



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho.

Proceso de incapacitación.

Presentado por:

Dña. Ana Rubio Puente

Tutelado por:

Dña. María José Moral Moro

Valladolid, 15 de julio de 2021

INDICE

INTRODUCCIÓN	4
Análisis de los principales motivos que dieron lugar a la aprobación de la nueva ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica	4
1. RÉGIMEN GENERAL DE INCAPACIDAD / DISCAPACIDAD	6
1.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar	6
2. SIGNIFICADO Y CAUSAS DE INCAPACITACIÓN / ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	7
2.1. Incapacitación /adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad 7	
2.1.1. <i>La enfermedad o deficiencia física o psíquica.....</i>	8
2.1.2. <i>Que sea persistente</i>	9
2.1.3. <i>Que produzca imposibilidad de gobernarse por sí mismo</i>	9
2.2. Con la Ley 8/2021, de 2 de junio	10
2.3. Clasificación y grado de discapacidad	11
3. PROCESO DE INCAPACITACION / DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.....	13
3.1. Introducción.....	13
3.2. Competencia	15
3.2.1. <i>Competencia objetiva.....</i>	15
3.2.2. <i>Competencia territorial.....</i>	15
3.3. Sujetos que pueden promover la iniciación del proceso	17
3.3.1. <i>Supuesto minoría de edad.....</i>	20
3.3.2. <i>El papel del Ministerio Fiscal.....</i>	23
3.3.3. <i>La parte pasiva.....</i>	24
3.4. Iniciación del procedimiento: Alegaciones	26
3.4.1. <i>Alegación de los hechos.....</i>	27
3.4.1.1 <i>La demanda</i>	28
3.4.1.2. <i>Contestación a la demanda.....</i>	29
3.5. Prueba.....	30
3.5.1. <i>Audiencia de los parientes de la persona incapaz / persona con discapacidad.....</i>	32
3.5.2. <i>Entrevista a la persona con discapacidad.....</i>	33
3.5.3. <i>El dictamen pericial médico sobre la persona con discapacidad.....</i>	34
3.5.4. <i>La valoración de la prueba.....</i>	35
3.6. Sentencia y efectos	36

3.6.1.	<i>Contenido</i>	37
3.6.2.	<i>El régimen de protección al que debe quedar sometido la persona incapaz / persona con discapacidad</i>	39
3.6.3.	<i>La inscripción de la sentencia en el Registro Civil</i>	43
3.7.	Recursos	44
3.7.1.	<i>Recurso de apelación</i>	45
3.7.2.	<i>Cosa Juzgada</i>	46
3.8.	Reintegración de la capacidad / Revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas	47
3.9.	Medidas cautelares	50
4.	CONCLUSIONES	53
5.	BIBLIOGRAFÍA	57
6.	JURISPRUDENCIA	59
1.	Tribunal Supremo	59
2.	Audiencia Provincial	60

RESUMEN

El presente trabajo pretende ofrecer una visión general del proceso de incapacitación, así como del nuevo referente a la adopción de medidas de apoyo para personas con discapacidad, haciendo hincapié en las diferencias más significativas existentes entre ambos. Determinando así, cuales son los aspectos que cambian de forma más relevante y cuales son mantenidos sin modificación alguna. Todo ello pasando por el concepto y las características fundamentales de la incapacitación.

PALABRAS CLAVE

Proceso de adopción de medidas de apoyo para personas con discapacidad, persona con discapacidad, capacidad jurídica, Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, sentencia, prueba, medidas cautelares.

ABSTRACT

The present work aims to offer an overview of the old incapacitation procedure, as well as the new procedure for the adoption of support measures for people with disabilities, emphasizing the most significant differences between them, determining which are the fundamental changes and which are maintained without any modification. All this going through the concept and the fundamental characteristics of this matter.

KEY WORDS

Process of adoption of support measures for people with disabilities, person with disabilities, juridical competence, International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, judgment, evidence, precautionary measures.

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objeto estudiar la regulación del sistema español existente acerca de la modificación de la capacidad, así como sobre la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En él se analizarán las principales modificaciones legales efectuadas a lo largo de los años, hasta llegar a la Ley actual 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. Dicha ley entrará en vigor el próximo 3 de septiembre de 2021.

En este trabajo se va a intentar plasmar una clara diferenciación entre la legislación recientemente aprobada y la que actualmente se encuentra aún en vigor, haciendo constar los aspectos generales que modifica la nueva Ley 8/2021 sobre este particular proceso.

Como finalidad principal, se encuentra el análisis de todas aquellas fases que configuran el proceso de incapacidad, así como el nuevo de adopción de medidas de apoyo a la persona con discapacidad. Se intenta destacar especialmente las particularidades y dificultades que puedan surgir durante su tramitación., teniendo para ello en cuenta la jurisprudencia más relevante.

Análisis de los principales motivos que dieron lugar a la aprobación de la nueva 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

Tras esta breve introducción, el trabajo se centra en determinar cuáles son los motivos principales que han dado lugar a la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, así como la estructura de la misma.

La aprobación de esta nueva Ley 8/2021 supone una modificación muy importante del sistema de nuestro ordenamiento jurídico, sustituyendo de esta forma el anterior procedimiento de incapacitación y efectuando en él una renovación en la toma de decisiones por otro, que tenga como objetivo el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Esta reforma tiene un fin claro, adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. En especial se debe hacer referencia al artículo 12 de la misma,

donde se proclama que las personas con discapacidad cuentan con una capacidad jurídica en igualdad de condiciones a los demás.

De esta forma, la citada Convención obliga a los Estados parte a adecuar su ordenamiento jurídico a tales objetivos, proporcionando el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Teniendo, siempre presente, que el grado de las medidas adoptadas para la persona con discapacidad no afecte a sus derechos e intereses fundamentales¹.

La nueva regulación tiene como inspiración principal, el respeto a la dignidad de la persona en la tutela y representación de sus derechos fundamentales, debiendo tener presente como interés primario el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, y solamente en aquellos casos excepcionales donde este interés no pueda cumplirse, ejercer la figura de representación.

Su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno de las personas con discapacidad, todo ello en condiciones de igualdad de sus derechos y libertades fundamentales. Para ello, todas las medidas deberán ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona con discapacidad, intentando aplicarse en el plazo más breve posible y siempre sujeto a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial².

Como dice LORA TAMAYO “*No cabe una sustitución de la persona del discapaz, salvo que no pudieran de ninguna manera expresar su voluntad, y necesitara de un apoyo constante. Sin perjuicio de todo ello, el discapacitado puede necesitar de medidas de apoyo, pero estas medidas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona*”³.

En cuanto a la estructura, hay antes que añadir que el texto de esta nueva Ley es continuador de reformas iniciadas por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido

¹ Como dice GARCIA RUBIO, M.P., “La necesaria urgente adaptación del Código civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York, sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 58, 2017-18, p. 173, que la protección y el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo, es decir, en interés de las personas con discapacidad sino subjetivo, atendiendo a la voluntad deseos y preferencias de la persona

² Vid., en este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

³ LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO, *Guía rápida de la reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid 2021, p. 16.

de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, además de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación de jurisdicción voluntaria establecida por la Ley 15/2015, de 2 de julio (modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley del Jurado y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad⁴.

La nueva ley se divide en ocho artículos modificando cada uno de ellos una ley. Así el artículo primero modifica la Ley del Notariado; el segundo el Código Civil, siendo esta modificación la de mayor importancia y extensión; el tercero afecta a la Ley Hipotecaria; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siendo esta la más importante a tener en cuenta en el presente trabajo; los restantes artículos afectan a la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley del Registro Civil; la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, el Código de Comercio y el Código Penal.

1. RÉGIMEN GENERAL DE INCAPACIDAD / DISCAPACIDAD

1.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

Hablar de personas con discapacidad es hablar de la falta de capacidad de una persona mayor de edad, a la cuál como norma general se le presume capacidad. Por tanto, hay que partir de que la discapacidad supone la excepción y no la regla.

Antes de enfocarnos en el grueso del trabajo es necesario encuadrar dos conceptos fundamentales que nos acompañarán durante todo el estudio, recogidos en el Código Civil: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Estos son conceptos pertenecientes a la dogmática jurídica moderna, cuyo fundamento se encuentra en las fuentes romanas y en la tradición romanística.

Hablamos de capacidad jurídica, artículo 30 del Código Civil, como la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y deberes jurídicos, que toda persona posee, por el mero hecho de

⁴ Vid todos los precedentes legislativos en WOLTERS KLUWER, “Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad”, *noticias jurídicas*, 03/06/2021, disponible en *en Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad · Noticias Jurídicas (juridicas.com)*

serlo. Es, en realidad, una posición estática del sujeto. El presupuesto de hecho de la capacidad jurídica es, por tanto, la mera existencia de la persona.

Por su parte, la capacidad de obrar, regulado en el antiguo artículo 322 del Código Civil⁵, reenumerado al artículo 246 CC tras la aprobación de la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, es la aptitud para realizar de forma válida actos jurídicos, ejercitar derechos y asumir obligaciones, no alcanzada desde el nacimiento, sino con la mayoría de edad. El presupuesto de hecho de la capacidad de obrar es la inteligencia y voluntad, comprendida como la capacidad natural de entender y querer, suponiendo en este caso, una posición dinámica del sujeto.

2. SIGNIFICADO Y CAUSAS DE INCAPACITACIÓN / ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. Incapacitación /adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad

La incapacitación es un estado civil que supone la reducción de la capacidad de obrar de la persona, privándola de los poderes y facultades que tuviera sobre otras personas o respecto de bienes ajenos, con intervención más o menos amplia de terceros que adquieren la representación legal del mismo.

El estado civil de la persona no sufre variación, sino en virtud de la declaración judicial de su incapacidad natural, regulado en el artículo 199 del Código Civil, pues mientras una sentencia no restrinja su capacidad de obrar, la persona sigue gozando de la misma.

Tal y como determina el Tribunal Supremo *“El principio de presunción de capacidad , que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE , art. 322 CC , art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006”*⁶.

⁵ SAPGC, Nº 364/2017, Sección 3, de 16 de mayo de 2017 donde determina que *“el art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad”*

⁶ STS Nº 146/2018, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018

La falta de capacidad natural se fundamenta en la imposibilidad de la persona para gobernarse por sí misma. En la falta de discernimiento que pueda hacer que sus actos y consentimientos no fueran válidos.

La declaración de incapacidad constituye una de las más restrictivas limitaciones, pues afecta a la libertad propia de los seres humanos. Pudiéndose aplicar cuando concurra alguna de las causas previstas en la Ley, como menciona el, hasta ahora vigente, artículo 199 Código Civil. Así, también el artículo 200 del Código Civil, recoge que “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*” El mencionado artículo del Código Civil, como señala DIEZ PICAZO, no es un modelo de causas cerradas acorde al carácter excepcional que diera lugar a la incapacitación, debiendo realizar un análisis individualizado para cada caso concreto⁷.

Como se deriva del citado artículo 200 del Código Civil, para poder llevar a cabo la incapacitación de una persona se necesita que la misma reúna una serie de requisitos de manera conjunta: a) que sea una enfermedad o deficiencia física, b) que esta sea persistente y c) que produzca imposibilidad de gobernarse por sí mismo⁸.

2.1.1. *La enfermedad o deficiencia física o psíquica*

El Código Civil no muestra una definición exacta de lo que entiende por enfermedad o deficiencia física o psíquica, haciéndose necesario, por tanto, una definición médica de la misma⁹.

Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo quiso delimitar también en sus sentencias este requisito, considerando sobre este particular que las deficiencias son “*aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora o amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes*”¹⁰. Así pues, según el citado Tribunal, la enfermedad o deficiencia física o psíquica abarca tanto un impedimento físico como mental (esquizofrenia, paranoia, etc.), como el alcoholismo y la

⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, p. 178, recoge el carácter excepcional de la incapacitación, pues afecta directamente al principio de dignidad de la persona, principio que tiene alcance constitucional (Cfr., art. 10 C.E)

⁸ SAPLE, Nº 115/2021, Sección 2, de 22 de abril de 2021, SAPS, Nº 360/2016, Sección 2, de 4 de octubre de 2016.

⁹ La OMS define enfermedad como “*Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible*” y deficiencia física o psíquica como “*toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.*”

¹⁰ STS, Nº 995/1991, Sala de lo Civil, Sección I, de 31 de diciembre de 1991.

toxicomanía si se encontrasen en fase crónica y siempre en función del grado de afectación del autogobierno que estas enfermedades provocasen.

2.1.2. *Que sea persistente*

La persistencia de la enfermedad o deficiencia alude a la necesidad de su prolongación en el tiempo, por lo que no entran dentro de este capítulo aquellas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que sean meramente transitorias.

A este requisito, ya se refirió el Tribunal Supremo en la sentencia, de 28 de julio de 1998 “(...)para que se incapacite a una persona, no es sólo suficiente que padezca persistente de carácter físico o psíquico, lo cual, puede perfectamente integrarse en una patología permanente y con una independencia deficitaria prolongada en el tiempo (...) lo que verdaderamente sobresa, es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impidan gobernarse a la afectada por la misma¹¹.”

Es interesante resaltar que la persistencia tiene que ser duradera y no por ello definitiva, ya que la incapacitación judicial se considera rectificable. Por lo que la enfermedad o deficiencia que impide el autogobierno debe tener cierta duración, continuidad o permanencia hacia el futuro.

2.1.3. *Que produzca imposibilidad de gobernarse por sí mismo*

El autogobierno es definido, por la Sociedad Española de Neurología, como la capacidad de resolver los propios asuntos, la capacidad de atender las necesidades, alcanzar los objetivos o cumplir los deseos.

