



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## La reforma de la discapacidad

Presentado por:

*Elena García Salazar*

Tutelado por:

*Esther Muñiz Espada*

*Valladolid, 16 de septiembre de 2021*

## RESUMEN

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 supuso la implantación de un modelo basado en el respeto pleno a los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad. Tras la ratificación por España en 2008 de este tratado internacional, España está obligada a adaptar el derecho interno a lo establecido en la CDPD con la finalidad de garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica a través de un modelo de apoyo o asistencia en la toma de sus decisiones. Como resultado de esta obligación impuesta en el art. 12 de la CDPD se ha adoptado la Ley 8/2021, de 2 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.

**Palabras clave:** Apoyo. Capacidad jurídica. Incapacidad. Discapacidad. Curatela. Tutela. Reforma. Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

## ABSTRACT

Convention on the Rights of Persons with Disabilities meant the implantation of a model based on the full respect for the rights of persons with disabilities in conditions of equality. After Spain's ratification of this international treaty in 2008, the State is obliged to adapt the domestic law to that established by the Convention with the purpose of ensuring the exercise of their legal capacity for persons with disabilities through a model founded on providing support and assistance to these persons in their decision making. As a result of this obligation arising from article 12 of the Convention, law 8/2021, of 2nd of June, was adopted, by which law the civil and procedural legislations have been modified to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity.

**Keywords:** Support. Legal capacity. Handicap. Disability. Curatorship. Tutelage. Reform. United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

# ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. PLANTEAMIENTOS GENERALES .....	9
2.1 Evolución de los conceptos para definir a las personas con discapacidad .....	9
2.2 Delimitación jurídica de la discapacidad antes de la ratificación por España de la CDPD.....	11
2.2.1 Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos .....	12
2.2.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.....	13
2.2.3 Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad .....	15
2.3 Capacidad de obrar antes de la ratificación de la CDPD .....	15
3. INCAPACITACIÓN COMO ESTADO CIVIL .....	17
3.1 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil .....	17
3.2 Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela ..	18
3.3 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.....	20
3.4 De incapacidad a capacidad modificada judicialmente.....	21
4. INSTITUCIONES DE GUARDA Y PROTECCIÓN (antes de la reforma).....	22
4.1 Tutela.....	23
4.2 Curatela .....	24
4.3 Defensor judicial.....	25

4.4 Guarda de hecho .....	25
4.5 Guarda administrativa.....	26
5. CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	26
5.1 Aspectos más significativos de la Convención.....	26
5.2 Análisis del art. 12 de la CDPD.....	29
5.3 Concepto de apoyo .....	30
6. IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA DE LA CDPD: IMPACTO Y CONSECUENCIAS.....	32
6.1 Ratificación de la Convención.....	32
6.2 Pronunciamiento jurisprudencial del TS.....	33
6.3 Adaptaciones legales a la CNY.....	35
6.3.1 Informe del Consejo de ministros de 30 de marzo de 2010.....	35
6.3.2 Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. ....	37
6.3.3 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social .....	38
6.4 El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y su informe de 2012 sobre España .....	39
7. LA REFORMA CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA .....	40
7.1 Concepto de la discapacidad en la proyectada reforma civil y procesal.....	40
7.2 La tutela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada .....	42
7.3 Beneficiarios del sistema de provisión de apoyos.....	44
7.4 De la obediencia a la preferencia de su voluntad.....	45
7.5 Derecho a no recibir apoyos.....	46
8. LAS MEDIDAS DE APOYO.....	48

8.1	Introducción.....	48
8.2	Medidas voluntarias de apoyo .....	49
8.2.1	Documento notarial de prevención de la discapacidad.....	49
8.2.2	Poderes preventivos.....	50
8.2.3	Autocuratela.....	51
8.3	La curatela.....	52
8.3.1	La designación del curador .....	53
8.3.2	Del ejercicio de la curatela .....	53
8.3.3	La extinción de la curatela.....	54
8.4	La guarda de hecho .....	54
8.5	El defensor judicial.....	55
8.7	Reflexiones .....	56
9.	CONCLUSIONES .....	57
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	58

## ABREVIATURAS

APL	Anteproyecto de Ley
ART	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CPDP/CNY	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
CE	Constitución Española
CGDP	Consejo General del Poder Judicial
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDPD	Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
LISMI	Ley de Integración Social de los Minusválidos
LJV	Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPPD	Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad
LRC	Ley de Registro Civil
OMS	Organización Mundial de la Salud
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

## 1. INTRODUCCIÓN

La discapacidad es una realidad que afecta a una quinta parte de la población mundial, mil millones de personas en 2021 tiene algún tipo de anomalía o deficiencia psíquica, física, intelectual o sensorial de forma continuada como resultado de su interacción con las barreras de la sociedad que les impide ser independientes y participar plenamente en la sociedad<sup>1</sup>.

