

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE
GRADO EN DERECHO



UNIVERSITAS
Miguel Hernández



**LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL A LA
CONVENCIÓN DE NUEVA YORK: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO**

TRABAJO FIN DE GRADO

Autora: Patricia Aboukamar García

Tutor: Manuel Ortiz Fernández

Curso académico: 2021/2022

ÍNDICE

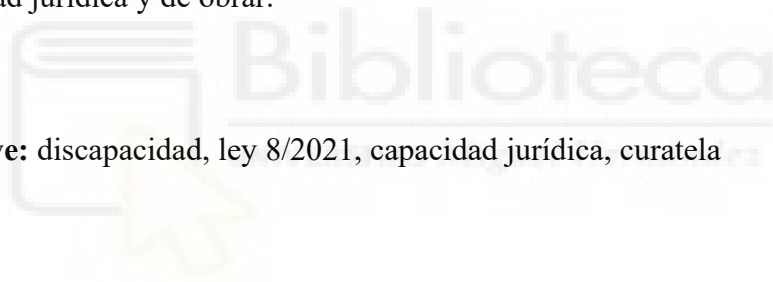
RESUMEN.....	3
ABSTRACT.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.....	9
1.1. El término discapacidad y sus principales diferencias con respecto al Real Decreto Legislativo 1/2013.....	9
1.2. Tratamiento ofrecido a la capacidad jurídica.....	13
2. CONSIDERACIONES SOBRE LAS MODIFICACIONES COMPORTADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA A LA 8/2021, DE 2 DE JUNIO.....	16
2.1. Figuras concretas recogidas en la reforma (artículos 263 a 267 CC).....	25
3. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS.....	35
4. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS DE APOYO.....	36
CONCLUSIONES.....	38
BIBLIOGRAFÍA.....	39

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende abordar la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En nuestro país, esta reforma tiene el objetivo de adaptar la legislación a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Más concretamente, se analizarán los cambios legislativos que dicha reforma supone, teniendo en cuenta su principal objetivo: el respeto de las personas con discapacidad y de su capacidad jurídica y de obrar.

Palabras clave: discapacidad, ley 8/2021, capacidad jurídica, curatela

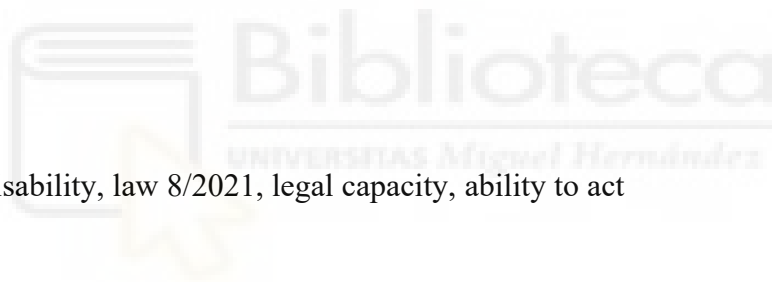


ABSTRACT

The present work intends to address Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. In our country, this reform has the objective of adapting the legislation to the UN Convention on the rights of persons with disabilities.

More specifically, the legislative changes that this reform entails will be analysed, taking into account its main objective: respect for people with disabilities and their legal and acting capacity.

Keywords: disability, law 8/2021, legal capacity, ability to act



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo abordará la nueva regulación de la situación jurídica de las personas con discapacidad en 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. Debemos considerar que existen circunstancias en las que una persona puede verse impedida o encontrar dificultades para poder desarrollar su vida con normalidad, llegando incluso al abandono social y al desamparo jurídico. En nuestro Código Civil ya se regulaba la minoría de edad, la prodigalidad o algunas enfermedades que impedían el gobierno de la propia persona¹.

Con la regulación actual, lo que se consigue es que la persona con discapacidad tenga plena capacidad jurídica y, en su caso, se proceda a la adopción de medidas de apoyo para llevar a cabo la misma. De forma que se encuentre en igualdad de condiciones con el resto de personas de la sociedad en cualquier ámbito de la vida.

Para situarnos es preciso hablar del recorrido y la tramitación de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. La Convención de Nueva York es la primera Convención de las Naciones Unidas que se redacta teniendo en cuenta a las personas con discapacidad y en la que se reconoce su plena capacidad jurídica.

En este sentido, las Naciones Unidas consideraron adecuado promover y proteger los derechos de estas personas de forma que pudieran participar en sociedad en igualdad de condiciones. Así nació la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, se fundamentaron en la regulación existente hasta el momento:

1 LÓPEZ SAN LUIS, R. (2022) Guarda de hecho vs guarda de derecho tras 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. *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Dykinson, Madrid, p. 137.

la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, contemplando especialmente los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, etc².

Así, el artículo 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad recoge lo siguiente: 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, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Mientras que el artículo 1.2 acota y especifica que las personas con discapacidad son 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”.

En este contexto, se les confiere a las personas con discapacidad una mayor autonomía y respeto por su voluntad y propias decisiones (art. 3, a).

El Código Civil, anteriormente, definió la capacidad de obrar como la posibilidad de celebrar actos jurídicos de forma válida, que se atribuía a mayores de edad con plenas facultades y se restringía a menores de edad y a personas con discapacidad. Actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el sistema jurídico no parte de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, sino que establece que todas las personas

2 ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022) *La curatela tras la ley 8/2021*. Tirant lo Blanch, p. 57

tienen capacidad, pero en determinados casos algunas personas necesitan medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Este cambio en la consideración de las personas con discapacidad se debe a un mayor enfoque de los poderes públicos en la dignidad de las personas, es decir, centrado en ofrecer un trato digno al incorporar la posibilidad de que den su propio consentimiento. Por tanto, poseer el poder de ejercitar su derecho de autodeterminación y desarrollarse libremente. Esto supone una concepción conforme a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo artículo 12 establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos.

La Convención reconoce la atribución de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, pues “es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Hacemos referencia a la capacidad jurídica como el hecho de ser titular de derechos y poder actuar en derecho. Es decir, se reconoce a la persona, independientemente del hecho de su discapacidad, plena capacidad jurídica.

El propio artículo 12 de la Convención recoge que el “desequilibrio o debilidad mental” no son motivos de suficiente entidad como para limitar o suprimir la capacidad de obrar. Según TORRES COSTAS, la capacidad de obrar debe considerarse incluida cuando se haga referencia a la capacidad jurídica. La Convención “supone el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica, concepto que incluye, tanto la capacidad para ser titular de derechos (elemento estático) como la capacidad de ejercitar tales derechos (elemento dinámico) de todas las personas con discapacidad sin excepción. Introduce también el nuevo sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos, preferencias de la persona con discapacidad, potenciando así su mayor autonomía en todos los ámbitos de su vida, incluyendo el derecho a tomar sus propias decisiones y también a equivocarse y a rechazar los apoyos. Además, obliga a los Estados a que adopten las salvaguardias que

sean necesarias para garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica³”.

Así pues, la finalidad principal de la Ley 8/2021 de 2 de junio es la de adaptar la legislación española a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, tras haber sido ratificada por España el 20 de marzo de 2006. De esta forma, debemos entender que la reciente modificación del Código Civil, las Leyes de Enjuiciamiento Civil y de Jurisdicción voluntaria, reflejan el espíritu de dicha Convención.