Lo fundamental en este aspecto, es conseguir establecer los límites de la falta de autogobierno, para después determinar su limitación respecto a la capacidad de obrar y de gestión de su propio patrimonio. En este sentido, el Juez debe centrarse en acordar si la persona tiene capacidad para tomar decisiones, tanto si tiene una “inteligencia teórica” como si tiene “conciencia” de la decisión que hubiera tomado.

En segundo lugar, el autogobierno requiere la existencia de voluntad, consistente en llevar a cabo lo que ha decidido. En tercer lugar, es necesario contar con medios suficientes, es decir, la no existencia de barreras tanto físicas, como mentales, jurídicas. Y, sobre todo, que el Juez

¹¹ STS, N° 818/1998, Sala de lo Civil, Sala Primea, de 28 de Julio de 1998.

analice cada uno de los casos de manera individual y personal para determinar la graduabilidad de la capacidad.

El Alto Tribunal ha concebido el autogobierno como *“la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona”*¹². Señalando a continuación, en la misma resolución, que, desde el punto de vista médico, el autogobierno se divide en tres dimensiones: en primer lugar; la patrimonial que hace referencia a la autonomía e independencia socioeconómica; en segundo lugar, la dimensión adaptativa e interpersonal, entendida como la capacidad para afrontar los problemas de la vida diaria conforme a su edad y contexto; y en tercero por último lugar, se sitúa la personal, que hace referencia al autocuidado.

2.2. Con la Ley 8/2021, de 2 de junio

Tras la implantación de la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, se deja atrás tanto el antiguo artículo 199 como el antiguo artículo 200 del CC, en los cuales se mostraban las causas determinantes para proceder a la implantación o no de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

Es importante señalar en este sentido que el objetivo principal actualmente es otro, basado sustancialmente en que cualquier persona que precise podrá beneficiarse de las medidas de apoyo, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo.

La Exposición de Motivos, que se encuentra desarrolla en la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, es clara cuando dice que *“el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de la persona humana [...] la idea central del nuevo sistema es el apoyo a la persona que lo precise”*¹³.

La determinación, por tanto, de la falta de capacidad o de la necesidad de adoptar medidas de ayuda por tratarse de una persona con discapacidad podrá ser prevista por el propio poderdante. De esta forma, como se regula en el nuevo artículo 257 CC, el poderdante podrá otorgar poder en el supuesto de que en un futuro precise tal apoyo en el ejercicio de su

¹² Entre otras, STS, Nº 584/2000, Sala Primera, de 14 de Julio de 2004.

¹³ Exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

capacidad. Acreditando tal necesidad en las propias previsiones del poderdante, ya sea mediante acta Notarial y juicio del Notario o informe pericial del mismo.

Por otro lado, se precia en esta nueva legislación la falta de una única noción de “*persona con discapacidad*”, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico actual varias, y no, por cierto, todas ellas coincidentes. En este sentido, acudimos a la principal definición que se establece de la misma, ofrecida por la Convención Internacional sobre derechos de la persona con discapacidad, la cual determina que una persona con discapacidad es una “*persona que presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”¹⁴.

El objetivo tras la aprobación de esta nueva ley, por tanto, es claro, dejar atrás los criterios de incapacitación para dar paso a “un traje hecho a medida”, donde según la propia Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 se determina que, las medidas de protección deben adaptarse a la concreta discapacidad de la persona, la incapacidad ha de graduarse y la medida de protección adoptada debe ser un traje a medida.

Esta idea ya se ha plasmado años atrás, de forma previa a la reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad, como así dictaminó el Tribunal Supremo en 2015 determinando que “*La incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de su incapacidad; es un traje a medida que precisa conocer la situación en la que está cada persona*”¹⁵.

2.3. Clasificación y grado de discapacidad

No existe una clasificación clara que determine si una persona goza de plena capacidad o si por el contrario puede ser objeto de un proceso de incapacitación.

Tras la aprobación del nuevo sistema y de la Ley 8/2021, de 2 de junio, tampoco queda claro que debe entenderse por persona con discapacidad, echando en falta de esta forma, una única noción de tal concepto.

¹⁴ Art. 1 l artículo 1 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 30 de marzo de 2006, ratificada por España el 3 de mayo de 2007.

¹⁵ STS N° 846/2014, Sala Primera de lo Civil, de 13 de mayo de 2015.

Actualmente, esta clasificación puede entenderse menos necesaria pues el objetivo de esta nueva Ley es un estudio y análisis completamente individualizado. Debiendo ser aplicadas de modo flexible, adaptándose a las necesidades y situación de la persona necesitada, consiguiendo brindar así una asistencia totalmente personalizada. Y siempre cumpliendo con el criterio de proporcionalidad y de adaptación a sus circunstancias personales.

No obstante, conviene mencionar cuales son actualmente, hasta que entre en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, los criterios de clasificación, así como los grados de discapacidad y los tipos de trastornos que suelen ser causa de adopción de medidas de apoyo para personas con discapacidad.

El Tribunal Supremo por su parte ya ha afirmado en varias ocasiones que *“la incapacitación debe seguir siempre un criterio restrictivo, dada la importancia que para estas personas reviste su autonomía e independencia individual, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal”*¹⁶

En este sentido, ORTEGA MONASTERIO¹⁷ nos ofrece una pequeña clasificación sobre los distintos grados de discapacidad de la persona, como criterio de clasificación emplea la gravedad y se encuentra dividida en cuatro grados dicha clasificación, de menor a mayor gravedad.

Esta clasificación ayuda a la catalogación y declaración de la discapacidad:

El Grado 1: incluye a aquellas personas afectadas por una debilidad mental ligera o leve deterioro senil, que mantienen su autonomía doméstica y social, así como autonomía para realizar actuaciones cotidianas propias de un adulto normal, incluso gestión económica que exija cierta dificultad.

En el Grado 2: siguen manteniendo su autonomía doméstica y social, cierta capacidad de movilidad en cuanto a desplazamientos y también capacidad de realización de operaciones comerciales simples.

En Grado 3: la dependencia es mayor, pues mantienen cierto grado de independencia personal en autocuidado, así como cierta orientación, pero en menor medida que la de grado 2, teniendo gran dificultad para deambular por lugares desconocidos, por ejemplo.

¹⁶ STS N° 337/2014, Sala Primera de lo Civil, de 30 de junio de 2014.

¹⁷ ORTEGA MONASTERIO, L., *Semiología y aspectos médicos legales de los grandes síndromes psicopatológicos, centro de estudios judiciales, curso de psiquiatría forense*, Barcelona, 1994, pp. 78 -80.

Con el Grado 4: se alcanza la mayor pérdida de autonomía y de habilidades personales, dependiendo de terceras personas para aspectos como el autocuidado, desplazamientos y administraciones económicas.

En este sentido, es necesario hacer presente qué enfermedades son la causa más común para ser considerado persona con discapacidad. Estos son los denominados:

- Trastornos psicóticos, comprendiendo estas enfermedades tales como:
 - La esquizofrenia
 - Los trastornos delirantes (paranoia y trastornos paranoides)
 - Retraso mental u oligofrenia
 - Epilepsia
 - Trastorno de la personalidad
 - Neurosis
 - Toxicomanías y alcoholismo
- Otros trastornos no psicóticos que no entren en los grupos anteriores:
 - Psicosis reactiva breve
 - Trastorno esquizofreniforme
 - Trastorno esquizoafectivo
 - Trastorno psicótico inducido

3. PROCESO DE INCAPACITACION / DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

3.1. Introducción

Cuando existen supuestos de enfermedades físicas y mentales sobre ciertas personas, es muy importante que exista una protección por parte del Estado hacia las actuaciones y decisiones de las personas que lo padecen.

La Constitución Española, en su artículo 49 se hace eco de esta preocupación dictando que *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los*

ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.” En este sentido hace partícipe a todo el Estado, en su conjunto, de la protección de estos sujetos, aunque la declaración de incapacitación solamente es de ámbito judicial, a través de sentencia, excluyendo así al resto de instituciones.

El libro IV de la LEC está dedicado a los procesos especiales, que, a diferencia de los ordinarios, pensados para la tutela de la generalidad de los derechos, esos van a proteger derechos determinados. Cabe destacar, que estos procesos especiales de naturaleza contenciosa son todos plenarios, es decir, el órgano jurisdiccional no va a tener en ellos una cognición limitada a un aspecto del proceso, sino que el conflicto se va a someter a él con toda su amplitud, y por ello producen el efecto de cosa juzgada material. Sin embargo, no rige en ellos el principio dispositivo ni de aportación de parte sino que son sustituidos por otros como el inquisitivo y el de investigación de oficio de forma absoluta¹⁸. El Capítulo primero del Título I, de este Libro, está dedicado a las disposiciones generales de estos procesos, mientras que el segundo, objeto de este trabajo de fin de grado, a los procesos sobre capacidad de las personas que la Ley 8/2021, acorde con lo establecido en la Convención de Nueva York denomina proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad.

Estos procesos contemplados en los arts. 756 y ss. LEC versan, como hemos dicho sobre situaciones en las personas que tienen limitada su capacidad de obrar, bien por razones físicas o psíquicas, que les impide gobernarse por sí mismas.

El proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad contemplado en la Ley 8/21, a diferencia de otros procesos, no puede concebirse como un conflicto de intereses probados y contrapuestos entre dos litigantes, sino como un cauce adecuado para lograr la real y efectiva protección de una persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁹.

¹⁸ CORTES DOMINGUEZ, V y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal civil, parte especial*, Valencia 2019, p.46.

¹⁹ MORAL MORO, M. J., “Aspectos procesales del Anteproyecto de ley por el que se reforma la Legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid, 2020, p.466 yss

3.2. Competencia

3.2.1. Competencia objetiva

Para justificar la atribución de la competencia objetiva de los tribunales habrá de acudir al artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰, donde se recoge que corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de todos los asuntos civiles que no se atribuyan de forma expresa a otro tribunal competente.

Acto seguido hace referencia a que la Ley Orgánica del Poder Judicial le atribuirá asuntos, actos, cuestiones y recursos, para lo cual debemos acudir al artículo 85 apartado 1, *“Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales.”*

La competencia objetiva no se ve afectada ni modificada en la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio. De esta forma continua sujeta a los parámetros que existían con anterioridad a la misma.

3.2.2. Competencia territorial

Para determinar la competencia territorial de los tribunales es necesario acudir, en primer lugar, a la existencia del Convenio o Reglamento europeo que la establezca, y, en su defecto intervendrán las reglas internas de competencia judicial internacional.

En este sentido, serán competentes los Órganos judiciales y Tribunales españoles *“en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona y de los bienes de los menores o incapacitados cuando estos tuvieran residencia habitual en España”* como regula el artículo 22. 3º LOPJ.

La competencia territorial, hasta la entrada en vigor de la ley 8/2021 de 2 de junio, viene regulada en el artículo 756 LEC²¹, donde se establece que será competente el Tribunal del lugar en el cual se encuentre la residencia habitual de la persona sobre la que se va a pretender declarar la incapacidad, y de esta forma facilitar el procedimiento judicial así como las pruebas necesarias del mismo.

²⁰ Artículo 45.1 LEC *“Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales.”*

²¹ Artículo 756 LEC *“será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.”*

Como residencia habitual se entiende aquella en la que el demandado pase mayor tiempo y donde se presume también que lo pasará en un futuro.

Es importante destacar que esta puede no coincidir con el domicilio habitual del mismo²². En caso de discusión entre domicilio real y domicilio legal, la jurisprudencia sentada por la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, con intención de facilitar el desarrollo del proceso y de que este se acerca al lugar en que efectivamente se encuentre la persona interesada, opta por el primero de ambos²³.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

En un primer momento, la competencia territorial fue objeto de estudio en el Proyecto de Ley del 17 de Julio de 2020, 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; que cambió el artículo 9.6 del Código Civil, estableciendo que la ley aplicable a las medidas de apoyo para las personas con discapacidad será la ley de su residencia habitual, y en caso de que este cambie de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual. Sin embargo, en caso de necesitar la adopción de medidas urgentes o provisionales sería de aplicación de ley española.

Con posterioridad la Ley 8/2021, de 2 de junio, modifica tanto el ámbito de aplicación como el de competencia. En este sentido, será competente para conocer las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo la autoridad judicial que fue conocedora del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que exista un cambio de residencia de forma posterior, siendo en este caso conocedor el Juez de primera instancia del lugar en el que esta persona reside. Regulado en el artículo 756.2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Algunos autores han justificado el fuero de residencia por la posibilidad de adoptar las medidas cautelares para la adecuada protección del presunto incapaz, que aconsejan la mayor cercanía posible de la persona afectada respecto del juez que debe adoptarlas²⁴. En caso de que exista más de un Juzgado el CGPJ viene autorizado (art. 98 LOPJ) para acordar que uno de ellos asuma el conocimiento de estos asuntos con carácter general.

²² Supuesto en el que el presunto incapaz convive con algún familiar próximo, en su domicilio, que se encarga de su cuidado

²³ Entre otros, Auto del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2008.

²⁴ Entre otros, CERRADA MORENO, M., "La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia", *noticias jurídicas*, 01-07-2010, p.6.

Por otro lado, si antes de la celebración de la vista se produjese un cambio de la residencia habitual de la persona, todas las actuaciones serán remitidas al Juzgado correspondiente al nuevo lugar de residencia si no se ha celebrado vista todavía. Artículo 756.2 Ley 8/2021, de 2 de junio. Por tanto, hasta celebración de la vista puede variar el Juzgado que ha de conocer el asunto. Con lo cual, ello puede suponer una ruptura de la relación jurídica material privada en conflicto que del plano privado pasa al público. Esa ruptura se denomina *litispendencia*. Así pues, el párrafo nuevo introducido en el art. 756 LEC, aunque efectivamente acerca el procedimiento a la persona necesitada de apoyo, rompe con uno de los fundamentales efectos que produce la litispendencia, como es la *perpetuatio iurisdictionis*, consagrado en el art. 411 LEC, al admitir, antes de la celebración de la vista, cambios en el Juzgado competente siempre que el demandado o persona necesitada de apoyos se traslade de domicilio²⁵.

