resulte imprescindible. La nueva Ley combina conceptos y terminologías, pues la institución del curador realiza

la antigua función que ostentaba en el tutor anteriormente, pero con la obligación de hacer inventario y rendir cuentas ante el juez.

En el primer párrafo de art.269 se consagran los principios que sirven de aplicación a la curatela y que, en buena medida, son la adaptación a esta figura de los principios generales contenidos en el art.249 CC a los que añade los principios de temporalidad y revisión contenidos en el art.12 CNY, que no recoge nuestro CC en las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo.

Estos principios rectores son:

1. Principio de necesidad
2. Principio de proporcionalidad
3. Principio de autonomía
4. Principio de temporalidad y revisión

8.5.2.1 Características generales

Vienen determinadas en los arts. 268-270 CC de los cuales extraemos lo siguiente:

- Las medidas de apoyo que acuerde el Juez deben ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, tratando de respetar siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.
- Se revisarán con carácter general en el plazo máximo de 3 años, aunque podrá ampliarse hasta 3 años más, siempre de manera excepcional y motivando la razón para dicha ampliación.

- Podrá, nos obstante, modificarse ante cualquier cambio en la situación de la persona.
- En la resolución que acuerde la constitución de la curatela, se especificarán los actos para los que la persona requiere asistencia del curador y motivadamente los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.
- También fijará la resolución las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.
- Queda abolido por la Ley el mecanismo de interés superior, que no podrá prevalecer sobre la persona salvo casos extremos.
- Solamente en casos excepcionales (cuando no pueda determinarse cuál es la voluntad de la persona) podrá ser representativa.
- Se trata de un mecanismo sustitutorio, pero el curador representativo es más un intérprete de la voluntad que un sustituto.
- El juez podrá, en su caso, establecer obligación de rendición periódica de cuentas.³¹

8.5.2.2 Nombramiento de curador

³¹ *“Curatela” (2021) Avf blog electrónico. Consultado el 5 de mayo de 2022 en Curatela. Todo lo que necesita saber | AVF Abogados.*

Los arts. 271-274 CC. dan preferencia a la autotutela, que vinculara a la autoridad judicial salvo que concurren circunstancias graves. De este modo cualquier persona mayor de edad o menor emancipada que precise de apoyos para el desempeño de su capacidad jurídica puede proponer en escritura pública a una o varias personas para su nombramiento o exclusión como curador. Así mismo del art. 275 y siguientes dispone quienes pueden ser curadores y en qué orden de preferencia.

- Deberán ser personas físicas que hayan alcanzado la mayoría de edad o personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.
- El designado por la propia persona con discapacidad. Tiene esta designación carácter preferente y vincula al Juez, salvo que existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, debiendo incluir en la resolución la motivación necesaria y suficiente para dicha exclusión.
- La persona propuesta por aquel en el que el interesado hubiera delegado para realizar el nombramiento.
- Al cónyuge o pareja, siempre que conviva con la persona necesitada de apoyo.
- Descendientes, prefiriéndose al que conviva en el domicilio.
- A los padres.
- La persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

- Quien estuviera actuando como guardador de hecho.
- Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.
- Personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

Aunque el juez podrá alterar este orden de preferencia, una vez oída la persona con discapacidad o en caso de no poder manifestarse, a la que mejor comprenda e interprete la voluntad, deseos o preferencias de la persona que necesite las medidas de apoyo.

Del mismo modo, puede nombrar a dos o más personas, pudiendo uno ser curador de la persona y otro curador de los bienes.

En cualquier caso, el designado tendrá que rendir anualmente cuentas de su gestión.

La **Ley 8/2021**, también ha previsto los casos en los que no se podrá ser nombrado Curador, distinguiendo entre:

- a) Los que no pueden serlo bajo ningún concepto:
 - 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo.
 - 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección.
 - 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.
- b) Los que pueden serlo, pero por resolución motivada del juzgador:

- 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.
- 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo.
- 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.
- 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

8.5.2.3 Ejercicio de la curatela

Las Obligaciones y control del Curador que podemos extraer de los arts.282-290 podemos concluir las en las siguientes ideas:

El curador estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.

Esta previsión confirma la idea de que la curatela se configura como una medida de apoyo, puesto que “difícilmente se podrá asistir a aquel con quien no se tenga contacto” Torres Costas M.E.

También deberá respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, procurando que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

El curador, cuando se le hayan otorgado facultades representativas, tendrá que hacer inventario del patrimonio de la persona con discapacidad dentro del plazo de sesenta días desde que toma posesión de su cargo. Y se formará

ante el letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que estime conveniente. “Art 287³²”

La curatela está sujeta a supervisión del Juez y del Ministerio Fiscal, por lo que deberá presentar la rendición periódica de cuentas que le haya impuesto la autoridad judicial. De esta manera, se impide que se realicen actuaciones que no se ajusten a los deseos expresados por la persona o, incluso, que la perjudiquen.

Cuando finalice el cargo, deberá rendir la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por justa causa.

Deberá constituir fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el Juez, por concurrir razones excepcionales, así lo establezca, determinando la modalidad y cuantía de la misma.

8.5.2.4 Incidencias en el ejercicio de la curatela

³² “Art 287 ““El curador que ejerza funciones de representación deberá solicitar autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras Leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

Cuando exista conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela o curatela, la ley contempla los casos de la remoción y excusa que podrán decretarse, de oficio por el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal o solicitarse por el propio menor si tuviese suficiente madurez o el propio discapacitado, al que se le dará audiencia en todo caso si fuese mayor de 12 años. A tal efecto vamos a señalar los supuestos de remoción y excusa de la curatela que vienen recogidos en los arts. 278 y 279 CC respectivamente, así como el art. 281 que se refiere al derecho a una retribución por parte del curador.

Las causas y procedimientos de remoción y excusa son comunes a la tutela de menores y a la curatela y se declaran en virtud del expediente regulado en los artículos 49 y 50 de la Ley de Jurisdicción voluntaria:

Son causas de remoción:

- 1.- Incurrir después del nombramiento en una causa legal de inhabilidad para el ejercicio de la tutela o curatela.
- 2.- Los que se conduzcan mal en su desempeño por:
 - a) Incumplimiento de los deberes propios del cargo
 - b) Notoria ineptitud de su ejercicio.
 - c) Problemas de convivencia graves y continuados con el menor o discapacitado.
- 3.- Cuando concurrieren circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la tutela o la curatela.

Durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial.

Acordada la remoción se procederá al nombramiento de nuevo tutor o curador, salvo que procedan otras medidas de apoyo.

Son causas de excusa: (Arts. 279 y siguientes del Código Civil):

- 1.- Si el desempeño del cargo, -de forma originaria o sobrevenida. - resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para el nombrado
- 2.- Las personas jurídicas privadas cuando:
 - a) Carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela o la curatela.
 - b) Las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.
- 3.- No concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de las medidas de apoyo haya sido encomendado a entidad pública.

La excusa deberá alegarse en el plazo de 15 días desde que se tuvo conocimiento del nombramiento, salvo que la causa de excusa fuere sobrevenida, que se podrá alegar en cualquier tiempo.

Mientras se resuelva acerca de la excusa el nombrado está obligado a ejercer su función y si no lo hiciera y fueren necesarias medidas de apoyo la autoridad judicial nombrará un defensor judicial, y se evitará en todo caso la desprotección o indefensión de la persona necesitada de apoyos y el tutor o curador sustituido será responsable de los gastos ocasionados por la excusa si esta fuere rechazada.