El artículo 491 del Código Civil actual establece que se podrán establecer medidas en favor de las personas que la necesiten, de forma que puedan desarrollar su personalidad y capacidad jurídica en términos de igualdad.



3 TORRES COSTAS, M.E (2019) *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, p. 374.

1. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

1.1. El término discapacidad y sus principales diferencias con respecto al Real Decreto Legislativo 1/2013

Antes de entrar a definir concretamente los valores, principios y contenido específico de la Convención de Nueva York, es necesario hacer un repaso a la definición de discapacidad para determinar a qué nos referimos cuándo se emplea este término, esencialmente porque la definición del mismo determina la población diana a la que afecta específicamente.

Según la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) de la OMS, este término hace referencia al conjunto de deficiencias, a las limitaciones de la actividad y a las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones; y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por tanto, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

La Convención de Nueva York en su propósito (art. 1 párrafo 2º), establece una diferenciación en cuanto a los tipos de discapacidades existentes cuando afirma que: "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".

Otra definición de discapacidad la podemos encontrar en 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, que la define de la siguiente manera: "es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Así pues, es cuestión de matices: la Convención de Nueva York diferencia entre cuatro tipos de deficiencias (físicas, mentales, intelectuales y sensoriales) y al mismo tiempo introduce directamente la posibilidad de que esta deficiencia impida gozar con igualdad del ejercicio de los derechos de la persona. El énfasis en la permanencia de la deficiencia contenida en la definición española (del Real Decreto Legislativo 1/2013) será determinante posteriormente a la hora de analizar la forma en que algunos interpretan el artículo 12 de la Convención de Nueva York y las medidas de protección vigentes en el ordenamiento jurídico español.

Así pues, la Convención, por su carácter general como tratado internacional, afecta a nuestra legislación. En especial, a las personas sujetas a una deficiencia de carácter físico, psíquico, intelectual o sensorial, ya que nace con el objetivo de promover, proteger y asegurar el pleno disfrute y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promocionar el respeto de su dignidad inherente.

A nivel internacional y nacional se han realizado diversas interpretaciones del contenido del artículo 12 de la Convención de Nueva York y, en función de esta interpretación, se ha generado el debate a raíz de la necesidad o no de adaptar el corpus legislativo de cada país a los requerimientos de la Convención de Nueva York en cuanto a las medidas de protección legal de las personas con discapacidad. Es decir, la forma en que el Estado, a través de los órganos judiciales y mediante un determinado procedimiento, limita la capacidad de ejercicio de un derecho de algunos de sus ciudadanos al considerar que requieren de una protección especial en comparación con los demás.

Suprimir el procedimiento de incapacitación y adaptarse al artículo 12 en su totalidad implica fuertes reajustes en el Derecho nacional y un cambio de paradigma radical en lo que respecta a las medidas de protección a las personas. La Convención de Nueva York apuesta por la implementación de mecanismos de apoyo a la toma de decisiones como alternativa a los mecanismos sustitutivos como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos para todas las personas. Estos mecanismos se basan en la complementación de la capacidad natural e inherente a todas las personas de tomar decisiones en la medida en que, por parte de terceras personas, se ofrece soporte individualizado en aquellas áreas o cuestiones en las que la persona así lo manifieste o desee.

En conclusión, la Convención de Nueva York supone un avance significativo en la forma de conceptualizar la forma en que intentamos garantizar Derechos Humanos fundamentales recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos:

"Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; y "tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad".⁴

La Convención pretende solventar distintas carencias que presentaba el modelo anterior. En primer lugar, se debe entender que la facultad de la persona para tomar decisiones jurídicamente válidas no está subordinada a su nivel de capacidades cognitivas. Esto significa que la persona ya no estará sujeta a evaluaciones de capacidad mental bajo criterios preestablecidos, a menudo demasiado estrechos y que suponen un problema especialmente para aquellas personas que sufren una enfermedad variante en la que un día se encuentran desorientadas y al día siguiente son plenamente lúcidas, como sucede con las personas que sufren demencia. La Observación General No. 1 excluye radicalmente que una persona con una deficiencia como la demencia pueda ser privada de la capacidad jurídica.

De hecho, la Observación General No. 1 quita de la mesa la posibilidad de la privación de la capacidad legal por completo. Ahora se les dice claramente a los profesionales de

4 ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (2015) La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos. Tirant Lo Blanch.

la salud, cuidadores, familiares o apoderados que, sin importar cuál sea el deterioro y las capacidades cognitivas de una persona, los primeros deben escuchar lo que los segundos tienen que decir e implementar sus deseos.

De esta forma, al interpretar sus declaraciones y apoyarlos en la expresión de su voluntad tanto como sea posible, es posible tener en cuenta un conjunto más amplio de factores relacionados con los designios una persona, e incluir identidad, valores, a los actos que realiza la persona en la medida de apoyo.

Este mensaje se fortalece aún más con la prohibición de formas de toma de decisiones sustitutivas y mecanismos de tutela anticuados en los que un tutor, fideicomisario o cuidador disponía de pleno poder en el momento de tomar decisiones que afectarían la esfera legal de una persona sin su consentimiento explícito.

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad responde a este tema, aclarando que, bajo la Convención de Nueva York, nunca son admisibles decisiones que no estén centradas en la voluntad del individuo.

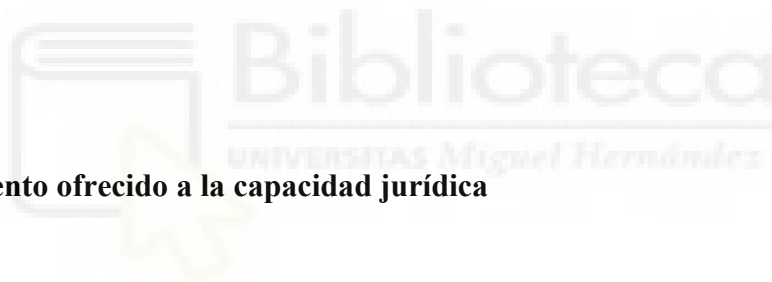
Además, el modelo de apoyo universal propuesto por la Convención de Nueva York y promovido por el Comité aborda el tema de las barreras externas que impiden que las personas con discapacidad participen en las decisiones sobre el cuidado de su salud.

En este sentido, la Convención de Nueva York y el Comité proponen un modelo más flexible de medidas de capacidad jurídica, que evita distinciones artificiales entre capacidad mental e incapacidad, y proporciona una plataforma a través de la cual se pueden abordar los problemas a los que se enfrentan las personas con demencia para decidir sobre su vida y cuidados. abordarse, preservando la centralidad de la voluntad de la persona. De esta forma, nos evitamos el problema de tener que valorar de forma binaria en qué momento del desarrollo progresivo de la enfermedad se llega a la incapacidad mental, tarea que en muchas ocasiones ha resultado difícil para los profesionales sanitarios.