3.3. Sujetos que pueden promover la iniciación del proceso

El requisito básico para empezar y declarar un proceso de incapacitación, es que esta sea iniciada a instancia de parte, siguiendo los principios del *natural iustice*²⁶ y no pudiendo ser iniciado de oficio por un Juez.

La capacidad para ser parte en el proceso se encuentra regulada en el Capítulo I, “De la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación”, artículo 6, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²⁷. En dicho precepto se ofrece un listado de los sujetos que tendrán capacidad para ser parte de un proceso, incluyendo dentro de estos las personas incapaces.

²⁵ Vid MORAL MORO, M. J., op. cit., p.467.

²⁶ Regla que hace referencia a la oposición de los prejuicios y a una audiencia imparcial. El deber de actuar de manera justa.

²⁷ Art. 6 LEC; “1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: 1.º Las personas físicas. 2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables. 3.º Las personas jurídicas. 4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración. 5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte. 6.º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte. 7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. 8.º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.”

La capacidad para ser parte es definida por ARMENTA DEU como “*la aptitud para ser titular de todos los derechos procesales y para asumir las cargas y responsabilidades inherentes al proceso*”²⁸.

Una vez calificada la capacidad para ser parte del proceso de forma general, hay que centrarse en las especificidades concretas y necesarias del proceso de incapacitación, recogidas en la Ley de Enjuiciamiento.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la legitimación activa para iniciar el proceso de incapacitación se basa en una enumeración cerrada, *numerus clausus*, regulada en el artículo 757 de la LEC 1/2000. Esta recae sobre un número restringido de personas, las cuales son; el propio o futuro incapacitado, su cónyuge o pareja de hecho y ciertos familiares cercanos donde se encuentran los ascendientes, descendientes o hermanos del mismo²⁹. No se determina ningún tipo de orden entre las personas que están autorizadas para iniciar el proceso, lo que denota que cualquiera de ellas podrá realizarlo.

A estos efectos en el apartado 3 del mencionado artículo, se determina que “*cualquier persona que conozca la existencia de una posible causa de incapacidad*” puede ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, salvo que la incapacitación vaya a recaer sobre un menor de edad, cuando en este caso únicamente podrán promoverla aquellos que ejerzan la patria potestad o la tutela.

Los que no podrían ejercer, por tanto, las legitimaciones activas serían, aquellas parejas de un matrimonio anterior sobre el que se haya practicado el divorcio o la nulidad, ni el resto de parientes colaterales (sobrinos, tíos, nueras, etc.), independientemente de las circunstancias, sino que estos deberían limitarse a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos.

En caso de querer solicitar la modificación de una previa sentencia de incapacitación, la LEC en su artículo 761, otorga tal legitimación a los mismos sujetos *numerus clausus* que establece el hasta ahora en vigor artículo 757 al igual que lo hace el nuevo, cualquiera de ellos podía iniciar la modificación o reintegración de la capacidad, siempre que cumplan todos los requisitos.

Es entendible que el legislador permita y otorgue tal poder a los parientes más próximos, pues estos serán concedores en caso de que exista una situación de obstrucción o negligencia por parte del que este ejerciendo la tutela del declarado incapaz.

²⁸ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución. Procesos especiales, arbitraje y mediación*, Madrid, 2019, p. 99.

²⁹ La legitimación de los ascendientes y hermanos del presunto incapaz ya no es subsidiaria como en el derogado artículo 202 del Código Civil.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

Con el Proyecto de Ley, de 17 de Julio de 2020, aparecieron dos nuevos apartados en este artículo 757 LEC ya mencionado. Por un lado, se admitía la realización de alegaciones a aquella persona que apareciera propuesta como curador. De esta forma se contaba con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumir tal encomienda.

Por otro lado, en el citado proyecto se permitía la intervención en el proceso de cualquiera de las personas que ostentaran legitimación, pese a no ser el promotor del procedimiento, así como de cualquier otra persona que tuviera interés legítimo. Tratando de conseguir, así evitar el surgimiento de situaciones de desigualdad entre los propios familiares de la persona con discapacidad, pues anteriormente unos gozaban de plenitud de actuación al ser parte del proceso y otros, sin embargo, solamente podían ser oídos en fase de prueba³⁰. Se pretendía impedir la eventual desigualdad creada entre los familiares del presunto incapaz, donde unos puedan actuar con plenitud en el proceso, dada su condición de parte, mientras otros, solamente podían ser oídos en la fase de prueba.

Con la Ley 8/2021 se aprecia una modificación en la redacción del artículo 757 LEC, donde toda terminología referida a incapacitación o incapaz son sustituidas por las expresiones “medidas de apoyo” y “persona con discapacidad”.

Los apartados pasan de siete, como existía tras el Proyecto de Ley anterior, a cuatro, reduciéndose considerablemente el contenido de los mismos.

Los sujetos que cuenta con legitimación activa son idénticos a los anteriores mencionados en el art. 757 LEC. El Ministerio Fiscal promoverá también dicho proceso cuando los sujetos legitimados no lo hicieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda.

Cabe destacar como novedad, el apartado 3º del art. 757.3LEC, donde se determina que, al solicitar con la demanda el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas adoptadas, así como el curador asignado en cada caso, serán trasladadas al presunto discapacitado para que este pueda alegar lo que considere conveniente.

Mencionar también el apartado 4 del mencionado artículo 757 donde se determina que, todas aquellas personas que se encuentren legitimadas para instar el procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa

³⁰ Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

en el ya procedimiento ya iniciado, cumpliendo los efectos previstos en el artículo 13 donde se trata la intervención de sujetos originalmente no demandantes ni demandados.

3.3.1. *Supuesto minoría de edad*

A la hora de hablar de la posible incapacitación de los menores de edad, debemos acudir al artículo 201 del Código Civil, que se verá modificado con la entrada en vigor de la ley 8/2021, el citado artículo, establece que los menores de edad podían ser incapacitados cuando exista causa de incapacitación, analizada anteriormente, y se razone que esta misma persistirá después de cumplir la mayoría de edad.

Ahora bien, la legitimación activa para poder iniciar el procedimiento de incapacitación se ve restringida para los menores de edad, pues como establece actualmente el artículo 757.4 LEC, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que procesa conforme a la Ley, sólo podía ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y necesariamente asistidos de Abogado y Procurador. En este sentido carecen de legitimación los padres, privados o suspendidos de patria potestad y, en caso de existir tutela del menor y tutela de los bienes del menor, se encontrará legitimado este primero, el que ostente la posición de tutor del menor de edad. Todo ello sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pueda instar la adopción de las medidas que considere oportunas en beneficio de los intereses del menor³¹.

Tampoco tienen legitimación activa para instar el proceso de incapacitación del menor, el guardador de hecho, pues este solamente podrá ejercer su facultad en forma de denuncia.

En caso de que el menor de edad se encontrase en situación de desamparo³², la entidad pública que se encuentre encomendada como la protectora del mismo, tendrá la tutela del menor de edad y esta deberá adoptar las medidas necesarias para su guarda. Poniéndolo siempre en conocimiento del Ministerio Fiscal, así como de los padres, tutores o guardadores en el plazo correspondiente, como así recoge el artículo 172.1 CC.

Si existiese separación o divorcio de los progenitores, podían instar el procedimiento de incapacitación aquél que tuviera atribuida la guarda y la custodia, perteneciendo la misma, de forma general a ambos progenitores y pudiendo ejercitar esta legitimación activa de forma individualizada.

³¹ SANCHO GARGALLO I., “Comentario al artículo 757 de la LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000. p. 3433;

LETE DEL RÍO J.M., El proceso de incapacitación,” en *Actualidad civil*, nº 4, 2001, p. 1485.

³² Situación alcanzada cuando ninguna de las personas previstas en el art. 234 CC asume la condición de tutor

En el proceso de solicitud de ayudas al discapacitado, la autoridad judicial contaba con el deber de denunciar al Ministerio Fiscal la existencia de una causa de ayuda por discapacidad. Ahora bien, la inactividad por parte de los progenitores o tutores del menor de edad no autorizaba la intervención del Ministerio Fiscal en la solicitud y propuesta del inicio del procedimiento.

Esta excepción, que no le permite al Ministerio Fiscal iniciar el procedimiento, ha sido duramente criticada por la más cualificada doctrina académica, asociaciones profesionales de fiscales y jueces y la propia Fiscalía General del Estado³³. El poder del mismo se limita a solicitar la constitución de una institución tutelar, y que posteriormente sean estos los que consideren oportuno o no la iniciación del mismo, así como de instar a los que la ejerzan la misma a iniciar el procedimiento de declaración de incapacitación.

Importante destacar que el menor de edad, que ostenta la condición de emancipado, adquiere en materia de incapacitación, la condición de mayor de edad. Por lo tanto, se encuentra sujeto a la legitimación activa regulada en los artículos 757.1 y 2 de la LEC. Y, en caso de ser los progenitores menores emancipados, podían iniciar procedimiento de solicitud de ayudas para discapacitado al ostentar la legitimación activa correspondiente, que les era otorgada en el artículo 323 del Código Civil, donde se determina que “la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor [...]”.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

Con la entrada en vigor de la citada Ley queda modificado este Título IX anteriormente mencionado, pasando a llamarse “De la tutela y de la guarda de los menores” y modificando lo anteriormente expuesto de la siguiente manera:

En este Capítulo se hace referencia a los menores no emancipados que se encuentren en situación de desamparo, así como a los menores no emancipados que no estén sujetos a patria potestad.

En primer lugar, mencionar la nueva redacción del artículo 200 del Código Civil donde se determina que todas las medidas y disposiciones previstas en el 158 CC³⁴ podrán ser

³³ Memoria 2019: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

³⁴ Art. 158 CC: *El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:*

1.º *Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*

2.º *Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*

3.º *Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*

acordadas también por la autoridad judicial en aquellos supuestos de tutela de menores en los que se aprecie especial interés para estos.

Por otro lado, si hablamos de menores que se encuentren bajo la tutela de una entidad pública, solamente podrán acordar tales medidas la autoridad judicial de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o del propio menor. Siendo de esta forma, la entidad pública parte en el procedimiento y siendo comunicadas posteriormente las medidas acordadas, tanto a la familia acogedora como al centro residencial.

La figura de la tutela queda reservada para los sujetos menores de edad no protegidos a través de la potestad parental donde sino, como menciona el nuevo artículo 201 del Código Civil, serán los progenitores los que podrán designar un tutor, así como cualquier otra disposición en referencia a la persona designada, ya sea en documento público o en testamento. En este sentido se aprecia que ya no se habla de “inicio de procedimiento” pese a que los sujetos legítimos de la toma de decisión de asignación de tutor siguen siendo los mismos.

La constitución de la tutela recaerá sobre la autoridad judicial, la cual se hará efectiva a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, artículo 208 CC, y siempre se efectuará bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, actuando de oficio o a instancia de parte.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, aprecia otras dos figuras que pueden ser instauradas para la protección del menor, hablamos del defensor judicial y de la guarda de hecho del menor, artículos 235, 236, 237 y 238 CC.

El primero de ellos establece los casos en los que puede ser nombrado un defensor judicial del menor. Estos casos son: cuando exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales; cuando el tutor no desempeñe sus funciones; y cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los art. 247 y 248 LEC y esta

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

persona no pueda prestarlo. Al defensor judicial del menor le serán de aplicación las mismas normas que al defensor judicial de las personas con discapacidad.

En relación a la guarda de hecho del menor, la Ley 8/2021, de 2 de junio, determina que la autoridad judicial podrá requerirle al mismo que informe de la situación del menor, así como de sus bienes y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo siempre establecer medidas de control y vigilancia en relación con el guardador de hecho. Por otro lado, es importante destacar que, de forma general, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

El párrafo cuarto del 757 LEC que regula el procedimiento de incapacitación de menores de edad queda suprimido.

Por último, el artículo 323 CC referido al proceso relacionado con el menor emancipado, pasa a regularse de la misma forma al artículo 247 de la nueva redacción del Código Civil. Ubicado en la nueva redacción del Título X del Libro Primero, que queda con la siguiente rúbrica y contenido “De la mayor de edad y de la emancipación”.

3.3.2. El papel del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal cuenta con un papel fundamental en el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, pues será el primer ente en recibir e instar el proceso sobre el que versará su iniciación.

El Fiscal, una vez recibida la noticia de la existencia de un presunto incapaz y tras el análisis de la documentación recibida, analizará, en primer lugar, si la causa se encuentra dentro del art. 200 CC o, por el contrario, fuera de él, ayudado en la mayoría de los casos por un Médico Forense.

Con la modificación del artículo 200 CC, por Ley 8/2021, se entiende que el procedimiento de medidas de apoyo al discapacitado se iniciará siempre que se aprecie la necesidad de imposición de las mismas.

En aquellos casos en los que no existiese causa legal, se le comunica a la persona interesada que no se encuentra incluida dicha causa expuesta. Y, en caso de que no sean las personas legalmente obligadas las que han puesto en conocimiento esos hechos y se considerase que si cabe causa de incapacitación, le es comunicado a la familia antes de adoptar iniciativa alguna.

Por otro lado, la legitimación activa del Ministerio Fiscal es un deber cuando no se conozcan parientes legitimados para iniciarlo o estos no la insten, intentando evitar así que la declaración de medidas de apoyo al discapacitado dependa del interés o diligencia de sus familiares más próximos, así como de la existencia de los mismos. Y siempre subordinada a la legitimación de las personas primeramente llamadas para instar tales medidas de apoyo, así lo declaró la STS, de 24 de mayo 1991, núm. 372, en un supuesto en que se negaba la legitimación a un Ayuntamiento.