Si el tutor o el curador nombrado en una disposición testamentaria que se excusa del ejercicio del cargo perderán lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado el testador- (art 280 C.C).

Por último, nos vamos a referir al contenido del art.281 que contempla el derecho por parte del curador a obtener una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el desempeño de su función, con cargo a dicho patrimonio. “La retribución que acabamos de señalar se presenta no solo como algo justo y necesario cuando la administración del patrimonio exija una dedicación profesionalizada o especialmente intensa, sino como un cierto incentivo para la asunción del deber que el cargo supone”³³

8.5.2.5 Control judicial

El juez o autoridad judicial correspondiente puede establecer que el curador informe sobre la situación personal o en cuanto al patrimonio, de la persona a la que ejerce la curatela. Igualmente se regulan por dicha autoridad las medidas de control convenientes para la garantía de los derechos del tutelado.

También por parte del Ministerio Fiscal pueden recabarse los datos necesarios, para vigilar el correcto funcionamiento de la curatela.

Dispone el art 270³⁴, que es una reproducción casi literal del art. 12.4 CDPD, que en alguna medida ya se recogía en el art. 233 CC respecto de la tutela y

³³ Comentario de De Salas Murillo, Sofia (2021) “Comentarios a la **Ley 8/2021** por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad” primera edición, Thomson Reuters Aranzadi.

³⁴ ” art.270 CC La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También podrá exigir en

que son el reflejo patente de que en caso de que concurra alguna de las circunstancias que se pretenden evitar (abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas). Gran parte de estas medidas de control a las que se alude aparecen especificadas a lo largo de la regulación de la curatela, ya sea a la hora de nombrar el curador (art.276CC), para proceder a la remoción del curador nombrado (art.278CC), o en el ejercicio de la curatela.

8.5.2.6 Extinción de la curatela

La extinción de la curatela se recoge desde el 03/09/2021 en los artículos 291-294 del Código Civil por las modificaciones realizadas por la **Ley 8/2021**, de 2 de junio.

De acuerdo con el artículo 291 del CC, la curatela se extingue de pleno derecho por:

- Muerte de la persona con medidas de apoyo.
- Declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo.
- Resolución judicial cuando ya no sea precisa esa medida.
- Cuando se adopte una forma más adecuada para la persona sometida a curatela.³⁵

“El curador (sin perjuicio de la obligación de rendición periódica de cuentas que en su caso le haya impuesto la autoridad judicial) cuando finalice en sus

cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.

Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela”.

³⁵ **“La extinción de la curatela” (2021) Iberley página web. Consultado el 5 de mayo de 2022 en La extinción de la curatela | Iberley.**

funciones deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración, en un plazo de tres meses que se podrá prorrogar si fuese necesario si concurre justa causa. Además, la acción para exigir la cuenta general justificada está sometida a un plazo de prescripción de cinco años.

Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oirá también en su caso al nuevo curador, a la persona a la que se prestó apoyo o a sus herederos.

La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona con discapacidad que recibe el apoyo o a sus causahabientes por razón de la curatela (artículo 292 del CC).

De acuerdo con el artículo 293 del CC, los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de la persona a la que se prestó apoyo. El saldo de la cuenta general devengará el interés legal, a favor o en contra del curador.

Si el saldo es a favor del curador, el interés legal se devengará desde el requerimiento para el pago, previa restitución de los bienes a su titular. Si es en contra del curador, devengará el interés legal una vez transcurridos los tres meses siguientes a la aprobación de la cuenta”

Finalmente, el curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo. La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años desde la rendición final de cuentas.

8.6 Otras innovaciones de la Ley

1. El Régimen Jurídico de la Responsabilidad Patrimonial.

Los principios esenciales que consagra el art.12 de la convencion y que recoge el preámbulo de la Ley 2021: las personas con discapacidad son sujetos plenamente capaces que puede ser titulares de derechos, así como contraer obligaciones de forma válida, en segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, es que se ha de instaurar un nuevo sistema civil basado en el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, sustituyéndose por el anterior sistema caracterizado por una anulación o sustitución de tal voluntad a través de los procedimientos de incapacitación o de modificación de la capacidad, y por la preferencia de la tutela, como regla general y en tercer lugar, incentivar la asistencia que las personas con discapacidad puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, consagrando como medidas prioritarias de apoyo las de naturaleza voluntaria (con los pertinentes controles judiciales), y, de forma subsidiaria o en su defecto, las formales legales (curatela y defensor judicial). Lógicamente, estos principios tienen su corolario en la consideración de estas personas con discapacidad como sujetos que pueden asumir responsabilidad por sus actos y por sus consecuencias para terceros, como expresa el propio preámbulo “«Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad

civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno “.

Antes de la entrada en vigor de la Ley, la situación jurídica imperante respecto a la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, estaba supeditada al concepto de incapacidad jurídica,³⁶ Numerosas sentencias corroboraban el contenido de este artículo como la “**STS de 31 de diciembre de 1991 (2849/1992)**, cuando establece que la incapacitación supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse de conformidad con las enfermedades y deficiencias previstas en aquel artículo 200”, esta sentencia ya reconoció que la incapacitación podía no ser reputada con plenitud de efectos, es decir como incapacidad total, sino más bien como de tipo medio o atenuado, imponiendo, en ese caso, la necesidad de que la defectuosa personalidad del incapaz se complementara, integrara y asistiera, sin necesidad de recurrir a la tutela, mediante la institución intermedia de la curatela. Antes, no existía un precepto que declarara, su asunción de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados a terceros. La única referencia en el CC a la responsabilidad de este colectivo se encontraba en el artículo 1903, limitándose a declarar la responsabilidad de los tutores por los perjuicios ocasionados por los incapacitados bajo su autoridad y compañía, precepto también predicable respecto a los padres que tuviera bajo su guarda a sus hijos incapacitados, así como a los Centros docentes o especializados que asumieran labores de vigilancia o educación sobre los mismos.

³⁶ El derogado artículo 200 del CC (LA LEY 1/1889), que rezaba: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Hasta la aparición de la nueva Ley la jurisprudencia tenía tendencia a transmitir la responsabilidad por los hechos dañosos que derivasen de la actuación de los incapacitados, hacia una responsabilidad por hecho ajeno de quienes ostentaran su guarda o representación, justificando tal responsabilidad en las clásicas culpa in educando, in vigilando o in custodiando, con independencia de que los garantes de dichas labores fueran los progenitores, tutores, guardadores o, llegado el caso, una institución especializada, recogiendo la doctrina sentada por el TS por la responsabilidad por los actos de los hijos dependientes.

El artículo 1903 dispensaba de la obligación de responder en el caso de haber guardado la diligencia que, de ordinario, se exige a un buen padre de familia.

Atendiendo a estos antecedentes de la Ley podemos decir, que los elementos inherentes a la responsabilidad civil por hecho propio y ajeno de los antiguamente llamados incapacitados, configuran , una generalizada ausencia de imputación civil a los incapacitados, con la consiguiente transmisión de responsabilidad a sus representantes o guardadores, de tal manera que esta responsabilidad por hecho ajeno quedaba con una naturaleza autónoma, directa, distinta, y, solidaria, fundada en la existencia de una culpa in vigilando, in educando y/o in custodiando de aquellos.