Vivimos en una sociedad de desigualdades a pesar de que desde hace años se intenta proyectar en nuestro ordenamiento la igualdad ante la ley de todas las personas y el ejercicio y respeto de sus derechos inherentes e inviolables, en aplicación de los arts. 10.1 y 14 de la Constitución Española.

Esta desigualdad se traduce en una dificultad que experimentan las personas con discapacidad para acceder a diferentes sectores de nuestra vida, como es el empleo, la educación o la asistencia sanitaria, particularmente este último, puesto que “la inclusión de la discapacidad en el sector de la salud sigue siendo una brecha en las agendas de salud de los países”, tal y como afirma la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS). Asimismo, la OMS señala que “la realidad es que pocos países brindan servicios de calidad adecuada a las personas con discapacidad<sup>2</sup>”.

En consecuencia, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 manifiesta la necesidad de empoderar a las personas vulnerables y reflejar sus necesidades, entre las que se encuentra las personas con discapacidad, especificando que más del 80% de ellas viven en la pobreza. Uno de los objetivos de esta Agenda respecto a las personas con discapacidad es “lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente (...) así como la igualdad de remuneración por

---

<sup>1</sup> The world bank. *Disability inclusion*. (Last Updated: Mar 19, 2021). <<https://www.worldbank.org/en/topic/disability>> [Consulta: 23 agosto 2021].

<sup>2</sup> World health organization. *Disability and health*. (10 de diciembre de 2020). <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>> [Consulta: 23 agosto 2021].

trabajo de igual valor” así como “potenciar y promover su inclusión social, económica y política<sup>3</sup>”.

La la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad por la Organización de las Naciones Unidas según algunos autores ha supuesto un cambio profundo no solo terminológico, sino mental del tratamiento jurídico de las personas en situación de discapacidad, obligando a todos los Estados Parte, entre ellos España, a cambiar el derecho interno incorporando las medidas oportunas para ajustarlo a las previsiones de la Convención.

El tres de septiembre del presente año ha entrado en vigor 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. Con la finalidad de adaptar nuestra legislación a lo estipulado en el art.12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo las medidas necesarias para garantizar que las personas con discapacidad puedan llevar el control de sus vidas y sean iguales ante la ley.

El objeto del presente trabajo es, por tanto, la realización de un análisis de la evolución normativa de la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico, comparando el tratamiento jurídico de la discapacidad antes de la reforma en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad que introduce la Ley 8/2021 y después de ella, desde el punto de vista de la protección que regula el Código Civil de las personas con discapacidad, es decir, centrándonos en este estudio en las instituciones de guarda y protección de las personas con discapacidad, no siendo objeto de nuestro análisis toda la ley mencionada.

Por consiguiente, una de las piezas claves objeto de análisis es 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, si bien esta ley incide en la reforma de siete leyes de nuestro derecho interno, que son el Código Civil, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de protección patrimonial de las personas con

---

<sup>3</sup> Naciones Unidas. Asamblea General. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. (21 de octubre de 2015). <[https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S)> [Consulta: 1 septiembre 2021].



discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio, nos centraremos exclusivamente en la reforma del Código Civil, concretamente, en el nuevo Título XI, ya que de los que se han reformado es aquel que regula el ámbito de la discapacidad y el nuevo sistema de provisión de apoyos a dichas personas.

El trabajo comienza con la progresión que ha tenido el concepto de discapacidad en nuestra sociedad y legislación hasta la implantación permanente del término de discapacidad para definir a este grupo de personas. Después pasamos a delimitar la normativa existente en España sobre la protección de estas personas antes de que se ratificase la Convención, así como las instituciones de guarda y protección y los textos legales que regulaban la tutela y la incapacitación y el progreso de estas. El núcleo del trabajo es el estudio de la Convención, prestando especial atención al impacto del tratado internacional en España y sus adaptaciones legales hasta llegar a la Ley 8/2021, cuyo eje central es la implantación de un sistema de provisión de apoyos, con un carácter mayoritariamente asistencial en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

## **2. PLANTEAMIENTOS GENERALES**

### **2.1 Evolución de los conceptos para definir a las personas con discapacidad**

A lo largo de la historia el tratamiento jurídico y social y la denominación de las personas con discapacidad ha sufrido numerosos cambios en concordancia con la evolución de la sociedad.

