



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023-2024

CONVOCATORIA JUNIO

**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.**

TUTORA: María Rosario Martín Briceño

AUTORA: Rosianu, Raluca Ioana

I. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

II. LA LEY DE 2 de JUNIO DE 2021 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.

Sistema antes de la reforma de la ley de 2 de junio de 2021.

- 1. Sistema antes de la reforma de la ley de 2 de junio de 2021.**
- 2. La supresión de la incapacitación judicial a través de la Ley 8/2021.**
- 3. Medidas de apoyo de la persona con discapacidad**
 - a. Medidas de apoyo legales y judiciales**
 - i. La curatela.
 - ii. El defensor judicial.
 - iii. La guarda de hecho.
 - b. Medidas de apoyo voluntarias.**
- 4. Cuestiones procesales: Ley de Jurisdicción Voluntaria preferente y Ley de Enjuiciamiento Civil.**

III. CONCLUSIONES.

IV. SENTENCIAS.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CONVENCION DE NUEVA YORK, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

En el presente Trabajo de Fin de Grado se pretende estudiar la regulación del sistema español tras la modificación sufrida a causa de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹. Con ella se ven reformadas la legislación civil y procesal en cuanto al apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su discapacidad jurídica.

En mayo de 2008 España ratifica oficialmente la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006². Con la Ley 8/2021 España se intenta adaptar a los estándares y principios que la Convención de Nueva York establece sobre la materia. Su artículo 12, declara que “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 Parte a adoptar medidas para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y también les obliga a establecer mecanismos de garantía para evitar abusos”, lo que supone, principalmente, la no discriminación y el deseo de un ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Esta ley ha supuesto, como hemos dicho, un «terremoto normativo» pues con su llegada el ordenamiento jurídico ha recibido un enorme impacto, tanto por romper con los conceptos más tradicionales del marco normativo y jurídico de España, como por introducir una renovada manera de percibir la discapacidad, desde una perspectiva y una concepción más igualitaria y menos discriminatoria ya que se incentiva la capacidad inherente y se cambia el sistema de sustitución por defecto a un sistema cuyos pilares son el respeto de la voluntad y los deseos de la persona, eliminando la incapacitación judicial y promoviendo la toma de decisiones realizadas por la propia persona con discapacidad. Para ello, se instauran como herramienta de asistencia y ayuda unas medidas judiciales de apoyo que se basan y se inspiran en los principios de necesidad y apoyo. Se convierte, por tanto, en uno de los cambios y una de las reformas más impactantes en los sectores de civil y procesal.

El cometido que pretende alcanzar la convención es promover, asegurar y proteger el ejercicio total y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como promover el respeto de su dignidad inherente. La minoría de edad, la prodigalidad o ciertas enfermedades (sobre todo neurodegenerativas) ocasionan muchas veces la imposibilidad de un autogobierno en la persona que lo padece. Estas cuestiones se encontraban ya reguladas en el Código Civil, pero desde una perspectiva diferente, podíamos observar las situaciones reguladas en caso de minoría de edad, la prodigalidad o algunas enfermedades que impedían el autogobierno de las personas con discapacidad³. Con ello, el principal cambio que podemos observar en el nuevo sistema procesal es la supresión de la incapacitación, que se elimina por completo del ordenamiento jurídico de España, suponiendo una modificación significativa en el Código Civil, evidentemente muchas más normas se ven afectadas, pero esto lo estudiaremos más adelante. Podemos decir que gracias a la nueva ley se le brinda y se parte de la base de que todas las personas poseen la misma capacidad solo por el

¹ 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.

² Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

³ LÓPEZ SAN LUIS, R. (2022). *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Madrid: Dykinson. Pág. 137.

mero hecho de serlo. Se dota de mayor importancia a la protección de sus intereses y dignidad, y se originan ciertos apoyos y herramientas para completar cualquier posible falta de capacidad, se prioriza que se determinen o establezcan lo que son las medidas voluntarias frente a las medidas judiciales.

La Convención de Nueva York es la primera que realiza las Naciones Unidas en la que se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; se redacta pensando en las personas con discapacidad y teniendo en cuenta su participación en la sociedad en igualdad de condiciones promoviendo sus derechos y dotándoles de protección a través de mecanismos de protección. Así lo reconoce el art.1: “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”.

Concepto

En cuanto a la definición de lo que llamamos discapacidad, el art. 12 de la Convención de Nueva York⁴ especifica lo siguiente sobre 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*”. El Código Civil establecía en el pasado que la capacidad de obrar era aquella que permitía celebrar actos jurídicos válidos, se otorgaba esta capacidad de obrar a personas mayores de edad que se encontrasen en sus plenas facultades y se excluía a los menores de edad y a las personas con discapacidad. Gracias a la Ley 8/2021, el ordenamiento jurídico aborda el tema de la capacidad jurídica desde una perspectiva diferente, se establece así que todas las personas tienen capacidad, simplemente en determinados grados y se tienen en cuenta las limitaciones posibles de esta capacidad, el objetivo es completar esa capacidad con medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es importante y conlleva un cambio enorme que la percepción y como entendemos como sociedad a las personas con discapacidad, todo ese concepto que abarca lo que es la discapacidad, se haya modificado, esto es gracias a que los poderes públicos han realizado un enfoque más amplio para atender y tratar la dignidad de las personas con discapacidad, centrándose y marcándose el objetivo de otorgar un trato digno e igualitario al tener en cuenta su consentimiento cuando hablamos de ejercitar los derechos de autodeterminación y libre desarrollo, ajustándose y siguiendo el art. 12 anteriormente mencionado de la Convención de Nueva York.⁵

En la actualidad, en la sociedad en la que vivimos, la manera de expresarnos, el vocabulario que usamos y las connotaciones que transmitimos al hablar han adquirido una gran importancia. Es por eso que a lo largo de la historia el término discapacidad ha tenido diferentes conceptos hasta llegar al actual. En el año 1980 la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁶, publicó la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM)⁷, este documento fue recibido por otros países con el propósito de transformar el problema que tenían las personas con discapacidad sobre el lenguaje empleado por la sociedad,

⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

⁵ Idem.

⁶ Informe sobre la discapacidad publicado por la OMS.

⁷ Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) realizado por la OMS.

llevando a cabo una reconceptualización de los términos de deficiencia, discapacidad y minusvalía. Teniendo en cuenta estos conceptos y las definiciones establecidas por la OMS, podríamos hacer uso de ellas de manera literal, sin embargo, todavía existen connotaciones en estos términos que de alguna forma dejan en un plano inferior a las personas con alguna deficiencia, discapacidad o minusvalía, ya que los prefijos “-encia, -dis, minus” destacan rasgos semánticos negativos en relación a “menos que, privación o disminución”.

Anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico se utilizaba el concepto minusválido o personas con minusvalía, pero según la Ley 39/2006 en su disposición 8ª ese estableció que esos términos debían ser inmediatamente sustituidos por el término “personas con discapacidad”, propiciando así a todas las Administraciones públicas a usar esa referencia, siendo la única forma de decirlo correcta y válida en el vocabulario jurídica y de forma deseada, en lo social también. Evidentemente, se eliminaron rotundamente los términos “inválido” o “subnormal”, que sorprendentemente eran los que más utilizaba la sociedad para referirse al colectivo, esto cambió cuando se concienció sobre el concepto de igualdad. Tampoco es correcto hacer referencia a “incapaz”, puesto que la propia CDPD concede plena capacidad jurídica a todas las personas, ni se puede hacer referencia al término “disminuido”, lo cual resulta curioso, ya que el propio artículo 49 de la Constitución Española menciona a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales:

“1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.”

Se desaconseja también usar personas con capacidad restringida, el colectivo lo rechaza totalmente porque da lugar a entender que se dice con una actitud paternalista.

El Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad, (en adelante, CERMI)⁸, un organismo que crea el Estado Español cuando se ratificó la CDPD, para garantizar y realizar labores de vigilancia y seguimiento sobre el cumplimiento de la misma en España, y establece el término personas con discapacidad como el único y exclusivo que tiene validez⁹ y que es correcto ya que se hace mención al sustantivo «persona» como verdadero titular de derechos, pues considerar la discapacidad como adjetivo da lugar a una percepción excluyente, como hemos mencionado anteriormente. Puede parecer engorroso tanto énfasis en hacer un correcto uso del vocabulario, pero no es un simple cambio terminológico, con ello se pretende que los principios que se pretenden transmitir con estos cambios sean comprendidos por la generalidad de la sociedad.

Es innegable que es una concepción que se encuentra en constante evolución, pues anteriormente los mecanismos, herramientas y la percepción que tenemos hoy en día no existían o eran insuficientes. Por ejemplo, sería impensable establecer una curatela representativa para una persona sordomuda, pues ya existen medios para su total adaptación en sociedad, sin embargo, hace 50 años se le hubiera incapacitado por cuestiones de incomunicación social.

⁸ (Siglas del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, una plataforma que representa a las personas con discapacidad para la protección de sus derechos y su plena integración en el plano social.)

⁹ Idem.

De esta definición que nos ofrece la Convención de Nueva York debemos apreciar un punto clave, para la CDPD, la discapacidad existe por los obstáculos y problemas a los que deben enfrentarse las personas con discapacidad porque la sociedad no está dotada de medios y herramientas suficientes para que este colectivo pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás¹⁰ y no porque existan deficiencias o taras en la capacidad de estas personas.

II. LA LEY 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 ley 8/2021 busca alinear nuestro ordenamiento jurídico con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. En particular, el artículo 12 de dicha convención crucial debido a su impacto, afirma que las personas con discapacidad tienen igualdad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Asimismo, exige a los Estados Parte que adopten medidas para proporcionar a estas personas el apoyo que necesitan para gozar en plenitud del ejercicio de su capacidad jurídica. El cometido y finalidad de la convención es promover, proteger y garantizar el pleno disfrute, de manera equitativa, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de las personas que poseen una condición de discapacidad, así como fomentar e incentivar el respeto a su dignidad. Se exige que los Estados miembro implementen salvaguardias y garantías en todas las medidas relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica para prevenir abusos u otras soluciones desfavorables y discriminatorias, conforme al Derecho Internacional sobre derechos humanos.

La reforma que introduce la nueva ley sustituye un sistema que se fundamentaba en la supresión de la voluntad de las personas con discapacidad, que ahora mismo se considera obsoleto y además paternalista, por otro sistema donde se respeta dicha voluntad, así como las preferencias y deseos de estas personas, permitiéndoles y ayudando en su propia toma de decisiones. La ley modifica muchas otras normas, como la Ley del Notariado, el Código Civil, principal objeto de nuestro trabajo junto a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, también otras como el Código de Comercio, La Ley del Registro Civil y el Código Penal.

El segundo artículo de la nueva ley cambia el Código Civil para establecer un sistema nuevo centrado en el respeto a la voluntad y los deseos y preferencias de las personas con discapacidad. El Título XI del Libro Primero del Código Civil se renombra como “*de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”. La nueva normativa está enfocada en dotar de apoyos a aquellos que lo necesiten, en lugar de declararles la incapacitación a quien se considera que no posee la suficiente capacidad de obrar.

La redistribución de los Títulos XI y XII del Libro Primero del Código Civil exige reorganizar los temas que hacen referencia a la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación.

¹⁰ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

El Título IX ahora aborda la tutela y se le denomina de la siguiente manera: “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Ahora se fundamenta sobre la importancia de brindar apoyo a quien lo necesite y no sobre la incapacitación de quienes son considerados insuficientemente capaces, ni se habla sobre alterar una capacidad que es parte de la naturaleza humana, como se hacía antes.

Y el Título X está centrado sobre todo en la mayoría de edad y el proceso que se da cuando existe una emancipación. La tutela será aplicable a los menores que no estén bajo la patria potestad, y la figura del defensor judicial brindará el apoyo necesario para que los menores que estén emancipados tengan esta herramienta a la hora de realizar ciertos actos legales. Como está estipulado, la tutela quedará restringida a los menores de edad debido a la naturaleza de representación que poseen, que obviamente es inaplicable a las personas adultas.

El magistrado Sospedra Navas ¹¹considera “*que no hay cambios significativos en las medidas de apoyo destinadas a los menores de edad. La nueva Ley afecta a diversas normas relacionadas con el Derecho Internacional Privado, la nacionalidad, las repercusiones de las crisis matrimoniales cuando hay hijos de adultos con discapacidad que necesitan apoyo, y las reglas sobre filiación en casos de progenitores o hijos con discapacidad*”.

Para continuar, se modifican también otras disposiciones que hacen referencia a la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges necesita medidas de apoyo, así como otras normas sobre el Derecho de sucesiones y el Derecho de contratos. Que las personas con discapacidad sean reconocidas como plenamente capaces implica un cambio en la imputación subjetiva en la responsabilidad civil por actos propios, además de una visión más limitada en cuanto a la responsabilidad por actos de otros.

Se producen ajustes sobre la responsabilidad civil que deriva de actividades delictivas cuando esta responsabilidad recae sobre una persona diferente al autor del delito. Asimismo, se modifican los artículos 4, 5 y 234 del Código de Comercio para su adaptación con la nueva normativa del Código Civil.

1. Sistema antes de la reforma de la ley de junio de 2021.

Siendo esta la reforma más importante, sobre la que nos centramos en esta revisión, vamos a proceder a examinar también la situación sobre la que se partía, pues para poder comprender la importancia que ha tenido esta reforma y apreciar, por ende, tanto sus fuertes como sus debilidades, es esencial valorar el paradigma anterior.