Como matices definitorios de esta situación, apuntamos, que se justificaba que la inmensa mayoría de los perjudicados dirigiesen sus acciones directamente contra los sujetos mencionados en el artículo 1903, y, la mayoría de nuestros tribunales optaban por declarar su responsabilidad por hecho ajeno, y no la del incapacitado por hecho propio, ante las lógicas dificultades

que se encontrarían aquellos para obtener el resarcimiento íntegro de los daños y perjuicios sufridos de dirigir sus acciones contra los hijos menores o incapaces.

Actualmente la **Ley 8/2021**, introduce importantes novedades con un nuevo art.299, dentro del Libro I referido a las personas, y en la modificación del artículo 1903, ambos del CC (LA LEY 1/1889) (además de la correspondiente modificación del Código Penal)

El artículo 299 “La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables” ; por otro lado, el artículo 1903 se ha modificado incluyendo un párrafo cuarto, quedando redactado así “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. (...) Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”. De estos artículos extraemos que la intención del

legislador es adaptar la clásica responsabilidad extracontractual por hecho propio a la nueva realidad en la que estas personas pasan a considerarse como sujetos plenamente capaces, lo que implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia y por otro lado, ofrecer una mayor cobertura, en aquellos supuestos de responsabilidad extracontractual por hechos cometidos materialmente por un discapacitado, mayor cobertura que es evidente al reconocer al discapacitado como sujeto plenamente responsable de sus actos, de forma que el perjudicado podrá dirigir su acción resarcitoria

contra el mismo al gozar de legitimación pasiva como titular pleno de la relación jurídica u objeto del litigio; y, al mismo tiempo, contra otros posibles responsables que, llegado el caso, debieran asumir su responsabilidad por los hechos de aquel.

El curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona que preste apoyo (tres años desde la rendición de cuenta final la nueva Ley descarta la posibilidad de que respondan las personas que podrían promover las medidas de apoyo y no lo hagan y ello porque no hay obligación de promover las medidas de apoyo por ninguna de las personas del círculo de la persona ni tampoco por ella. El respeto a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad sustituye a la protección de la misma y a su interés como eje del sistema; incluso a costa de que dicha persona se equivoque en su decisión y, y por lo que ahora toca a costa de terceros que pudieran resultar perjudicados por dicha decisión, en caso de que pudiera haber un curador representativo y no lo haya para que responda de los daños causados de o con la persona con discapacidad”) comentario Álvarez Lata, Natalia Comentarios a la Ley³⁷.

2. La No Prohibición de Otorgar Testamento.

Supone, otra de las innovaciones que aporta esta nueva Ley, viene regulada en el “art. 665 CC ³⁸ dicha Ley quiere transformar la realidad social y que no

³⁷ Álvarez Lata.N (2021) “Comentarios a la **Ley 8/2021** por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad” págs. 852-854.España. Aranzadi Thomson Reuters.

³⁸art. 665 CC 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 apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”

sea posible jurídicamente sustituir la toma de decisiones de una persona con discapacidad, pues su voluntad debe ser escuchada y respetada, tomando ella sus propias decisiones con el apoyo y la ayuda necesaria.

Una de las grandes ramas del Derecho que se ha visto modificada por la reciente entrada en vigor de la **Ley 8/2021** es el Derecho Sucesorio.

En primer lugar, con la Ley anterior, las personas incapacitadas judicialmente tenían limitada su capacidad de testar. Ahora bien, la actual redacción del Código Civil Español es más amplia, al afirmar que solamente no podrán testar aquellos sujetos que no puedan expresar su voluntad con los medios de ayuda y apoyo para ello.

Asimismo, para que una persona incapacitada judicialmente pudiera otorgar testamento necesitaba que fueran designados dos facultativos, a efectos de regular y manifestar sus últimas voluntades, mientras que en la actualidad toda persona con discapacidad puede otorgar testamento, siempre y cuando el notario compruebe que, proporcionándole todas las herramientas necesarias, puede comprender y manifestar correctamente su voluntad, así como sus deseos y preferencias. Por lo tanto, actualmente el notario debe dar todas las herramientas necesarias y que estén a su alcance a las personas con una discapacidad para no vulnerar sus derechos y que puedan otorgar testamento. Por ejemplo, les hablará en un lenguaje más sencillo, les dará más explicaciones, etc.

Ahora bien, dicha modificación no implica que todas las personas con discapacidad van a poder testar, dado que el notario deberá comprobar si, a su juicio, el testador puede comprender el alcance de sus decisiones y manifestar correctamente sus deseos, garantizando en todo momento el bienestar tanto

psíquico como patrimonial de las personas que tengan una discapacidad. Dentro de esta función notarial, es parte fundamental evitar la influencia indebida, una de las nociones clave de la CDPD.

Por último, se elimina la necesidad de que el testador manifieste oralmente o por escrito su última voluntad, dado que se puede hacer por cualquier medio técnico, material o humano, ampliando de esta manera tanto la capacidad de testar de las personas con discapacidad como los medios para poder delimitar y concretar sus deseos una vez se produzca su fallecimiento.

Cabe citar en este punto la **sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de fecha 23 de septiembre de 2021**, que deja sin efecto una declaración de incapacidad, la prohibición de otorgar testamento y la rehabilitación de la patria potestad acordada en un caso de persona afectada por una enfermedad mental que le supone el reconocimiento de una discapacidad de un 80%, proveyendo al demandado de un apoyo judicial consistente en curatela de la madre para la asistencia de los actos relativos al cuidado de la persona, en el ámbito de su higiene y médico-sanitario, control de la medicación, seguimiento al tratamiento, sin perjuicio de la posibilidad de internamientos, actuando como representante, a los efectos de prestar consentimiento informado; así como en el plano patrimonial permite la representación de la persona para actos de administración ordinaria o extraordinaria, disposición o gravamen de sus bienes y derechos, salvo administración de dinero de bolsillo en cuantía no superior a 20 euros semanales”.

En definitiva, la reciente entrada en vigor de la **Ley 8/2021** ha ampliado de manera significativa los derechos de las personas con discapacidad, velando

para que sean ellas mismas las que puedan ejercer los derechos que les son propios y actuar conforme a sus voluntades y deseos. Por este motivo, se ha ampliado la capacidad testamentaria de dichas personas.

8.7 Aspectos críticos de la Ley

1. La desaparición del interés superior de la persona con discapacidad:

El preámbulo de la **Ley 8/2021** contempla la exigencia de sustituir el “interés superior” de la persona con discapacidad por la “mejor interpretación de su voluntad y preferencias”.

La supresión de este principio de interés general, facilita, el que no se imponga cualquier medida de apoyo a la persona con discapacidad ya que de mantenerse este se le podrían imponer a pesar de su expresa oposición. Según algunas sentencias posteriores a la Ley, da la impresión de que este interés superior se vuelva a recuperar por la doctrina jurisprudencial como es el caso de a **STS 19 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770)** que reconocen la posibilidad de imponer medidas de apoyo en contra de la voluntad del interesado, el cual puede acudir a un procedimiento contradictorio, mecanismo que le proporciona la LJV. Estas sentencias dan la posibilidad de que se viertan críticas contra la nueva Ley 2021, que apuesta por la voluntad, deseos y preferencias del discapaz.

En la anterior regulación, la tutela se constituía y se ejercía teniendo en cuenta el beneficio del tutelado menor de edad y del tutelado incapacitado, arts. 216, 233, 234, 235 CC; así como el art.224 que vinculaba al juez, a constituir la tutela, “salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa”.