Actualmente en la legislación española, tras la adaptación normativa de la Convención de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD, CNY o Convención, indistintamente) en el derecho interno, citando el art. 1.2 de la Convención, se denomina personas con discapacidad a “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Pero esto no siempre ha sido así, ya que el término de discapacidad se incorpora en la legislación española con la Constitución de 1978, al igual que el de minusvalía, que se utilizaban indistintamente. Hasta entonces se empleaban términos que actualmente se consideran incorrectos, deplorables y comportan una actuación discriminatoria por depreciar a la persona con discapacidad<sup>4</sup>.

En el año 1910 este grupo de personas recibía la denominación de anormales<sup>5</sup>, es decir, persona no normal, concibiendo la normalidad como el estado natural de las personas, por lo que se entendía que las personas con discapacidad no se hallaban en su estado natural. Tras el término de anormal, se emplea en los años 30 la expresión de inútil<sup>6</sup>, esto es, persona no útil, en relación con el contexto de la época como persona que no sirve para el servicio militar, también era utilizado el término de enfermo psiquiátrico para aquellas personas con enfermedades mentales. En los años posteriores, se aplican los conceptos de inválido, subnormal y deficiente para referirse a las personas con discapacidad, expresiones que no conllevan ni su igualdad jurídica y de trato ni su inclusión en la sociedad, sino que facilitan su discriminación. Por lo que se conseguía lo contrario que lo que se intentaba promover con las políticas sociales, esto era, la rehabilitación e integración social.

Con la adopción de la Constitución de 1978 se empiezan a utilizar los términos discapacidad y minusvalía<sup>7</sup> para referirse a este colectivo. Examinando el concepto de minusvalía, su traducción del latín es “menos válido”, es decir, son personas que, en múltiples ámbitos de la vida, como en el empleo, sus posibilidades de adquirir un trabajo se ven disminuidas por razón de tener una deficiencia en sus capacidades físicas, psíquicas o

---

<sup>4</sup> VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel, et al. *Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante*, 2001, pp. 5.

<sup>5</sup> Real Orden de 21 de julio de 1910 por la que se establece la constitución definitiva del Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales y su división en tres secciones. Gaceta de 22 de julio de 1910.

<sup>6</sup> Decreto para el ingreso en el cuerpo de inválidos militares de los Jefes y Oficiales de la Armada declarados inútiles por pérdida total de la visión. 1931.

<sup>7</sup> Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

sensoriales. No hace falta decir que este término tiene connotaciones socialmente negativas, no favoreciendo de tal manera su participación plena en todos los ámbitos de la sociedad<sup>8</sup>.

El otro término popularmente utilizado es el de discapacidad, de hecho, la CDPD de 2006 establece que el término correcto para referirse a este grupo de personas es el de “personas con discapacidad”. La Real Academia Española (en adelante, RAE) define la discapacidad como aquella “situación de la persona que por sus condiciones físicas o mentales duraderas se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social”. Es decir, que con el término de discapacidad se interpreta que quien se encuentra en situación de discapacidad no tiene la capacidad de obrar suficiente para realizar determinadas funciones, esto no significa que sufra una disminución de su valía que es lo que se interpreta con la palabra de minusvalía, por lo tanto, discapacidad no tiene connotaciones sociales tan negativas como minusvalía. El término discapacidad es el utilizado actualmente tras la reforma civil y procesal de nuestra legislación para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>9</sup>.

## **2.2 Delimitación jurídica de la discapacidad antes de la ratificación por España de la CDPD.**

El tratamiento jurídico de las personas discapacidad se regulaba en España, antes de la entrada en vigor el 3 de mayo de 2008 la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, principalmente a través de tres textos legales: la Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social supuso la

---

<sup>8</sup> VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel, et al. *Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante*, 2001, pp. 6.

<sup>9</sup> VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel, et al. *Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante*, 2001, pp. 6.

desaparición de estas tres leyes para unirse en una sola, unificándose esta materia en un único texto legal.