Para comprender la relevancia del hecho de que se elimine de nuestro sistema jurídico la incapacitación judicial debemos diferenciar las tradicionales figuras de capacidad para el ejercicio jurídico y capacidad para obrar de un individuo. Con esto ocurría que se delimitaba y también definía la libertad individual de las personas a la hora de actuar en su esfera personal, patrimonial, etc. Las limitaciones podían darse desde el nacimiento y prolongarse después de los 18 años por alteraciones físicas o psíquicas que la persona poseyese. Esto no se realizaba de manera banal, pues se requería un análisis y un diagnóstico médico-forense. Esto ocasionaba a que una persona que sufriese cualquier tipo de discapacidad pudiera verse afectada por un trato diferente a la hora de ejercitar sus derechos.¹² Por otro lado, por capacidad jurídica se entendía como una aptitud que dotaba a una persona de derechos y obligaciones¹³, algo inherente y que

¹¹ NAVAS, F. J. (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 núm. 1/2021, Págs. 14-15

¹² ROIG, M. P. (2018). *El dogma de las capacidades y la racionalidad*. Madrid: Dykinson. Pág 52.

¹³ BARRIFI, F. J. (2015). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca. Pág 87.

viene implícito en el ser humano; que una persona posee simplemente por el hecho de serlo. Esta definición hace referencia a una posición estática del sujeto¹⁴. Es algo esencial que atribuye la naturaleza a los humanos racionales, es un derecho irrenunciable, estableciendo así no rangos o graduaciones, o se posee capacidad jurídica o no se posee.

En cuanto a la capacidad de obrar, esta se entendía como una capacidad que un individuo posee para poder velar y proteger esos derechos, para poder ejercerlos, siendo titular de ellos en un marco jurídico.¹⁵ Se consideraba que solo se podía hacer uso y disfrute total de esta capacidad tras alcanzar la mayoría de edad. Pero ¿se podía incapacitar a alguien una vez alcanzada la edad de los 18 años? Sí. Incapacitar a alguien judicialmente, era el máximo impedimento al uso y también al límite para la capacidad de obrar de un individuo, fuera para lo que fuese, tanto para administrar sus bienes¹⁶ como para realizar actos jurídicos de más enjundia. Esto era admitido por nuestro ordenamiento jurídico, aunque es importante recalcar que se podía regular de manera gradual conforme al principio de protección de la persona y también al de la presunción de la capacidad de la persona, es decir, igual que en el principio de presunción de inocencia lo que se ha de demostrar es la culpabilidad y no la inocencia, aquí ocurre lo mismo, había que probar que la persona a la que se quería incapacitar, poseía, efectivamente, falta de capacidad jurídica, partiendo de la base en un principio de que si es capaz, siendo así la incapacidad una excepción. La Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba este proceso como uno de carácter especial, mediante este proceso se evaluaba si procedía la incapacitación judicial a una persona con discapacidad, examinando si la enfermedad física o psíquica de carácter permanente era así grave como para impedir a la persona con discapacidad hacer uso de su autonomía y autogobierno para velarse por sí misma. Si esto ocurría, se designaba a otra persona cuya función era la de prestarle los apoyos y la asistencia necesaria (realizando actos en su nombre, etc.)

De manera general, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico anterior a esta gran reforma en cuanto al trato y la protección ofrecidas a las personas que padecen de una discapacidad que se producía anteriormente al año 2006 se sujetaba, podemos decir sobre tres columnas:

- La diferenciación tradicional que se le otorgaba a la capacidad jurídica de las personas y su capacidad de obrar.
- El proceso judicial en cuanto a la incapacitación judicial al que se veían sometidas casi por defecto las personas que se encontraban en situación de discapacidad.
- La prioridad que se le otorgaba a la tutela como mecanismo de guarda.

Como la primera gran referencia de esta transformación de mentalidad que ha desembocado en la actual reforma es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948¹⁷ cuyos principios y derechos recogidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, son reconocidos mundialmente, derechos inalienables a todos los seres humanos, independientemente de sus condiciones, lo que obviamente incluye a las personas con discapacidad.

¹⁴ CUENCA GÓMEZ, P, R. F. (2018). *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*. Pág 127- 152.

¹⁵ CUENCA GÓMEZ, P, R. F. (2018). *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*. Ibidem.

¹⁶ TORRALBA LAFUENTE, A. (2012). Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial. La Rioja. REDUR. Pág 37-39.

¹⁷ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

En los años siguientes, la ONU consideró a las personas con discapacidad como un colectivo vulnerable con las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”. Se buscaba así defender los derechos humanos de este colectivo y a también incentivar a los Estados parte a impulsar y establecer medidas exclusivas para asegurar que estos derechos se vean protegidos. En el transcurso del año 2000, más de 42 países distintos incluyeron en su ordenamiento jurídico una legislación que se basaba en la no discriminación y la equidad de oportunidades en un entorno de diversidad funcional. Nuestro país fue uno de los países que realmente implementó un cambio y al cabo de unos años se aprobó la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹⁸. Más tarde se realiza la Convención de las Naciones Unidas sobre el colectivo de las personas con discapacidad, más concretamente en 2006, donde se profundiza e indaga sobre la necesidad de realizar un cambio a nivel social y sobre todo jurídico, que favorezca este colectivo, y que progresivamente los Estados parte han implantado en sus marcos normativos, como, por ejemplo, España, con la actual Ley 8/2021, objeto de estudio en el presente proyecto. Por el contrario, esta tarea de implantación en España ha sido dilatada en el tiempo, ardua y costosa, ya que previamente se inició en 2011 con la Ley 26/2011 de adaptación de normativa a la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹ y solo 10 años después, en junio de 2021, se ha podido hacer efectiva por fin esta reforma civil y procesal dota de apoyos de manera eficiente a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El primer sistema que España instauró para las personas con discapacidad que se vieran judicialmente incapacitadas fue en 1889, era un proceso de tutela muy rígido y no graduable que se realizaba para las personas que padecían locura o demencia, un sistema que se terminó aplicando, digamos, por defecto, sin importar en qué categoría de discapacidad se encontraba la persona en cuestión. Quienes se encontrasen en una situación donde se les consideraban como “locos”, es decir, que padecieran realmente una enfermedad por la que su capacidad de obrar se viese afectada, tenían exactamente el mismo régimen de guarda que una persona que a lo mejor solo sufría de una debilidad física o tuviera un retraso mental. No existía matiz alguno que abordara también las situaciones en las que el sujeto siguiese teniendo la capacidad de obrar intacta, pues no se establecieron diferencias o categorías respecto a la deficiencia mental, así que no se podían establecer diferentes tipos de estados entre una situación consideraba norma psíquicamente y lo que se entendía por locura. Ocurría entonces, que se sometía a la persona que se consideraba discapacitada a un sistema de tutela, en la que se le privaba completamente de su capacidad de obrar, o bien, no se le brindaba ninguna medida de apoyo porque se entendía que la enfermedad no incapacitaba y por tanto no se requería. Esto evidentemente quedó anticuado debido a diferentes factores, la sociedad fue avanzando y con ella sus necesidades, esto debido a diferentes condicionantes como que el número de personas de avanzada edad se fue incrementando y por tanto también el número de personas con discapacidad, y evidentemente este sistema jurídico no daba respuesta al problema.

Además, se enfrentaban al problema de que este sistema no obedecía al ordenamiento Constitucional, pues la Constitución Española de 1978 establecía ciertos modelos de protección en los que se intentaba proteger el respeto y la integridad de las personas con discapacidad, garantizar y proteger derechos inviolables e inherentes de las personas, también dirigidos al libre desarrollo de su personalidad. Así ocurre entonces unos años más tarde la primera modificación importante, ocurrió en el año 1983 gracias a la Ley 13/1983, de 24 de Octubre,

¹⁸ (Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, 2003)

¹⁹ (Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2 de agosto, 2011)

por la que se reformaba el Código Civil en materia de tutela²⁰ Con esta Ley se intentaba flexibilizar el sistema rígido anterior de salvaguardia de las personas con discapacidad, gracias a esta ley se le daba respuesta al problema anterior citado y se adecúa a los criterios de la Constitución de 1978. Se reescriben 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. El proceso que se utilizaba de simplemente establecer la capacidad o incapacidad de una persona y adjudicar una tutela quedaba descartado, y se sustituía por un sistema más flexible en los que se incluyen diferentes tipos de situaciones en cuanto a las personas con discapacidad y unas alternativas que se adaptan más a las necesidades personalizadas de quien necesita la medida, se garantiza así una mayor protección, aunque evidentemente, no era un sistema totalmente completo que abarcase todo tipo de soluciones pero podemos decir que fue muy inclusivo para la época.

Los principales cambios que produjo esta ley fueron:

- Como hemos mencionado, las principales causas por las que se declaraba a una persona incapaz, eran la locura, pero también otras como la sordomudez (debido a la poca viabilidad de la comunicación), el analfabetismo, la prodigalidad y la interdicción civil del penado. Dejan de estar tipificadas y se renombran de la siguiente manera según el art. 200 CC: las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.
- La medida principal que consistía en la asignación de un tutor a la persona incapacitada, deja de ser el sistema por defecto y se añaden dos figuras más para la protección: el curador y el defensor judicial. Esto en base al principio de pluralidad de guarda legal.
- En el sistema anterior nos encontrábamos con un modelo de tutela de familia, con esta modificación del código civil eso se ve sustituido por un modelo de tutela judicial, ya que de esta manera se entiende que la persona con discapacidad va a gozar de una mayor protección al estar bajo protección de la autoridad judicial, podemos entender que de este modo el nombramiento de una tutela está más sujeto a un control y se facilita así el proceso de las Instituciones tutelares.
- En cuanto a los menores de edad, observamos que con esta modificación pueden ser declarados incapaces cuando se considere que al alcanzar la edad adulta la causa no desaparecerá (art. 201 CC), así que cuando se cumpla la mayoría de edad se declara la patria potestad prorrogada y si no fuera posible, se establece entonces la tutela (art. 171 CC).
- Posteriormente, el Decreto de 3 de julio de 1931²¹, se ve derogado, esto afecta al internamiento de las personas con la condición de discapacidad en centros de salud mental. Este decreto permitía el ingreso cuando se aconsejara por prescripción facultativa y existía la conformidad por escrito de un pariente, un representante legal o de la persona con la que conviviese el enfermo. Sin embargo, con esta modificación y según el art. 211 CC para internar a una persona que poseyese alguna discapacidad en un centro de salud mental pasa a requerirse una autorización judicial previa, salvo en supuestos de urgencia, aunque incluso de este modo, se debía dar traslado al juez competente antes de veinticuatro horas para que aprobase el internamiento.

²⁰ (Ley 13/1983 de 24 de Octubre, 1983) por la que se reformaba el Código Civil en materia de tutela.

²¹ Decreto de 3 de julio de 1931, sobre el régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos.

En resumen, se incapacitaba a las personas que presentaban enfermedades o deficiencias persistentes en el tiempo ya fueren de carácter psíquico o físico que le hiciera dependiente e imposible gobernarse por sí misma. Pero esto ahora se establecía por sentencia judicial dictada acorde a un procedimiento judicial que se realizaba en el marco de una regulación, más concretamente en los arts. 756-763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

En el transcurso de dos años, se aprueba la Ley 51/2003, de 2 de noviembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad²² mencionada anteriormente y siguiendo tres años más tarde con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia²³. Estas dos últimas leyes tenían como finalidad ensalzar las garantías suplementarias que las personas con discapacidad necesitan para gozar de una inclusión total en la sociedad en la plenitud de sus derechos y una participación equitativa, como el resto de ciudadanos en todos los ámbitos y sectores de vida; económico, social y cultural.

En esta ley (Ley 13/1983, de 24 de octubre, mediante la cual se modificaba el Código Civil en materia de tutela, ley por la que se articulaba el antiguo sistema jurídico anterior a la ley 8/2021) con la cual el CC cumple con los respectivos mandatos constitucionales donde se establece como principio fundamental el interés del tutelado, lo que deriva en la creación de figuras como la tutela y la curatela. Estas dos figuras son bastante similares, tanto que, de no establecerse la tutela, se aplicaba la curatela por remisión legal. Esto no quiere decir que no tuvieran diferencia alguna, por ejemplo, la diferencia más grande es que la tutela implicaba una representación legal para las personas (menores o incapacitadas), supliendo su voluntad, sin embargo la curatela lo que hacía era limitarse a proporcionar asistencia legal a la persona que tuviera discapacidad, ayudándola a realizar aquellas tareas o actos que no pudiese llevar a cabo de manera independiente, siendo como un “complemento” a su capacidad.

Para implantar alguna de estas disposiciones se llevaba a cabo un proceso de incapacitación judicial, que suponía que un Juez declaraba que una persona era incapaz para valerse de manera autónoma y/o administrar su patrimonio. Esto se realizaba por supuesto mediante sentencia judicial o en resolución judicial que vendría después en el caso de que ocurriesen según qué supuestos.

De igual manera, en todo este proceso, se podía ya nombrar a una persona en específico que asumiría la figura de guarda si así lo solicitaba el escrito inicial de solicitud en aras de agilizar el procedimiento y por economía procesal. La jurisprudencia acaba matizando algunos efectos producidos por la incapacitación judicial en lo referente a según qué tipo de derechos, y es que el alcance que tenía la incapacitación judicial en lo referente a la esfera personal del incapacitado judicial era muy amplio, lo que demuestra una vez más que era necesaria una reforma de este calibre, para cumplir rigurosamente con lo dispuesto legalmente, con el cometido de asegurar el interés de las personas con discapacidad, las resoluciones judiciales, aparte de designar a los responsables tutelares, se deben inscribir en el Registro Civil para tener validez probatoria.