El deber de comunicación al Ministerio Fiscal por parte de las personas no legitimadas por la LEC para iniciar el proceso de incapacitación alcanza también a los Jueces, como regula el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto el anterior como el posterior a la nueva Ley 8/2021. Que siempre que, en caso de tener conocimiento de la existencia de un presunto incapaz deberá dar cuenta al fiscal, aunque si puede adoptar las medidas de protección que estime necesarias.

La fiscalía carece de elementos suficientes para promover la solicitud de medidas de apoyo al discapacitado, por lo que deberá abrir diligencias de averiguación.

- Ley 8/2021, del 2 de junio

La nueva redacción del artículo 749 tras la aprobación de la Ley 8/2021 recoge que el Ministerio Fiscal, aunque este no haya sido promotor del proceso de medidas de apoyo ni deba asumir la defensa de alguna de las partes; velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad o menores de edad que participen en dichos procesos.

3.3.3. La parte pasiva

La legitimación pasiva, como es lógico, es ocupada a lo largo de todo el proceso por la persona necesitada de medidas de apoyo.

El concepto de esta parte pasiva se encuentra regulado en el artículo 758 LEC, denominado personación del demandado, donde se otorgaba al presunto incapaz la posibilidad de comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. La redacción de este artículo fue, ya objeto de modificación en el Proyecto de Ley del 17 de julio de 2020, aunque no introdujo variación conceptual del contenido del mismo.

De igual manera si éste no lo hiciera, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre y cuando el proceso no hubiera sido iniciado por el propio Ministerio Fiscal. En caso de haber sido así se designará a un defensor judicial, cuando este no haya sido ya nombrado. De esta forma se conseguía que siempre existiese alguien que defiende en el proceso los intereses de la persona afectada.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

El artículo 758 LEC resulta asimismo modificado tras la entrada en vigor de esta nueva Ley, en este sentido se entiende que una vez notificada la demanda, la persona interesada tendrá un plazo para personarse junto con su propia defensa y representación. En caso de no personarse el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, salvo que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal. Con el nombramiento del defensor judicial se consigue que siempre exista alguien que defiende en el proceso los intereses de la persona con discapacidad³⁵.

En relación a este precepto analizar que, una vez admitida la demanda, se debe obtener de los Registros públicos la información existente sobre las medidas de apoyo adoptadas, para respetar la voluntad de la persona con discapacidad.

El defensor judicial es una figura que se caracteriza por la temporalidad de su actividad, pues se circunscribirá a la duración del proceso que ha traído la causa de su nombramiento. Puede actuar también de forma complementaria y subsidiaria a otras figuras, es decir, actuará cuando las anteriores no puedan hacerlo, pero no resulta válida para cometer toda actuación de representación del propio discapacitado.

Según se regula en el artículo 295 del Código Civil, existen una serie de causas tasadas por las cuales se va a poder nombrar al defensor judicial de las personas con discapacidad, estas son: cuando quien haya prestado apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese esa causa determinante o se designe a otra persona; cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle el apoyo; cuando durante la tramitación la autoridad judicial lo considere necesario; cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y se considere necesaria esta figura y cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional.

³⁵ Exposición de motivos regulados en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La asignación del defensor judicial se llevará a cabo una vez oída a la persona con discapacidad. La decisión será tomada por el defensor judicial y nombrará a quien considere más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Cuestión a destacar es si el defensor judicial puede atacar la resolución judicial que deniegue la incapacitación o no. A día de hoy se ha entendido que no puede realizar dicha acción pues su nombramiento se ha llevado a cabo para defender al presunto incapaz y, en caso de realizar oposición por parte de alguien, ese deberá ser el Ministerio Fiscal.

No se acepta, sin embargo, que sean sujetos pasivos los parientes del discapacitado necesitado de medidas de apoyo. El Tribunal Supremo³⁶ señaló que “un único sujeto pasivo o demandado, que ha de ser inexorablemente la persona a la que se trata de otorgar medidas de apoyo, la cual intervendrá en dicho proceso en alguna de estas tres formas: 1) compareciendo con su propia defensa y representación, nombradas por él mismo; 2) teniendo un defensor designado por el Juez si el Ministerio Fiscal hubiese promovido el proceso de incapacitación y el presunto incapaz no actúa en la forma dicha en el apartado anterior; y 3) siendo defendido por el Ministerio Público, si éste no es el que ha promovido el proceso de incapacitación y el presunto incapaz no actúa en la forma dicha en el apartado 1. Lo que no es permisible, en modo alguno, es que sean sujetos pasivos o demandados en dicho proceso los parientes del presunto incapaz, cualquiera que sea su grado de parentesco”.

Como conclusión se establece que la participación de la persona con discapacidad durante el proceso es esencial, ya que como bien se ha ido mencionado en apartados anteriores, esta debe ser sometida a la práctica de ciertas diligencias, como es por ejemplo el examen por parte del Juez o los informes requeridos y realizados por el médico.

3.4. Iniciación del procedimiento: Alegaciones

El proceso de incapacitación se sustanciará conforme a los trámites establecidos para el juicio verbal, como así señala el artículo 753 LEC.

No obstante, con la nueva Ley 8/2020, existen ciertas peculiaridades de aplicación respecto al proceso de iniciación de la misma. La citada Ley, mantiene la forma de tramitación del artículo 753 LEC, pero, simplemente, añade un tercer apartado donde hace referencia a la preferencia de tramitación de estos procedimientos, siempre que alguno de los interesados

³⁶ STS, Sala Primera, de 30 de diciembre de 1995, RA 9664.

en él sea menor, persona con discapacidad con medidas judiciales de apoyo en las que se designe un apoyo con funciones representativas, o esté en situación de ausencia legal.

Es necesario destacar, en relación con esta nueva ley que, el procedimiento, como afirma el Tribunal Supremo³⁷ debe consistir en un sistema de colaboración interprofesional o de mesa redonda con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar sobre las medidas de apoyo, siendo en todo caso quien determine la necesidad o no de adoptar medidas de apoyo un profesional médico.

3.4.1. Alegación de los hechos

El artículo 752.1 LEC dispone que “Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”.

Este artículo desprende una regulación especial en cuanto a la alegación de los hechos. Se entiende que las decisiones judiciales se adoptarán con arreglo a los hechos debatidos y probados, independientemente del momento en el que aquellos hayan sido alegados y añadidos, bien por las partes o bien *ex officio* por el Tribunal. Por tanto, la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al Tribunal, no pudiendo decidir éste exclusivamente basándose en dicha conformidad o en la existencia de silencios.

En atención a la naturaleza de los intereses en juego, los principios de aportación de parte y de preclusión cuentan con una gran flexibilidad, siendo así que la aportación de los documentos y la admisión de los mismos por el Tribunal no siguen los parámetros de los procesos ordinarios.

Idea basada en la finalidad de este proceso judicial que debe tener presente siempre la consecución de la verdad material por encima de cualquier otra consideración formal³⁸.

En relación a la alegación de los hechos, la Ley 8/2021, de 2 de junio, no establece novedad alguna.

³⁷ Así lo pone de manifiesto en Sentencia 341/2014, de 1 de julio.

³⁸ HUERTAS MARTIN, I., HUERTAS MARTIN, I., “*El proceso de incapacidad en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil. EL. Aspectos procesales y sustantivos*”, Granada, 2002, p.115.

3.4.1.1 La demanda

La demanda de iniciación no cuenta con ningún requisito especial de forma de forma para que sea considerada válida, sino que será redactada de manera habitual, pero acorde con el objeto del proceso, bien la declaración de incapacidad o, en su caso, y tras la entrada en vigor de la ley 2/20021, las medidas de apoyo correspondientes y el nombramiento de un curador determinado. Pero siempre será necesaria la firma de Abogado y Procurador, al ser preceptiva su presencia en estos procesos, como así lo establece el art. 750 LEC.

Admitida la demanda, según preceptúa el art. 753.1 LEC, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal cuando proceda, así como a las demás personas interesadas en el procedimiento, independientemente de que deban ser o no parte en el mismo, emplazándolas para que la contesten en un plazo de veinte días, conforme a los establecido en el art .405 LEC.

Lo fundamental es que la demanda sea presentada por una persona que sostenga la acreditación necesaria de legitimación activa. Como así determina CHIMENO CANO “*la legitimación activa se examina como presupuesto de la acción, antes de entrar a valorar la cuestión de fondo, el juez la examinará <ab initio>, junto con los presupuestos del proceso, capacidad para ser parte y capacidad procesal*”³⁹. En caso de que esta sea presentada por una persona sin legitimación, se procederá al archivo del procedimiento iniciado, dando traslado de la causa al Ministerio Fiscal para que sea él quien, si lo considera apropiado, interponga la demanda de incapacitación.

Una vez admitida la demanda, la Ley 8/2021, de 2 de junio, establece en la nueva redacción del artículo 758 de la LEC, que el Letrado de la Administración de Justicia recabará la información necesaria de los Registros correspondientes (Registro Civil y otros Registros públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas) y procederá a la notificación de la misma a la persona afectada, teniendo esta un plazo para proceder a la contestación de la demanda.

El Registro Civil se va a convertir, pues, en estos procesos, en pieza central de la materia al hacer efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de si misma o de sus bienes, sobre las medidas legales que habrá que aplicar la autoridad judicial. La consulta al Registro individual permite al órgano

³⁹ CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pamplona, 2004, p.68.

jurisdiccional conocer las medidas preventivas, que habrán de figurar inscritas, así como velar por su aplicación y eficacia⁴⁰.

La nueva Ley añade un nuevo párrafo 6 al 757 LEC donde obliga a dar traslado también de la demanda al curador, cuando en la misma se haya solicitado el nombramiento de un curador, determinado a fin de que éste pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión.

Una vez agotado el plazo previsto, si la persona interesada no se ha presentado con defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por ser promotor del procedimiento (art. 758 LEC).

Intentando, con ello, conseguir que siempre exista alguien que defienda en el proceso los intereses de la persona afectada.

El defensor judicial es una figura que está prevista para aquellos supuestos en los que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o cuando exista cierta imposibilidad de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

3.4.1.2. Contestación a la demanda

La contestación a la demanda del proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad no suscita diferencias con las reglas generales que regulan el juicio verbal. Para conocer las vicisitudes de este proceso se debe acudir el artículo 753 de la LEC Ley, donde se determina que las personas que deban ser parte del proceso, deben ser emplazadas para que realicen la contestación a la demanda en un plazo de 20 días.

La contestación a la demanda debe cumplir siempre las reglas previstas en el artículo 405 LEC, basadas en:

- Redactar la contestación a la demanda en la forma recogida en el precepto 399 de la LEC.
- Exponer los fundamentos de su oposición a las pretensiones de la parte actora, finalidad principal de la contestación a la demanda.
- Admitir o negar los hechos alegados por la parte actora.

⁴⁰ MORAL MORO, M. J., *op.cit.*, p. 473.

Hacer referencia a las excepciones materiales que la parte demandada considere oportunas

El demandado en la misma puede oponerse a los hechos, con lo cual los convierte en controvertidos y, por tanto, necesitados de prueba; o puede que admita éstos o bien la consecuencia jurídica alegada por el demandante. Ninguno de los dos supuestos conllevaría la no práctica de la prueba. La admisión de los hechos por parte del afectado no vincula al Juez, es decir, no hace que los hechos admitidos no necesiten prueba, sino que estos han de ser probados.

También se permite en la nueva regulación que presenten alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad⁴¹

La no comparecencia del demandado no dará lugar a la declaración de rebeldía, puesto que la su ausencia de éste no impedirá la continuación del procedimiento, ya que si no comparece será defendido por el Ministerio Fiscal, o por el defensor judicial, en el supuesto de que haya sido el Ministerio Fiscal el que haya promovido el proceso para la obtención de apoyo judiciales, pudiendo deducirse de esto que siempre existirá parte demandada.

Por otro lado, cabe destacar, que según preceptúa el art. 751 LEC, en estos procesos acerca de la discapacidad de las personas solamente cabe oposición a la misma pero no allanamiento, enuncia o transacción.

3.5. Prueba

Como hemos dicho anteriormente, el funcionamiento de la prueba viene contemplado en el artículo 752 LEC, no siendo vinculante para el Tribunal la conformidad de las partes sobre los hechos. En este sentido, se entiende que no rige el principio de rogación en el desarrollo de la actividad probatoria, y sí el de investigación de oficio, derivado del interés público del mismo y de la limitación del poder dispositivo de las partes.

Para lograr alcanzar una decisión final en referencia al proceso de incapacitación es necesario realizar, con anterioridad, las siguientes pruebas o trámites:

- La audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz
- El examen personal del presunto incapaz

⁴¹ Vid., WOLTERS KLUWER, "La ley 8/2021. claves de la reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad", *noticias jurídicas*, op.y loc., cit.

- El dictamen pericial médico sobre el presunto incapaz

Estos tres tipos de pruebas se encuentran recogidos en el artículo 759 de la LEC, cuyo cumplimiento, como ya hemos dicho, resulta imperativo y primordial para una decisión sobre el fondo del asunto. Resulta difícil encontrar otros ejemplos en los que la Ley imponga obligatoriamente la práctica de determinadas pruebas.

La inobservancia de alguna de ellas provoca la nulidad del proceso de incapacitación⁴². Estas pruebas deben ser, por lo tanto, practicadas independientemente de lo que soliciten o no las partes, pues se trata de pruebas de carácter constitucional para la garantía de la defensa y protección de la persona y de su desarrollo. Por tanto, estas pruebas son impuestas por ley al órgano jurisdiccional, deberán realizarse, por tanto, en periodo ordinario, con independencia de la conformidad de los litigantes en los hechos, o de que falte la proposición de prueba.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

En la nueva Ley, el artículo 759 LEC aparece redactado de nuevo haciendo referencia a las pruebas preceptivas en primera y segunda instancia.