### 2.2.1 Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos

La ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI) se creó para cumplir con lo que determina el art. 49 de la CE, esto es, “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”.

Es preciso hacer un inciso a este precepto y señalar varias reflexiones, en primer lugar, son evidentes las variaciones en materia del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad que se han hecho desde que se publicó ese art., ya que la ratificación por España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en 2008 supuso el cambio de la concepción de la discapacidad, sustituyéndose el modelo rehabilitador o médico por el modelo social, por ello ya no se hablará de que “los poderes públicos realizarán una política de rehabilitación”, sino que es el entorno social el que debe adaptarse y garantizar la plena participación en la sociedad de todas las personas. También es destacable el uso del término “disminuido” en este art. para hablar de las personas con discapacidad, no cabe duda de que es un término peyorativo que deprecia a la persona a la que define<sup>10</sup>.

Si bien es cierto que el 11 de mayo del presente año el Consejo de ministros aprobó el Proyecto de reforma por el que se modifica este art. 49 de la CE<sup>11</sup> que supone la primera reforma social de la CE. Esta reforma implica tanto la sustitución del término de “minusválido” por el de “personas con discapacidad”, como un cambio en la estructura y

---

<sup>10</sup> *La Integración Social de las personas con discapacidad: La Ley 13/1982, de 7 de Abril.* Discapnet. <<https://www.dicapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/preguntas-y-respuestas/la-integracion-social-de-las-personas-con-discapacidad-la-ley-13-1982-de-7-de-abril>> [Consulta: 18 agosto 2021].

<sup>11</sup> La Moncloa. *Reforma Del Artículo 49 De La Constitución Española* [Consejo De Ministros]. 11 de abril de 2021. <<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/110521-enlace-constitucion.aspx>> [Consulta: 27 julio 2021].

en el contenido de dicho precepto puesto que no concuerda con el tratamiento actual de las personas con discapacidad a través de un modelo social, que se encuentra marcado por la CDPD de 2006.

Dicho esto, esta ley reconocía a “toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales” -a tenor del art.7.1 LISMI- los derechos mencionados en el art. 49 de la CE. Ello supone el reconocimiento a las personas con discapacidad de la dignidad que le es propia, exteriorizada esta dignidad en tres pilares esenciales de la vida como son la sanidad, la educación y la reinserción laboral de las personas con discapacidad<sup>12</sup>, para “su completa realización personal y su total integración personal”, como también “la asistencia y tutela” en los casos que corresponda, de acuerdo con el art.1 de la presente ley. De igual modo, citando al art. 3 LISMI, el Estado deberá garantizar las obligaciones relativas a “la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos, sociales mínimos y la Seguridad Social”.

*2.2.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*

Sin perder la vigencia de la Ley 13/1982, de 7 de abril, tras un periodo de veintidós años desde su entrada en vigor, se promulgó la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Esta ley se creó como respuesta ante la todavía sociedad de desigualdades, pese a que desde la entrada en vigor de nuestra Carta Magna se intenta proyectar la igualdad ante

---

<sup>12</sup> *La Integración Social de las personas con discapacidad: La Ley 13/1982, de 7 de Abril.* Discapnet. <<https://www.dicapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/preguntas-y-respuestas/la-integracion-social-de-las-personas-con-discapacidad-la-ley-13-1982-de-7-de-abril>> [Consulta: 18 agosto 2021].

la ley de todas las personas y el ejercicio de sus derechos inherentes e inviolables, y también como respuesta a la llegada de nuevos enfoques de la discapacidad<sup>13</sup>.

La ley tiene como objetivo principal la protección de los derechos de las personas con discapacidad para su plena inclusión en la vida política, social y cultural, teniendo como referencia los principios constitucionales que representan los arts. 9.2, 10.1, 14 y 49 CE. El art. 10.1 al reconocer “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social”; el arts. 9.2 al declarar que “los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social”; el art. 14 al acentuar la igualdad ante la ley, sin que pueda existir ningún tipo de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social; y el ya mencionado art. 49 CE.

Un aspecto central y diferenciador con respecto a la LISMI es que ya no se trata de cumplir con una función asistencial o de corrección de las deficiencias en las capacidad físicas, psíquicas y sensoriales de las personas con discapacidad, sino de cumplir con lo manifestado en los preceptos del párrafo anterior, proporcionando los recursos necesarios para que puedan ejercer sus derechos y obligaciones como sujetos con respeto pleno a sus derechos en condiciones de igualdad.