Otra figura a tener en cuenta era la del defensor judicial. Su función era solucionar posibles situaciones donde existiese un conflicto de interés entre quienes ejercían como tutores o curadores y las personas incapacitadas judicialmente. Era mandatorio que la sentencia

²² Ref. a la ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

²³ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

especificase cuanto abarcaba esa incapacitación en los aspectos de su , es decir, su extensión y también los límites a esa incapacitación en cada caso concreto. De ello podemos deducir que, en nuestro país, que la situación de las personas incapacitadas no era siempre la misma.

Anteriormente, el Código Civil dedicaba su título X a la materia “De las personas”. En él se establecían diferentes grados a la hora de determinar el nivel de incapacidad, esto se indicaba mediante sentencia judicial, se establecían según la figura de guarda requerida y a los acontecimientos y acciones que la persona con discapacidad pudiera realizar sin asistencia. Cuando se declara a alguien incapaz o se establece unos límites a su capacidad, en el primer caso se debe suplir esa total incapacitación y en el segundo caso debe complementarse por otra persona, lo que quiere decir, que en esa sentencia de incapacitación en el que el Juez declara la incapacitación debe también pronunciarse al respecto sobre el régimen de guarda que esta persona va a tener (si tutela o curatela), quedando así sometida la persona incapacitada a esta figura según el art. 760.1 LEC).

Aunque en todo supuesto en el que la persona con discapacidad a la que se le declaraba incapaz porque no podía autogobernarse el régimen de guarda instaurado era la tutela.

En resumen, las tradicionales instituciones de protección eran las siguientes:

- La tutela, figura que se establecerá única y exclusivamente a los menores de edad que no estén bajo la protección de la patria potestad.
- La patria potestad prorrogada o rehabilitada. Cuando el menor de edad con discapacidad cumpla la mayoría de edad, se le concederán el apoyo y la asistencia que precise, como al resto de personas que se vean en situación de discapacidad.

Con la Ley 8/2021, de 2 de junio, la tutela deja de ser la principal institución en cuanto a la protección que se designa a la persona “incapacitada” (término que queda obsoleto) o cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, también se suprime la patria potestad prorrogada, la rehabilitada²⁴ y la prodigalidad como institución autónoma.

2. La supresión de la incapacitación judicial a través de la Ley 8/2021.

Como hemos explicado anteriormente, el Código Civil español aplicaba la incapacitación judicial, lo que quiere decir que se declaraba que una persona no poseía capacidad de obrar suficiente y se designaba a un tutor para actuar en su nombre. Pero, con la reforma de la ley 8/2021 se suprime esta idea y en su lugar se visibiliza que todas las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica de igual manera y condición que el resto de personas. Se reemplaza la incapacitación judicial por un sistema basado en la provisión de apoyos lo más personalizado posible para que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de gozar del ejercicio de su capacidad jurídica de una manera plena.²⁵

En cuanto al principio de presunción sobre la capacidad de obrar citado anteriormente, el antiguo art. 199 del Código Civil indicaba que para declarar a alguien incapacitado judicial debía ser mediante sentencia judicial y según lo dispuesto en la ley. Además, debido a su carácter graduable, se tenía que especificar también la extensión de esta incapacitación judicial y determinar bien los límites, el régimen de guarda que se fuese a establecer o de la tutela si

²⁴ RÍO, J. A. (2022). *La curatela tras la Ley 8/2021*. Tirant lo Blanch, Pág. 98.

²⁵ Ley 8/2021, 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.

fuera el supuesto al que iba a quedar sometida la persona con discapacidad.²⁶ En este proceso de incapacitación existían dos pruebas que debían de aportarse de manera obligatoria, estas eran: la audiencia de los familiares más cercanos o el dictamen pericial médico que se realizaba previamente. También poseía ciertas especialidades en cuanto a la prueba ya que se decidía sobre el fondo en cuanto a los hechos probados, independientemente del momento procesal de su aportación. Era por tanto, de vital importancia ese examen por parte del tribunal con la persona a la que se quería incapacitar, para poder valorar como hemos dicho anteriormente el alcance de la enfermedad y si de verdad era necesaria la incapacitación judicial, de ser necesaria se establecían las especificaciones necesarias al caso concreto (régimen de guarda/tutela y delimitaciones a la incapacidad), si se preveía que la enfermedad fuera a durar en el tiempo, etc.²⁷ En definitiva, era un proceso que se basaba en tres principios fundamentales: la protección de la persona afectada, la modificación de la capacidad debía de ser objeto de flexibilidad en el juicio, ya que se requería que la sentencia estuviera todo lo posible adaptada a las especificaciones de quien poseyese una condición de discapacidad sobre quien recaía la incapacitación judicial; y por último, la presunción de capacidad. Esto en base a los derechos más fundamentales de la persona, intentando respetar el principio de igualdad y el derecho a un proceso equitativo, a pesar de suponer una limitación total a la capacidad de obrar del individuo.

En la situación posterior a la reforma y tras los cambios establecidos, cualquier deficiencia en la capacidad debe ser reemplazada por un enfoque dual, tal como lo especifican tanto la Convención como la Ley 8/2021, que combina el apoyo y la salvaguarda en el ejercicio de los derechos. Este enfoque tiene un doble cometido, y es respetar las preferencias de la persona y prevenir el abuso de influencia indebida y los conflictos de intereses. El “apoyo” cuyo origen es del ámbito social, se podría definir como cualquier asistencia técnica necesaria para realizar esta tarea. Este concepto no jurídico se traslada al ámbito jurídico-privado y abarca, según el preámbulo de la Ley 8/2021 en su punto tercero, desde el simple acompañamiento amistoso, el consejo, la asistencia a la hora de comunicarse para poder expresar la voluntad de manera clara e inequívoca, hasta la delegación para la toma de decisiones o, si fuera necesario, la representación en casos específicos donde el apoyo no pueda darse de otra manera, tanto ámbito patrimonial como en la vida cotidiana y personal, fortaleciendo la institución de la curatela. En resumen, el apoyo significa dotar a la persona con discapacidad las herramientas necesarias, realizar los ajustes o cambios necesarios para favorecer a la toma de sus propias decisiones, suprimiendo posibles obstáculos jurídicos o situaciones de incomprensión específicas.

Ahora nos encontramos en un panorama donde es totalmente válido y lícito ser sujeto que precisa de apoyos, independientemente de si su condición sobre la discapacidad se ve reflejada administrativamente.

En resumidas cuentas, se suprime la incapacitación judicial, los procedimientos judiciales para incapacitar a una persona que requería apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica se eliminan y se ven sustituidas por otras nuevas que dotan de más individualidad a las personas con discapacidad, así como aseguran velar por los intereses de estas. A todas las personas se les debe reconocer como agentes autónomos, y además aquellas con diversidad funcional tienen derecho a recibir una protección. Esto se basa en el principio de que la

²⁶ (Ley de Enjuiciamiento Civil, s.f.) Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 el artículo 760 LEC establecía lo siguiente: “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda al que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763”.

²⁷ HUERTAS MARTÍN, I. (2002). *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*. Granada: Comares. Págs. 47-51.

capacidad de tomar decisiones libres y autónomas es esencial para el ser humano²⁸. Este cambio de paradigma, que mejora el estatus jurídico de las personas con discapacidad se deriva no solo del campo de la bioética, sino que también de los derechos fundamentales.²⁹

La reforma constituida por La Ley 8/2021 ha creado una gran alteración en el paradigma de nuestro ordenamiento jurídico, porque la supresión de la incapacidad sustituyéndose por la adopción de medidas de apoyo, modifica enormemente el ordenamiento. Pero el propio preámbulo de la ley nos dice que no es simplemente una “puesta al día” en los términos incorrectos tales como el lengua, o aplicación si no que es verdaderamente un enfoque nuevo mucho más acertado a la realidad, al que también lo acompaña un cambio de mentalidad en esta nuestra sociedad, cambiando también nuestra manera de ver, de referirnos y de relacionarnos con las personas con discapacidad, para poder dejar atrás antiguas actitudes que podemos decir hasta “paternalistas” que poseía la antigua normativa vigente. Cumpliendo así con el principio de igualdad y con el propósito y el cometido marcado por la Convención en 2006, donde también se exige el respeto a la dignidad de la persona que también apreciamos en nuestra Carta Magna en su décimo artículo³⁰, eliminando la diferenciación entre individuos por diferencias psíquicas o físicas.

Antes de empezar con la explicación de la Ley 8/2021, así como su desarrollo, considero oportuno explicar cómo han quedado los expedientes en los que se establecía la incapacitación judicial previamente a que la reforma respecto a las medidas de apoyo entrase en vigor. Para ello, podemos remitirnos a la disposición transitoria segunda de la propia ley 8/2021, de 2 de junio, que dice lo siguiente: *“todas aquellas figuras nombradas bajo el régimen anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. Se asimilará para los tutores las reglas del curador con facultades representativas, a los curadores de los emancipados se aplicarán las normas para el defensor judicial, los guardadores de hecho se atenderán a lo que esta Ley establece para ellos, y quienes ostenten las extintas figuras de patria potestad prorrogada y rehabilitada, así como las medidas adoptadas en las declaraciones de prodigalidad continuarán hasta que se produzca la revisión de sentencias que prevé la disposición transitoria quinta”*.³¹

3. Medidas de apoyo de la persona con discapacidad.

Con la nueva reforma, nos encontramos con una clasificación en el nuevo sistema de apoyos, como son las medidas de apoyo voluntarias y las judiciales. La formalidad de una medida de apoyo se mide o se determina por la intervención de una autoridad, ya sea un Juez o un Notario que transforma la medida en un instrumento formal (resolución judicial o escritura pública, respectivamente). Por el contrario, la informalidad implica que la medida de apoyo

²⁸ (Reporte de la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y de Comportamiento., 1978)

²⁹ ROIG, R.F (2010) Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos. *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*. Girona. Págs. 163-180.

³⁰ (Carta Magna, art.10) En concreto, establece que “La Dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

³¹ Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas. «Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de 3 años.»

existe de hecho – y se reconoce de derecho³²

Estas últimas, las judiciales, sufren un pequeño matiz, y es que se implantarán de manera supletoria cuando no se puedan instaurar las medidas de apoyo voluntarias o cuando no se pueda otorgar apoyo mediante el guarda de hecho según el art. 255 CC. De esta manera, las medidas de origen legal o judicial “*solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate*” art. 249.1 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. 255.5 CC). Así que estas medidas no son eliminatorias las unas de las otras, si no que coexisten para brindar un apoyo total y pleno ajustado a cada situación.

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 vida³³.

a. Medidas de apoyo legales y judiciales

i. La curatela.

La Ley 8/2021 introduce una reforma en la que se presentan nuevos métodos de apoyos para las personas con discapacidad, vienen detallados en los artículos 249 y 250 del Código Civil. El artículo 249 se centra en las medidas de apoyo para personas mayores de edad con discapacidad y en los menores emancipados, con el fin de permitirles ejercer su capacidad jurídica y fomentar su libre desarrollo personal para así lograr una integración en la sociedad en igualdad de condiciones. El artículo 250 del Código Civil señala las diferentes formas de apoyo para las personas con discapacidad que se vean en necesidad de ayuda o asistencia a la hora de ejercer su capacidad jurídica pero también se incluyen opciones voluntarias. Serían por tanto la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial. Esta reforma debe cumplir con los principios de proporcionalidad y necesidad, que estudiaremos más adelante.

La primera sentencia emitida en relación con este tema, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, es la STS 589/2021, de 8 de septiembre de 2021. En ella se especifican las características del actual régimen de provisión de apoyos a las personas con discapacidad y por ello dispone que la Ley 8/2021, de 2 de junio, constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas, que pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la Convención, de 13 de diciembre de 2006. La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar “para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Pero vamos a ahondar y a proceder a un análisis más riguroso de esta sentencia ya que realiza un examen de las consideraciones que se deberán de tomar en cuenta a la hora de proveer medidas de apoyo.

³² SOLÉ RESINA, J. (2021). *Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho” en *La Ley Derecho de Familia*, núm. 31, Sección a Fondo, Tercer Trimestre de 2021. Págs. 1-15.

³³ SERRANO CHAMORRO, M. (2022). *apoyo., Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por la persona que ejercen cargos tutelares o medidas de.* *Revista de derecho de Familia* num 94/2022. Pág. 12-15.

Para empezar, el Ministerio Fiscal interpone demanda con el objetivo de limitar la capacidad de un sujeto que padecía un síndrome de Diógenes y un posible trastorno de la personalidad. Esta situación afectaba a los vecinos del edificio en el que vivía esta persona, ya que acumulaba una gran cantidad de objetos, alimentos y basura en la vivienda, y esto, claro está, no afectaba solamente a la salud de la propia persona, sino que también al resto de vecinos. Y, tras realizarse el correspondiente informe médico-forense, así como la entrevista judicial del demandado, se dictó en la sentencia de primera instancia una modificación de la capacidad de la persona en cuestión, en la que se nombraba tutora a la comunidad autónoma del Principado de Asturias, autorizándola a acceder al domicilio del apelante para proceder así a su limpieza.

Posteriormente, se desestima el recurso de apelación, pues se tiene en cuenta la modificación de la capacidad de la persona en primera instancia. En él se solicitaba que la comunidad autónoma del Principado de Asturias, como tutora, no pudiera entrar en la vivienda del demandado. Pero el Tribunal entiende que existe una falta de conciencia por parte de la persona sobre su situación personal y sobre la necesidad de ser atendida por los servicios sociales.