También el antiguo art.234 CC, después del listado de preferencias para el nombramiento de tutor se establecía como excepción que el juez pudiese alterar el orden o incluso prescindir de las personas mencionadas “si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”.

A partir de la nueva redacción del CC, las referencias al beneficio del tutelado, ahora solo puede recaer sobre los menores de edad, plasmando en la nueva Ley “la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos”

En la doctrina se ha criticado absoluta desaparición de cualquier tipo de referencia al interés superior de la persona con discapacidad, La única referencia a los intereses de la persona con discapacidad, en toda la **Ley 8/2021**, la encontramos en el nuevo art. 770. 4ª IV LEC que establece que “En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. También, en la LJV antes de su modificación por la **Ley 8/2021**, se equiparaba el interés del menor con el interés de la persona con capacidad modificada judicialmente.

A algunos autores les parece un error del legislativo el que no se haya mantenido el principio del interés de la persona con discapacidad por constituir un mecanismo que impide que esta pueda hacerse daño a sí misma. Debería ser la jurisprudencia la que establezca que criterio se ha de seguir cuando la decisión de una persona con discapacidad perjudica gravemente sus intereses personales o patrimoniales. No obstante, el legislador en el preámbulo de la nueva Ley ha dejado un resquicio abierto para seguir utilizando el principio del

interés superior de la persona con discapacidad al decir que “las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

2. La imposición de la capacidad jurídica en detrimento de la capacidad de obrar

Este es uno de los cambios terminológicos que ha supuesto la nueva Ley y que parecen un tanto excesivos como sucede con el hecho de que a lo largo de la Ley se emplee la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica” que si bien no es totalmente extraña a nuestro sistema jurídico sí que lo es cuando se usa en detrimento de la clásica y más precisa expresión “capacidad de obrar”. En el preámbulo de la **Ley 8/2021**, el legislador ya advierte que en la Observación de 2014 se precisa que dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. No obstante, en la doctrina se ha defendido la desaparición entre la titularidad de los derechos y su ejercicio. En el Derecho civil español la capacidad jurídica se considera como una situación estática, equivalente al término de personalidad jurídica y que hace referencia a la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones. Esta capacidad es propia de todas las personas jurídicas, no puede carecerse de ella y a diferencia de lo que sucede con la capacidad de obrar no admite graduación. . Esta capacidad, a diferencia de la jurídica, es graduable y depende de dos factores como son la edad y de que su capacidad no haya sido modificada judicialmente. De la combinación de ambos factores surge una capacidad de obrar plena, como la que corresponde al mayor de edad que cuya capacidad de obrar no ha sido modificada judicialmente. Junto

con esta capacidad plena se encontraba la capacidad de obrar limitada y finalmente la inexistente en aquellos casos extremos

A modo de comentario, parece que no es de recibo una expresión plenamente consolidada en nuestro ordenamiento jurídico como es la “capacidad de obrar” no sea utilizada en un texto legal que va referido a la posibilidad del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Esta mala praxis de la Ley, ya se produce en el propio título de la misma donde se refiere a las personas con discapacidad en el ejercicio de su “capacidad jurídica”, en vez de haberse utilizado la expresión “capacidad de obrar” Es cierto que en el preámbulo de la **Ley 8/2021** para el apoyo a las personas con discapacidad se dice que ese texto legal pretende la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la citada Convención de Nueva York. También es verdad que en el texto de la Convención no aparece ni una sola vez la voz capacidad de obrar, pero también lo es que en los textos legales internacionales se tiene que utilizar una terminología jurídica que tenga encaje en el máximo número de sistemas jurídicos posible. Lo anterior no es incompatible con el hecho de que el legislador español podría haber incorporado al nuevo texto legal todas las directrices y principios que se establecen en el tratado, si bien respetando nuestra tradición jurídica, de modo similar a como sucede con la trasposición de una directiva europea. Este cambio de algunas expresiones como consecuencia de la Convención ya tuvo lugar con el texto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, donde en su preámbulo se señala que se busca la adaptación a la nueva terminología y que “en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada

judicialmente”. No obstante ahora, se considera inapropiada aquella expresión que no hay que olvidar que superaba el filtro de la Convención, para cambiarla por el término de “persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Ambas expresiones si bien son respetuosas con las personas con discapacidad no son nada prácticas para los operadores jurídicos. Esto ya provocó que en algunas sentencias ya empezara a utilizarse la poco estética expresión “discapaz” para evitar la poco práctica expresión a la hora de redactar una sentencia de “persona con capacidad judicialmente modificada”. En consecuencia, poco éxito le auguramos en el foro a las enrevesadas expresiones de la nueva Ley como la de “personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica” Proponemos la expresión de “persona con ayudas”. Por otro lado, en el caso de abandonarse la expresión capacidad de obrar habrá que distinguir entre capacidad jurídica, como una situación estática, y su ejercicio. De ahí que la doctrina se abogue el mantenimiento de la tradicional expresión capacidad de obrar” .

4.La desaparición de la tutela de los discapaces.

Antes de la **Ley 8/2021**, la tutela estaba regulada en los arts. 222 y ss. del CC y en los art 43 a 51 de la LJV, para los aspectos procesales, así como a los art 756 a 763 LEC, para los procesos judiciales de modificar la capacidad de la persona, todos ellos modificados. La tutela encabezaba los mecanismos de guarda y protección de la persona y bienes de los menores o incapacitados. El tutor en la nueva regulación ya solo puede ser el representante legal de los menores no emancipados que no estén sujetos a la patria potestad y de los

menores que se hallen en situación de desamparo. El hecho de que el tutor sea representante legal supone que su voluntad sustituye a la del tutelado, no obstante, hasta la reforma, la tutela no ha sido obstáculo para que el menor o el incapacitado pudiera realizar por sí solo determinados actos por así establecerlo la sentencia de incapacitación o la Ley. Tras la reforma la representación del menor continuará sin tener carácter absoluto, de modo que en el nuevo art. 225 CC el tutor es el representante del menor si bien se exceptúan aquellos actos que el menor “pueda realizar por sí solo o para los que únicamente precise asistencia”. Esta representación, según el nuevo art. 227, tendrá que realizarse en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos.

La nueva Ley modifica el art. 222 CC que es renumerado en el art 199 CC y dispone que los incapacitados mayores de edad ya no estarán sometidos a tutela sino a curatela.

Parece que el mecanismo de la curatela donde el curador complementa la capacidad de aquellas personas que no la tienen plenamente es la vía más adecuada para que se respete la voluntad y preferencias de estas personas con discapacidad, que a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley la única medida de apoyo que se les podrá aplicar a aquellas personas con discapacidad que necesiten que se les sustituya en ciertos actos será la curatela representativa. El problema surge cuando las personas con graves dependencias no pueden realizar ningún tipo de manifestación de voluntad con entidad suficiente para que pueda ser complementada, en estos casos extremos entendemos que no cabe ni tan siquiera una curatela representativa puesto que no existe voluntad alguna que complementar. De modo que cuando

se tiene que representar a la persona con discapacidad prácticamente en todos sus actos jurídicos el mecanismo adecuado sería el de la tutela. De ahí que la **Ley 8/2021**, tendría que haber mantenido la tutela, si bien con carácter subsidiario de la curatela representativa y únicamente para aquellos casos en los que la persona con discapacidad no pudiera emitir válidamente su voluntad en ningún aspecto de su vida.” El haber mantenido la tutela con carácter residual para las personas con grandes dependencias no hubiera supuesto una violación de la Convención, que a diferencia de la Observación no prohíbe expresamente ni la curatela ni la tutela. Por otro lado, el mantenimiento de la tutela para estos casos extremos hubiera sido compatible con el hecho de que la curatela sea el eje central del nuevo sistema. El Tribunal Supremo en alguna resolución ya se ha manifestado en favor del mantenimiento de la tutela por entender que no es contraria a los principios de la Convención, puesto que “la tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas [...]”