Además, introduce en el art. 1.2<sup>14</sup> un nuevo enfoque de las personas con discapacidad con respecto a la LISMI, siendo la misma que aplica la Convención de Nueva York manifestado en su art. 1.2, no recogiendo ya el término “disminuido” y matizando que esas deficiencias se producen por su interacción con los obstáculos del entorno social.

---

<sup>13</sup> DEL CARMEN MARTÍNEZ, María. “Personas con discapacidad intelectual: igualdad jurídica, protección asistencial y asistencia sanitaria”. *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2010, núm. 11, pp. 297.

<sup>14</sup> El art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre establece: “Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

*2.2.3 Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*

La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad se crea como resultado de la obligación impuesta al Gobierno de formular un proyecto de ley que recoja el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad y remitírsele a las Cortes en un plazo como máximo de dos años desde el 27 de marzo de 2008, a tenor de la disposición final undécima de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

### **2.3 Capacidad de obrar antes de la ratificación de la CDPD**

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad introdujo una nueva noción de la capacidad jurídica, cambiando su enfoque de tal manera, que en dicha capacidad comprende tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar<sup>15</sup>. Para entender esta actual capacidad jurídica a la que alude la CDPD y que se va a instaurar de forma definitiva en nuestro derecho interno con la ley 8/2021, de 2 de junio, es necesario estudiar la antes denominada capacidad de obrar.

Para hablar de la capacidad de obrar antes de nada es preciso mencionar los términos “capacidad jurídica” -que es la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y deberes jurídicos y se obtiene al nacer por el mero hecho de ser persona- y “personalidad jurídica”-que es la facultad por la que la ley te reconoce como persona física<sup>16</sup>-. Uniendo ambos conceptos obtenemos la capacidad de obrar, a través de la cual se adquiere la titularidad de derechos y obligaciones y la legitimación para ejercerlos, por regla general son susceptibles de tener capacidad de obrar las personas mayores de edad, alcanzando la mayoría de edad a los 18 años. Sin embargo, las personas con deficiencias en sus

---

<sup>15</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 166-167.

<sup>16</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 163.

capacidades físicas, psíquicas o sensoriales también carecen junto con los menores de edad de una plena capacidad de obrar. No obstante, entre ambos grupos hay contrastes puesto que dentro de las personas incapacitadas dependiendo de lo establecido en la sentencia judicial -mediante la cual se les reduce su capacidad de obrar- tendrán un grado mayor o menor de limitación de la capacidad de obrar, por lo que habrá que atender a cada caso concreto<sup>17</sup>.

Como la capacidad de obrar varía en función de la persona, podemos distinguir de tres tipos de capacidades de obrar.

En primer lugar, la capacidad de obrar plena es aquella que se adquiere con la mayoría de edad -el art. 12 de la CE decreta que la mayoría de edad de los españoles se alcanza a los dieciocho años- la idoneidad de ser titular y ejercer derechos y cumplir obligaciones a través de actos o negocios jurídicos con eficacia jurídica mediante los que se crean, modifican y extinguen relaciones jurídicas. La mayoría de edad es lo que hace esa persona tenga un dominio total de actuación en el ámbito jurídico, con una presunción *iuris tantum* en virtud de lo establecido en el -ya derogado mediante la disposición derogatoria única. Tres de la Ley 8/2021, de 2 de junio- art. 322 CC, “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código<sup>18</sup>”.

En segundo término, la capacidad de obrar especial es aquella en la que sus titulares deben reunir ciertas condiciones específicas para su ejercicio, no bastando la mayoría de edad para la realización de determinados actos o negocios jurídicos, como ocurre con el proceso de adopción regulado en el art. 175 CC, para el cual la ley exige que la persona adoptante tenga una edad mínima de 25 años<sup>19</sup>.

En última instancia se encuentra la capacidad natural, en este caso el factor determinante es el grado de madurez o juicio de discernimiento que presenta una persona,

---

<sup>17</sup> LACRUZ BERDEJO J. L; SANCHO REBULLIDA F. DE A.; L. *Elementos de Derecho Civil. Tomo I: parte general. volumen segundo*. DYKINSON, 2010, sexta edición, pp. 2-3.