Se interpone el correspondiente recurso de casación en el que se alega incumplimiento de los artículos 199, 200 y 322 del Código Civil. Se alega que la persona en cuestión no padece ningún deterioro cognitivo y que sus respuestas a la entrevista judicial eran coherentes y razonables; que las preguntas realizadas por el médico-forense y los magistrados recibían respuestas concisas y lógicas, razón por la que se solicitó que no se viera obligado a permitir la entrada a su domicilio en contra de su voluntad y a su costa, manteniendo así su capacidad jurídica y de obrar plena. Por su parte, el Ministerio Fiscal solicita que, en vez de aplicarse la figura de la tutela, se aplique una curatela, modificándose en cierto modo las facultades que se otorga a este curador cumpliendo con el respeto a la autonomía de la persona. De este modo se procede a la adopción de la medida de apoyo más adecuada según sus necesidades. Incluso se pide el establecimiento de un control de esta medida cada seis meses debido al síndrome que padece esta persona. En este sentido tiene en cuenta la reforma legislativa ya que solicita una curatela sin facultades de representación en lo que respecta a los supuestos sanitarios: la persona recibirá un tratamiento y asistencia del curador en lo relativo a la limpieza del domicilio y a cuestiones de higiene sobre su persona, pero atendiendo a su voluntad en todo momento.

El TS examina el informe médico-forense en el que se definen las deficiencias padecidas por esta persona, más concretamente en el supuesto de salud e higiene, y sobre la limpieza y organización de la vivienda en la que habita. Y con ello, hace un análisis de la reforma legislativa, poniendo el foco en la supresión de la incapacitación judicial y en el respeto a la autonomía de la persona, su voluntad y preferencias de esta. Valora que el juez debe especificar el alcance que tendrán las medidas de forma concreta debiendo aplicarse la curatela únicamente en los casos que sea estrictamente necesario. En este sentido se hace referencia a la disposición transitoria sexta³⁴ de la Ley 8/2021 que establece que la nueva legislación se aplicará a aquellos procesos que se encuentren en tramitación, por lo que aplica a este supuesto.

En consecuencia, por lo que respecta al respeto de la voluntad de la persona, se determina como hemos visto antes, que hay que respetar la voluntad de la persona pero también hay que tener en cuenta las circunstancias que la rodean para analizar correctamente la situación. Se puede realizar un juicio contradictorio, si hiciera falta, y observar si la oposición que la persona con discapacidad muestra en cuanto a la adopción de ciertas medidas viene

³⁴ Disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021. Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento.

determinada por falta de conciencia sobre la necesidad de esta medida y ver a qué razones atiende. Lo que quiere decir que no siempre se puede satisfacer la voluntad de la persona. Deben seguirse las pautas dispuestas en el art. 268 CC.³⁵

Debido a todo lo anterior explicado, el tribunal estima parcialmente el recurso de casación interpuesto, lo que resulta que la declaración de la modificación de capacidad queda sin efecto. Se aplica una curatela, por lo que se confirman las medidas de apoyo y se completan con las propuestas por la fiscalía, de manera que el Principado de Asturias es designado como curador para hacerse cargo de las tareas de limpieza y orden del domicilio recurrente, autorizándolo a entrar en el domicilio con la frecuencia que estime necesaria. En este sentido, esta sentencia tiene especial interés ya que como veremos a continuación se utilizará como fundamento de las siguientes sentencias relativas a la aplicación de la nueva legislación en materia de personas con discapacidad. Además, en esta sentencia no solo se aplica por primera vez la ley 8/2021, sino que también se realiza un análisis de los criterios establecidos en dicha legislación, aclarando conceptos relevantes para la resolución de aquellos conflictos o confusiones que pudieran surgir.

Si tenemos en cuenta lo expuesto, se puede decir que la curatela está prevista para aquellos casos excepcionales de personas con discapacidad que no estén en condiciones de tomar las decisiones por sí mismas, y que puede tener carácter representativo, por ejemplo, en la esfera patrimonial, de forma que sea el curador quien tome las decisiones económicas. Dependiendo del grado de discapacidad, podrán existir curatelas mixtas: con representación por un tercero y sujetas sólo a apoyo y ayuda. Ambos tipos de curadores deberán rendir cuentas ante el Juez periódicamente acerca de las actuaciones realizadas y el estado económico de la persona con discapacidad. Por tanto, los tipos de curatela que nos podemos encontrar son los siguientes:

- **CURATELA ASISTENCIAL:** esta clase de curatela debe establecerse por regla general. En este tipo de curatela, la persona con discapacidad interviene en actos jurídicos con la asistencia, ayuda o colaboración del curador/a, de modo que se otorga un margen a la persona con discapacidad para que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Se debe informar a la persona con discapacidad, hacerle entender las actuaciones que van a llevarse a cabo, ayudándole así en su comprensión y razonamiento facilitando la expresión de su voluntad, de manera que precise menos apoyos en el futuro y se vele por su autonomía.

En la Sentencia 989/2021³⁶ de 25 de octubre de 2021 de la Audiencia Provincial de Madrid, nos encontramos ante una resolución en la que no se atribuyen poderes representativos al curador. Es un caso que se inicia en el año 2019, por lo que en primera instancia se designa como tutor al hijo de la parte apelante, quien recurre alegando un error en la valoración de la prueba. Tras estos hechos, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, pero no por un error en la valoración de prueba, sino por la falta de aplicación de la nueva ley 8/2021. No obstante, tras analizar los informes médicos que se aportaron por las dos partes, el Tribunal llega a la conclusión de que la parte apelante no tiene conciencia de su propia enfermedad ni siquiera de la realidad, y, por tanto, mucho menos sobre su economía. Por ello establece que sí es necesario y oportuno que el hijo de la apelante sea el curador de esta. No le atribuye poderes representativos como sí que se había realizado en primera instancia al nombrarlo tutor, porque sigue los principios de necesidad y proporcionalidad, así como a las

³⁵ Artículo 268 del Código Civil, establece que las directrices que deben seguirse, son el respeto máximo a la autonomía y la atención a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad; respeto al principio de intervención mínima, se delega la curatela como medida excepcional y además se determina que no puede consistir en una mera privación de derechos.

³⁶ STS 989/2021 de 25 de octubre de 2021, recurso de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid.

reglas de intervención mínima y mantenimiento de la autonomía de la persona con discapacidad.

- **CURATELA REPRESENTATIVA:** debe establecerse de manera excepcional. Supone la sustitución de la persona con discapacidad por la representación de un tercero, y se da en actos concretos determinados mediante resolución judicial. A veces no es suficiente la mera asistencia o apoyo porque la discapacidad afecta a la capacidad jurídica de toma de decisiones y a su autodeterminación; aun así, se pretende que la persona con discapacidad pueda seguir ejercitando sus derechos mediante su curador/a. En estos casos, el curador/a deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus valores, creencias y factores que posiblemente se hubieran tomado en consideración por la persona con discapacidad con el fin de tomar la decisión que se trate de manera adecuada y correcta, velando por los intereses de la persona con discapacidad. En los actos con especial trascendencia en la esfera personal y patrimonial se precisa de previa autorización judicial.

Podemos poner un ejemplo de curatela representativa mediante jurisprudencia, en la siguiente resolución, Sentencia 375/2021³⁷ de 23 de septiembre de 2021, de la Audiencia Provincial de Santander, se cuestiona si es oportuno establecer una curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona que padece un retraso mental no diagnosticado, alteraciones de conducta, antecedentes psicóticos, y por tanto una patología mental que podemos entender como crónica, persistente en el tiempo e irreversible. Además, la persona que padece dicha patología es consciente de esta y reconoce que necesita asistencia en su vida diaria, no solo en el ámbito médico y sobre el cuidado de su persona, sino también en lo que respecta a lo patrimonial, para tomar decisiones en cuanto a contratación de productos y aquello que respecta al contenido económico. El Juzgado de Primera Instancia, tras el análisis exhaustivo del informe médico-forense, así como la propia declaración ofrecida por la persona en cuestión que necesita de las medidas de apoyo y sus familiares, procede a la estimación de la demanda teniendo en cuenta los requisitos que establece el Tribunal Supremo en la sentencia 589/2021 de 8 de septiembre que hemos mencionado con anterioridad, designado por tanto un curador representativo.

Habiendo establecido, por tanto, que la guarda de hecho es la figura primordial de apoyo de las personas con discapacidad, no tiene sentido nombrar a un curador con facultades de representación, sino que lo correcto es que el demandante continúe ejerciendo la guarda de hecho como venía realizando hasta ahora, simplemente pidiendo la correspondiente autorización judicial si es que por situaciones concretas debiera hacer acto representativo distinto de lo previsto en el art. 264 III CC. Ello, incluso cuando la persona con discapacidad tiene una encefalopatía anóxica que afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones y a su capacidad de autodeterminación (SJPI num. 5 córdoba 346/2021 de 30 de septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad 8/2021)³⁸; o un alzhéimer que limita sus funciones psíquicas fundamentales (inteligencia y voluntad), por lo que «*se encuentra afectada de forma*

³⁷ STS 375/2021, de 23 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Santander.

³⁸ STS 347/2021, de 30 de septiembre, Juicio Verbal especial sobre capacidad 8/2021. Persona de 58 años ingresada en un centro para tratamiento de enfermedades graves, que sufre una encefalopatía anóxica, como consecuencia de los cual, sede el punto de vista médico, “no posee en la actualidad capacidad suficiente para atender distintas facetas que conforman su autogobierno y las que afectan a la administración de su patrimonio”, teniendo “sus facultades anuladas de manera que la discapacidad que padece afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones y a su autodeterminación”. No procede constituir una curatela representativa a favor de su hermana al venir ejerciendo esta una guarda de hecho “*de forma satisfactoria y beneficiosa para el*”: la medida de apoyo judicial que se insta no procede al principio de necesidad ni proporcionalidad en el que se inspira la reforma operada por la Ley 8/2021 por lo que se mantiene la guarda de hecho de la hermana.

importante la capacidad de conocimiento y libre determinación» (SPJI num 5. Córdoba 343/2021 de 30 de septiembre de 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad (295/2021); y, con mayor razón, cuando la hija padece un retraso mental ligero y un trastorno de desarrollo, por el que se le ha reconocido un 58% de limitación en la actividad, que, sumado a los factores sociales concurrentes, elevan sus limitaciones a un 65% de discapacidad, *«lo que no genera en ella una discapacidad que le impida ejercer adecuadamente su capacidad jurídica por sí misma, con la ayuda que ya cuenta de su propia progenitora»*. (SJPI y Familia Jaén num 6, 545/2021 de 22 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad 21S/2021)³⁹; o cuando una anciana de 75 años padece una demencia moderada, por lo que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo del dinero (SJPI num 7 Sevilla 561/2021 de 27 de septiembre de 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad 1312/2020).

No obstante, lo aportado hay que decir que existen otras sentencias que constituyen una curatela en razón de la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad y a pesar de existir una guarda de hecho, que funcionaba correctamente. Tenemos supuestos en los que la persona en cuestión prácticamente no puede hacer uso de su capacidad jurídica debido a su enfermedad, y se establece así la curatela frente a la guarda de hecho. La SJPII Massamagrell (sección 4^a) 21 septiembre 2021, rec. N° 275/2019 (ECLI:ES:JPII:2021:916)⁴⁰, sujetó, así a curatela representativa a una persona de 83 años con Alzheimer y otras patologías *«persistentes de carácter psíquico que le impiden en absoluto gobernarse por sí misma»* lo que según el informe del médico forense, le originaba de manera continuada e irreversible, *«una anulación cuasi absoluta de facultades»*. En el acto de la vista se apreció en la misma *«un discurso muy limitado, con falta de respuesta a preguntas sencillas»*, reconociendo *«que la persona que se encarga de sus necesidades era su hijo Pablo en quien confía»* hijo que conviví con él, y que era en realidad su guardador de hecho, y según se entiende de sus declaraciones, así como de la del resto de los parientes más próximos, la guarda de hecho funcionaba correctamente. Sin embargo, se le nombró curador de su padre con facultades de representación con preferencia a la madre, que tenía una edad avanzada y se encontraba sujeta a medidas de apoyo y por ello *«por motivos de mayor disponibilidad temporal existiendo además convivencia y una manifestada actuación del mismo para ayudar a su padre en las cuestiones médicas, administrativas o económicas»*.

Respecto a la extensión de la curatela establecida, en la esfera personal, comprendía la facultad de representar a la persona con discapacidad en decisiones relativas al seguimiento del tratamiento médico, traslados a residencias o centros de asistencia, asistencia a centros terapéuticos, ocupacionales, centros de día o asimilados, etc. Y en la esfera económica, la facultad de representarle *«en las decisiones con trascendencia patrimonial que supongan la reducción del patrimonio»*, *«precisando de autorización judicial expresa para dar dinero a título gratuito, obtener préstamos o financiaciones, gravar o enajenar inmuebles y el resto de actos previstos en el art. 287 CC»*. Como principio de actuación y para intentar excluir lo máximo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será en la medida de lo posible y primariamente de naturaleza asistencial, obviamente el legislador añade que en los casos en los que sea precisa, será posible atribuir al curador funciones representativas, tal y como hemos estudiado anteriormente en los tipos de curatela, que solo en los casos más excepcionales y en las situaciones más graves de discapacidad, tendrán alcance general.

A tenor del art. 249. II CC, *“Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la*

³⁹ STS 545/2021 de 22 de septiembre, Juicio Verbal especial sobre capacidad.

⁴⁰ STS 275/2019 de 21 de septiembre. Recurso sobre la curatela representativa respecto a la guarda de hecho.

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. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.”

La nueva regulación, que prevé el mantenimiento de la guarda de hecho que se estuviera ejerciendo de manera correcta, presupone una existencia anterior a la misma, en el caso de que no exista ni tampoco su pudiera acudir a familiares que estuvieran en condiciones de ejercer el papel, se ha creído correcto establecer una curatela a cargo de una persona jurídica de carácter público.