Además, se asegura de que los médicos, familiares y cuidadores de personas con demencia hagan todo lo posible para permitir que la persona exprese sus deseos directamente a través de una serie de técnicas de toma de decisiones asistidas. Finalmente, también con respecto a las etapas finales de una enfermedad neurodegenerativa, cuando es muy difícil, si no imposible, comunicarse con la persona,

el modelo propuesto por la Convención de Nueva York asegura que los parientes más cercanos y los tomadores de decisiones sustitutos tengan todos los recursos principales que necesitan para tomar una decisión más adecuada que refleje lo que la persona hubiera querido, en lugar de depender de mecanismos paternalistas basados en suposiciones difíciles de verificar sobre “lo que sería objetivamente bueno” para la persona.

En España, las personas con discapacidad tienen reconocimiento constitucional en el artículo 49. Para ÁLVAREZ GARCÍA, la Constitución Española incorpora el mandato a los poderes públicos de amparar a las personas con discapacidad a fin de que no sufran discriminación alguna. Además, la dignidad de las personas con discapacidad exige el reconocimiento de su libertad y dignidad, por lo que no resulta viable que se les niegue la posibilidad de autodeterminarse. La sociedad debe conseguir su plena inclusión, superando los prejuicios y no dejando a estas personas relegadas a la voluntad de un tercero.



1.2. Tratamiento ofrecido a la capacidad jurídica

La capacidad jurídica es el reconocimiento de una persona para ser titular y ejercer derechos mediante actos jurídicos válidos. Quienes lo tienen reconocido pueden decidir legalmente por sí mismos, celebrar contratos, realizar una compraventa o decidir quién debe heredar sus bienes.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 12, califica la capacidad jurídica como un derecho humano universal que no puede ser suprimido o limitado a causa de una discapacidad física o mental. Exige que si una persona con discapacidad tiene dificultades para tomar decisiones debe recibir apoyo a través de medidas que respeten sus derechos, voluntad y preferencias, en lugar de privarla de capacidad jurídica.

En la Observación General No. 1, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se requiere la eliminación de la legislación nacional de la tutela, pues no es posible privar de tomar decisiones legales válidas a una persona.

Tradicionalmente, los mecanismos de tutela se han justificado por la necesidad de garantizar que, especialmente las personas con discapacidad mental, estén protegidas de elecciones que puedan resultar en autolesiones o en la explotación por parte de otros. Sin embargo, por la dignidad inherente a estas personas, debe aplicarse esta "mínima intervención", de forma que en la medida de lo posible, se respeten sus decisiones y voluntades al máximo.

En cuanto a la incapacidad, ahora suprimida, hay que entender que existen capacidades cognitivas que pueden estar sujetas a fluctuaciones, de modo que un día parecen completamente perdidos y al otro perfectamente conscientes del mundo que les rodea (como sucede en personas con demencia, que van perdiendo la "orientación" de forma progresiva). Por lo tanto, las declaraciones de incapacidad podían no ser exactas, e incluso, ser injustas.

Con todo ello, se pretende sustituir los mecanismos de medidas de apoyo representativos por aquellas medidas que facilite la toma de decisiones con apoyo. Tales modelos enfatizan la naturaleza interdependiente de la autonomía y el grado en que todas las personas, no solo las personas con discapacidad.

Los modelos de toma de decisiones con apoyo enfatizan la importancia de establecer redes naturales de apoyo y permitir que las personas elijan preventivamente a aquellas personas que les van a ayudar en el futuro. También se reconoce que para las personas cuya voluntad preferencias sean difíciles de discernir, la toma de decisiones con apoyo puede parecerse a la sustituida o representativa.

Sin embargo, se sugiere que la plena capacidad jurídica, es decir, el derecho a que se respeten las elecciones de uno mismo en igualdad de condiciones con los demás, nace de un reconocimiento de la personalidad, algo que no depende de la capacidad cognitiva (Centro para la Ley y Política de Discapacidad, 2011).

Antes de la Convención, el derecho a la capacidad jurídica también se reconocía en artículo 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). El artículo 15 dispone que: los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la Ley y, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad.

La interpretación del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las disposiciones del artículo 15 de la CEDAW y el artículo 12.1 y 12.2 de la Convención de Nueva York reconocen el derecho a la capacidad jurídica o el derecho a actuar, es decir, del derecho a ser reconocida como persona ante la ley. Esto significa que el derecho al reconocimiento como persona ante la ley no puede ser disminuido sobre la base de ninguno de los criterios habituales de incapacidad.

Por otro lado, un estado considerado de "incapacidad" o "necesidad de protección" pueden ser estados temporales que no tengan relación estricta con la discapacidad.

Lo que exige la Convención es que el apoyo debe basarse en la confianza, brindarse con respeto y nunca contra la voluntad de la persona con discapacidad.

Inclusion Europe, una organización que aboga por los derechos humanos de las personas con discapacidad intelectual, emitió un documento en el que identifica ocho elementos clave de un sistema de toma de decisiones con apoyo:

- Promoción y apoyo a la autogestión.
- Utilizar mecanismos convencionales para la protección de la mejores intereses de una persona.
- Reemplazar la tutela tradicional por un sistema de toma de decisiones con apoyo (reconociendo que debe haber un período de transición de la tutela a la manutención)
- Apoyo a la toma de decisiones.

Para muchas decisiones cotidianas, las redes informales de apoyo son suficientes y deben utilizarse siempre que sea posible.

- Selección y registro de personas de apoyo.
- Superar las barreras de comunicación. Deben utilizarse medios alternativos de comunicación cuando necesario.
- Prevenir y resolver conflictos.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LAS MODIFICACIONES COMPORTADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA A LA 8/2021, DE 2 DE JUNIO

Como hemos visto, los ordenamientos jurídicos se han visto en la necesidad de crear instrumentos de protección adecuados a cada situación personal. Debe ser personalizado, ya que puede tratarse de personas dependientes que solo necesiten asistencia para actividades cotidianas; de personas con discapacidad que no tengan necesidad de ningún complemento de capacidad pero sí de ayuda en su esfera personal o patrimonial; de personas que necesiten un complemento de su capacidad por su falta de facultades de entender y querer; o de personas con ausencia de autogobierno de carácter permanente como consecuencia de una enfermedad o una deficiencia física o psíquica y para las que sea necesario proceder al nombramiento de un tutor para que las represente o de un curador para que las asista.

En el Código civil español de 1889 se diseñó un sistema de tutela rígido no graduable para las personas que fueran judicialmente incapacitadas por locura o demencia.

De este modo, se preveía como único régimen de guarda un sistema de tutela severa que se aplicaba tanto a los “locos” como a quienes sufrían sólo una debilidad o cierto retraso mental. No se establecían grados en la deficiencia mental y, por tanto, no se concretaban estados intermedios entre la normalidad psíquica y la locura, de modo que, o bien se sometía el deficiente mental a tutela, privándolo del todo de la capacidad de obrar, o bien se prescindía de toda medida protectora porque se entendía que la enfermedad no la requería.

La falta de adecuación de este modelo de protección a las necesidades de la realidad social la puso de manifiesto nuestro Tribunal Supremo. Ahora bien, este sistema de tutela rígido, a pesar de dicha jurisprudencia, no servía para dar respuesta a las nuevas necesidades que iban surgiendo como consecuencia de diversos factores, como el crecimiento del número de personas de edad avanzada o de personas discapacitadas.