4. La supresión de la patria potestad

La reforma introducida por la Ley 2021, suprime el art.171 CC, relativo a la patria potestad prorrogada o rehabilitada por considerarla como una institución no conforme con los principios de la convencion de Nueva York por su automatismo y falta de flexibilidad de manera que deja de contemplarse esta medida como apoyo a la persona con discapacidad. A partir de ahora en los supuestos de falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo contemplara la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa.

En la disposición adicional II en el párrafo III expresa” Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.”. la Ley es por tanto irretroactiva en este punto. Esta revisión puede ser solicitada por la propia persona con la capacidad modificada judicialmente y por los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada. La disposición transitoria no contempla la posibilidad de que antes de esa revisión, la patria potestad prorrogada o rehabilitada se extinga por muerte o declaración de fallecimiento de los padres o por haber contraído matrimonio el sometido a patria potestad.art.171, 1º y 4º CC.

La Ley, por tanto, reforma sustancialmente el bloque contenido en los anteriores arts. 222 a 285 -Capítulo II, de la Tutela- por los nuevos arts. 199 a 234 CC. Se complementa con los arts. 235 y 236 CC, defensor judicial del menor, y 237 y 238, guarda de hecho del menor, figuras que ahora se desdoblán de las relativas a las personas con discapacidad.

En la **STS 600/2015, de 4 de noviembre**, se rechaza la rehabilitación de la patria potestad en cuanto por ser una medida de contenido y alcance tan amplio que colisionaba con una interpretación del apoyo como complemento y asistencia, resolviendo que lo apropiado era la curatela ejercida por la madre.

La jurisprudencia venía ya recordando que lo relevante era reinterpretar el régimen legal existente a la luz de la Convención, en cuya labor de acomodación el mantenimiento de la patria potestad o su rehabilitación no parecía la mejor o más adecuada medida de apoyo. Dicha supresión ya figuraba en el anteproyecto aprobado por la comisión general de codificación, por ser contraria a la convencion, por su rigidez en cuanto a su ámbito de

aplicación, por su duración y por su consiguiente inadecuación a las circunstancias concretas de cada persona, además de por considerar que cuando los progenitores se hacen mayores, esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede llegar a convertirse en una carga demasiado gravosa.

Podemos concluir este apartado de la patria potestad y a modo de crítica que “ La motivación o causa de derogación se explica con los siguientes argumentos: por la rigidez que implica el mantenimiento o la rehabilitación de la patria potestad, la carga que para los padres conllevaba la asunción del deber y la oportunidad de que la persona con discapacidad se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores y así pueda adquirir un mayor grado de independencia.”

5. La difícil acreditación de la guarda de hecho.

La “Guarda de Hecho” es una institución de protección de personas con discapacidad, legalmente reconocida (Art. 302 a 306 del C. Civil) y con el mismo rango normativo que las tradicionales instituciones de guarda (tutela, curatela) como ya se ha explicado esta figura en epígrafes anteriores nos vamos a centrar en el problema de la acreditación.

La persona a quien la Ley habilita para actuar en su nombre, asumiendo su representación es al guardador de hecho. La guarda de hecho y la habilitación para actuar del guardador provienen directamente de la Ley, no de un documento o resolución judicial o administrativa previa.

El principal obstáculo al que se enfrenta la guarda de hecho para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación en el mismo de su existencia. Esta dificultad de constatación dificulta su efectividad, crea una

importante inseguridad jurídica, y provoca en los guardadores una sensación de abandono por el ordenamiento jurídico. Esto provoca que la intervención del guardador de hecho en el tráfico jurídico normalizado, aquel que se hace a través de instrumentos públicos y con inscripción registral, se encuentra fuertemente restringida creando de hecho una imposibilidad de actuación negocial del discapacitado no incapacitado judicialmente, lo que deja sin pleno contenido al artículo 304 CC. Ante esta situación, lo primero que debemos afirmar es que la guarda de hecho es una institución de hecho. Ello significa que existe con independencia de la existencia de un documento formal que declare su existencia. Ahora bien, la realización de actividades de carácter fundamentalmente patrimonial (gestión de cuentas bancarias, firmas de contratos de arrendamiento de cosas o servicios, incluso el acceso a escritura pública de determinados actos dispositivos) es difícil sin un documento que acredite las facultades de administración y, en su caso, representativas de una persona que carece de una representación legal.

Los mecanismos que se pueden utilizar para este menester pueden ser:

La acreditación de la situación de guarda, es una cuestión compleja en esta institución, ya que es preciso acreditar dos cosas:

A. Constatar la existencia de la guarda de hecho a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria finalizado por una resolución judicial que declare frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho, ejercida por una persona determinada. Este procedimiento podría ampararse en los artículos 158-4º CC o a través de las medidas cautelares establecidas en el artículo 762 LEC.

Los pasos a seguir en este procedimiento serán: pasos de dicho procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes:

1. Escrito dirigido al Juzgado de 1ª instancia del domicilio del guardado.
2. Práctica de la prueba. En ella pueden incluirse reconocimientos médicos, audiencias, reconocimientos periciales, etc.
3. Informe del Ministerio Fiscal.
4. Auto del Juez por el que se declara que existe la situación de guarda de hecho y se habilita al guardador para llevar a cabo lo pretendido por estimarlo beneficioso para el guardado.

B. La condición de “Guardador” – La convivencia como presunción de Guarda El reconocimiento de la condición de Guardador de Hecho resulta más fácil cuando el guardado es familiar de aquél. En estos casos, la exhibición del “Libro de Familia” permite, de modo sencillo, la acreditación del parentesco, circunstancia desencadenante de los derechos y obligaciones de la institución de “alimentos entre parientes”. Cuando el Guardador no es pariente, sino allegado, la prueba de tal condición se complica pues, a diferencia del parentesco que cuenta en su acreditación con el Registro Civil, el afecto no cuenta con un Registro Público donde se encuentre inscrito. En estos casos la acreditación deberá hacerse a través de documentación “periférica” (sanitaria, asistencial, administrativa, doméstica, etc...) que acredite la condición de Guardador. En cualquier caso, a afectos de la acreditación de la condición de Guardador de Hecho resulta de extraordinariamente relevancia el hecho de convivir con el Guardado.

C. El acta notarial de notoriedad puede ser otra herramienta promovida por el guardador donde se deje constancia de que la persona guardada está desvalida, de que no existe un nombramiento judicial de un cargo tutelar. En relación con el presunto incapaz, el art. 762 LEC señala como medidas cautelares que “1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la

existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto.