- CURATELA MIXTA: se le atribuye al curador/a ambos tipos de facultades, de asistencia y de representación. Habiendo estudiado la curatela, surge la siguiente cuestión a la superficie, ¿puede la equipararse la tutela a la curatela con capacidad representativa? La respuesta que otorga CORVO LÓPEZ es no, pues la persona que ejerza de curatela no debe actuar bajos su criterio, sino representando en todo momento la voluntad de la persona discapacitada⁴¹. Además, se pretende que la curatela representativa se reduzca solamente a actos puntuales y concretos, sin voluntad de permanencia, como hemos mencionado anteriormente y 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 irreversible.”⁴²

Vamos a proceder a la exposición de una sentencia en la se determina la curatela de una persona con discapacidad y a explicar la razón por la que se ha requerido la curatela cuando esta figura se ve delegada a casos excepcionales debiendo adoptarse medidas de apoyo atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

En la Sentencia 139/2021 de 21 de septiembre de 2021, se procede al análisis del caso de una persona que padece de alzhéimer y para la que se solicita el nombramiento de un curador como medida de apoyo, así como dotarle de representación. El Juzgado de Primera Instancia tiene en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Supremo establecidas en la Sentencia 589/2021 y hace un análisis de los efectos de la reforma de la Ley 8/2021: la supresión de la declaración de incapacidad y de la tutela, y la instauración de nuevas medidas de apoyo según el grado de voluntad que posee la persona en cuestión que necesita de estas medidas de apoyo y el grado de permanencia en el tiempo de la enfermedad o condición que sufre la persona con discapacidad. Debe garantizarse la intervención mínima necesaria y abogar por el máximo respeto posible de la autonomía de la persona que requiera dichas medidas.

En este caso específicamente, tanto el informe médico-forense como la entrevista judicial realizada se entiende que la persona en cuestión posee un discurso muy limitado con falta de respuesta a preguntas simples, debido a la enfermedad padecida, que además es degenerativa. Por tanto, la conclusión a la que se llega es que hay una nula existencia de facultades que impide a la persona con discapacidad hacer uso de su autogobierno, de carácter crónico y además irreversible. Como esta situación va a perdurar en el tiempo, entre otras cosas, se determina la necesidad de un curador con facultades de representación. Siguiendo la legislación y en lo que en ella se establece, el juez determina la extensión de la curatela especificando los actos específicos en los que el curador podrá representar a la persona que

⁴¹ LÓPEZ, F.-M. C. (2021). *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro*. Revista Aranzadi Doctrinal.

⁴² TORRES COSTAS, M. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Boletín Oficial del Estado.

requiere de estas medidas de apoyo, se deberán concretar dos esferas: la esfera personal y la patrimonial.

En lo que a esfera personal se refiere, hablamos de los tratamientos médicos, de los traslados a residencias, centros de día y a aquellos supuestos determinados en las leyes de salud pública. En cuanto a la esfera patrimonial, el curador podrá representar a la persona en las situaciones que impliquen una disminución de su patrimonio que sean considerables con previa autorización judicial para los supuestos previstos en el art. 287 del Código Civil. En esta sentencia en cuestión también se determinan quiénes pueden ser curadores, según lo establecido en el art. 276 del Código Civil, que expone lo siguiente:

“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. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275.

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

1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.

2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

3.º 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.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.

La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo.

Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.”

Siguiendo con el análisis de la sentencia, en este supuesto se nombra curador al hijo de la persona que padece de Alzheimer y no al cónyuge de la persona con discapacidad pues también se encuentra en una situación de necesidad de medidas de apoyo y, además, debido a su avanzada edad, solo agravaría la situación. Para la revisión de las medidas adoptadas, el plazo establecido es de tres años debido al carácter de la enfermedad (degenerativa, crónica e irreversible) con posible revisión anticipada en caso de que las circunstancias se vean cambiadas.

Debido a todo lo anteriormente expuesto, la demanda se ve estimada en su integridad y se declara al hijo de la persona con discapacidad como curador representativo de ésta, especificándose los actos concretos a los que esta curatela se ve extendida nuevamente y su plazo de revisión.

Pueden darse situaciones en las que sea imposible el nombramiento de un curador, esto se ve regulado en el art. 276 del Código Civil, se establecen en él unos límites y la posible prohibición al mismo, así como las causas por las que se vea imposible la designación de un curador. Con carácter general, los límites que establece el art. 250.7º del Código Civil son aquellos “*que presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo*”⁴³; además, el artículo 251.2º prohíbe que cuando una persona realice una medida de apoyo, prestar el mismo servicio “*cuando en el acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses*”⁴⁴ de esta manera se preserva la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad, evitándose la influencia en la toma de decisiones que se pudieran realizar.

Otro caso que empieza con la legislación anterior pero cuyo desenlace se resuelve con la actual legislación vigente es el derivado de la sentencia 706/2021 de 19 de octubre del Tribunal Supremo. El Ministerio Fiscal promueve demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuados y efectivos para su ejercicio de una persona. Pide que se la declare incapaz de regir su persona y sus bienes. Se le atribuye una incapacitación plena, incluso para el derecho de sufragio, por lo que se solicita que quede sometida a un régimen de tutela a cargo de la Agencia Madrileña para la tutela de adultos. Tanto en primera como en segunda instancia se mantiene la incapacitación, aunque en segunda instancia, los tutores pasan a ser sus hijos don Carlos Alberto y don Dámaso, para el gobierno de sus bienes y de su persona. Sin embargo, una vez interpuesto el recurso de casación, queda sin efecto la incapacitación judicial puesto que deja de existir en nuestro ordenamiento jurídico y todo ello se sustituye la tutela por la curatela.⁴⁵

Para finalizar el tratamiento de la curatela, hay que apuntar que el curador podrá ser inhabilitado por alguna de las causas que establece la legislación. El Código Civil distingue dos grupos de causas de inhabilitación, según se puedan dispensar por el Juez o no, en los apartados 2 y 3, del artículo 275. En el primero de ellos se refiere a las causas absolutas, en el cual se dispone que no podrán ejercer el cargo como curador aquellos que hayan sido excluidos por la persona que se ve en necesidad de apoyo; en segundo lugar, quienes estuvieran privadas o suspendidas de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección a través de una resolución judicial y en el último lugar quienes hubieran sido legalmente removidos por el ejercicio de la tutela, curatela o guarda de hecho anterior.

En el segundo grupo se recogen las causas relativas de inhabilitación del curador, es decir, aquellas que imposibilitan a una persona ejercer tal cargo, pero que la autoridad judicial podría designar si existieran circunstancias excepcionales debidamente motivadas. Se establecen como tales circunstancias cuando el condenado por cualquier delito que haga suponer que no realizará correctamente el cargo; cuando exista un conflicto de intereses entre la persona necesitada de apoyo y el curador; cuando el administrador hubiese sido sustituido en su administración o cuando la persona propuesta para ejercer el cargo sea culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona. La curatela puede ser igualmente removida, lo cual supone el cese de la persona nombrada para ser curador por las causas previstas en la ley, a la cual se refiere el art. 278 CC. Las causas de la remoción son: cuando el curador haya incurrido en causa legal de inhabilitación; cuando este haya desempeñado de manera inadecuada su cargo o haya incumplido los deberes del mismo; cuando sea inepto para el ejercicio o cuando tal como se derivó de la investigación judicial y de numerosas declaraciones de testigos, sugieren problemas de convivencia graves y continuados con la persona

⁴³ Referencia al artículo 270.7º del Código Civil.

⁴⁴ Referencia al artículo 251.2º del Código Civil.

⁴⁵ STS 706/2021, de 19 de octubre de 2021.

discapacitada a la que presta el apoyo. Dicha remoción se puede realizar de oficio o a solicitud de la persona necesitada de apoyo, del Ministerio fiscal o a través de cualquier interesado (art. 278 CC y 49 LJV), correspondiendo al juez encargado del informe decretar la remoción mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Una vez que se haya declarado judicialmente la remoción, se procederá a la proposición y nombramiento de otra persona como nuevo curador.

Por último, cabe mencionar la posibilidad de que sea el propio curador el que renuncie o rechace el cargo cuando alegue algunos de los motivos previstos en el art. 279 CC. Sin embargo, dado el carácter obligatorio de la curatela, esta facultad siempre será con carácter excepcional. Así, cabe excusa de la curatela por parte del propio curador cuando la misma resulte excesivamente gravoso o entrañe alguna dificultad; cuando durante su desempeño sobrevengan los motivos de excusa o cuando la persona jurídica privada carezca de suficientes medios para el adecuado desempeño de la actividad.⁷⁸ De esta forma, el interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento, y si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento, tal y como se establece en el art. 279.3º CC. En cuanto la excusa sea apreciada por la autoridad judicial, hoy el llamado a la cura tela quedará eximido de su cargo, procediéndose a nombrar a un nuevo curador (art. 280 CC), debiendo remitirse la correspondiente comunicación al Registro Civil (art. 50.4 LJV).

ii. El defensor judicial.

La regulación de la figura del defensor judicial se encuentra en el Capítulo V del Título XI del Código Civil, comprende los artículos 295 a 298. El artículo 295⁴⁶ establece los supuestos en los que es aplicable y los artículos 296 a 298 al funcionamiento como tal de la figura.

El defensor judicial es una figura supletoria; es un apoyo otorgado de manera ocasional y causal. Es nombrado por la autoridad judicial cuando la persona que debiera prestar el apoyo necesario no se encuentra en condiciones de hacerlo (primera causa) ya sea por enfermedad, ausencia temporal, fallecimiento, etc., o existe un conflicto de intereses respecto a la persona con discapacidad (segunda causa), y por tanto no debe ejercer como defensor judicial, y también mientras se designa a otra figura para la prestación de apoyos (tercera causa). La cuarta causa del artículo 295 del Código Civil se refiere expresamente a la provisión de medidas de apoyo y se entiende como una medida cautelar, donde la autoridad judicial, considera que es conveniente el nombramiento de esta medida de apoyo en relación a la administración del patrimonio de la persona con discapacidad. Existe una cláusula quinta que se establece como una cláusula abierta, donde se deja abierta la posibilidad de interpretación sobre cuándo es necesario acordar una medida de carácter ocasional.

Con la entrada en vigor de la ley 8/2021, se produce la modificación del art. 300 que en su antigua redacción disponía: “*En el expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo*”. Ahora, el artículo 300 se ha dispuesto como principio general el de la inscripción registral de las medidas de apoyo.⁴⁷ Es decir, la modificación supone la derogación tácita de la remisión al expediente de jurisdicción para el nombramiento del defensor judicial que según el art. 295 del Código Civil será nombrado por la autoridad judicial.

⁴⁶ Referencia al art. 295 del Código Civil.

⁴⁷ TOMASELLI ROJAS, A.L (2022) *Cambio del paradigma de la guarda de hecho: La autoridad competente para el nombramiento del defensor judicial en la provisión de medidas de apoyo*. Revista ELDERECHO.com

Para designar a una persona con discapacidad un defensor judicial, deben seguirse las normas establecidas del procedimiento previsto en la ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria, arts. 27 a 32, enfocado a no únicamente a las personas con discapacidad sino también a los menores por lo que podemos anexarlo también al art. 295 del Código Civil, que ahonda en los casos donde se requiera el nombramiento de un defensor judicial. Es decir, para explicarlo más sencillamente, la nueva Ley 8/2021 ha eliminado por completo la necesidad de remitirnos al expediente de jurisdicción para establecer la figura del defensor judicial. A esto hay que sumarle que el art. 295 del Código Civil nos indica que el nombramiento de este será dictado por la autoridad judicial. Esto puede dar lugar a preguntarnos si podemos considerar como autoridad judicial al Letrado de Administración de Justicia (LAJ) que antes tenía competencia para designar al defensor judicial; y cabe entender que la sigue teniendo si nos basamos en el procedimiento contencioso de adopción de las medidas de apoyo, procedimiento al que hay que recurrir cuando estas no se han podido establecer al oponerse la persona con discapacidad o quien esté legitimado para ello. De todas maneras, cabe destacar que el motivo por el que se nombra un defensor judicial es porque el legislador estima que, habiéndose presentado una oposición en la provisión voluntaria, es lo justo y necesario la designación de un defensor judicial para la persona con discapacidad con el fin de dotarla de una asistencia necesaria para actuar en el caso de que no pueda actuar por sí misma; sin que este haga ninguna valoración. Solo con el objetivo de representar a la persona con discapacidad en el juicio, sin especificar ninguna función.

iii. La guarda de hecho.

Es una figura que ya existía en nuestro Código Civil desde el año 1983. Se encontraba como una figura de carácter provisional y se aplicaba a aquellos casos en los que las personas no eran incapacitadas judicialmente, por lo que carecían de representante. En el nuevo marco jurídico aparece ahora como la primera opción de medida de apoyo. Esto es porque el legislador ha preferido decantarse primero por esta figura antes que por los mecanismos de sustitución que eran característicos del sistema previo, renegándose a ellos solo cuando resulte totalmente necesario.⁴⁸

Antes de la Ley 8/2021, se producía una situación muy común y es que familiares de la persona con discapacidad actuaban como guardadores de hecho, esto se desprende también en la Exposición de motivos de la ley, *“la realidad muestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y en el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura jurídica formal que la persona con discapacidad tampoco desea”*.

También podemos resaltar su fortalecimiento en el Preámbulo: *“conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho coma que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta*

⁴⁸ *Op. Cit.* Código Civil, redacción tras la Ley 8/2021. Artículo 249: *“En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”*.

como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. Para los casos en los que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.”

Anteriormente hemos mencionado el art. 250 y hemos dicho que enumeraba y definía las características de las medidas de apoyo, y en concreto de la guarda de hecho, vamos por tanto a ver que señala exactamente: *“Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.*

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

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.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.”