Además, no se adecuaba al ordenamiento constitucional establecido en la Constitución española de 1978, que reclamaba para las personas vulnerables el diseño de unos modelos de protección que no resultaran atentatorios contra su dignidad o que garantizaran los derechos inviolables inherentes a la persona y que a su vez estuvieran dirigidos al libre desarrollo de su personalidad.

En este contexto, la primera modificación importante se llevó a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, con la que se intentó suavizar el rígido sistema de salvaguardia de las personas incapaces adaptándolo a los criterios establecidos en la citada Constitución española de 1978. Y con esta finalidad se dio una nueva redacción a los títulos IX («De la incapacitación») y X («De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacidades») de su libro primero. Se abandonó el sistema tradicional, basado en el binomio capacidad e incapacidad y se instauró un sistema de protección en el que se admiten diversas situaciones adaptables a las necesidades de protección de quien necesita la medida.

Las principales novedades que aportó la Ley 13/1983 pueden sintetizarse en las siguientes:

a) las causas de incapacitación, que anteriormente eran la locura, sordomudez, analfabetismo, prodigalidad e interdicción civil del penado, dejan de estar tasadas y pasan a concretarse de la siguiente forma: «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 CC).

b) respecto a la guarda, se consagra lo que se ha denominado principio de pluralidad de guarda legal, por eso junto al tutor aparecen dos nuevos órganos de protección, que son el curador y el defensor judicial.

c) se abandona el modelo de tutela de familia para instaurarse un sistema de tutela judicial con el fin de facilitar las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

d) Con esta reforma es posible incapacitar a los menores de edad cuando se prevea que la causa persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 CC), en cuyo caso, una vez la persona incapacitada llega a la mayoría de edad, tiene lugar la patria potestad prorrogada, y cuando ésta sea imposible, la tutela (art. 171 CC)

e) se deroga el Decreto de 3 de julio de 1931, que posibilitaba el internamiento de los enfermos mentales cuando así se aconsejaba por prescripción facultativa y existía la conformidad por escrito del pariente, representante legal o persona con quien conviviera el enfermo, de modo que, según lo que establecía el artículo 211 del Código civil, para internar a una persona en un centro de salud mental se requería la autorización judicial previa, salvo en casos de urgencia, aunque en este supuesto era necesario igualmente dar traslado del caso al juez competente antes de que transcurrieran veinticuatro horas para que ratificara el internamiento.

Por tanto, una persona podía ser incapacitada si presentaba una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impidiera gobernarse por sí misma, pero únicamente por medio de una sentencia judicial dictada en el procedimiento regulado en los artículos 756-763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). La sentencia «determinará la extensión y límites» de la incapacitación en cada caso (art. 760.1 LEC), lo que significa que en España la limitación de la capacidad de obrar que significa la incapacitación judicial no era homogéneo para todas las personas incapacitadas, sino que dependía del criterio del Juez.

La limitación de capacidad que sufre la persona incapacitada debe ser suplida o completada por otra persona, y por eso el juez que declare la incapacitación debía pronunciarse sobre el régimen de guarda (tutela o curatela) al que debe quedar sometida la persona incapacitada (art. 760.1 LEC). En concreto, cuando la persona interesada no podía autogobernarse se instauraba la tutela.

El tutor actuaba como representante legal de la persona incapacitada, por lo que podía realizar por ella cualquier acto excepto los que la persona interesada pueda realizar por sí misma, ya sea por disposición expresa de la sentencia de incapacitación o porque así lo determinaba la ley (art. 267 CC). Igualmente correspondía al tutor la administración ordinaria de los bienes de la persona tutelada (art. 270 CC), pero para realizar actos que excedan a la administración ordinaria o el cuidado normal de la persona es necesaria la autorización judicial bajo sanción de nulidad (art. 6.3 CC).

Por su parte, el curador no era el representante legal de la persona incapacitada, no la suple ni tampoco le administra el patrimonio, sino que refuerza, controla y canaliza su deficiente capacidad complementándola, por lo que su función no se considera de representación, sino puramente asistencial, por la que esta queda circunscrita exclusivamente a los actos determinados por la sentencia de incapacitación.

En cuanto al defensor judicial, éste ejercía una función sustitutoria y residual, ya que únicamente debe actuar cuando no pueda hacerlo el tutor o curador, cuando haya un conflicto de intereses en algún asunto entre la persona incapacitada y el representante legal de ésta o el curador, o cuando el tutor o el curador hayan dejado de prestar sus funciones hasta que se nombre a otro. El juez debe nombrar defensor judicial a la persona que considere más idónea para el cargo (art. 300 CC).

Posteriormente, con 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 de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria, se mejoraría considerablemente el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, ya que, además de establecer nuevos mecanismos de protección de éstas, centrados en un aspecto esencial como es el patrimonial, con la regulación del patrimonio protegido, también potencia extraordinariamente la autonomía de la persona en la planificación de su esfera personal y patrimonial con la regulación de la autotutela, es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo que puede ser especialmente necesario en el caso de las enfermedades degenerativas.

Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, tenían por objeto impulsar las garantías suplementarias que necesitan las personas con discapacidad para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

Por lo que respecta a la pluralidad de guarda legal, el Código de familia regula la tutela (art. 167-225), la curatela (art. 237-246), el defensor judicial (art. 247-250), la patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 160) y la guarda de hecho (art. 253-258). También se considera la figura del administrador de bienes para el heredero o legatario menor o incapacidad (art. 169). Se mantiene el binomio tutor y curador como asistente, aunque, a diferencia de la Ley de 1991, desaparece cualquier posibilidad de que el curador excepcionalmente represente a la persona sometida a curatela.

Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal como preconiza la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español.

En cuanto a la tutela, el capítulo II incorpora el régimen del Código de familia pero con algunas novedades destacables. Por un lado, en la línea de un mayor reforzamiento de la autonomía de la persona, que sigue el camino iniciado por la Ley 11/1996, de 29 de julio, se admite la autotutela, y, por otra parte, se flexibiliza la respuesta jurídica frente a la pérdida progresiva de facultades cognitivas y volitivas de la persona y se admite que, si se había otorgado un poder en previsión de una situación de pérdida de capacidad, el hecho de que esta circunstancia se llegue a producir no comporta necesariamente la

extinción de ese poder; es decir, se permite que, sin necesidad de constituir la tutela, el apoderado pueda seguir cuidando los intereses de la persona que ya no vale por sí misma. Lo que no impide es, obviamente, que en interés de la persona protegida se llegue finalmente a constituir la tutela y que la autoridad judicial, si se lo pide el tutor, pueda resolver la extinción del poder. Se trata de procurar que no siempre sean necesarias la incapacitación y la constitución formal de la tutela, que se configura como una medida de protección especialmente en casos de desamparo de la persona incapacitada, cuando a la grave enfermedad psíquica se añade la carencia, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar.

Paralelamente, se han fijado unas cautelas para el otorgamiento de las escrituras que contienen la delación hecha por uno mismo, ya que se ha detectado que, con excesiva frecuencia, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo antes de instar la incapacitación, lo que hace sospechar que puede haber captación de la voluntad por parte de la persona designada o simplemente que el otorgante no es plenamente capaz. Por eso, por un lado se considera ineficaz la delación hecha por uno mismo si la escritura que la contiene se ha otorgado después de haberse instado el proceso sonido su capacidad o después de que el ministerio fiscal haya iniciado las diligencias preparatorias del proceso, y por otra parte se legitima a las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela y el ministerio fiscal para oponerse judicialmente a la designación hecha por el propio interesado dentro del año anterior al inicio del procedimiento sobre la capacidad.