<sup>18</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 163-164.

<sup>19</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 164.



equiparándose de tal forma la capacidad natural a la “capacidad mental”, debido a que los requisitos para asumir la capacidad de obrar no responden solamente a la edad, sino que se debe estar en su sano juicio, se debe poder entender y querer. Por consiguiente, quien no tenía la capacidad natural se le incapacitaba judicialmente por sentencia<sup>20</sup>.

### **3. INCAPACITACIÓN COMO ESTADO CIVIL**

La incapacitación es la figura por la que se reconoce una limitación en la capacidad de obrar, de ahí que sean dos conceptos que están altamente ligados. De esta manera, la incapacitación produce el ingreso de la persona incapacitada en el estado civil de incapaz<sup>21</sup>.

La ciencia jurídica evoluciona al igual que lo hace la sociedad, esto supone la reforma del derecho interno cada cierto tiempo para que se ajuste con la realidad. En esta materia, la legislación española se pueden diferenciar tres leyes analizándolo desde la promulgación del Código Civil, sin contar con la Ley 8/2021, de 2 de junio, objeto de análisis del trabajo.

#### **3.1 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**

El régimen jurídico de la incapacitación en la versión original de 1889 del Código Civil tenía como protagonista la tutela, en vista de que todas las personas incapacitadas a través del procedimiento de incapacitación de jurisdicción voluntaria se sometían a un sistema tutelar de familia compuesto por las figuras del tutor -que actuaba como representante legal-; el protutor -que cumplía con la función de controlar la actuación del tutor-; y el Consejo de Familia -que ejercía de órgano rector de la tutela y se encargaba de las

---

<sup>20</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 164.

<sup>21</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 73.

autorizaciones y aprobaciones de los actos relativos a la gestión tutelar de la persona y de sus bienes-. La incapacitación como estado civil era rígido e inamovible<sup>22</sup>.

### **3.2 Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela**

No es hasta el año 1983 con la Ley 13/1983, de 24 de octubre cuando el sistema tutelar de la ley original de 1889 sufre modificaciones. Uno de los aspectos que se modificó fue el de las causas que determinaban el sometimiento de una determinada persona a la incapacitación, determinadas en el antiguo art. 200 del CC. En un principio estas causas eran *numerus clausus*, esto cambió con la Ley 13/1983, de 24 de octubre que incorporó una definición más amplia, declarando que serían sujetos de incapacitación todas aquellas personas con enfermedades físicas o psíquicas de forma permanente y que no puedan gobernarse por sí mismas a causa de dicha enfermedad<sup>23</sup>.

A su vez, la Ley 13/1983 introdujo la regulación del régimen de protección de estas personas en función de sus necesidades, en contraposición con el sistema rígido y permanente de la anterior legislación. Estableciendo, por tanto, una graduación de la capacidad de obrar, dependiendo de esta graduación los incapacitados se someterían a una figura de protección y a una limitación de su capacidad de obrar diferentes<sup>24</sup>.

Asimismo, esta reforma obligó a que el proceso de incapacitación tuviese lugar únicamente a través de sentencia judicial. Con base en el art. 199 del CC, -derogado por el art.2.21 de la Ley 8/2021- las personas sólo podrán ser declaradas incapaces a través de sentencia judicial por las causas establecidas en la ley. A pesar de que, quien declara incapaz a una persona es el juez, no se ha eliminado por el completo el papel de la familia a la hora

---

<sup>22</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 72-73.

<sup>23</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 171.

<sup>24</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 73.

de la configuración y el funcionamiento de la tutela, en algunos aspectos siguen siendo necesarios los vínculos familiares<sup>25</sup>.

Un precepto destacable fue el art. 215 CC, antes de su modificación con la Ley 8/2021, que establecía una nueva figura de guarda y protección de las personas menores de edad e incapacitadas que era la curatela, es decir que existían tres figuras de guarda y protección, la tutela, la curatela y el defensor judicial.

Además, la Ley 13/1983, de 24 de octubre incorporó la posibilidad de que las personas menores de edad sean declaradas incapacitadas con la concurrencia de determinadas condiciones.

Por otra parte, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil se sustituyó del art. 1263.2 del CC el término utilizado para referirse a los sujetos susceptibles de ser incapacitados que era “los locos y dementes y los sordomudos que no sepan escribir” por “incapacitados”.