Podemos observar la importancia que emana de la figura de guardador de hecho, y por qué acaba siendo la figura preferente frente a la curatela y al defensor judicial, además, se reconocerá de manera más rápida y fácil la figura del guardador de hecho en los casos que hemos mencionado anteriormente en los que el guardador sea familiar del guardado. Para más inri, resultará hasta relevante para el nombramiento del guardador de hecho que la persona que desee adquirir esta posición conviva con la persona con discapacidad, ya que de esta condición se entiende y presume la situación de guarda.

Como hemos visto anteriormente con la curatela donde se pueden dar distintos tipos, con la guarda de hecho ocurre exactamente lo mismo, nos podemos encontrar ante: la guarda de hecho personal, la institucional, la que ocurre de manera permanente o por el contrario, temporal.

En el caso de la guarda de hecho personal, es la que ocurre en mayor medida como se ha explicado antes y son los casos de familiares cercanos de la persona con discapacidad que

ejercen como guardas, ya sean padres, hermanos, hijos, etc. Aunque también se han observado situaciones en las que la guarda se ha ejercido por allegados como amigos o hasta vecinos.

El segundo tipo de guarda, la guarda institucional, se da en las situaciones en las que la persona con discapacidad se ve ingresada en un centro (para personas con discapacidad o simplemente un centro de mayores), en estas situaciones son directamente los centros quienes asumen la guarda de la persona necesitada. En estos casos pueden surgir lo que se llama guarda de hecho conjunta personal e institucional si la persona con discapacidad tiene allegados que o familiares que la visiten de manera constante, en caso de cualquier conflicto o discrepancia se deberá acudir al Fiscal o Juez para encontrar una solución.

Así lo ha estimado la SAP (valencia Sección 10ª) de 16 de septiembre 2021, rec, nº240/2020⁴⁹(ECLI:ES:APV:2021:3273) respecto de una persona que padecía un trastorno mental grave del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, que le producían un deterioro de las funciones psicológicas básicas (pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva). Se revoca la sentencia de primera instancia (dictada anteriormente a la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había incapacitado a la demandada e impuesto una tutela. La Audiencia nombra como curador, meramente asistencial, al Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), sin atribuirle facultades de representación, al ser posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas por ella en la vista de la apelación, respondiendo con claridad y precisión a las preguntas que se le realizaron. Asimismo, precisa que el objeto de esa medida de apoyo no comprenderá actuaciones de carácter patrimonial, porque la persona con discapacidad no tiene bienes, y cuenta con unos modestos ingresos de 380 euros al mes, que puede administrar ella misma, sin necesidad de asistencia, sino que comprenderá, exclusivamente, las cuestiones relativas al tratamiento médico y a la toma de la medicación pautada, así como a su situación social y económica. Justifica el nombramiento como curador del IVASS en la circunstancia que la persona con discapacidad carecía de allegados que pudieran ejercer con garantías esta medida de apoyo, porque no tenía familiares en España, ni mantenía contacto con los que vivían en Colombia, su país de origen.

Podemos establecer, por lo tanto, que nada impide que la guarda de hecho pueda ser ejercida por una persona jurídica, aunque esta esté sujeta a varios requisitos. No puede existir una relación contractual, en cuya virtud aquel preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a quien precise el apoyo según lo dispuesto en el art. 249 del Código Civil, que establece lo siguiente:

“Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán 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. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos

⁴⁹Recurso de apelación 240/2020 de 16 de septiembre de 2021 por la que se revoca la incapacitación judicial por quedar sin efecto tras la actual legislación 8/2021.

apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.”

De hecho, es posible que las Fundaciones Tutelares puedan aprovechar el procedimiento de revisión previsto en las Disposiciones Transitorias de la Ley 8/2021 para convertirse en guardadoras de hecho de las personas con discapacidad que previamente poseían una tutela, que de momento como hemos estudiado, se rige por las normas de la curatela representativa, solicitando su extinción para que «se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela.»

Hablamos de guardas temporales cuando nos encontramos a aquellas guardas que ocurren por un periodo de tiempo determinado, a diferencia de la guarda de hecho permanente que ocurre de manera continua en el tiempo sin fecha de una posible finalización.

La guarda de hecho es una figura muy flexible de la que se pueden desprender diferentes combinaciones, a esto se le conoce como concurrencia de guardas, esto es cuando pueden existir más de un guardador privado concurrente (familiares), guardadores familiares y de afecto (allegados o amigos), o los guardadores privados junto a una entidad o institución (por ejemplo, con el director de una residencia en la que se encuentra ingresada la persona con discapacidad).

Siendo esta la figura preferente por la Ley con la nueva reforma, se obtiene una mayor desjudicialización. Para que esto pueda ocurrir de manera ideal, se precisa de una prueba para la condición de guardador de hecho. Debe acreditarse esta condición pues de otra manera no podrá representar a la persona con discapacidad en ningún acto, ni siquiera en los que no haya trascendencia económica. Para esto lo mejor es utilizar un acta de notoriedad porque normalmente esta figura se mantiene de manera estable y constante en el tiempo a pesar de ser un hecho informal. Esta prueba podrá acreditarse a través del Libro de Familia, certificado de empadronamiento, documentación que acredite convivencia y aquellos documentos en los que se derive esta condición, siguiendo lo establecido por la Consulta del Instituto Nacional de Seguridad Social de 30 de noviembre de 2011 sobre la competencia para solicitar y percibir pensiones provenientes de la seguridad social que vayan dirigidas a las personas con discapacidad mayores de edad.

Una de las cuestiones que surge con esta figura es si debería considerarse en realidad una medida de apoyo informal, ya que según una sentencia emitida en Córdoba el 7 de febrero de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia; La hermana de una persona con discapacidad, en condición de guardadora de hecho debe acudir a lo judicial para que los entes públicos y privados reconozcan su condición y pueda operar así en nombre de su hermana y ejercer su condición de guardadora.⁵⁰

⁵⁰ AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 7 febrero 2022 (Prov. medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021).

b. Medidas de apoyo voluntarias.

Son medidas que la propia persona con discapacidad decide, estando todavía en plenas facultades, sabiendo que en un futuro dejará de estarlo y se encontrará en una situación de necesidad debido a la discapacidad. Al prever esta situación designa a la persona que se encargará de brindarle apoyo, así como el límite de este. También podrá establecer ciertas garantías o matices a la forma de llevar la administración. Esto, sin embargo, no es exclusivo de las personas con discapacidad, puede darse el caso de que cualquier persona, en previsión de que en un futuro pueda encontrarse ante la misma situación anterior mencionada, sabiendo que el ejercicio de su capacidad jurídica pueda verse afectado también puede acudir a una medida de apoyo con las instrucciones necesarias. Es un instrumento que pueden solicitar las personas mayores de edad y menores de edad en situación de emancipación que también podrán fijar estas medidas, si no lo hace, será el juez a petición del menor, progenitores o Ministerio Fiscal. Estas situaciones se regulan en los artículos 254 a 262 del Código Civil.

Deben de realizarse en escritura pública notarial y en ella deben de designarse a la persona que va a prestar los apoyos y qué clase de apoyos serán. De esta manera, llegado el momento en el que se dé la situación de discapacidad, serán las primeras personas a las que habrá que tener en cuenta y únicamente en defecto o si nos encontramos ante una insuficiencia de las mismas, así como la falta de guarda de hecho, habrá que recurrir entonces a medidas judiciales.

Las medidas de apoyo voluntarias pueden ser las siguientes:

- **La autocratela**, se regula en los artículos 271 del Código Civil y siguientes. La autocratela es una medida que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada puede establecer al tener conocimiento de que en un futuro su capacidad jurídica se va a ver mermada. Por lo que mediante escritura pública puede proponer el nombramiento o exclusión de una o varias personas para que adopten la figura del curador. También se permite determinar o establecer disposiciones sobre como funcionará la curatela y el contenido de esta, que incluye la higiene, la administración y disposición de los bienes, como se verá retribuido el curador, la obligación de inventario y las medidas de seguimiento y control.⁵¹

Cabe mencionar además, que, según la STS 734/2021 de 2 de noviembre de 2021, en su FJ 3º la posibilidad legal de nombrar curador, (lo que antes venía siendo el tutor), es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana, reconocidos por el art. 10 de la Constitución Española, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo”, delimitando bajo esta premisa las características, que delimitan jurídicamente la auto curatela.⁵²

- **Los poderes y mandatos preventivos**, se regulan en el artículo 256 y siguientes del Código Civil. Con los poderes y mandatos preventivos lo que ocurre es que quien otorga el poder puede añadir una cláusula donde se especifique que dicho poder seguirá siendo vigente y válido en el futuro si se precisa de apoyo a la hora de ejercer su capacidad jurídica. Esto permite que el poder siga funcionando a la hora de

⁵¹ Referencia al artículo 271 del Código Civil.

⁵² STS 734/2021, de 2 de noviembre de 2021 sobre la autocratela.

proporcionar apoyo a la persona en caso de que se vea requerida más adelante.⁵³

- **Cualquier otra medida o disposición que la persona con discapacidad decida establecer**, esto se ve regulado en el artículo 255 del Código Civil, que dispone que cualquier persona mayor de edad o un menor que se haya emancipado, al anticipar y considerar la posibilidad de que su capacidad jurídica se vea mermada en un futuro, puede acordar mediante escritura pública medidas de apoyo para su persona o bienes. Esto puede ser determinar y establecer los límites de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que prestarán apoyo, y de qué forma será proporcionado el apoyo. También se pueden establecer medidas u órganos de control para evitar conflictos de intereses, abusos o influencias indebidas, y se deben establecer mecanismos y medidas de revisión y control para garantizar el respeto a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.

El notario que autorice la escritura deberá comunicarlo sin dilación al Registro Civil para que quede documentado.

Si estas medidas fueran insuficientes o, directamente, inexistentes, y no haya un guardador de hecho que provea el apoyo y la asistencia suficientes, se podrán adoptar medidas supletorias o complementarias si la autoridad judicial lo considera.⁵⁴

4. Cuestiones procesales: Ley de Jurisdicción Voluntaria y Ley de Enjuiciamiento Civil.

La guarda de hecho se establece como una medida preferente, con ella se intenta cubrir las necesidades que la persona con discapacidad posee. Se trata de una medida informal, pero existe cierto control judicial, así lo determina el art. 265 CC, que establece lo siguiente: “*A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.*”

Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento” para evitar situaciones en las que ocurran posibles abusos o una atención insuficiente. El Juez, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o por denuncia del particular, tomará las medidas pertinentes para comprobar que el guardador de hecho realiza su función de manera adecuada, respetando en todo momento la voluntad y los deseos de la persona con discapacidad.

El procedimiento judicial previsto es el expediente de jurisdicción voluntaria, establecido en el art. 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Cuando se precise la actuación representativa del guardador de hecho, se oirá también a la persona con discapacidad y deberá obtenerse una autorización con el expediente de jurisdicción voluntaria. El guardador de hecho deberá actuar de manera concreta, ciñéndose a las voluntades y deseos de la persona con discapacidad y atendiendo a las circunstancias del caso especialmente.

Sobre la figura de la tutela, tal y como hemos estudiado anteriormente, quedará reservada a los menores de edad. El art. 255 CC establece que el menor puede prever “*las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar*

⁵³ Referencia al artículo 256 del Código Civil.

⁵⁴ Referencia al artículo 255 del Código Civil.

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 preferencias”⁵⁵

1. Jurisdicción voluntaria preferente

La nueva normativa trata de evitar los procesos contenciosos. Este enfoque incentiva la participación activa de la persona con discapacidad en el proceso basándose en los principios de necesidad y proporcionalidad. Este cambio ha sido reclamado por los colectivos que representan a las personas con discapacidad y por los Colegios de Abogados y jueces, debido a las dificultades y problemas asociados al iniciar un procedimiento contencioso contra un familiar, especialmente cuando la persona con discapacidad posee problemas de comprensión, ya que esto dificulta mucho todo el proceso. Con este avance se evita la necesidad de acudir a la vía contenciosa, salvo en casos de oposición en la jurisdicción voluntaria. El artículo 4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal en todos los expedientes que afecten a la condición e intereses de una persona con discapacidad.

Las modificaciones que introduce el art.7 de la Ley 8/2021 para la LJV son las siguientes:

- **Se incorpora un nuevo artículo 7 bis: “ajustes para las personas con discapacidad”.**

Este artículo es especialmente significativo, ya que la LEC es de aplicación complementaria (según el ex. Art 4) en otros procesos penales, laborales, administrativos y militares que involucran a personas con discapacidad. De esta manera, tenemos la garantía de su participación activa y flexible en igualdad de condiciones, permitiendo cambios o modificaciones a petición de cualquier parte, ya sea del Ministerio Fiscal, o de oficio por la autoridad judicial en todas las fases que sea necesario. De esta manera se asegura que las personas con discapacidad puedan entender y también ser entendidas, promoviendo que todas las comunicaciones se realicen en un lenguaje claro, sencillo y accesible, utilizando medios de lectura fáciles, estableciendo apoyos e incluyendo la participación de profesionales expertos⁵⁶. Las partes involucradas en el proceso tienen la legitimidad para solicitar estas modificaciones, adaptaciones o ajustes dentro de la norma.