Se incide también en la aptitud para desempeñar los cargos tutelares y se adaptan las normas sobre excusas a la realidad de la necesaria y conveniente especialización de las entidades tutelares no lucrativas dedicadas a la protección de personas incapacitadas. Por eso se permite que las personas jurídicas se excusen si no disponen de medios suficientes para desarrollar adecuadamente la tutela o si las condiciones personales de la persona tutelada son ajenas a los fines para los que aquellas han sido creadas. Por último, en línea con la crítica unánime que habían hecho los operadores jurídicos, también se ha revisado el régimen de rendición de cuentas durante el ejercicio del cargo

y al final de éste, y se ha concluido que deben rendirse ante la autoridad judicial que ha constituido la tutela.

Los capítulos III y IV tratan de la curatela y del defensor judicial, respectivamente. Aunque la curatela se concibe como una institución complementadora de la capacidad, ya que es la persona protegida la que actúa por sí misma, se admite que en supuestos de incapacitación parcial la sentencia pueda conferir facultades de administración al curador, que, en su caso, puede actuar como representante. Por eso se le atribuye también la obligación de rendir cuentas, propia de toda gestión de negocios ajenos.

En el capítulo iv se mantiene el carácter versátil y flexible del defensor judicial, partiendo de su configuración como institución tutelar que cumple una función de ajuste de las demás instituciones de protección, incluida la potestad parental.

Por su parte, el capítulo v delimita unos contornos más precisos para la guarda de hecho, que se vincula a los casos en que se cuida a una persona menor de edad en situación de desamparo o persona mayor de edad con una incapacitación. En este segundo supuesto, la obligación de comunicar el hecho de la guarda a la autoridad judicial se limita al caso en que la persona se encuentra en un establecimiento residencial, sin perjuicio de lo que establezca la legislación procesal.

En la práctica se ha podido constatar que son excepcionales y más bien extremos los casos en que las familias toman la decisión de solicitar la incapacitación de las personas ancianas afectadas de demencia senil u otras enfermedades que les impiden decidir por sí mismas.

Por otra parte, cuando se ejerce la guarda de hecho de una persona que está en potestad parental o en tutela, también se ha considerado pertinente que la autoridad judicial pueda conferir funciones tutelares al guardador si existen circunstancias -la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada- que lo hagan aconsejable. La atribución de funciones tutelares comporta la suspensión de la potestad

o de la tutela y evita al guardador la carga demasiado onerosa, sobre todo en un contexto familiar, de tener que instar la privación de la potestad o la remoción del tutor.

La modificación sustancial del sistema civil de protección de las personas con discapacidad radica en la desaparición de algunos conceptos como "modificación de la capacidad", "incapacitación" y "prodigalidad". Se suprime la figura de la tutela mientras que se ofrece una nueva regulación en cuanto a la curatela, que se aplicará solo de forma excepcional y que supondrá la representación de la persona solamente en casos específicos. La protección de la persona, y la consiguiente constitución de la curatela, se justifica en estos casos porque la ley considera que, para determinados actos, es necesario complemento de capacidad que deberá dar el curador.

La Disposición transitoria 2º I) de la Ley 8/2021 prevé que los tutores y curadores instituidos en el régimen legal anterior, ejerzan sus funciones conforme a la Ley a partir de su entrada en vigor.

Entre todas las modificaciones también se encuentra la de la terminología jurídica, puesto que se han eliminado los conceptos "incapaz" e "incapacitado" de la mano de la incapacitación judicial, y también se sustituye el concepto de "discapacitado" por el de "personas con discapacidad" que es el concepto que viene siendo utilizado por la nueva Ley 8/2021. Una de las características más destacables de dicha ley es la supresión de la incapacitación judicial ya que, anteriormente, cuando una persona con discapacidad necesitaba medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, se requería del inicio de un procedimiento judicial para proceder a su incapacitación. A día de hoy, se han sustituido los procesos de modificación de la capacidad por la posible provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

En relación con el artículo 215 del Código Civil (previo a la última actualización que entró en vigor el 03/09/2021), señalaba que "La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante las medidas de apoyo que recoge el

artículo 250 CC y que pueden dividirse entre: medidas voluntarias, medidas formales e informales.

1. La tutela.
2. La curatela.
3. Guarda de hecho

Siendo las medidas formales la curatela y el defensor judicial y las medidas informales la guarda de hecho.

Podemos apreciar cómo en el precepto 215 CC anterior a la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, la tutela sí que se aplicaba a las personas con discapacidad mayores de edad. En cambio, actualmente se recurre a un sistema de apoyos mediante figuras como la curatela y la guarda de hecho que velan por los intereses de la persona con discapacidad, habiéndose suprimido en este ámbito la tutela que solo se constituirá en relación con los menores de edad que no estén protegidos por la patria potestad y a menores no emancipados en situación de desamparo como dispone el artículo 199 de la Ley 8/2011. La curatela es una de las formas de guarda legal que contempla la legislación actual, con una finalidad más de asistencia que de representación. Aunque cabe matizar más adelante que hay dos tipos de curatela, entre otras figuras.

Además de la tutela, también se suprimen otras figuras tradicionales de protección como son:

La patria potestad prorrogada hace referencia al caso de un hijo menor de edad que era declarado incapaz judicialmente, puesto que cuando alcance la mayoría de edad se le proveerá de las medidas de apoyo correspondientes y no se prorrogará la patria potestad. La patria potestad rehabilitado implica que siendo el hijo mayor de edad, daba lugar la incapacitación del mismo y la patria potestad se rehabilitaría, pero no será así a partir de entonces porque se le prestarán los apoyos que necesite como al resto de personas con discapacidad.

Por otro lado, la prodigalidad, que se refería a aquellos casos en los que una persona llevaba a cabo conductas que suponían un riesgo hacia su propio patrimonio, como

puede ser una mala administración o mal uso del mismo ocasionando un perjuicio a las personas que dependen de él, poniendo en riesgo su obligación de alimentos con sus familiares.

Una vez se procedía a la declaración de prodigalidad, el curador solo le asistía para casos de trascendencia patrimonial. Esta institución ya no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico debido a que daba prioridad a la protección del patrimonio antes que a la protección de la persona. Además, estas tres figuras suprimidas se consideran demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema que pretende la promoción de la autonomía de las personas mayores de edad con discapacidad.

El pilar fundamental del nuevo sistema es el de apoyo a la persona que lo requiera, ~~apoyo~~ al que la Observación General de 2014 se refiere como un concepto amplio ya que conlleva diversas actuaciones: el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de las declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de cualquier tipo, el consejo, o también la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Además, en el caso de encontrarse en una situación donde el apoyo no pueda darse de otra manera y solo en ese caso, este pueda personarse en la representación en la toma de decisiones.