D. También se podría utilizar para constatar la guarda de hecho el decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo o la declaración de los propios Directores de los centros donde se encuentra el residente demenciado, al ser verdaderos guardadores de hecho ..., si a ello se une que entre los medios de guarda, está establecido por la Ley, la “guarda de hecho” a través: del art. 303 del C. Civil; Por lo tanto, el mayor problema que conlleva la guarda de hecho es la acreditación de la situación fáctica aunque parece que ello será más fácil si el guardador es un familiar como ya he expresado anteriormente.

8.8 Principales cambios en materia procesal

Tal y como se desprende del preámbulo de la Ley en su apartado V, la adaptación normativa a la convencion también se extiende al ámbito procesal, y vamos a señalar como principales reformas las siguientes:

- La nueva Ley sustituye los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad. Se introduce en la **Ley de Enjuiciamiento Civil** un nuevo artículo 7 bis en el que se prevé que, en todas las fases y actuaciones de los procesos en los que participen personas con discapacidad, incluidos los actos de comunicación, se realizarán —a petición de parte, del ministerio fiscal o de oficio por el juez— las adaptaciones y los ajustes que

sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad

- En la LEC, más allá de las necesarias revisiones terminológicas, se han introducido ajustes en el ejercicio de las acciones de determinación o impugnación de la filiación, en los procedimientos de separación y divorcio y en el procedimiento para la división de la herencia.
- Se regulan adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Y se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste.
- Se establece que en los supuestos en los que sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se registrarán por lo dispuesto en dicho Capítulo. En caso de inexistencia de oposición, la provisión judicial de apoyos se registrará por lo dispuesto en la legislación de jurisdicción voluntaria.
- Se establece un procedimiento de jurisdicción voluntaria con carácter preferente y solo con contradicción se acudirá a este proceso especial LEC.
- También se pueden presentar alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con

discapacidad, lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad y, por otro lado, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera de los legitimados que no sea promotor del procedimiento o de cualquiera con interés legítimo, evitando así situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona con discapacidad

- También dice la nueva norma que el proceso debe alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o “de mesa redonda”, con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.
- Se mantiene la residencia de la persona con discapacidad como fuero especial de competencia en el artículo 52.1-5.º, que ahora se extiende, en general, a todos los juicios en que se ejerzan acciones relativas a las medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad, conforme se establece en el apartado 3 del artículo 756 de la **Ley de Enjuiciamiento Civil**; asimismo, se extiende a las sentencias dictadas en ellos la eficacia erga omnes a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil, que está prevista en el artículo 222.3, II.
- La legitimación, contemplada en el “art.757 LEC, expresa que corresponde al propio interesado, cónyuge o similar, descendiente, ascendiente o hermano. También el MF y personas con interés legítimo”.
- Por último, decir que no es preceptiva la actuación de letrado

8.8.1 Acceso cognitivo. Sentencias de lectura fácil

De, “El art.7 bis LEC 7 bis LJV” que se refiere a” los ajustes a las personas con discapacidad” extraemos las medidas que se contemplan en este sentido como son la accesibilidad cognitiva. Este modelo se encuentra dentro del marco de la accesibilidad universal que también contempla la accesibilidad física, (es la que beneficia por ej., a las personas que usan silla de ruedas), la accesibilidad sensorial (la que beneficia por ej. a las personas sordas y ciegas) y la accesibilidad cognitiva que es la que beneficia por ej., a las personas con discapacidad intelectual.

¿Qué es la accesibilidad cognitiva?

La accesibilidad cognitiva es hacer el mundo más fácil de entender para todas las personas, pero viene bien sobre todo a las personas con dificultades de comprensión como las personas con discapacidad intelectual.

Este derecho hace de llave para el acceso a otros derechos como son los de la educación, la información, la sanidad, etc.

La **Ley 6/2022**, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el **Real Decreto Legislativo 1/2013**, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

La reforma del **RD Leg. 1/2013** busca garantizar de forma efectiva la accesibilidad cognitiva de todas las personas con dificultades de comprensión y comunicación del entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, lo que también implica la lectura fácil.

La accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones.

La Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece en su artículo 9 que «los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, [...] a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones». Estas medidas se aplicarán, entre otras cosas, a «dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en formatos de fácil lectura y comprensión». Igualmente, establece la «obligación de promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información». Asimismo, «la información y la comunicación deben estar disponibles en formatos fáciles de leer y modos y métodos aumentativos y alternativos para las personas con discapacidad que utilizan esos formatos, modos y métodos».

Respecto a las definiciones auténticas, el artículo 2 del Tratado internacional dispone que, a los efectos de la presente Convención [...], «la comunicación incluirá el lenguaje sencillo» (terminología que equivale a la consolidada en lengua española de «Lectura Fácil»).

La principal norma de la que dispone España en esta materia-junto con la reciente **Ley 8/2021**, de 2 de junio- es el **Real Decreto Legislativo 1/2013**, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

En la Exposición de Motivos se define la accesibilidad cognitiva como «la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación».

También define la lectura fácil, muy relacionada con la anterior como el “método que aplica un conjunto de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño y maquetación de documentos, y a la validación de la comprensibilidad de estos, destinado a hacer accesible la información a las personas con dificultades de comprensión lectora”.

Esta modificación legal puede ser beneficiosa, no solo para las personas con discapacidad, sino también para otros colectivos como las personas mayores, visitantes que no conocen suficientemente el idioma o personas con déficit de alfabetización.

Condiciones básicas de accesibilidad cognitiva:

- Vienen determinadas y definidas en el nuevo artículo 29 bis.

8.8.2 Procedimiento contradictorio LEC

La Ley da respuesta a este supuesto al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (capítulo III BIS del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad arts. 42 bis a, 42 bis b y 42 bis c, LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo,

se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV) El procedimiento viene regulado en el art.42 bis b, que resumiéndolo consistirá:

- Traslado de la demanda para contestación al afectado, al curador o persona propuesta para el apoyo y al MF.
- Convocatoria a la comparecencia a las personas que corresponda, (MF, a la persona con discapacidad...) si el afectado no comparece con representación y defensa se le nombrara defensor judicial.
- El letrado de la administración de justicia reclamara certificaciones del registro civil para comprobar si hay disposiciones.
- La entidad informara sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial
- Pruebas preceptivas (en 1ª y 2ª instancia) entrevista a la persona con discapacidad, audiencia a parientes, dictámenes periciales de profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario. Informe socio-sanitario preceptivo (menor incidencia informe médico forense)
- Posible adopción de medidas cautelares de oficio o a instancia de parte con audiencia de la persona con discapacidad.
- Por último el hecho que da lugar al procedimiento contradictorio viene en el punto 5 del artículo que nos ocupa³⁹ art.42 bis b. 5”

³⁹ • art.42 bis b. 5. 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

La sentencia y revisión de medidas:

La resolución del expediente se dará por medio de auto , que en ningún caso podrá incluir la mera privación de derechos, en el que se adoptaran , en su caso, las medidas que sean conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable, es decir, las medidas de apoyo personales o patrimoniales proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetaran siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias .

El art. 269 CC establece que cuando no haya otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, la autoridad judicial constituirá la curatela, que podrá ser meramente asistencial o representativa.

El auto podrá ser recurrido en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado, así lo establece el art.20 de la LJV.

Se alude también a la necesaria inscripción en el registro civil y en otros registros que la soliciten así como también a la obligatoria revisión periódica de las medidas de apoyo decretadas que según el art.268 LEC, impone que las medidas de apoyo adoptadas sean revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y ante cualquier cambio de situación de la persona ..; en el apartado 1 del art.42 bis c de la LJV ⁴⁰.y en el art.761.1 LEC⁴¹

treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso

⁴⁰ apartado 1 del art.42 bis c de la LJV” tales medidas serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en este artículo.”