Cabe mencionar que tampoco se establecen indicaciones sobre el momento procesal concreto en el que deban realizarse (se puede llegar a entender que deberían hacerse con anticipación para poder tener tiempo de sobra para su cumplimiento). Tampoco se requieren medidas formales para su petición ya que nos encontramos ante un gran margen de discrecionalidad y antiformalismo. Tampoco se atribuye competencia en cuanto a la supervisión de la implantación de las adaptaciones requeridas, aunque en cualquier caso se atribuye al Letrado de la Administración de Justicia, debido a su carácter ordenador e impulsor del proceso, protegiendo las garantías de la persona con discapacidad en su derecho a la justicia en condiciones de igualdad. El problema que se nos plantea en cuanto a los ajustes, es de qué manera deben ser realizados estos ajustes, si por ejemplo se debe facilitar el lenguaje jurídico para facilitar su comprensión, comunicación e interacción y quien sería el responsable de hacerlo (si también el LAJ, los propios abogados o, por el contrario, el Juez). Considero que la figura más idónea para esto es la del facilitador, que expondremos en párrafos posteriores.

⁵⁵ MARÍA DEL ROSARIO MARTIN BRICEÑO, V. G. (2022). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch. Págs.

⁵⁶ Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

En el terreno de la comunicación y comprensión, se deberán reescribir todas las comunicaciones, sin limitarse exclusivamente a las Resoluciones (lo único que se traducía hasta ahora) a un lenguaje más comprensible para la persona con discapacidad, añadiendo el lenguaje de signos, usando una herramienta de lectura fácil. Por comunicación se entienden todos el contacto y los acercamientos que se realizan entre las personas con discapacidad y los funcionarios.

Respecto al sector de la información, deberán incluirse expresiones más claras y fáciles de comprender y deberán especificarse los medios para obtener los mecanismos o sistemas, así como las situaciones de los procedimientos de justicia para que las personas con discapacidad realicen una valoración previa de los mismos y pueda decidir cómo va a actuar respecto a ellos y las diferentes opciones. En este apartado podemos incluir el problema de la brecha digital y el aumento de su uso debido a las nuevas tecnologías, pues hay que ser consciente de que las personas mayores o las personas con discapacidad encuentran su utilización tediosa, muchas veces el uso de la tecnología no es accesible para todo el mundo y no es nada intuitivo ni fácil de usar, por lo que se debe facilitar el aporte de documentos en papel.⁵⁷

Para lograr esto, se implanta así un anexo a la sentencia elaborado por técnicos de Plena Inclusión, que es una Asociación de integración para las personas con discapacidad. También se plantea la creación de la figura del facilitador o intermediario, mencionada anteriormente, algo muy reclamado. Esta figura es una persona elegida por la persona con discapacidad que precisa de apoyo, para el acompañamiento a lo largo de todo el procedimiento, desde la primera toma de contacto con las autoridades y funcionarios hasta el fin del procedimiento, y que sería remunerada. Debe ser alguien especialista en los procedimientos judiciales y en derecho procesal, actuando en beneficio de la persona con discapacidad, otorgando así un apoyo (no necesariamente legal, pues para eso tenemos la figura del Ministerio Fiscal o el defensor judicial) sino más bien de un apoyo humano, haciendo de puente entre la persona con discapacidad y la Administración de Justicia, traduciendo el lenguaje jurídico y adaptándolo según el nivel de comprensión y entendimiento que la persona con discapacidad posea. El perfil de esta figura procesal sería el de un profesional formado no solo en el ámbito legal pero también dotado de los conocimientos necesarios en el campo de la discapacidad intelectual y en psicología forense. Esto es porque se interviene en procedimientos judiciales y deben conocer su estructura y así como los momentos procesales claves en los que se deben realizar actuaciones por parte de la persona con discapacidad.⁵⁸

Anteriormente hemos mencionado que estas personas serán remuneradas, cabe mencionar que ese coste serán las personas con discapacidad quien lo asuman, pues la regulación que realiza la LEC es de permisibilidad y voluntariedad, es decir se permite la utilización de esta figura, pero se encuentra disponible para todas las personas que sufren una discapacidad. Es una tarea complicada añadir esta figura en el derecho de asistencia jurídica del que habla el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, considerándose así como un límite para el acceso a la justicia.

A posteriori, se incorpora un nuevo Capítulo III bis al Título II: “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad” donde se explican características específicas o las peculiaridades que pueden darse en estos supuestos.

⁵⁷ Esta iniciativa es de origen asturiano, ya que se ve por primera vez en los Juzgados de familia de Oviedo, siendo los primeros de la UE en llevarla a cabo. Las Juezas Reyes Rico Gómez y María Asunción Velasco Rodríguez con la colaboración del magistrado de lo contencioso administrativo Juan Carlos García López, se propusieron el objetivo de acercar la justicia a la persona con discapacidad, transformando el tríplico, oscuro y denso lenguaje judicial desde el inicio hasta el fin del procedimiento.

⁵⁸ Idem.

- **Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación**

La competencia para conocer este procedimiento pertenece al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona con discapacidad. Si dicha persona cambia de residencia durante el proceso pueden darse las siguientes soluciones: si cambia de residencia previamente a la comparecencia se remitirán las actuaciones al juzgado del nuevo domicilio; y si ya se ha producido la comparecencia, se seguirá el procedimiento en el Juzgado de origen, buscando el interés de la persona con discapacidad, actuando en base a su mejor convenir y no en base a la *perpetuatio iurisdictionis* donde se mantiene la jurisdicción sin tener en cuenta los posibles cambios que se producen. De esta manera se prioriza la comodidad y la accesibilidad de la persona con discapacidad.⁵⁹

Respecto a la legitimación, pueden promover el expediente el Ministerio Fiscal, la persona con discapacidad, su cónyuge y/o su pareja de hecho, sus ascendientes, descendientes y hermanos. También está legitimada cualquier otra persona, junto con las autoridades o los funcionarios públicos, que debido al cargo que ostentan o la posición en la que se encuentren, tengan conocimiento sobre alguna de estas situaciones. Podrán comunicarlo al Ministerio Fiscal para así iniciar el expediente. Según el artículo 42 bis a), apartado 4, la persona con discapacidad puede actuar en su propia defensa y representación; de no ser posible hacerlo por sí misma, se deberá nombrar entonces a un defensor judicial. El artículo 7 de la Ley 8/2021, en su apartado 4, modifica el artículo 43.3 del Capítulo IV de la LJV relativo a la tutela, curatela y guarda de hecho en los siguientes términos: “*En estos expedientes no será preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo en los relativos a la remoción del tutor o curador y a la extinción de poderes preventivos, en los que será necesaria la intervención de abogado*”.

Se abre así una amplia gama de posibilidades para la actuación de las personas con discapacidad al poder tener una participación activa en los procedimientos, se considera que con la intervención del Ministerio Fiscal y el Letrado de la Administración de Justicia que llevará a cabo “las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta” será suficiente para proteger a la persona con discapacidad de una posible indefensión. Sin embargo, la LJV establece dos situaciones en las que la asistencia letrada es preceptiva: primero, en la remoción del tutor o curador, y segundo, en la extinción de poderes o mandatos preventivos.

- **Procedimiento**

El procedimiento que se debe seguir para establecer medidas judiciales de apoyo viene regulado en el art. 42 bis b) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria e indica lo siguiente:

- Inicio: Al depositarse la solicitud se debe acompañar con los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de las medidas de apoyo, como por ejemplo un dictamen de profesionales del ámbito social y sanitario que aconsejen cuál es la medida de apoyo ideal para aplicar, además de las pruebas que se consideren necesarias de practicar y aportar. Una vez recibida la solicitud, el Juez, según lo dispuesto en el art. 52 de la LJV realiza una investigación sobre el entorno y de los servicios sociales, para averiguar si la persona con discapacidad puede ser correctamente atendida en su entorno y no sea necesaria la judicialización de este apoyo. Es decir, la reforma sitúa al Juez en una posición de garante de la necesidad.
- Admisión a trámite y citación: El LAJ admite a trámite la solicitud y citará

⁵⁹ PRÉSTAMO GARCÍA, P (2023) *Análisis sustantivo y procesal de la normativa en materia de discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Pág 35 - 40.

comparecer al MF, a la persona con discapacidad, al cónyuge o a la pareja de hecho, a los ascendientes, descendientes y hermanos. Éstos podrán, en un plazo de 5 días desde la citación, proponer las pruebas que quieran practicar en la siguiente fase. El hecho de que haya libertad para la elección de prueba puede parecer que no será obligatorio, en sede de la LJV, la práctica de prueba a excepción de los documentos que demuestren la necesidad de apoyo, esto es totalmente contrario a lo que ocurre en el proceso contencioso. Se deberá también aportar la certificación del Registro Civil de las medidas de apoyo que han sido inscritas. Por su parte, la autoridad judicial, antes de que ocurra la comparecencia, podrá obtener informe de la autoridad pública que se encargue de ocuparse de la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, así como Dictamen Pericial que considere oportuno.

- Comparecencia: La Autoridad Judicial deberá conocer y entrevistar a la persona con discapacidad, practicar las pruebas y oír a las personas que lo hayan manifestado. Si tras toda la información que se ofrece por parte de la autoridad judicial la persona con discapacidad decide hacer uso de una medida diferente de apoyo, entonces se podrá fin al expediente. Si, por el contrario, la persona con discapacidad no quiere hacer uso de ninguna medida alternativa, se continúa entonces el proceso y se procede a practicar las pruebas propuestas y que hayan sido admitidas.

- **Fin del expediente:** Se puede poner fin al expediente por las siguientes cuestiones:
 - Fin del expediente con oposición: a) si la persona con discapacidad decide no hacer uso y no establece ningún tipo de apoyo; b) si se opone algún interesado o el MF, se pondrá fin al expediente sin perjuicio de las medidas de apoyo oportunas que a la Autoridad Judicial pertinente pueda establecer por un plazo máximo de 30 días si no se ha presentado demanda contenciosa. Se transforma el procedimiento y se siguen entonces los trámites de la LEC, quedando a disposición de los arts. 756 y ss. Cabe mencionar que existe un supuesto en el que no se considera como oposición y esto es cuando se designa a una persona en específico para ejercer como curador.
 - Fin del expediente sin oposición: se procederá con lo dispuesto en el art. 42 bis c). Se dictará Auto en el que se adoptan las medidas, debiendo ser conforme con la legislación aplicable y que será susceptible de revisión periódica si quien esté legitimado lo solicita o quien provea el apoyo en el plazo y de la forma que el Auto establezca. La realización de la revisión es competencia del mismo Juzgado que conoció del expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que exista un cambio de residencia, que como hemos dicho se trasladará el expediente al nuevo Juzgado en un plazo de 10 días.

Para realizar la revisión de puede realizar si se requiere un dictamen pericial y de la autoridad pública, se va a otorgar un plazo de 20 días para presentar alegaciones y realizar las pruebas pertinentes. La revisión podrá finalizar de dos maneras: si hay oposición, se cerrará el expediente y se seguirá el procedimiento que establece la LEC (que se estudiará más adelante); si no existe oposición, la Autoridad Judicial emitirá un nuevo auto en el que se especificarán las medidas adoptadas que deberán implementarse.

2. Ley de Enjuiciamiento Civil

La Ley 8/2021 transforma el Título IV de la LEC, pasando a llamarse de los procesos

sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores⁶⁰. Cuando sea necesario nombrar un curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria alguna de las partes haya presentado oposición, se procederá según los trámites que se establecen en el Capítulo II titulado: “De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”. Hay que hacer un apunte importante para destacar que, en cuanto a las disposiciones generales, en estos procedimientos es siempre el Ministerio Fiscal, según lo dispuesto en el art. 749 LEC⁶¹, si no ha sido el promotor del procedimiento ni está obligado por ley a defender a alguna de las partes, su rol consistirá en asegurar la legalidad y proteger los derechos, preferencias y voluntades de la persona. El objeto del proceso es inalienable, por lo que no se permitirá la renuncia, el allanamiento ni la transacción. Para abandonar el proceso es necesario la previa aprobación del Ministerio Fiscal. Y en lo que a las pruebas respecta, se tomará una decisión fundada en los hechos probados, aunque se podrán ordenar también otras pruebas adicionales de oficio si así se considera necesario. El procedimiento ha de llevarse a cabo siguiendo las reglas del juicio verbal, que se aplicará de manera preferente; el LAJ dará traslado sobre la información al Ministerio Fiscal y a las partes, quienes tendrán un plazo de 20 días para responder. La audiencia podrá realizarse a puerta cerrada si las circunstancias así lo requieran, a discreción del Tribunal.

Las peculiaridades de este procedimiento se ven reguladas en los arts. 756 a 763 LEC y son las enumeradas a continuación:

- **Competencia**

Para conocer a quien le corresponden las demandas para adoptar medidas de apoyo, debemos decir que la responsabilidad le pertenece a la autoridad judicial que previamente se encargó del expediente de jurisdicción voluntaria, con la excepción de si se produce un cambio de residencia, que entonces la competencia le corresponde al Juez de primera instancia de donde se haya producido el traslado.

- **Legitimación**

En lo que respecta a la legitimación e intervención procesal, el procedimiento puede ser iniciado por la propia persona con discapacidad, su cónyuge o pareja de hecho, o cualquier persona en una situación similar, así como por sus descendientes, ascendientes o hermanos. Además, el Ministerio Fiscal puede iniciar el procedimiento si así lo considera al no haber otras formas de brindarle el apoyo necesario, como la guarda de hecho. Si la demanda incluye también la propuesta de un curador específico, hay que notificar a dicho curador para que pueda presentar sus alegaciones. Una vez que acepte la demanda, el LAJ solicitará una certificación registral para realizar la verificación de las medidas de apoyo registradas y además realizará todas las acciones que sean necesarias para que la persona con discapacidad entienda correctamente y totalmente el propósito, la finalidad y los procedimientos del caso. Si la persona con discapacidad no se presenta en el juzgado con su propia defensa y representación después de haber sido notificada, y si el Ministerio Fiscal no se encarga de su defensa por no haber iniciado el procedimiento, se le asignará entonces un defensor judicial.