Este artículo hace mención a las pruebas que, a parte de las mencionadas anteriormente en el artículo 752 LEC, deben practicarse, las cuales son:

- 1) Una entrevista con la persona con discapacidad.
- 2) Dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad.
- 3) Acordar los dictámenes periciales oportunos que guarden relación con la pretensión de la demanda. Contando para todos los dictámenes necesarios con profesionales especializados, especialmente en el ámbito sanitario y social.

Se observa en este sentido que las pruebas de carácter obligatorio seguirán siendo las mismas que las que existían antes de la aprobación de la nueva Ley, cambiando, solamente, la expresión de “entrevista” por “examen” personal.

La nueva redacción, por tanto, ofrece una serie de puntos nuevos en materia de práctica de la prueba. Así, se permite que, en aquellos casos en los que la demanda haya sido presentada por la persona con discapacidad, el Tribunal pueda no practicar audiencias preceptivas

⁴² STS de 4 de marzo de 2000, RA 1342.

cuando sea más conveniente para la preservación de su intimidad. Tal aspecto aparece regulado en el art. 759.2 LEC.

Por otro lado, cuando el nombramiento del curador no aparezca establecido en la demanda, se deberá oír a la persona con discapacidad, así como a su cónyuge no separado o aquella persona que se encuentre en situación similar y a los parientes más próximos y demás personas que el Tribunal considere oportunos.

Con respecto a la práctica de la prueba, la nueva redacción del artículo 759 LEC hace referencia a la misma en segunda instancia, sobre la cual afirma que se ordenará de oficio también la práctica de las pruebas perceptivas a la que se refieren los apartados anteriores.

3.5.1. Audiencia de los parientes de la persona incapaz / persona con discapacidad

En esta Audiencia, la autoridad judicial interrogará a los parientes de la persona con discapacidad en relación a las posibles deficiencias físicas o psíquicas que esta pudiera padecer, a fin de que dichos parientes puedan aportar una mayor cantidad de datos y de información al Juez, siempre con el propósito de dilucidar si la persona objeto del procedimiento es o no un verdadero incapaz.

La legalidad de esta prueba es un hecho, sin embargo, la misma alberga varias dudas a la hora de llevar a cabo su realización. Por ejemplo, en cuanto al número y grado de parientes a los que se debe dar audiencia ya al tipo de preguntas objeto de la misma.

En este sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se ha pronunciado acerca del grado de parentesco y proximidad, afirmando que el término de proximidad no es tanto en relación al grado de parentesco, sino que hará más referencia al sentido de cercanía y convivencia con el presunto incapaz⁴³. También analizado este criterio de proximidad entendiendo que no puede aplicarse automáticamente la regla de que el grado más próximo excluye al más remoto, obteniendo el Juez un poder de decisión amplio a la hora de realizar esta prueba. Se trata de un criterio lógico, pues quienes más van a conocer la situación física y psíquica del sujeto van a ser los convivientes del mismo.

La audiencia previa de los parientes más próximos queda, por tanto, a criterio del Juez. Este podrá considerar como suficiente la audiencia de los parientes más próximos o, sin embargo, ver necesario ampliar esta audiencia a parientes no tan próximos. Alcanzando así a aquellos

⁴³ HUERTAS MARTIN, I. *El proceso de incapacitación*, op, cit, pp. 135 - 136

que promovieron la declaración de incapacitación, aspecto que tiene grandes reticencias por parte de la doctrina académica moderna.

Esta audiencia no puede realizarse mediante exhorto, sino que necesariamente ha de realizarse personalmente por el Juez, en base a la libertad de forma e intervención de las partes. El legislador no ha previsto nada en relación a la forma de realizar la misma, por lo que el Juez actuará según su parecer, preguntando sobre los extremos que considere más convenientes.

Por último, es importante destacar que tal audiencia no es vinculante para la decisión judicial, si bien le ayudará a la hora de dictar sentencia.

Por tanto, la Ley 8/2021, de 2 de junio, no efectúa modificaciones reseñables referentes a la entrevista de los parientes de la persona con discapacidad.

3.5.2. Entrevista a la persona con discapacidad

Dentro de las tres pruebas obligatorias que recoge el artículo 759 de la LEC, la entrevista a la persona con discapacidad por parte del Juez adquiere singular importancia, pues constituye una verdadera garantía del proceso, y no es posible, en ningún caso, atribuir medidas de apoyo a personas con discapacidad si no se le ha examinado antes personalmente. En este sentido, no cabrá concretar medidas de apoyo a una persona que no esté presente o que se encuentre en paradero desconocido.

Dicha entrevista tiene por finalidad obtener el mayor número de datos, así como una garantía de prevención de abusos y maquinaciones sobre la persona con discapacidad, que ayude a resolver finalmente si procede o no la declaración de medidas de apoyo.

La entrevista de la persona con discapacidad no puede catalogarse como un mero trámite, pues alcanza valor constitucional al afectar al derecho fundamental del desarrollo de la personalidad del artículo 10 CE. Así, como se establece en el texto legal donde aparece recogida la Ley 8/2021, de 2 de junio, esta fase es obligatoria para lograr el respeto de la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que cada persona pueda necesitar.

El desarrollo de esta prueba se define como una “*mezcla entre reconocimiento judicial y de interrogatorio, en el que normalmente será más importante lo segundo que lo primero*”⁴⁴. El Juez cuenta con libertad absoluta para preguntar sobre cualquier extremo, ya sea de ámbito personal, patrimonial, y en la forma en que este considere oportuna, no estando sujeto a ningún tipo de formalismo legal. Así, de la misma forma en que se lleva a cabo la audiencia, esta también ha de realizarse personalmente por el Juez, debiendo este adaptarse a las necesidades de cada caso concreto.

Las pautas a seguir en la realización de la misma se recogen en el artículo 354 LEC, permitiendo al juez acordar una posible entrada en el domicilio del demandado, si así fuese necesario. Asimismo, que las partes, sus procuradores y abogados puedan acudir al reconocimiento judicial. Todo ello con especial cuidado para no dañar la dignidad de la persona⁴⁵.

3.5.3. El dictamen pericial médico sobre la persona con discapacidad

La práctica de esta prueba cuenta, asimismo, con una exigencia legal, siendo imposible la declaración de medidas de apoyo a la persona con discapacidad sin haber practicado, como mínimo un dictamen pericial. Su defecto llevará consigo la nulidad de dicha declaración.

Corresponde al Juez determinar quién será el encargado de realizar el informe, pudiendo aportar las partes de forma complementaria otros informes periciales que puedan ayudar a éste a obtener mayor información sobre el presunto incapaz.

Los requisitos que todo facultativo ha de cumplir para poder emitir el dictamen serán: ser experto en la materia y, por tanto, tener el título de Medicina y la correspondiente especialidad en la materia. Este requisito nos hace concluir que fundamentalmente estos facultativos serán psiquiatras, psicólogos, pedagogos, etc. El perito se encargará de emitir un informe donde consten todos los datos relevantes al caso, así como la posible enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que este pueda padecer.

Según el artículo 356 de la LEC, cuando el juzgador considere conveniente, o sea solicitado a instancia de parte con su posterior autorización, se puede acordar que tanto la entrevista con la persona con discapacidad como el dictamen pericial realizado por el facultativo médico

⁴⁴ FERNÁNDEZ LOPEZ M.A., “*Los procesos de incapacitación*”, Publicaciones Universidad de Barcelona, 1984, pp. 45, 46 y 62.

⁴⁵ Artículo 355 LEC: “*En todo caso, en la práctica del reconocimiento judicial se garantizará el respeto a la dignidad e intimidad de la persona*”.

se practiquen en el mismo acto. Por otro lado, cualquier persona que sea parte del proceso puede solicitar estar presente durante la realización de la prueba.

La nueva redacción del artículo 759 LEC establece que en caso de ser necesario se podrá contar también con profesionales especializados en otras materias que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada uno de los casos.

Realizadas las actuaciones previas al informe, el perito se encargará de redactar éste de forma clara y sencilla, dando posterior traslado a las partes personadas del proceso, con el fin de que estas puedan solicitar aclaraciones o explicaciones referentes al mismo. Esta prueba no excluye que las partes puedan solicitar otra prueba pericial médica, pudiendo realizarse tantos informes médicos como sean necesarios para determinar la necesidad o no de implantación de medidas de apoyo a la persona discapacitada.

Es importante destacar que, como en caso de las pruebas anteriores, el informe pericial ha de ser valorado por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo ser ratificado por la Autoridad Judicial para ser completamente válido. Por lo que no es vinculante en términos absolutos ni tiene valor decisorio.

3.5.4. *La valoración de la prueba*

El Juez cuenta con una gran discrecionalidad en cuanto a la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad, que deberá estar correctamente justificada en la motivación de la sentencia⁴⁶. En este sentido, el Tribunal Supremo determinó ya, en la Sentencia del 6 de Julio de 1998, que la prueba “*supone una ponderación de los medios probatorios aportados al proceso que lleva al Tribunal de instancia al convencimiento sobre la realidad de unos determinados hechos o circunstancias fácticas*”⁴⁷.

Al Juez se le otorga tal poder, entendiendo que como profesional no actuará de forma arbitraria, debiendo ser siempre completamente imparcial. Por este motivo, pese al poder discrecional que se le otorga, casi siempre dicta su fallo basándose en las reglas ya preestablecidas del sistema de prueba legal. HUERTAS MARTIN hace referencia al sistema de valoración de la prueba basando su tesis en que el Juez no puede tomar una decisión reglada en función a los hechos, a los silencios o las pruebas evasivas realizadas durante el

⁴⁶ STS, 1335/2017, Sala de lo Civil, del 4 de abril del 2017

⁴⁷ STS, RJ 6772, Sala de lo Civil, de 6 de Julio de 1998, fundamento Jurídico 2º.

proceso, sino que este deberá tomar una visión general de todos los datos aportados y conformar una resolución acorde a los mismos⁴⁸.

Por tanto, la apreciación de la prueba debe realizarse de manera rigurosa y motivada, para que así pueda justificar la adopción de medidas de apoyo para la persona discapacitada sobre la que versa el caso. Conforme a esta idea BANACLOCHE PALAO determina que, “*si además se ha instado el nombramiento de tutor o curador con la demanda, se practicarán las pruebas necesarias para permitir el pronunciamiento judicial sobre tal cuestión*”⁴⁹.

Sobre este particular cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015, donde establece que las reglas legales especiales de la prueba en estos procesos deberá ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York e 113 de diciembre de 2006⁵⁰

3.6. Sentencia y efectos

Como se ha mencionado en anteriores ocasiones, tanto la declaración de incapacidad, como la de adopción de medidas de apoyo de las personas con discapacidad siempre deben concluir con una sentencia judicial que acredite tal condición. Pero esta condición obligatoria no ha sido siempre del mismo modo, pues antiguamente bastaba con la mera apreciación de ausencia de lucidez en una persona para poder hacer operar en ella las reglas conformes a la incapacidad natural, alcanzando efectos similares a los actuales, en los que se hace necesario una declaración judicial previa.

Para justificar que la condición de persona con discapacidad deba siempre ir acompañada de una declaración judicial, se debe acudir al todavía vigente artículo 199 del Código Civil, donde ese establece que “*nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”.

El fin principal de esta evolución a lo largo de la historia se ha basado, por un lado, en la necesidad de protección de las personas que se encuentren en esta situación, evitando declaraciones de incapacidad fraudulentas e innecesarias y, por otro, en garantizar la

⁴⁸ HUERTAS MARTIN, I., “*El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil. EL. Aspectos procesales y sustantivos*”, Granada, 2002, p. 131.

⁴⁹ BANACLOCHE PALAO J. y CUBILLO LÓPEZ, “*Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Civil*” Madrid, 2016, pp. 453.

⁵⁰ Sentencia 244/2015, de 13 de mayo.

seguridad jurídica que todo ciudadano tiene el derecho a ostentar. En este sentido, es totalmente justificable que la declaración de incapacidad no quede relegada a ninguna apreciación subjetiva.

La sentencia que determine los apoyos que necesite la persona con discapacidad, al igual que la que declare la incapacidad tiene naturaleza constitutiva, al crear un estado o situación jurídica inexistente con anterioridad a ella, y produciendo efectos ex nunc, es decir, desde la sentencia⁵¹.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

La nueva ley deja sin contenido al art. 199 CC. Asimismo, el art 760 LEC, referente a la sentencia, afirma que las medidas que adopte la autoridad judicial en la misma deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas del derecho civil que resulten aplicables.

Por otro lado, en esta nueva Ley se encuentra regulado en el artículo 88 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que determina que, *“Si el Juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse de la custodia del menor o del apoyo a la persona con discapacidad, adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo establecido en la legislación civil aplicable y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial.”* Entendiendo así que en caso de ser favorable la adopción de medidas de apoyo, debe existir una resolución que haga referencia a la misma.

La intervención del Juez en este procedimiento sigue siendo necesaria, pero desde otro punto de vista pues este ya no acata el papel de declarar o no la incapacitación, pues la implantación de esta nueva Ley busca la eliminación de este estado civil, sino que se basará en establecer un régimen de guarda adecuado a la propia capacidad, así como a las medidas de apoyo necesarias para asistirlo. Objetivo que es mencionado a lo largo de toda la redacción de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

3.6.1. Contenido

Partiendo de esta explicación inicial donde se determina la importancia que supone la sentencia de incapacitación, se debe analizar, a continuación, el contenido de la misma. Dicha

⁵¹ CORTES DOMINGUEZ, V. y MORENO CATENA, op. ,cit., p.53.

sentencia, lógicamente, podría ser favorable o desfavorable a la incapacitación, debiendo, siempre motivar el juez, una u otra decisión.