Cabe destacar que podrá verse atendido por las medidas de apoyo cualquier persona que las necesite, independientemente de si su situación de discapacidad se ha reconocido por vía administrativa. Es importante decir que, a diferencia de lo que hacía la normativa anterior a la Ley 8/2021, que velaba más por los intereses patrimoniales de la persona que por la íntegra protección de la misma, la actual regulación pretende atender no solo a las cuestiones patrimoniales, sino también a las personales.

Dicho esto, es importante añadir que no todas las instituciones de protección de la persona con discapacidad reguladas anteriormente en nuestro ordenamiento jurídico se han eliminado.

2.1. Figuras concretas recogidas en la reforma (artículos 263 a 267 CC)

En el nuevo sistema de apoyos, podemos diferenciar entre las medidas de apoyo voluntarias y las judiciales, quedando estas últimas limitadas a aquellos casos en los que el apoyo que requiere la persona necesitada de él no pueda obtenerse mediante la guarda

de hecho o medidas voluntarias (255 CC). Así, las medidas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” (art 2 49.1º CC), y “solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias” (art. 255.5º CC). Por tanto, se entiende que las medidas voluntarias y judiciales pueden coexistir.

Por su parte, las medidas voluntarias son aquellas establecidas por la persona todavía capaz que, en previsión de una futura necesidad o discapacidad y para el momento en que se produzca, designa quién debe prestarle apoyo y el alcance del mismo, así como las normas que considere necesarias, por ejemplo, de garantía o facultades de administración.

El Código Civil define las medidas voluntarias como “las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance” (art. 250.3º CC).

En los artículos 254 a 262 del CC se recoge la posibilidad de que cualquier persona en previsión de que en el futuro puedan presentarse dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica, pueda acordar una medida de apoyo con las instrucciones o medidas necesarias. A este instrumento pueden acogerse tanto mayores de edad como menores emancipados, pero no los menores de edad.

Conforme al art. 271.I CC, quien acude a la autocuratela, “en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica”, “podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador”. Es una medida de protección de la persona mayor de edad o emancipada con plena capacidad, que ella misma dispone en previsión de una futura discapacidad que se establece en escritura pública. Se puede nombrar a una o varias personas como curadores y que puede disponer el funcionamiento, contenido, control, garantías, retribución, en especial reglas de administración y disposición de sus bienes, inventario o su no necesidad, dispensa de las medidas de vigilancia y control, sustitutos, etc.

Por tanto, la autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272 CC.

Así pues, el poder preventivo es una medida voluntaria que puede hacerse a partir de los 16 años, en previsión de una futura discapacidad, para cuando llegue a la mayoría de edad. Puede constituirse en escritura pública y constará en el registro civil y su objeto puede ser diverso, incluyendo, entre otras, medidas u órganos de control, sustitutos, retribución, responsabilidad, etc. Cuando se hubiera otorgado en favor de un cónyuge o pareja, el cese de la convivencia producirá la extinción automática del poder, salvo que medie la voluntad contraria del otorgante o el cese se deba al internamiento de este. (art. 258.2 CC).

En la STS 706/2021, de 19 de octubre de 2021 se aborda el caso de una autotutela, ahora autocuratela, en el que había conflicto familiar. La persona con discapacidad mediante documento público notarial conforme al Código Civil procedió a designar a la persona que debía asumir su cuidado con tutora (ahora curadora), y en su defecto, asignó otras dos personas (todos ellos hijos suyos). Además, estableció que hijos descartaba como tutores/curadores, así como que eliminaba la posibilidad de establecer una fundación. En la sentencia que ahora se recurre, se consideraba que la hija designaba como tutora no era idónea para tal cargo, considerando más conveniente que otro de los hijos se ocupe de dicha función, ignorando la petición de la discapacitada.

En la presente sentencia, el Tribunal Supremo realiza un análisis teniendo en cuenta la nueva reforma y considera la vinculación de la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad, teniendo además presente que esta capacidad y voluntad aumenta con la reforma. Por tanto, la provisión judicial de apoyos debe respetar al máximo la voluntad de la persona de forma que tras la reforma de la ley y en cuanto a la autocuratela, el papel del Juez debe restringirse a circunstancias o hechos sobrevenidos o desconocidos por la persona que realizó la designación. De otro modo, el Juez está vinculado a la decisión de la persona discapacitada. Esto implica que la persona con discapacidad debe ser respetada salvo existan motivos de peso para desvincularse de esta decisión.

Las medidas judiciales, por otro lado, son la tutela (reservada a menores de edad), la curatela y el defensor judicial, quedando eliminadas la tutela para adultos, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. En estos casos, debe intentarse evitarse el conflicto de intereses. Por ejemplo, no podrán quienes en virtud de una relación contractual presten al protegido servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga y se constituirán en defecto o insuficiencia de las voluntarias, y a falta de guarda de hecho suficiente. Actualmente, la jurisdicción voluntaria es el cauce preferente para la adopción de medidas de apoyo, pues el artículo 756 LEC reserva el proceso contencioso a aquellos casos en los que sea necesario “el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria a tal efecto”⁵.

La curatela es la medida de apoyo primordial de origen judicial para las personas con discapacidad. El significado de la palabra curatela es «cuidado», siendo así evidente que sus funciones son: asistencia, apoyo y ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica. Tiene naturaleza asistencial, pero esta cuestión no excluye que en los casos en los que sea necesario, y únicamente de manera excepcional, podrá facultarse al curador de funciones representativas. El deber de cuidado tiene especial importancia en el ejercicio de la curatela.

La misma se aplicará a las personas que precisen de apoyo continuado y cuando no exista otra medida de apoyo suficiente. Su contenido solo alcanzará las concretas necesidades de apoyo que precise la persona y será, primordialmente, de naturaleza asistencial, no representativa. Por tanto, se aplicará solo cuando sea preciso y de manera excepcional podrán atribuirse facultades de representación, cuando “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”. En cualquier caso, deberá ser revisada en un plazo máximo de 3 años, aunque el juez puede disponer un plazo superior, máximo de 6 años y se revisará ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación.

5 ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022) La curatela tras la ley 8/2021. Tirant lo Blanch

La persona destinada a ser curador debe ser persona mayor de edad y, a juicio del juez, apto para el adecuado desempeño de sus funciones y no podrán ser curadores, quienes hayan sido privados o suspendidos de la potestad parental, de los derechos de guarda, removidos de la tutela o de la curatela o de una guarda de hecho anterior; conflicto de intereses, etc.

En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador:

1. Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.
2. Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.
3. Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.
4. A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.
5. A quien estuviera actuando como guardador de hecho.
6. Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona
7. A una persona jurídica en la que concurren las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.

Además de todo ello, puede nombrar más de un curador: en particular pueden separarse el curador de la persona del de los bienes, o nombrar un administrador especial.

La esencia de la reforma es, en parte, desjudicializar este tipo de medidas de apoyo, hecho que se refuerza con el mayor protagonismo de la guarda de hecho. La Ley recoge lo siguiente acerca de esta institución: la guarda de hecho es “entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”, debiendo ahora

“convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo”. El objetivo principal del guardador de hecho debe ser respetar la voluntad, deseos y preferencia de la persona guardada, en la medida de lo posible. En este caso, se requerirá de autorización judicial solo para los actos jurídicos representativos, siendo una medida “informal” para el resto de cuestiones.