- **La prueba**

Respecto a la prueba, es mandatorio realizar una entrevista a la persona con discapacidad, escuchar a los familiares más próximos y obtener los informes periciales que sean necesarios de expertos en los sectores social y sanitario. Sin embargo, con carácter excepcional,

⁶⁰ Ley 8/2021, de 2 de junio, referencia al Título IV de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores.

⁶¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

estas audiencias pueden omitirse si la solicitud ha sido presentada por la propia persona con discapacidad. Estas pruebas deberán realizarse en segunda instancia si se apela la sentencia que decide sobre 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 otros”⁶² Como queda establecido en el art. 249.1 del CC se establece que las medidas de apoyo “deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”. Así que, la adopción de la medida deberá ceñirse rigurosamente a lo necesario, el objetivo es que la persona con discapacidad pueda hacer uso de su capacidad jurídica todo lo que sea posible.

La STS 458/2018⁶³, de 18 de Julio de 2018 determina algo importante: “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”.

El precepto de “traje a medida” quiere decir básicamente que debería ser impositiva únicamente cuando la curatela sea insuficiente para hacer frente a las necesidades de la persona con discapacidad. Cabe remarcar que la curatela es una medida dotada de un carácter excepcional y que es una medida asistencial, por ende, deberá hacerse uso de esta cuando sea totalmente imprescindible.

La curatela representativa se establecerá cuando nos encontremos ante una situación donde el sujeto en condición de discapacidad no le sea posible expresar tanto su voluntad, como sus deseos y preferencias, en virtud del art. 249 CC. También se puede establecer una curatela mixta, combinando la función asistencial con la función representativa. Se podrá hacer uso de la asistencia en la esfera de la salud y usar la función representativa en aquellos actos más complejos de la esfera patrimonial.

En cuanto al principio de necesidad, hay que tener en cuenta como se encuentra la persona en la actualidad, en el momento inmediato y no designar o determinar una medida de apoyo con vista a futuro, (aunque la probabilidad sea alta, como en enfermedades neurodegenerativas). Así lo analiza una Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de octubre de 2021, en el caso de una persona de avanzada edad que se veía en una situación de movilidad reducida, con antecedentes anteriores de brotes psicóticos. Pese a esto, la Audiencia estableció que no había necesidad de determinarse una curatela para en esta situación debido a actos ocurridos en el pasado y que no continúan a día de hoy, se revoca así la sentencia que establecía una curatela ya que se consideró que, en este supuesto, la persona con discapacidad estaba en el uso de todas sus facultades mentales en la actualidad, pudiendo así hacer uso y gozar de su capacidad jurídica. Se debe entender que poseer cierto grado de discapacidad, es decir encontrarse ante una situación donde la discapacidad es leve, no quiere decir que se precise en todas las situaciones medidas de apoyo, y debe de intervenir lo mínimo posible, siempre especificando las situaciones en las que la persona con discapacidad requiera

⁶² DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I (2010). “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. Págs. 87-91.

⁶³ STS 458/2018 de 18 de julio, de Madrid. Modificación de la capacidad. Autotutela.

la participación de la figura de curador. El Juez que designe una curatela de tipo 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”*, nos indica el art. 269.2 del CC⁶⁴.

Exactamente la misma situación ocurre cuando se determine 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).

III. CONCLUSIONES.

Cuando hablamos de discapacidad, surgen tres cuestiones importantes a tratar. En primer lugar, sobre la protección de la integridad y dignidad que posee la persona, que se entiende como la defensa de su autogobierno. Se busca su amparo dada la fragilidad objetiva que está presente en su desempeño en el tráfico contractual, especialmente cuando hablamos de consumo. Por ello se debería preferir que la ayuda y la asistencia vinieran recogidos en un documento público, ya sea por medio de escritura notarial o mediante resolución judicial, aunque hay que tener presentes las guardas de hecho.

La normativa anterior fortalecía el amparo de las personas con discapacidad en las transacciones comerciales y se garantizaba, sobre todo, su seguridad, distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad para actuar, y manteniendo su plena autonomía una vez alcanzada la mayoría de edad, a menos que existiera una declaración judicial de incapacidad. Tras la ratificación de España de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2008, se le otorga prioridad al amparo de la voluntad, deseos y preferencias de la persona que se ve en situación de discapacidad, incorporando estas directrices a nuestro derecho interno, intentando garantizar la mínima intervención, situación que queda plasmada en nuestro ordenamiento con la reforma legislativa producida relativas a las personas con discapacidad.

Como crítica sobre esta reforma legislativa, considero que el legislador parte de una premisa incorrecta, y es que se intenta igualar a todo el colectivo con una condición de discapacidad, sin tener en cuenta los supuestos en los que el sujeto en cuestión sufre de discapacidad severa. Parece asumir que todas las personas tienen el mismo grado de discapacidad, y que esta debe sustituirse con el conjunto de tres elementos que tanto hemos dicho, como es el respeto a la voluntad, los deseos y preferencias de quien se encuentra en tal situación.

Una vez que se elimina esta incrustada o enraizada diferencia en cuanto al pensamiento de jurista sobre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, se confecciona esta situación en la que parece que se intenta eliminar o creo que podríamos decir que hasta se pretende invisibilizar la existencia de la discapacidad.

En la anterior legislación, la protección principal del individuo primaba más que su voluntad, y con esta reforma los papeles tornan completamente. Ese interés superior se ve desplazado, y brota un sistema donde tanto la voluntad como la autonomía de la persona cobran tal importancia que es el objetivo primordial a seguir. A lo mejor hubiera sido más acertado intentar calibrar la balanza para poder buscar el punto medio y conseguir un equilibrio, dado que, por lo general, cambiar de un extremo a otro no es lo más recomendable. Esto sucede porque, como diré más adelante a veces las personas que padecen una discapacidad se ven en

⁶⁴ Referencia al artículo 269.2 del Código Civil.

una conjetura donde no son capaces de mostrar ni su voluntad, ni sus preferencias, ni hacer uso de su autonomía y/o incluso aunque se encuentre en una posición en la que, si pueda expresarse, lo haga de manera inequívoca o no actúe en beneficio a sus intereses personales. No siempre es algo negativo que otra persona mire por el bienestar de uno.

El legislador ha incorporado un abanico amplio de opciones e instrumentos como medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, tanto voluntarias como judiciales, siendo las voluntarias las de aplicación preferente. Se establecen también elementos muy positivos, como los cambios terminológicos, abandonándose así términos despectivos, así mismo se pone como eje a la propia persona. No obstante, se le otorga demasiada importancia a la terminología, que no es esencial, aun así, no es negativo que se haya visto dotada de una relevancia importante, pero no hay que dejar atrás las cuestiones esenciales. También es favorable visibilizar la existencia de otras vías de apoyo en las que no se requiere la máxima intervención cuando sea posible, y el hecho de que se respete enormemente las voluntades previas establecidas por la propia persona en períodos de lucidez también es algo muy positivo.

Uno de los puntos más controvertidos y a la vez más importantes de esta reforma es la eliminación de la tutela, sustituyéndola por la curatela representativa o limitándola a una simple situación de hecho, lo que, a mi parecer, deja desprotegidas a las personas con discapacidad severa, que, debido a la gravedad de la discapacitación no pueden exteriorizar ninguna voluntad, estos casos existen, en los que una persona no es capaz de realizar ningún acto por sí misma, por lo que opino que es un sin sentido pretender que sea capaz o plenamente capaz.

Por otro lado, me parece muy correcto que por lo menos, el legislador haya contemplado la inclusión de la curatela representativa para abarcar aquellas situaciones que hemos mencionado antes en los que la persona no es capaz bajo ningún concepto de expresar sus voluntades o hacer uso de su capacidad jurídica.

En cuanto al procedimiento, la alteración que sufre la Ley de Enjuiciamiento Civil es importante. El procedimiento se inicia con un expediente contencioso en caso de no poder acudir a la jurisdicción voluntaria, sin poder encauzar el proceso contencioso, lo que a mi parecer dilata de manera indebida un procedimiento que puede interpretarse como contradictorio desde un primer momento. Además, no hay un proceso de vuelta, como ocurre por ejemplo con el proceso matrimonial. Es decir, si se inicia un proceso contencioso, no se puede volver a la jurisdicción voluntaria, por lo que la ley obliga a realizar un viaje solo de ida. Creo que esta es una de las críticas más efectuadas a esta reforma, ya que se establece una duplicidad de procedimientos con el mismo fin y ante el mismo Juez competente con la única diferencia de la fase probatoria.

Para continuar, en lo que a la publicidad registral afecta, es importante remarcar que debe encontrarse un equilibrio entre la dignidad de la persona y la seguridad del tráfico, aunque sea una tarea ardua, pues también es necesaria, de lo contrario, multitud de negocios jurídicos se vería afectados.

Me gustaría enfatizar que el ordenamiento jurídico es un “todo” y debe ser coherente en los distintos campos que existen. Legislar de una manera superficial y con la intención (muy buena) de aumentar la inclusión, puede generar dudas, pues considero que la reforma no tiene en cuenta la parte práctica de la aplicación de esta Ley y se puede llegar a interpretar como algo, en cierto modo, utópico.

Como apunte final, quiero concluir, a pesar de los puntos negativos mencionados anteriormente, que estamos ante un avance jurídico en materia de protección de derechos humanos muy importante, aunque sea una reforma que tenga sus críticas, que se ajusta mucho

más a la realidad social, también con el tiempo irá surgiendo nueva normativa que complemente a la actual, pues la creación de esta ley también fomenta la acción de los poderes políticos a la protección de esta ley si el comportamiento de la sociedad falla.

IV. SENTENCIAS.

- STS 8/2022, de 2 de febrero.
- STS 347/2021, de 30 de septiembre.
- STS 545/2021, de 22 de septiembre.
- STS 375/2021, de 23 de septiembre.
- STS 275/2019, de 21 de septiembre.
- STS 240/2020, de 16 de septiembre.
- STS 589/2021, de 8 de septiembre.
- STS 706/2021, de 19 de octubre.
- STS 989/2021, de 25 de octubre.
- STS 734/2021, de 2 de noviembre.
- STS 458/2018, de 18 de julio.

BIBLIOGRAFÍA

- LIBROS Y ARTÍCULOS

- BARRIFI, F. J. (2015). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- CUENCA GÓMEZ, P, R. F. (2018). *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*.
- GARCIA, S. (2001). *Discriminación en el Lenguaje*. Madrid: Dykinson.
- HUERTAS MARTÍN, I. (2002). *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*. Granada: Comares.
- INFORME BELMONT (1978). *Reporte de la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y de Comportamiento*. New York, Estados Unidos.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2022). *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ, F.-M. C. (2021). *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro*. Revista Aranzadi Doctrinal.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2022). “La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflicto de intereses e influencia indebida en su voluntad” en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch.
- NAVAS, F. J. (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". España.
- PRÉSTAMO GARCÍA, P (2023) *Análisis sustantivo y procesal de la normativa en materia de discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo.
- RÍO, J. A. (2022). *La curatela tras la Ley 8/2021*. Tirant lo Blanch.
- ROIG, M. P. (2018). *El dogma de las capacidades y la racionalidad*. Madrid: Dykinson.
- ROIG, R. F. (2010). *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*.
- SERRANO CHAMORRO, M. (2022). *apoyo., Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por la persona que ejercen cargos tutelares o medidas de*. Revista de derecho de Familia num 94/2022.
- SOLÉ RESINA, J. (2021). *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*.
- TOMASELLI ROJAS, A.L (2022) *Cambio del paradigma de la guarda de hecho: La autoridad competente para el nombramiento del defensor judicial en la provisión de medidas de apoyo*. Revista ELDERECHO.com
- TORRALBA LAFUENTE, A. (2012). *Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial*. La Rioja.
- TORRES COSTAS, M. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Boletín Oficial del Estado.

- JURISPRUDENCIA

- Juicio Verbal especial sobre capa, 346/2021 (SPJI núm. 5 Córdoba 30 de septiembre de 2021).
Obtenido de <https://idibe.org.derecho-civil/persona-58-anos-ingresada-centro-tratamiento-enfermedades-graves-sufre-una-encefalopatia-anoxica-consecuencia-los-desde-punto-vista-medico-no-pose/>.
- Recurso de apelación, 275/2019 (JPII Massamagrell, Sección 4 21 de septiembre de 2021). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-139-2021-jpii-massamagrell-sec-4-rec-275-2019-21-09-2021-48400413>
- Recurso de Casación, 706/2021 (Tribunal Supremo 19 de Octubre de 2021).
- STS 375/2021 Audiencia Provincial de Santander, 23 de septiembre. Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2, Rec 166/2021. [Sentencia CIVIL N° 375/2021, AP - Cantabria, Sec. 2, Rec 166/2021, 23-09-2021 - Iberley](#)
- Recurso de Casación e Infracción Penal sobre incapacitación judicial., 706/2021 (Tribunal Supremo 19 de octubre de 2021). Obtenido de <https://vlex.es/vid/877507328>
- Recurso núm. 275/2019, ECLI:ES:JPII:2021:916 (LA LEY 275376/2021) (SJPII Massamagrell 21 de septiembre de 2021).
- STS Juicio Verbal especial, 545/2021 (SJPI 22 de Septiembre de 2021). Obtenido de <https://idibe.org/tribuna/curatela-frente-guarda-hecho-criterios-jurisprudenciales/>
- SAP M 12716/2021 - ECLI:ES:APM:2021:12716, STS 989/2021 Recurso de Apelación. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93/c36a42ec668942/20220114>

- LEGISLACIÓN

- Código Civil.
- Ley 15/2015 de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 13/1983 de 24 de octubre, reforma del Código Civil en materia de tutela.