Es preciso tener presente que no es lo mismo el procedimiento de incapacitación que aquel por el que se obtiene el “certificado o calificación legal de discapacidad<sup>26</sup>” expedido por la Administración Pública correspondiente. El certificado legal de discapacidad no implica la entrada de esa persona en el estado civil de incapaz, al contrario que lo que sucede con el proceso de incapacitación, ya que es para aquellas personas que tienen una “incapacidad simple o de hecho”. Es decir que al tipo de capacidad a la que se alude con el proceso para obtener la certificación es la capacidad natural, por lo que el eje central es el grado de madurez y no afecta al estado civil porque el estado civil de incapacitado se alcanza por razón de una limitación en la capacidad de obrar y a través del proceso de incapacitación, al cual no se someten los que tienen una incapacidad natural<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 74.

<sup>26</sup> Regulado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

<sup>27</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 172.

### **3.3 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad**

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que modifica preceptos del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (en adelante, LPPD) se promulga con el objetivo de garantizar a las personas con discapacidad nuevos mecanismos para la protección de sus derechos, en concreto, de su patrimonio. Sigue con la sintonía de velar por una plena participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, en igualdad de trato con el resto de los ciudadanos, desde la posición de los arts. 9.2 y 49 de nuestra Carta Magna ya mencionados.

Si bien la Ley está dirigida a la regulación del “patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, dos de los elementos más significativos de la LPPD son la admisión de la autotutela y el poder preventivo como mecanismo de prevención de la situación de incapacidad<sup>28</sup>.

La Ley 41/2003 añadió en el art. 1732 CC la regulación del apoderamiento preventivo como figura complementaria a la autotutela instaurando como régimen de autoprotección la opción de no extinción del mandato con la sobrevenida incapacitación del mandante si este ha manifestado que quiere seguir con el mandato.

En cuanto a la autotutela, en la exposición de motivos VI se define a la autotutela como “la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas”. Es el art. 223.2 del CC, antes de ser modificado por la Ley 8/2021, el que recoge a partir de la entrada en vigor de esta ley, la posibilidad de que “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

---

<sup>28</sup> LACRUZ BERDEJO J. L.; SANCHO REBULLIDA F. DE A.; L. *Elementos de Derecho Civil. Tomo I: parte general. volumen segundo*. DYKINSON, 2010, sexta edición, pp. 151.

Por su parte, el art.2.2<sup>29</sup> de este texto legal introduce una nueva delimitación de las personas con discapacidad atendiendo a su minusvalía, no obstante, advierte que esta definición solo importará a efectos de esta ley.

En último término, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica incorporó en su art. 11 las “instrucciones previas<sup>30</sup>” como medida para fortalecer la autonomía del paciente.

### **3.4 De incapacitación a capacidad modificada judicialmente**

La figura de la incapacitación ha desaparecido con la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, sin embargo, antes de su eliminación sufrió un cambio terminológico<sup>31</sup>.

Esta modificación terminológica se produce como resultado de la obligación impuesta en la CDPD de que todos los estados que ratifiquen la Convención deben adaptar su legislación interna conforme a los principios y al modelo implantados en la CDPD.

Por lo tanto, a partir de la Ley 20/2011, de 21 de junio del Registro Civil (en adelante, LRC) las personas con discapacidad que no tengan la capacidad de obrar plena

---

<sup>29</sup> El art. 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre establece: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”.

<sup>30</sup> El art. 11 de la Ley 41/2002 regula las instrucciones previas: “Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”.

<sup>31</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 80.

para la realización de determinados actos o negocios jurídicos se someterán al procedimiento denominado “modificación judicial de la capacidad de las personas”, y esas personas se denominarán “personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente”. Esta indicación en la LRC es cuanto menos singular puesto que el CC y la LEC, que son las leyes principales en la regulación de la capacidad de obrar, durante todos estos años seguían con los procedimientos y figuras característicos del modelo rehabilitador del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, no cumpliendo con lo manifestado en el art. 12 de la CDPD hasta la Ley 8/2021, de 2 de junio<sup>32</sup>.

#### **4. INSTITUCIONES DE GUARDA Y PROTECCIÓN (antes de la reforma)**

La patria potestad es la institución mediante la cual sus titulares, los progenitores, están obligados a proteger, alimentar, educar y velar por sus hijos menores de edad y en su caso los mayores de edad con la capacidad modificada judicialmente, así como ser sus representantes legales y administrar sus bienes en aquellos actos o negocios jurídicos que no puedan realizar por ellos mismos, al amparo del art. 154 CC.