El art. 269.I CC dice, así, que “la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”, de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función” (art. 263 CC).

La guarda de hecho es una medida informal que puede existir cuando no existan medidas voluntarias o judiciales. Es una medida subsidiaria que solo existirá si es precisa para el desarrollo y ejercicio de la capacidad jurídica de la persona discapacitada.

Y, por tanto, si una guarda de hecho funciona correctamente, no cabe constituir una curatela (263 CC). Esta desjudicialización consigue que se dé prioridad a la guarda de hecho, solicitando autorización judicial si cabe para determinados actos de representación previstos en el artículo 287 CC (de la misma forma que sucede con el curador). Dichos actos son aquellos que revistan trascendencia personal o familiar, enajenar o gravar bienes inmuebles, disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo y/o renunciar a derechos, dar o tomar préstamos, servir de aval o fianza, interponer demandas, entre otros (art. 287 CC).

En el caso de que sea preciso instituir una medida de apoyo, será prioritario establecer una guarda de hecho, y en el caso de que no haya familiares dispuestos o en condiciones para asumirla, se establecerá una curatela.

También será viable establecer una curatela en aquellos casos en los que la guarda de hecho no funcione correctamente, bien sea por conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad, por situaciones de riesgo familiar por enfermedad, por una tendencia al gasto que no puede controlarse a través de la guarda de hecho, dificultad para seguir ejercitando al guarda de hecho, carácter temporal de la residencia en la entidad que ejerce la guarda de hecho, etc.

La guarda de hecho es completamente compatible con el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas junto con la curatela y el defensor judicial (250.4 CC⁶). MARTÍNEZ AGUIRRE recalca que el guardador de hecho es una persona que carece de título de legal, de ahí su informalidad, pero que puede tener un carácter estable o permanente, dado que puede complementarse con otras medidas⁷.

Dado que impera el carácter voluntario de las medidas, cabe plantearse si es posible establecer medidas judiciales de apoyo contra la voluntad del afectado. Como hemos visto previamente, existe la posibilidad de instituir una medida de apoyo por el cauce judicial. La STS 589/2021, 8 de Septiembre de 2021 fue favorable a fijar medidas de apoyo para una persona cuya enfermedad le impedía tener conciencia de la necesidad que tenía de ello, por lo que considera que sería cruel dejar que la persona fuera abandonada por el hecho de no querer una medida de apoyo, siendo necesaria.

En cuanto al defensor judicial, este ejerce una función sustitutoria y residual, ya que únicamente debe actuar cuando no pueda hacerlo el tutor o curador, cuando exista un conflicto de intereses en algún asunto entre la persona incapacitada y el representante legal de ésta o el curador, o cuando el tutor o el curador hayan dejado de prestar sus funciones hasta que se nombre a otro. El juez debe nombrar defensor judicial a la persona que considere más idónea para el cargo (295-298 CC)

Finalmente, “el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el juez al que deberá rendir cuentas de sugestión una vez concluida”. El defensor judicial es nombrado por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de primera instancia del domicilio o (en su defecto) de la residencia del menor o persona con discapacidad. es una medida de apoyo que destaca por su función ocasional, para aquellas circunstancias recogidas en el artículo 295 CC. El defensor judicial cobra mayor importancia al ser una figura que proporciona apoyo sin sustituir en la toma de decisiones.

6 LÓPEZ SAN LUIS, R. (2022) Guarda de hecho vs guarda de derecho tras 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. *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Dykinson, Madrid, p. 137.

7 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2013) El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas, Dykinson, Madrid, pp. 15-40.

Tal y como vemos en la nueva Ley 8/2021, en la disposición adicional cuarta del Código Civil, la referencia a la discapacidad “habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”. Además, el Código civil señala que debe favorecerse el hecho de que la persona puede desenvolverse jurídicamente de forma autónoma, esto es, que puedan intervenir en el tráfico jurídico, realizando eficazmente actos jurídicos; añade, además, que, a tal fin, se procurará que “la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias” (párr. 2.º).

Por tanto, las personas con discapacidad podrán contar con la ayuda del defensor judicial para adoptar decisiones autónomas y, por ende, para realizar actos jurídicos válidos.

Es preciso nombrar un defensor judicial en los casos de procedimiento de provisión judicial de apoyos. Conforme al apartado primero del 295, procede el nombramiento de defensor judicial, “Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona”. De acuerdo con el apartado cuarto del artículo 295, también cabe designar defensor judicial, “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”.

Sus funciones pueden ser variadas, dependerá de lo que considere el juez en cada lugar, pudiendo encargarse de su representación personal y patrimonial. Destaca el hecho de rendir cuentas de forma obligatoria periódicamente (298 CC).

2.2. Tutela y guarda de menores, mayoría de edad y emancipación

En los artículos 199 a 248 del Código Civil se regula la mayoría de edad y la emancipación. A partir de la reforma introducida por la Ley 8/2021, la tutela queda reservada únicamente a los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad. De esta forma, el art. 199 CC establece: “Quedan sujetos a tutela: 1.º Los menores no

emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad”. Como hemos visto, el tutor será quien represente al menor salvo en aquellos casos en los que no sea necesario, tal y como establece el artículo 225 tras la reforma. De esta forma, solo podrá representarle en "situaciones donde el apoyo no puede darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad”.

Según, Sospedra Navas, la tutela queda restringida a los menores porque conserva su connotación representativa que no debe aplicarse a mayores de edad. Así pues, considera el magistrado que no hay grandes cambios en las medidas de apoyo destinadas a menores de edad⁸. De la misma forma la patria potestad prorrogada y rehabilitada se elimina para los mayores de edad, al considerarse "demasiado rígida y poco adaptada al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone”.

En aquellas ocasiones en los que hablemos de un menor, sigue vigente la tutela judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 254 CC. Según este artículo, los dos años previos a la mayoría de edad del menor sujeto a patria potestad o tutela (es decir, a partir de los 16 años), se puede solicitar al juez que adopte una medida de apoyo para el momento en el que la persona cumpla la mayoría de edad. Dicha solicitud al Juez puede ser realizada por el propio menor, por sus progenitores, tutor o ministerio fiscal. La tutela sigue las mismas formas que la curatela en cuanto a la adopción de la medida y el control judicial de la misma.

Para Serrano Chamorro, hay que distinguir entre las medidas destinadas a las personas con discapacidad y las que se atribuyen a la guarda y tutela de menores, pues lo relevante en todo caso es establecer la capacidad de la persona en cuanto al autogobierno y a la toma de decisiones conscientes sobre su vida⁹.

En cuanto a la autonomía de la voluntad respecto a medidas de apoyo voluntarias, en el caso de los menores es mucho más restringida, pues la nueva ley 8/2021 su art. 201 atribuye a los padres esa capacidad de decisión: "los progenitores podrán en testamento

8 SOSPEDRA NAVAS, FJ. (2021) Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Aranzadi Digital num. 1/2021

9 SERRANO CHAMORRO, M.E (2022) Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por la personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo. Revista de Derecho de Familia num 94/2022

o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores".