Si la sentencia resulta ser favorable, la misma, como hemos dicho, es constitutiva del estado de incapacitación de una persona, y determina la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda al que había de quedar sometido el incapaz. Asimismo, nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por sus derechos. En su caso, él incluso se pronuncia sobre la necesidad de internamiento de la persona incapacitada, según lo establece el art. 760 LEC.

Por tanto, la propia sentencia de incapacitación detalla en que actos y negocios el declarado incapacitado tiene aptitudes cognoscitivas y volitivas suficientes, y cuando no las tiene.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

Con la entrada en vigor de esta nueva ley, el objeto de la sentencia cambia de forma radical, pues ya no se va a pronunciar plenamente acerca de la capacidad de las personas, sino que va a determinar los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso, va a declarar la incapacitación de una persona ni, mucho menos, la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

La realidad ha demostrado, y así se señala en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que el método seguido de resolución judicial formal no es el más adecuado pues ha quedado demostrado que en muchos supuestos, la persona con discapacidad está adecuadamente apoyada en la toma de decisiones por un “guardador de hecho”, normalmente miembro de su familia, para el nombramiento del cual no es necesaria una investidura judicial formal.

Sin embargo, sigue existiendo un supuesto para el cual si va a ser necesaria la autorización judicial en todo caso. Se habla de cuando se requiera que el guardador realice una actuación representativa, necesitando en este sentido una autorización judicial ad hoc, previo examen de las circunstancias del caso⁵².

En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre actualmente, el contenido de la sentencia que ha de dictar el Juez se remite a las normas de Derecho Civil que resulten de aplicación, todo ello, por motivo de considerarse ésta una cuestión más de Derecho sustantivo que de

⁵² Exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Derecho procesal⁵³. De esta forma se pierden las pautas concretas que existen en el artículo 760 LEC y que hacen referencia al contenido de la sentencia.

Así, en el nuevo artículo 249 CC, en su último apartado, hace alusión a casos excepcionales, donde, pese al esfuerzo realizado, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, solo en este caso podrán incluirse funciones de representación. Siempre, eso sí, que sea tenido en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores.

3.6.2. El régimen de protección al que debe quedar sometido la persona incapaz / persona con discapacidad

En la actualidad, se entiende que la sentencia tiene necesariamente que pronunciarse sobre el régimen de protección al que debe ser sometido el incapaz. Pronunciamiento que se determina atendiendo al “grado de discernimiento”⁵⁴, debiendo existir siempre una correlación entre el tipo de incapacitación y el tipo de guarda al que se pretende someter al incapaz.

De forma paralela se pronuncia acerca del nombramiento del tutor, o de curador, así como de los actos concretos que la persona pudiera realizar por sí misma y de los que necesita asistencia de un tutor o de un curador, figuras que serán analizadas con posterioridad en el presente trabajo.

El Juez es el encargado de determinar la capacidad de la persona, tomando como punto de partida la ausencia o insuficiencia de autogobierno y en relación siempre con los informes y decisiones médicas.

En este sentido, se debe establecer un régimen tal, que intente privar al incapacitado, solamente, de aquellas actuaciones que realmente pudieran comportar un verdadero riesgo para la persona o sus bienes. Para alcanzar la delimitación de la competencia es necesario la existencia de una estrecha coherencia con el nivel de inteligencia y voluntad del sujeto.

Debido a esta necesidad de ajuste, encontramos casos en los que el incapacitado tiene limitada su capacidad para realizar cualquier tipo de acto jurídico, y, asimismo, otros que alcanzan solo unas determinadas actuaciones. En función del grado de limitación que se le

⁵³ Nuevo artículo 760 LEC: Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables.

⁵⁴ Artículo 287 CC “Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”.

otorga al incapaz, se le nombra un tutor⁵⁵, el cual se ocupa de representar al incapacitado; o bien a un curador⁵⁶, encargado solamente de asistirle, pero nunca de suplantarle la voluntad como ocurre con el tutor.

En cuanto a la determinación de la persona que debe ostentar la condición de tutor o curador, debe incluirse en la propia sentencia dictada por el Juez, en los casos en los que hubiera sido expresamente solicitado por el actor de la demanda el cargo de tutor o curador. Encontrándose de esta forma, limitada la actuación del Juez en cuanto a la elección de la misma.

Por otro lado, cabe la posibilidad de ejercer la autotutela por parte del presunto incapaz. Esta figura se incorporó en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, y con la regulación del CC, así como de la LEC y de la normativa tributaria.

La autotutela permite que personas que, en el momento actual, se hallan con plenitud de facultades mentales, puedan designar, ante Notario y en documento público, quienes deberán ocupar el cargo de tutor o curador en el supuesto de que estas personas tornasen en incapaces. Utilizada esta figura sobre todo en enfermedades degenerativas y progresivas en el tiempo, cuya sintomatología va apareciendo con el paso de los años.

Finalmente decir, que el Juez cuenta en la actualidad, con poder suficiente para modificar la autotutela, cuando fuere razón de múltiples motivos que hacen peligrar el interés del incapacitado y, cuyas cuestiones, no fueron tenidas en cuenta a la hora de la designación. Todo ello contando siempre con la motivación suficiente.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

Como se ha ido mencionado anteriormente, tras la aprobación de esta nueva Ley no se intenta conseguir una suplantación de la capacidad de la persona sino un apoyo, un acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de

⁵⁵ ROMERO COLOMA, A.M. “*Capacidad, incapacidad e incapacitación*,” Madrid, 2013, p. 88, “*La tutela es un órgano estable, de actuación habitual, cuya finalidad consiste en la sustitución de la capacidad limitada de la persona. En el caso de los menores de edad, tiene, como presupuesto, la minoría de edad precisamente*”.

⁵⁶ ROMERO COLOMA, A.M., op.cit., p. 90, “*El curador proporciona una asistencia que implica, solamente, el otorgamiento de conformidad a un acto ajeno, el acto del menor, como requisito de su eficacia. La intervención del curador deviene preceptiva para los actos enumerados en el artículo 323 del CC. La falta de intervención del curador implica que estos actos son anulables*”.

voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad⁵⁷.

Siguiendo este criterio, la figura de la tutela queda suprimida del ámbito de la discapacidad, así como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Todas ellas figuras se consideran demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema actual.

Tras la nueva ley, las personas que puedan precisar las medidas de apoyo serán, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La curatela se convierte en la figura más importante, siendo ésta la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. Por tanto, se trata de una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen la ayuda de forma continuada, determinando el alcance de la misma a través de la resolución judicial. El nombramiento del curador se recoge explícitamente en el nuevo artículo 275 CC⁵⁸, donde destaca que la autoridad judicial no podrá nombrar al curador salvo circunstancias excepcionales.

El Tribunal Supremo ofrece también una definición de la figura de curatela *“La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse”*⁵⁹.

Por otro lado, y siendo estas de carácter preferente, pues son las determinadas de forma voluntaria por la persona con discapacidad, encontramos las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, es decir, poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela.

Como se menciona en el nuevo artículo 255 CC *“Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de la guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”*. Por lo que, de este artículo se desprende de

⁵⁷ Exposición de motivos recogidos en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁵⁸ Nuevo artículo 275 CC: *“1. Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. Asimismo, podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 2. No podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. 3. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.*

⁵⁹ STS n.º 2805/2018, Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018

nuevo el carácter preferente de las medidas de naturaleza voluntaria que sean apreciadas por la propia persona con discapacidad.

Se quiere establecer una primacía de la autorregulación frente a la heterorregulación, de forma que las medidas de apoyo voluntarias desplacen a las judiciales, sin perjuicio de la existencia de ambas. Debe quedar claro que la autorregulación únicamente es sometida a un control judicial posterior, no previo.

El motivo principal por el que se justifica la primacía de las medidas de naturaleza voluntaria se debe, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 18/2021, 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, al *“nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos”*.

La figura de la autocuratela se encuentra regulada en el nuevo artículo 271 CC, pudiendo en este sentido, determinar la propia persona, en escritura pública, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas. Asimismo, podrá establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela, y en especial sobre el cuidado de su persona. Pudiendo la autoridad judicial, en estos casos, prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias cuando existan circunstancias graves desconocidas por la persona que lo así lo determinó⁶⁰.

La guarda de hecho se concibe como una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente, aplicable también en los casos de disposición de ayudas para los menores.

Por último, mencionar al defensor judicial, especialmente previsto para situaciones determinadas, como aquella en que exista un conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o en la que exista la imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

⁶⁰El nuevo artículo 272 LEC, preceptúa que: *“La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela. No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”*.

Hacer mención a que todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. Pudiendo en todo caso ser revisadas ante cualquier cambio en cualquier momento.

3.6.3. *La inscripción de la sentencia en el Registro Civil*

La sentencia de adopción de medidas de apoyo a la persona discapacitada es eficaz desde su firmeza, aunque no despliegue sus efectos erga omnes, sino desde el mismo momento en el que se produzca la inscripción en el Registro Civil.

La regulación e inscripción de la sentencia en el Registro Civil hace que debamos acudir a multitud de normativa, como es la LEC, a la del Registro Civil, al RRC, CC, etc.

Según se preceptúa en los artículos 755 LEC y 72.1 de la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos se han de comunicar de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. Por otro lado, a petición de parte, se podrán comunicar las mismas a cualquier otro Registro Público a los efectos que en cada caso procedan.

En esa inscripción realizada a los Registros individuales deberá constar la extensión y límites de las medidas judiciales de apoyo.

Del mismo modo, serán objeto de cancelación, conforme a las reglas formales del art. 163 RRC⁶¹, aquellas sentencias de incapacitación o de adopción de medidas de apoyo a la persona con discapacidad anterior.

Asimismo, cabe recordar, que la propia demanda de adopción de medidas de apoyo también puede ser objeto de anotación en el Registro Civil, siendo, por tanto, necesario que, en caso de desestimación de la misma, se lleven a cabo las comunicaciones pertinentes para cancelar el asiento anotado.

El fundamento de esta necesidad de inscripción se basa principalmente en garantizar la seguridad jurídica de la persona con discapacidad. Pese a los avances y desarrollos que se han ido añadiendo en materia de Registro, para muchos especialistas de la doctrina moderna éste

⁶¹ Art. 163 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil “*La cancelación total o parcial de un asiento por ineficacia del acto, inexactitud del contenido u otra causa se practicará marginalmente en virtud de título adecuado con sujeción a las formalidades del asiento cancelado y con indicación especial de la causa y alcance de la cancelación.*

En su caso, será comprendida en la inscripción del hecho que la produce; en el folio en que procede la cancelación, si fuere distinto, se pondrá nota de referencia”.

sigue siendo insuficiente. Considerando estos mismos profesionales que sería necesario una centralización de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde cupiesen todas las sentencias de adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad efectuadas, así como el alcance de las mismas y el nombramiento de la persona asignada en cada caso⁶².

3.7. Recursos

La sentencia mediante la cual se estima o desestima la demanda de incapacitación es susceptible de recurso de apelación.

Para poder llevarlo a cabo es necesario cumplimentar un primer requisito imprescindible, éste hace referencia a las partes, pues tan solo estas podrán interponer tal recurso, siempre y cuando hayan visto rechazadas en todo o en parte sus pretensiones, así como cuando consideren que no se han aplicado de forma correcta las normas legales o cuando no se ha llevado a cabo una valoración correcta de las pruebas.

La persona declarada incapacitada podrá interponer recurso de apelación ante la sentencia que declare su incapacitación, independientemente de si su actitud durante el proceso ha sido favorable o desfavorable a la misma.

El efecto principal de los recursos en este procedimiento hace referencia a que, al no haber ejecución provisional en este tipo de procesos, los efectos que se derivan de la citada sentencia quedarían suspendidos durante la tramitación de los recursos.

Recordemos que la sentencia que declare la incapacidad, o la que tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, declare la adopción de medidas de apoyo a personas discapacitadas tiene carácter constitutivo, y, según preceptúa el art.525.1, serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional, queriendo decir esto que la misma solo puede devengar efectos cuando sea firme⁶³

En caso de que la sentencia cuente con un pronunciamiento específico sobre el sistema de apoyo aplicable, los efectos de este no se producirán hasta que esta adquiera firmeza. Y, si no existe pronunciamiento alguno sobre el sistema de guarda, será necesario promover un

⁶² Entre otros, DE CARTOLANO, S. C., “Registro de la Propiedad Inmueble. Necesidad de su Información”, n° 5, 1994, p.1234.

⁶³ Art. 521.1. dice *No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas.*

nuevo procedimiento, totalmente independiente, para determinar qué sistema será el más adecuado para la persona discapacitada.

El factor tiempo es de vital importancia en referencia a estos recursos pues puede ocurrir que el estado de salud del sujeto varíe en ese espacio de tiempo, debiendo de esta forma el Juez, aproximar la sentencia lo máximo posible al último momento de la vida de la persona discapacitada.

3.7.1. *Recurso de apelación*

A este recurso hace referencia el artículo 759.3 LEC, que tras la nueva Ley 8/ 2021, pasa al párrafo cuarto, pero se pronuncia en los mismos términos que aquella, estableciendo que, en caso de ser apelada la sentencia que decida sobre la incapacitación o, en su caso, las medidas de apoyo, se ordenará de oficio⁶⁴, en esta segunda instancia, la práctica de las pruebas realizadas en el proceso anterior.

Estas pruebas anteriormente mencionadas serán, el interrogatorio de los parientes más próximos, el interrogatorio de la persona discapacitada, los informes médicos necesarios y la realización de los demás interrogatorios que el Juez considere oportunos.