⁴¹art.761.1 LEC Las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

El art. 268 CC expresa que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. 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, 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.

Para terminar con la explicación nos vamos a referir a los arts. 734.735.y 736 LEC que ofrecen la posibilidad de solicitar medidas cautelares en cualquier momento de instancia o a petición de parte.

8.8.3 Procedimientos de jurisdicción voluntaria

Los expedientes de jurisdicción voluntaria tras la reforma de la **Ley 8/2021**, de 2 de junio, se puede definir la jurisdicción voluntaria como aquellas

intervenciones judiciales o extrajudiciales en las que no está empeñada cuestión entre partes.

El artículo 2 de la **Ley 15/2015**, de 2 de julio⁴² nos da la definición de estos actos.

Como parte de sus características esenciales, también hay que destacar que no hay contradicción entre partes y que carecen de efectos de cosa juzgada.

Además del ámbito jurisdiccional donde se tramitan estos expedientes, actualmente se establecen competencias compartidas entre la autoridad judicial (Jueces y Letrados de la Administración de Justicia) y los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

La intervención judicial alcanza a aquellos supuestos en los que la determinación final del acto requiere comprobaciones en cuanto a los hechos y requisitos legales y que solo pueden llevarse a cabo a través del oportuno proceso judicial (no contradictorio) en el que entren en juego no solo criterios estrictamente jurídicos sino de oportunidad o de equidad que únicamente puede efectuar la autoridad Judicial.

Las características que definen a estos actos judiciales las podemos enumerar en las siguientes:

La competencia judicial se divide entre los Letrados de la Administración de Justicia y el Juez como refiere el art. 2 **LJV 2015**, a cuyo tenor:

⁴² El artículo 2 de la **Ley 15/2015**, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, establece que "se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley a todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso".

1. Los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, tendrán competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria.
2. En los expedientes de jurisdicción voluntaria la competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita.
3. El impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Letrados de la Administración de Justicia, atribuyéndose al Juez o al Letrado de la Administración de Justicia, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esta Ley. Cuando no venga atribuida la competencia expresamente a ninguno de ellos, el Juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El resto de expedientes serán resueltos por el Letrado de la Administración de Justicia.

Con respecto a la legitimación para promover actos de jurisdicción voluntaria y si es preceptiva o no la presencia de letrado y procurador el art. 3 **LJV 2015** indica:

1. Podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto, sin

perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

2. Tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la norma. No obstante, aun cuando no sea requerido por la Ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente.

En todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición.

En relación con esta cuestión, debe destacarse que el artículo 7 bis de la **LJV 2015** ordena la adopción de una serie de medidas para ajustar su tramitación a las personas con discapacidad. Asimismo, establece que las personas con discapacidad tienen derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo recogiendo las medidas que deben adoptarse.

Los expedientes judiciales, en materia de personas, que son los que nos interesan, vienen regulados en (artículos 23 y siguientes **LJV 2015**) y la nueva Ley 2021 contempla unas reformas en la LJV que cito a continuación.

1. Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial.
2. Expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad

3. Expedientes relativos a la tutela y ala curatela (nuevos nombramientos sin oposición, formación de inventario, rendición de cuentas, retribución, remoción, excusa, extinción de los poderes preventivos.
4. Procedimientos de medidas de control de la guarda de hecho.
5. Protección del patrimonio de las personas con discapacidad.
6. Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.
7. Procedimiento de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieren a los bienes y derechos de menores y personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.
8. Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la administración de los bienes de persona con discapacidad

8.9 Adaptación de los pronunciamientos anteriores a los criterios de la nueva Ley. Análisis práctico de las resoluciones dictadas en los Juzgados de Elche

Durante los meses de andadura de la nueva ley, los Juzgados de Primera Instancia han tratado de dar cumplimiento al mandato de revisión de los pronunciamientos judiciales anteriores, si bien solicitando en muchos casos refuerzos para llevar a cabo tan ardua tarea.

Comentada la situación con las magistrados-jueces titulares de los Juzgados especializados num. 5 y 6 del partido judicial de Elche, se informa de que el juzgado num. 6 apenas tiene unas 80 resoluciones que revisar, habida cuenta de que recibió la especialización en la materia a primeros del año 2020,

habiendo sido muy limitada la actuación durante los tiempos de pandemia; pero que en el Juzgado num. 5 se estima que pueden existir unos 1000 procedimientos pendientes de revisión, pues ya desde su creación en el año 1992 asumía procedimientos en esta materia, teniendo una especialización exclusiva pero no excluyente desde el año 2013 hasta el año 2020, en que pasó a compartir funciones con el Juzgado num. 6. Se informa desde este Juzgado que se ha solicitado un refuerzo externo en régimen de comisión de servicio, que ha sido denegado, habiéndose ofertado a la Magistrado la posibilidad de asumir un auto refuerzo, con el que, por el momento, tan sólo ha podido asumirse la revisión de aquellas resoluciones en las que se ha formulado petición de parte. Se considera muy complicado, a la vista del volumen de entrada de este Juzgado, poder culminar el proceso en el tiempo que marca la ley.

En cuanto a la forma concreta de proceder a esta revisión, se viene observando la existencia de dos tendencias en nuestros juzgados y tribunales: parte de ellos optan por mantener las medidas judiciales en aquellos casos en los que los procedimientos se encuentran judicializados de antiguo, sustituyendo los cargos tutelares por los nuevos apoyos, especialmente la curatela representativa o asistencial; pero el resto opta por sustituir las medidas judiciales por la guarda de hecho en aquellos casos donde existen familiares cercanos al cuidado del discapaz, y no se vienen produciendo conflictos graves. En estos casos, no obstante, se declara en la resolución judicial cuál es el familiar que se encarga de la guarda de hecho, a objeto de procurar la debida acreditación de esta situación ante las distintas instancias.

Ejemplo de estas dos corrientes lo constituye la recientísima Sentencia num. 121/22 de 10 de mayo de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, en la que se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 5 de Benidorm, que había denegado la provisión judicial de apoyos por considerar que una persona afectada de autismo quedaba suficientemente atendida a través de la guarda de hecho ejercida por sus progenitores, acordando, en su lugar, una curatela representativa por entender que “efectivamente puede sostenerse la guarda de hecho, pero siempre y cuando no haya otra medida adoptada, o incluso que las adoptadas no estén desarrollándose adecuadamente. Más en el caso concreto de que tratamos, reiterando lo ya manifestado, ante esa situación de trastorno del espectro autista, no parece conveniente que se adopte la guarda de hecho, cuando en realidad lo que se precisa para D. Jorge...es un continuado apoyo en los actos de su vida, y de ahí que el propio artículo 250 también indique que la curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado...”

9. Conclusiones

Primera conclusión: Con la aparición de la **Ley 8/2021** de dos de junio, nos encontramos con un instrumento jurídico que va suponer importantísimos cambios en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, por el cual se va a garantizar que sean ellos los titulares de sus derechos fundamentales y que los puedan ejercitar con todas las garantías que el legislador pone a su disposición, adaptando sus legislaciones internas a los

mandatos que la Convención de Nueva York, como tratado internacional vinculante para los estados que la ratificaron, les va a imponer. Es en el art. 12 de la citada convención, donde se incide en que las personas con discapacidad tengan igual reconocimiento ante la ley que las demás personas, en el ejercicio de su capacidad jurídica sin que haya diferencia de trato motivado por la discapacidad.