Aun así, el artículo 202 matiza que el interés superior del menor es quien terminará articulando la medida de apoyo y la persona encargada de la misma.

La pregunta que puede surgir es si la tutela puede equipararse a la curatela con capacidad representativa. Para Corvo López no, pues el curatela no debe actuar bajo su criterio, sino respetando en todo momento la voluntad de la persona discapacitada.¹⁰ Además, la curatela representativa se reduce a actos puntuales y no tiene voluntad de permanencia. Tal y como determina TORRÉS COSTAS: el mantenimiento de una persona *sine die* bajo curatela representativa podría conllevar la vulneración de ciertos derechos fundamentales aun cuando su situación sea irreversible¹¹".



10 CORVO LÓPEZ, F.M (2021) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro. Revista Aranzadi Doctrina num. 8/2021

11 TORRÉS COSTAS, M.^a Eugenia. *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pág. 302

3. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS

La guarda de hecho, como medida prioritaria, tiene la misión de garantizar el cuidado y prestar la atención debida a la persona discapacitada. Como hemos dicho, se trata de una institución informal. Sin embargo, existe control judicial a tenor del artículo 265 CC, para evitar posibles abusos o prestación inadecuada. El Juez, bien de oficio, a instancias del Ministerio Fiscal o por denuncia de particular, realizará las diligencias pertinentes para comprobar que el guardador de hecho sigue las instrucciones y resuelve su función de forma adecuada, respetando la voluntad y designios de la persona discapacitada. El cauce procesal previsto es el expediente de jurisdicción voluntaria, tal y como se recoge en el artículo 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Cuando sea precisa la actuación representativa del guardador de hecho, se oirá a la persona discapacitada y se deberá obtener una autorización con el expediente de jurisdicción voluntaria. El guardador de hecho actuará de forma concreta, atendiendo a las circunstancias del caso y teniendo siempre en cuenta los deseos y preferencias de la persona discapacitada. No será precisa la autorización, en virtud del artículo 264 CC, cuando el guardador solicite algún tipo de prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que dicha prestación no suponga un cambio en la forma de vida de la persona.

En cuanto a la tutela, que como hemos visto, queda reservada al menor de edad, el artículo 255 CC recoge que el menor puede prever “las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias¹²”.

12 HERAS HERNÁNDEZ, M.M; NUÑEZ NUÑEZ, M; PEREÑA VICENTE, M. (2022). El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio. Tirant lo Blanch

4. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS DE APOYO

Según DE LA IGLESIA MONJE, “el criterio fundamental en la determinación de la medida de apoyo de personas con discapacidad se centra en el Principio de proporcionalidad donde deben tenerse en cuenta por la autoridad judicial los derechos a su integridad personal, administración de sus bienes, libertad de desplazamiento, derecho a vivir de forma independiente, a la salud, a la participación en la vida política y pública, entre otros¹³”.

El artículo 249.1 del Código Civil establece que las medidas de apoyo “deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”. Por tanto, la medida deberá ceñirse a lo estrictamente necesario, con la finalidad de que la persona con discapacidad puede ejercitar su capacidad jurídica al máximo posible.

La STS 458/2018, 18 de Julio de 2018 recoge lo siguiente “el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida”.

La doctrina del "traje a medida" implica que la tutela solo debe constituirse cuando la curatela no alcance a cubrir las necesidades de la persona con discapacidad. Aunque no debemos olvidar que la curatela es una medida excepcional con carácter asistencial y cuando resulte imprescindible. La curatela representativa solo se establecerá cuando no

13DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I. (2020) “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa” en MUÑIZ ESPADA, Esther (Coord.) *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid, Wolters Kluwer 2020, pág. 153.

sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, en virtud del artículo 249 CC.

Cabe la posibilidad de constituir una curatela mixta, que alterne la función asistencial con la representativa. Puede ser asistencial en el ámbito de la salud, mientras que puede establecerse representativa en aquellos actos más complejos de tipo económico.

Con respecto al principio de necesidad, esta debe ser apreciada teniendo en cuenta la situación actual de la persona, y no atendiendo a circunstancias que puedan producirse en el futuro (aunque la probabilidad de que sucedan sea muy probable, como en enfermedad neurodegenerativas). En este sentido, la SAP A Coruña de 8 de octubre de 2021 analizó el caso de una persona mayor con movilidad reducida y que en el pasado había sufrido episodios psicóticos. Aun así, la Audiencia consideró que no podía constituirse una curatela para esta persona por hechos que acontecieron en el pasado y que no permanecen en el presente. Con todo ello, revocó la sentencia que instituyó la curatela dado que consideraba que la persona tenía plenas capacidades psíquicas en la actualidad y que podía seguir gozando del ejercicio de su capacidad jurídica.

Podemos llegar a la conclusión de que una discapacidad leve no justifica en todos los casos una medida de apoyo, y que hay que tender a la mínima intervención, siempre especificando los casos concretos en los que requiere la intervención del curador. No en todos los actos la persona con discapacidad requerirá de la intervención del curador. El Juez que establezca una curatela asistencial “determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo” (art. 269.2 CC); lo mismo sucederá cuando constituya una curatela representativa: “los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación” (art. 269.4 CC).

CONCLUSIONES

I. El modelo que propone la Convención, y en particular por la Observación General No. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es ciertamente radical y puede parecer, a veces, utópico, especialmente por la forma en que se formulan algunas de sus afirmaciones.

II. Observando de cerca los detalles de este modelo, podemos ver que, aunque introduce algunas disposiciones e ideas revolucionarias, no se aparta del modelo tradicional con tanta fuerza como han argumentado algunos comentaristas.

III. Los cambios que propone parecen un paso adelante en lo que se refiere a abordar una serie de cuestiones que han surgido en la práctica médica y jurídica en casos como el de las decisiones asistenciales de las personas con demencia.

IV. En el caso del modelo propuesto por la Convención de Nueva York y el Comité, siempre existe el riesgo de que las disposiciones propuestas no se implementen de la manera correcta, o que la persona, por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, no sea capaz de expresar su voluntad, de forma que surjan dudas.

V. Finalmente, considero que la Convención de Nueva York es la mejor forma de avanzar en la promoción de la autonomía y los derechos humanos de las personas vulnerables como las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (2015) La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos. Tirant Lo Blanch.

ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022) La curatela tras la ley 8/2021. Tirant lo Blanch

CORVO LÓPEZ, F.M (2021) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro. Revista Aranzadi Doctrina num. 8/2021

DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I. (2020) “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa” en MUÑIZ ESPADA, Esther (Coord.) *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid, Wolters Kluwer 2020, pág. 153.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M; NUÑEZ NUÑEZ, M; PEREÑA VICENTE, M. (2022). El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio. Tirant lo Blanch

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2013) El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas, Dykinson, Madrid, pp. 15-40.

LÓPEZ SAN LUIS, R. Guarda de hecho vs guarda de derecho tras 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

SERRANO CHAMORRO, M.E (2022) Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por la personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo. Revista de Derecho de Familia num 94/2022

SOSPEDRA NAVAS, FJ. (2021) Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Aranzadi Diigital num. 1/2021

TORRÉS, COSTAS, M.E (2019) La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168

TORRÉS COSTAS, M.^a Eugenia. La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pág. 302