Así pues, el actor podrá interponer un recurso de apelación frente a la sentencia que no declare la adopción de medidas de apoyo de la persona discapacitada; y de la misma forma, la propia persona discapacitada podrá interponer idéntico recurso frente a la sentencia que declare la adopción de tales medidas.

La interposición del mismo deberá realizarse por las partes antes de un plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, como así recoge el artículo 455 LEC⁶⁵.

⁶⁴ En la segunda Instancia, como dice MORENO CATENA, op.cit., p. 55, se produce una especialidad, cual es la práctica de prueba por ministerio de la ley, ya que en ella la Audiencia Provincial ha de ordenar de oficio la audiencia al presunto incapaz, de los familiares, así como la pericia médica.

⁶⁵ Artículo 455 LEC: “1. *Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros.*

2. *Conocerán de los recursos de apelación:*

1.º *Los Juzgados de Primera Instancia, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Paz de su partido.*

2.º *Las Audiencias Provinciales, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción.*

3. *Se tramitarán preferentemente los recursos de apelación legalmente previstos contra autos que inadmitan demandas por falta de requisitos que la ley exija para casos especiales”.*

En relación a las especificidades de este proceso, al no regir el principio dispositivo en él, no tiene cabida, en este recurso, la *reformatio in peius*, esto es, ante la imposibilidad de la resolución que decida el recurso agrave la situación del recurrente, se prohíbe la reforma a peor⁶⁶.

Por tanto, el Juez, en segunda instancia podrá modificar el grado de incapacidad, en su caso, otorgada en la sentencia. Así se pronunció el Tribunal Supremo al determinar que: “*El tribunal de apelación puede ir más allá de los motivos impugnatorios y examinar si las formas observadas hasta la consecución de sentencia se ajustan a lo prescrito, dado el sustancial aspecto de garantías de derecho público que revisten y la necesidad de su aspecto por razones de orden público procesal*”⁶⁷.

Además, se debe añadir que, si la sentencia contuviera varios pronunciamientos, la impugnación sólo de uno de ellos supone la firmeza del resto.

3.7.2. Cosa Juzgada

Una vez finalizados los recursos, bien porque éstos se hayan ya agotado, o porque no habiendo sido agotados se haya dejado transcurrir el plazo legalmente previsto para interponerlos, la sentencia deviene firme y producirá los efectos de cosa juzgada material, regulados en el artículo 222 de la LEC. Lo que significa, como establece el citado artículo que se excluirá la posibilidad de ejercer un proceso posterior que tenga el mismo objeto del proceso anterior. Pero si serán considerados en caso de existir hechos nuevos y distintos que hagan referencia a las mismas. Se refiere con esto a aquellos casos en los que el estado de la persona incapacitada, o en versión de la nueva ley sobre la que se ha adoptado medidas de apoyo, se vea alterado y sea necesario una modificación de su status, teniendo que ser revisada la sentencia acordada, como así se establece en el artículo 761 LEC.

La sentencia de incapacitación lleva implícita la condición *rebus sic stantibus*, y por ello la decisión de incapacidad no será sometida a nuevo juicio mientras se mantengan las condiciones del incapacitado. Sin embargo, cabe promover un nuevo juicio si las cosas han cambiado, es decir, cuando no hay identidad entre sujetos, petitum y causa petendi.

El fundamento de tal especialidad, de poder volver a juzgar, se justifica por las particularidades que ostenta este proceso, pues estas personas pueden, con el transcurso del tiempo, ser objeto de una continua mejoría, estabilidad o inadecuada mediación que hagan variar las condiciones de la misma, así como en su caso, la propia voluntad del discapacitado.

⁶⁶ En este sentido, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, Valencia 2019, p.442.

⁶⁷ STS de 24 de mayo de 1991, Fundamento Jurídico 6º, (RJ 1991, 3833)

Entendiéndose de esta forma que ni el interés público, ni la inmutabilidad de los procedimientos, ni la seguridad jurídica pueden primar sobre el estado de quien ha sido declarado incapaz.

Ahora bien, esta posibilidad de volver a entrar a juzgar sobre un objeto que ya ha sido enjuiciado, lleva consigo que, tanto el Ministerio Fiscal como el Tribunal, extremen las medidas de precaución a la hora de admitir o no a trámite la nueva demanda

Teniendo en cuenta, en este sentido, el segundo párrafo del art. 222.2 LEC, se consideran hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formulen.

Tras la aprobación de la nueva Ley 8/2021 la cosa juzgada no experimenta sobre esta modificación alguna, tan sólo el apartado 3 del art. 222 LEC donde cambia la denominación de sentencias “de incapacitación y reintegración de la capacidad” por sentencias de “medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad”, manteniendo la cosa juzgada y tendrán efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

3.8. Reintegración de la capacidad / Revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas

El 761 de la LEC, prevé esta posibilidad cuando se den de manera sobrevenida nuevas circunstancias para las que pueda instarse a una revisión del proceso, porque como afirma el Tribunal Supremo en sus sentencias *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*⁶⁸

Como así determina el mencionado artículo, las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil, debiendo seguirse para ello los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En la actualidad, y hasta la aprobación de la nueva Ley, no se habla de una revisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad sino de una reintegración de la capacidad. Con la entrada en vigor de la nueva ley este aspecto carece de sentido, pero para entender el

⁶⁸ Entre otras STS 458/2018, de 18 de julio.

cambio producido entre una y otra legislación es necesario analizar el funcionamiento de esta parte del proceso.

El artículo 761 LEC establece que la sentencia de incapacitación no impide la realización de un posterior y nuevo proceso cuando se diesen nuevas circunstancias sobrevenidas. Debiendo formular la petición para iniciar el mismo las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757 LEC.

En caso de solicitar el inicio del procedimiento la persona discapacitada, debía previamente obtener la expresa autorización para actuar en el proceso por sí mismo, todo esto en caso de que con la sentencia de incapacitación se viera privado de la capacidad para comparecer en juicio.

Este reconocimiento de legitimación a la persona discapacitada se justifica no solo en la capacidad para ser parte, sino también en la capacidad procesal para actuar válidamente en el juicio.

En este sentido no se consideran nuevas circunstancias aquellas que fuesen anteriores y que el juez no llegase a conocer, ni tampoco aspectos que hicieran referencia solamente al cumplimiento de la mayoría de edad.

Por tanto, las nuevas circunstancias que apareciesen deben suponer una influencia positiva en el autogobierno de la persona declarada incapaz. Por ejemplo, haciendo posible que esta misma vuelva a ser capaz de gobernarse por sí misma o de gobernar sus bienes, ya sea de forma parcial o total.

La reintegración de la capacidad es consecuencia de la graduabilidad existente en el proceso de incapacitación, así como de las diferentes figuras de guarda permitidas (tutela, curatela).

Aspecto relevante decir que la reintegración de la capacidad no significa que la sentencia de declaración de incapacidad carece de efecto, sino que simplemente las condiciones que llevaron a fijar la incapacitación, se han modificado, siendo necesaria una nueva adaptación de la primera sentencia.

Por tanto, este proceso posterior no debe implicar la negación a la existencia del principio de *non bis in ídem* de la sentencia anterior dictada con firmeza sobre el fondo. Pues en realidad no se trata de juzgar procesos con objeto idéntico, pese a tratar el estado civil del mismo individuo.

En resumidas cuentas, la nueva situación fáctica del incapacitado determina el nacimiento de un nuevo objeto procesal y de una nueva pretensión, a la que no alcanzaba la cosa juzgada del proceso anterior, cuyo *petitum* consiste en el alzamiento o modificación del alcance de la incapacitación ya establecida⁶⁹.

El inicio de este nuevo procedimiento debe ir acompañado siempre de Abogado y Procurador, realizando la interposición de una nueva demanda de reintegro de la capacidad. Esta demanda puede acumular varias y diferentes peticiones como son: el reintegro de la capacidad, la minoración de su régimen o que se le reconociesen concretas facultades.

En lo que se refiere a la competencia, resulta competente el juez donde resida el incapacitado.

En último lugar, la sentencia de este nuevo proceso debe pronunciarse sobre si deja sin efecto la incapacitación declarada anteriormente y, en consecuencia, reintegrando al incapaz su plena capacidad de obrar; o si por el contrario la sentencia anterior se mantiene en los mismos términos; o si la modificaba parcialmente, reconociendo de esta forma un mayor o menor grado de autonomía al incapaz, ya sea manteniendo o modificando el anterior régimen acordado.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

Como se ha mencionado con anterioridad, la redacción del nuevo artículo 761 LEC determina que las medidas contenidas en la sentencia podrán ser revisadas siguiendo los trámites previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en especial acudimos al artículo 42 bis c), también modificado tras esta nueva Ley.

En el apartado primero del artículo antes mencionado se refleja la característica de que, todas las medidas adoptadas serán objeto de revisión periódica en el plazo y forma en que disponga el auto que así las acordó.

En cuanto al plazo de revisión de las mismas, acudimos al nuevo artículo 268 CC, donde aparece regulado que las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas de forma periódica en un plazo máximo de tres años. Dentro de este plazo encontramos una especialidad en aquellos casos que así lo determine la autoridad judicial, los cuales podrán acordar un plazo de revisión mayor, pero que en ningún caso podrá ser superior a seis años.

⁶⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “Régimen de los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre la capacidad de las personas)”, en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº extra 0, 2004, p. 210.

Sin perjuicio de lo acordado anteriormente, este artículo 268 también determina que tales medidas de apoyo se revisarán, sin tener en cuenta los plazos, ante cualquier cambio en la situación de la persona y que por ello pueda requerir una modificación de dichas medidas.

Este proceso de revisión de las medidas acordadas podrá ser solicitado por las personas que aparecen mencionadas en el artículo 42 bis a), LJV, que serán: el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos.

Será competente de esta solicitud del procedimiento de revisión el Juzgado que dictó las medidas objeto de revisión, siempre que se respete la competencia territorial y la persona con discapacidad siga residiendo en la misma circunscripción. En caso de que se de esta situación, el Juzgado de la nueva residencia deberá solicitar un testimonio completo del expediente al Juzgado anteriormente conocedor, el cual deberá remitirlo al nuevo Juzgado en un plazo de diez días.

Una vez iniciado el procedimiento de revisión, la autoridad judicial sobre la que recae el mismo, podrá recabar un nuevo dictamen pericial, una nueva entrevista con la persona con discapacidad y todas aquellas otras actuaciones que considere necesarias.

Tras la recaudación de toda la información y pruebas pertinentes acordadas por la autoridad judicial, se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza la función de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados. Todo ello con la finalidad de que realicen las alegaciones y aportaciones de pruebas que consideren oportunas en el plazo de 10 días.

En caso de existir oposición al expediente de jurisdicción voluntaria de revisión de las medidas se debe acudir de nuevo al reformado artículo 761 LEC donde se determina que en caso de que esto ocurra se instará al proceso contencioso.

Por otro lado, cabe destacar que también se prevé la revisión de las Sentencias dictadas con anterioridad a la aprobación de esta nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, estableciendo para ello un plazo máximo de un año si lo insta la parte interesada y un plazo de tres años si se realiza de oficio.

3.9. Medidas cautelares

Previa a toda declaración de incapacidad, el Juez puede acordar la adopción de todo tipo de medidas cautelares, con el fin de preservar la protección del presunto incapaz, así como su

patrimonio. Las mismas se adoptarán en aquellos casos en los que no se pueda esperar al transcurso del tiempo que requiere la tramitación del proceso de incapacitación a cuyo término la situación personal y patrimonial quedará amparada⁷⁰.

Tanto con anterioridad a la aprobación de la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, como con posterioridad a la misma, estas medidas podrán ser adoptadas a instancia de parte o de oficio, “en cualquier estado del procedimiento”, artículo 762.2 LEC.

Dichas medidas no deben tener como objetivo favorecer la posición del demandante, sino que debe ser adoptadas por el Juez, solamente, cuando éste considere que exista una posible necesidad de ellas.

La Ley no concreta que tipo de medidas son. El Juez en este sentido, cuenta con una gran libertad para dictar todas aquellas resoluciones que estime oportunas siempre en interés de la persona con discapacidad; atribuyéndose la competencia de decidir tales medidas, al órgano jurisdiccional competente⁷¹ y siempre dando cuenta de tales decisiones al Ministerio Fiscal.

También puede ocurrir que sea el Ministerio Fiscal el que solicite al Juez la adopción de una serie de medidas inmediatas en cuanto este tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de adopción de medidas de apoyo. Tanto si estas son solicitadas a instancia de parte como por el Ministerio Fiscal, se deberá justificar el peligro de la mora procesal, así como la necesidad de protección de la persona, cumpliendo, siempre, con los principios de idoneidad y mínima intervención.

Entre las medidas cautelares posibles cabría diferenciar aquellas que tienen carácter personal y las que tienen carácter patrimonial. Entre las primeras destacan: el internamiento del presunto incapaz, el nombramiento de un defensor judicial, al amparo del artículo 299.3 CC⁷², así como el nombramiento de una persona encargada de cuidarle y asistirle o dotar al Ministerio Fiscal para ejercer representación y defensa sobre el presunto incapaz. Las más comunes, de carácter patrimonial, resultan ser aquellas en las que el Juez nombra a un administrador, que acuerda la intervención judicial de los bienes, el depósito de bienes muebles, así como la formación de un inventario, entre otras muchas. La mayoría de los

⁷⁰ HUERTAS MARTÍN, I. “*El proceso de incapacitación*”, op. cit., p.157.

⁷¹ El tribunal competente en la adopción de medidas cautelares será, según determina el artículo 756 LEC, el que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie posteriormente de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en el que este resida.

En caso de urgencia, pese a considerarse territorialmente incompetente podrá tomar tales medidas que resulten más urgentes, remitiendo en todo caso los autos al tribunal que resulte competente (art. 725.2 LEC.)