Pasamos de un sistema basado en la sustitución en la toma de decisiones a uno asistencial, en el que se deben proporcionar los apoyos necesarios a la persona con discapacidad para que sea ella generalmente la que tome sus propias decisiones en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus deseos y preferencias.

Segunda conclusión: la segunda idea a la que quiero referirme, a modo de conclusión de este trabajo, son los cambios más relevantes que introdujo esta ley en la terminología jurídica, que desaparecen los términos “incapaz e incapacitado” pasando a llamarse estas “personas con discapacidad”. Esto es debido a que se ha suprimido la incapacitación judicial, ya que, con anterioridad, cuando alguien precisaba apoyos para su capacidad jurídica, se la incapacitaba judicialmente y ahora la ley prevé de apoyos a la persona con discapacidad en sustitución de la modificación de la capacidad que se daba antes de la entrada en vigor de la nueva ley.

Otro aspecto a destacar es la desaparición de las tradicionales instituciones de protección como son la tutela, la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la prodigalidad, que a mi opinión, en el caso de la tutela, entiendo que era una institución en la que el tutor, generalmente, velaba por el bien de la persona

con discapacidad y solo en algunos casos aislados se producían abusos al ostentar estos el poder de decisión.

Tercera conclusión: otra gran novedad introducida por esta ley es la desaparición de la dualidad de capacidad jurídica y capacidad de obrar, de forma que actualmente la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimidad para ejercitarlos, en condiciones de igualdad, por sí mismo y/o con los apoyos necesarios.

Cuarta conclusión: Es además destacable que más que un cambio de terminología se trata de un cambio de la mentalidad social, un distinto enfoque, en el que la persona con discapacidad pasa de ser un sujeto marginado por su condición, al que hay que ayudar, a convertirse en alguien titular de derechos, con las máximas garantías para su ejercicio en igualdad con los demás y capaz de tomar sus propias decisiones, aunque para esto precise del apoyo de terceros.

Quinta conclusión: además de las personas con discapacidad, que tengan reconocido un porcentaje de minusvalía física o psíquica, la nueva ley permite también beneficiarse de estas medidas de apoyo, a las personas mayores de edad y menores emancipados ya que el texto normativo incluye a cualquier persona que las precise.

Sexta conclusión: Para terminar, quiero hacer referencia al inmenso trabajo que se van a encontrar los operadores jurídicos, en sus respectivos ámbitos laborales, para conseguir que se cumplan los objetivos que marca esta ley, como por ejemplo la revisión de todas las sentencias de incapacidad para adaptarlas a la ley y la revisión judicial de las medidas de apoyo cada tres años, por tratarse de situaciones que pueden colapsar el sistema judicial. Por

tanto, la promulgación de esta ley debiera venir acompañada de la dotación a las administraciones y demás operadores jurídicos de los medios materiales y personales necesarios para su correcta y completa aplicación, sin los cuales es altamente improbable que puedan llegar a conseguirse los objetivos necesarios.

10. Bibliografía

LEGISLACIÓN

- **Ley 26/2011, de 1 de agosto**, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- **Ley 8/2021** de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- **Real Decreto Legislativo 1/2013**, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- **Ley Orgánica 1/2015**, de 30 de marzo.
- **Ley 15/2015**, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- **Ley Orgánica 5/1995**, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.
- Adaptación de la **Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio**, del Régimen Electoral General.
- **RD 1856/2009**.
- **Declaración de los derechos de los impedidos**.
- **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CPDP)**.

- **Ley 1/2000** de 7 de enero de enjuiciamiento civil.
- Código Civil de 1889.
- **Ley 41/2003**, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del código civil.
- **Real Decreto 1865/2004**, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad.
- **Ley 51/2003**, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- **Real Decreto 2271/2004**, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.
- **Ley 13/1983**, de 24 de octubre, de reforma el Código Civil en materia de tutela.
- **Constitución Española**, (BOE-A-1978-31229).
- **Real Decreto 1276/2011**, de 16 de septiembre.
- **Ley 51/2003**, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- **Ley 27/2007**, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
- **Ley 49/2007**, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el **Real Decreto-Legislativo 5/2000**, de 4 de agosto.
- **Ley 30/1979**, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

- **Ley 14/1986**, de 25 de abril, General de Sanidad.
- **Ley 41/2002**, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- **Ley 14/2006**, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- **Ley 16/2003**, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- **Ley 44/2003**, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- **Ley 7/2007**, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- **Ley 2/1985**, de 21 de enero, sobre protección civil.
- **Ley 23/1998**, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo.
- **Ley 50/1980**, de 8 de octubre, de contrato de seguro.
- **Ley 49/1960**, de 21 de julio, de propiedad horizontal.
- **Ley 34/2002**, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- **Ley 39/2007**, de 19 de noviembre, de la carrera militar.
- **Ley 30/2007**, de 30 de octubre, de contratos del sector público.
- **Ley 13/1982**, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. (LIONDAU).
- **Ley 1/2000**, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) (BOE-A-2000-323).
- **Ley Orgánica 2/2018**, de 5 de diciembre, para la modificación de la **Ley Orgánica 5/1985**, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

- **LO. 1/2015**, de 30 de marzo, por la que se modifica la **Ley Orgánica 10/1995**, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- **Ley Orgánica 10/1995**, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE-A-1995-25444).
- **Ley Orgánica 2/2020**, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. (BOE-A-2020-16345).
- **Ley 43/2015**, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.
- **Decreto 180/2021** (DOGV 2021_11632.pdf (gva.es)).

LIBROS

- Álvarez Lata.N (2021) *“Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”* págs. 852-854.España. Aranzadi Thomson Reuters.
- De Amunategui Rodríguez. C et al (2019) *“Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad”*. España. Tirant lo Blanch.
- De Verda y Beamonte, Jose Ramón. *Derecho Civil I (Derecho de la persona)* 5ª Edición. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2022. Pags. 143 a 165.

REFERENCIAS DE INTERNET

- *“Información estadística facilitada por la Subdirección General de Planificación, Ordenación y Evaluación”* (2021). Base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad (Informe a

31/12/2019). Madrid, IMSERSO. https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/bd_estatal_pcd/index.htm

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS/REVISTAS

- Vehmas. S (2004) “Análisis ético del concepto de discapacidad https”
Revista española sobre discapacidad intelectual. Consultado en 4 de abril de 2022 en [212_articulos4.pdf \(plenainclusion.org\)](#).
- “Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo” (2015) Consultado el 4 de abril de 2022 en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_430938.pdf.



JURISPRUDENCIA

- **STS num. 282/09 de 29 de abril**, Sala de lo Civil en pleno. Ponente Dña. Encarnación Roca Trias
- **STC 174/2002**, de 9 de octubre. Sala Segunda. Ponente D. Tomás S. Vives Antón
- **STS num. 995/91 de 31 de diciembre de 1991**, Ponente D Alfonso Villagómez Rodil.
- **STS num. 706/21 de 19 octubre**. Ponente D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.

- STS 600/2015, de 4 de noviembre. Ponente D. Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de fecha 23 de septiembre de 2021
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta num. 121/22, de 10 de mayo. Ponente D Jose María Rives Seva.