⁷² Modificado por ley 8/2021, de 2 de junio.

casos estas medidas cautelares quedan limitadas al nombramiento de una tercera persona que ayude y asista a la persona y a su patrimonio.

Resulta evidente que para la adopción por parte del Tribunal de cual sea la medida o medidas cautelares más adecuadas, habrá de atender a las particularidades de cada caso en concreto.

- Ley 8/2021, de 2 de junio

Tras la entrada en vigor de la ley 8/2021, el artículo 299.3 del Código Civil queda modificado, así como la figura del defensor judicial, pasando a determinarse en el artículo 250 del Código Civil, donde se establece que el nombramiento del defensor judicial, como medida formal de apoyo, procederá cuando esta necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

A continuación, es necesario hacer hincapié en el procedimiento a seguir para acordar una medida cautelar, procedimiento que aparece determinado en la LEC, en especial en la nueva redacción del artículo 762.3 tras la nueva Ley 8/2021, el cual establece que, antes de acordar cualquier medida, será necesaria una previa audiencia de las personas con discapacidad.

Este nuevo artículo se diferencia del actual en que éste contempla la previa audiencia de las personas afectadas, incluyéndose dentro de las mismas tanto a la persona con discapacidad, como al demandante, cónyuge, parientes más próximos, Ministerio Fiscal, así como todo aquél que el tribunal considere oportuno. Sin embargo, como ya hemos dicho anteriormente, la nueva ley solamente menciona la realización de una audiencia previa de las personas con discapacidad.

En este sentido, el Juez convocará a la persona con discapacidad, en un plazo de 5 días contados desde la notificación a aquellas, a una vista que se celebrará en un plazo de 10 días siguientes. En ella, las personas con discapacidad podrán exponer todo lo que consideren conveniente, así como solicitar las pruebas que sean necesarias. Una vez celebrada la vista, el Tribunal decidirá en un plazo de 5 días, mediante auto, sobre el acuerdo o no de las medidas cautelares, pudiendo interponerse, contra esta decisión, recurso de apelación.

La no obligatoriedad por parte del Juez de dar audiencia previa a las personas discapacitadas antes de decidir acerca de la adopción de una medida cautelar, ha sido objeto de duras críticas

por parte de la Fiscalía General del Estado⁷³ entendiéndose que tal omisión conllevaría el incumplimiento ciertas garantías esenciales para las partes⁷⁴.

En caso de no celebrarse tal audiencia, cabe la oposición por parte de la persona discapacitada en un plazo de 20 días desde la fecha de la notificación del auto acordando las medidas. La persona discapacitada podrá aportar en ella toda argumentación que considere necesaria, así como el ofrecimiento de una caución sustitutoria, prevista en los artículos 746 y 747 LEC.

El Tribunal decidirá la oposición en un plazo de 5 días, a través de auto, en el cual determinará si se mantienen las medidas acordadas o si, por el contrario, se alzan las mismas, condenando al actor en costas, así como al pago de los daños y perjuicios ocasionados. Contra el citado auto cabe recurso de apelación, sin efecto suspensivo.

Por último, anotar que toda medida cautelar aprobada, quedará sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció la solicitud de tales medidas cautelares, en un plazo de 20 días siguientes a su adopción.

El procedimiento señala por la LEC para la adopción de medidas cautelares, apenas ha sido alterado por la Ley 8/2021, tan solo el art. 762.3 LEC cambia “personas afectadas” por “personas con discapacidad”.

4. CONCLUSIONES

I.- Con la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se produce un cambio en nuestro ordenamiento jurídico en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a la persona con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general,

⁷³ DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO “Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores.

⁷⁴ Art. 733.2 LEC: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.”

será encargada de tomar sus propias decisiones. Todo ello con el fin de conseguir la adecuación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Asegurándose, con ello, una mayor protección a la persona discapacitada y la igualdad y el pleno goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas.

II.- Este proceso viene contemplado en el Capítulo II, del Título I, del Libro IV de la LEC, dedicado a los procesos sobre la capacidad de las personas. La Ley 8/2021, acorde con establecido en la Convención de Nueva York, modifica su nombre, sustituyéndolo por proceso de adopción de medidas para el apoyo a las personas con discapacidad. Lo que conlleva un cambio en la percepción de la toma de decisiones, siendo con la nueva Ley, las personas con discapacidad, titulares del derecho a elaborar sus propias decisiones.

III.- Este proceso es especial, de naturaleza contenciosa, y plenario, lo que significa que el órgano jurisdiccional, pese a su especialidad, no va a tener en él una cognición limitada a un aspecto del proceso, sino que el conflicto se va a someter a él con toda su amplitud, es por lo que producen el efecto de cosa juzgada material, no siendo posible, por tanto, un proceso posterior entre las mismas partes y sobre el mismo objeto. Sin embargo, no rige en este proceso el principio dispositivo ni el de aportación de parte, sino que ambos son sustituidos por otros principios como el inquisitivo y el de investigación de oficio de forma absoluta, ya que el Juez puede y debe realizar las indagaciones que considere oportunas para determinar si incurren las circunstancias legalmente establecidas para declarar la incapacidad.

IV.- Para conocer estos procesos el Juzgado competente objetivamente, según el art. 756 LEC, será el de Juez de primera instancia, y territorialmente el de residencia de la persona a la que se refiera la declaración que se solicite. Esta es una norma de carácter imperativo, por tanto, no cabe la sumisión ni expresa ni tácita. La Ley 8/2021, de 2 de junio, con intención de acercar más el procedimiento a la persona necesitada de apoyos, establece como Tribunal competente territorialmente, si ésta se traslada de residencia, el del lugar donde se encuentre. Aspecto, este muy positivo pero que puede plantea problemas de litispendencia, al poderse poner en peligro la *perpetuatio iurisdictionis*.

V.- La nueva legislación, permite la intervención en el proceso de cualquier legitimado que no sea promotor del procedimiento o de cualquier sujeto que cuente con interés legítimo. Con ello, creemos que se consiguen evitar situaciones de desigualdad entre los propios familiares de las personas con discapacidad, pues con la normativa aún vigente únicamente algunos familiares pueden actuar con plenitud, mientras que otros, solamente pueden ser oídos en fase de prueba.

VI.- En relación a las alegaciones, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, podrá también presentar alegaciones la persona que en la demanda aparezcan propuesta como curador de la persona con discapacidad. Con esta novedad se pretende obtener una mayor cantidad de datos acerca de disponibilidad e idoneidad de ésta.

Asimismo, una vez admitida la demanda se deberá obtener de los Registros públicos la información pertinente en relación a la persona con discapacidad, así como sobre las medidas de apoyo a adoptar. para respetar la voluntad de la persona con discapacidad. Además, se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando aquélla no comparezca en el plazo concedido para contestar a la demanda con su propia defensa. Consiguiendo evitar, de esta forma, la indefensión de la persona con discapacidad, pues de ese modo siempre existirá alguien que vele por su cuidado a lo largo de todo el proceso.

VII.- Con respecto de la prueba, la Ley 8/2021 introduce una importante modificación, la referente a la posibilidad de que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad. De nuevo, se da preferencia a la voluntad y protección de la persona interesada, y no se llevarán a cabo las audiencias cuando se considere que éstas invaden su privacidad y esta quiera mantenerla reservado. De esta forma se demuestra la máxima de esta reforma referida a que las personas con discapacidad siguen siendo titulares de sus propios derechos.

VIII.- La sentencia que determine los apoyos que necesite la persona con discapacidad, al igual que la que declare la incapacidad tiene naturaleza constitutiva, al crear un estado o situación jurídica inexistente con anterioridad a ella, produciendo efectos ex nunc, es decir de la sentencia. El nuevo procedimiento de provisión de apoyos conducirá a una sentencia que determinará los actos para los que la persona discapacitada necesite apoyos, pero, en

ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de los derechos de la persona discapacitada.

XI.- Por último, mencionar la importancia de la revisión periódica (de las medidas de apoyo acordadas), evitando de esta forma un sistema estático que, en nuestra consideración, incumpla el principio de proporcionalidad en la instauración de las medidas. Es muy importante tener en mente que las circunstancias de la persona pueden ser cambiantes de forma continua y con esta nueva Ley se evita el abuso o la pérdida de capacidad de forma permanente, permitiendo una mayor adaptación personal de las medidas de la persona con discapacidad.

X.- Concluir que se trata de una materia que ha sufrido grandes revisiones a lo largo de los años, las cuales todavía no han concluido, ni creo a mi parecer, que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad suponga su culminación.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ SACRISTAN I., “Eficacia judicial de la resolución administrativa de incapacidad para el trabajo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 696, Enero de 2006,

ARMENTA DEU, T., “*Lecciones de derecho procesal civil: Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*”, ed. 7ª, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.

BANACLOCHE PALAO J. y CUBILLO LÓPEZ, “*Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Civil*” Madrid, 2016

CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre la capacidad de las personas*, ed. 1, Ed. Aranzadi, 2014.

CORTES DOMINGUEZ, V y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal civil, parte especial*, Valencia 2019.

ESPINOSA SOTO, _I., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de fecha 13 de mayo de 2015, número de resolución 244/2015” en *Notarios y Registradores*, disponible en <<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/aula-social/articulos-a-s/sentencia-de-incapitacion-un-traje-a-medida/>> [Consulta: 7 julio 2021].

FERNANDEZ ARANAZ G., *Derecho intelectual y derecho*. Madrid, 2014.

GARCIA RUBIO, M.P., “La necesaria urgente adaptación del Código civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York, sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 58, 2017-18.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID (España), *Cuadro comparativo Ley de Discapacidad, Modificaciones que opera la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* <<https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/06/cuadro-COMPARATIVO-Ley-Discapacidad.pdf>> [Consulta: 6 julio 2021].

LETE DEL RÍO J.M, El proceso de incapacitación,” en *Actualidad civil*, nº 4, 2001, p. 1485.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., *Guía rápida de la reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid 15 de junio 2021.

MARTIN GRANIZO,M., *Comentarios al CC*, con ALBACAR, Ed. Trivium, Madrid,AÑO

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *El procedimiento de incapacitación*, Ed. Fe d'erratas, Madrid 2013.

MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional II*, ed. 27, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

¹MORAL MORO, M. J., “Aspectos procesales del Anteproyecto de ley por el que se reforma la Legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid, 2020.

NOTARIOS Y REGISTRADORES (España), *Tablas comparativas de artículos de la Ley de apoyo a las Personas con Discapacidad*, Admin, 07/06/2021 <<https://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/comparativas-articulos/ley-8-2021-apoyo-personas-con-discapacidad/#cca199>> [Consulta: 7 julio 2021].

PARRA LUCAN, *Curso de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1996.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “*Derecho de la persona; acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho*”, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

ROMERO COLOMA, A.M. *Capacidad, incapacidad, e incapacitación*, Madrid: Editorial Reus , Madrid, 2013.

SANCHO GARGALLO I., “Comentario al artículo 757 de la LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000??AÑO p. 3433.

SEPÍN, “*Guía práctica de la nueva Reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad*”, ed. 1, Ed. Sepín, 2-7-2021, disponible en <https://edcp.blogs.uoc.edu/ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica/> [Consulta: 7 julio 2021]

VILALTA NICUESA , A. E., “personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en *Revista de internet, Derecho y Política*, Universidad Oberta de Catalunya, 9 junio 2021.

VIVAS TESÓN, I., “La reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad: ¿A partir de septiembre, que?”, 14 junio 2021, disponible en <<https://bayderecho.expansion.com/2021/06/14/la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-de-las-personas-con-discapacidad-a-partir-de-septiembre-que/>> [Consulta: 7 julio 2021].

WOLTERS KLUWER, “Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad”, *noticias jurídicas*, 03/06/2021, disponible en Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad · Noticias Jurídicas (juridicas.com).

6. JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Supremo

- STS N° 372/1991, Sala Primera de lo Civil, de 24 de mayo de 1991.
ECLI:ES:TS:1991:3833
- STS, N° 995/1991, Sala de lo Civil, Sección I, de 31 de diciembre de 1991.
ECLI: ES:TS:1991:7348
- STS, Sala Primera, de 30 de diciembre de 1995, RA 9664.
ECLI:ES:TS:1995:2240
- STS, N° 818/1998, Sala de lo Civil, Sala Primea, de 28 de Julio de 1998.
ECLI:ES:TS:1998:1351
- STS, N° 1342/1999, Sala Primera de lo Civil, de 4 de marzo de 1999.
ECLI:ES:TS:1999:2394
- STS, N° 781/2004, Sala Primera, de 14 de Julio de 2004.
ECLI:ES:TS:2004:584
- STS, N° 3441/2013, Sala Primera de lo Civil, de 24 de junio de 2013.
ECLI:ES:TS:2013:3441
- STS N° 337/2014, Sala Primera de lo Civil, de 30 de junio de 2014.
ECLI:ES:TS:2014:1405
- STS N° 244/2015, Sala Primera de lo Civil, de 13 de mayo de 2015.
ECLI:ES:TS:2015:1945
- STS, 1335/2017, Sala de lo Civil, del 4 de abril del 2017.
ECLI:ES:TS:2017:1335
- STS N° 146/2018, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018.
ECLI: ES:TS:2018:936
- STS N° 38372018, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2018.
ECLI:ES:TS:2018:3394

- STS N° 2805/2018, Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018.
ECLI:ES:TS:2018:2805

2. Audiencia Provincial

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2, 360/2016, e 4 de octubre de 2016.ECLI:APS:2016:853
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3, 364/2917, de 16 de mayo de 2017. ECLI:APGC:2017:989
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2, 115/2021, de 22 de abril de 2021. ECLI:APLE:2021:654