Junto a esta institución, se crearon las instituciones de guarda y protección que operaban, antes de la ley 8/2021 que entra en vigor el 3 de septiembre, en los casos en que los menores, emancipados o no, o mayores incapacitados por sentencia judicial necesitan protección al carecer de capacidad de obrar plena y no pueden realizar dicha función los padres, es decir, que se aplican de forma subsidiaria a la patria potestad.

La principal diferencia entre la patria potestad y las instituciones tutelares es que en la primera hay una relación de parentesco entre el titular de la patria potestad y a quien se le ejerce esa patria potestad, aspecto que no ocurre en las instituciones tutelares. Asimismo, la regla general es que el juez o en su caso, el secretario judicial juega un papel fundamental en todo lo relativo a la constitución de las instituciones tutelares. Dentro del sistema tutelar propiamente dicho podemos diferenciar tres figuras, que son la tutela, la curatela, el

---

<sup>32</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 157-158.

defensor judicial<sup>33</sup>, con finalidades y potestades distintas. Adicionalmente, es preciso mencionar la guarda de hecho y la guarda administrativa como otras formas de protección. Cabe señalar que en el sistema tutelar rige el principio de la supremacía del interés del menor e incapaz<sup>34</sup>.

Es necesario explicar brevemente cada una de las instituciones tutelares, incidiendo especialmente en la tutela, ya que es el principal cambio de la reforma puesto que desaparece del ámbito de la discapacidad.

#### 4.1 Tutela

La tutela era la institución regulada más extensamente en el CC, lo que anteriormente eran los arts. 222-285 CC.

Las personas menores de edad no emancipadas (no sujetas a la patria potestad) y en su caso, las personas mayores de edad con la capacidad de obrar modificada judicialmente si así lo establece la sentencia, eran las susceptibles de ser tuteladas, en virtud del antiguo art. 222 CC. El tutor ostenta sobre el sujeto sometido a tutela funciones equiparables a la patria potestad, es decir, guarda y protección tanto del tutelado como de sus bienes, además de que el tutor en determinadas cuestiones será el representante legal, con arreglo al anterior art. 267 CC, actuando en su nombre, pero siempre bajo el principio de supremacía del interés del tutelado. El juez es el que nombra al tutor y el secretario judicial el que “dará posesión de su cargo al designado<sup>35</sup>”.

---

<sup>33</sup> Reguladas estas figuras en el antiguo art. 215 CC cuando todavía no estaba publicada la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este art. también se preveía si la guarda y protección era sobre la persona y sus bienes o solo sobre una de ellas.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J; MORENO QUESADA, Bernardo. Calero. “El sistema tutelar”. *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*. 9a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 339-341.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J (Coord.). *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*. 9a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 347.

## 4.2 Curatela

La curatela es otra de las instituciones de guarda y protección que recoge el CC, tras la reforma es la principal medida de apoyo y la institución regulada más detalladamente en el CC.

Al contrario que el tutor, el curador no ejerce como representante legal del sujeto sometido a curatela, sino que su potestad se limita a la guarda de los bienes del menor o del incapacitado. Dicho con otras palabras, el curador asiste al curatelado en aquellos actos o negocios jurídicos que la sentencia judicial o la ley determinan. La gran diferencia es que mientras que en la tutela se suple la capacidad de obrar de la que carece el sujeto, en la curatela simplemente se asiste, se complementa esa capacidad. Este es uno de los principales motivos por los que se ha considerado que la curatela es la institución más acorde al nuevo modelo sustentado en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona<sup>36</sup>.

En cuanto a los destinatarios, los antiguos arts. 286 y 287 CC declaraban que las personas susceptibles de ser sometidas a curatela eran los menores de edad emancipados o “que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad”; las personas incapacitadas por sentencia judicial si la sentencia así lo dispone; y los declarados pródigos.

No obstante, la adopción de la curatela como medida de apoyo y protección de forma preferente a la tutela no ha sido de forma repentina con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sino que se ha instaurado gradualmente en nuestro derecho interno a partir de que la CDPD formase parte de nuestro ordenamiento en 2008, observándose en sentencias como la STS de 24 de junio de 2013. Esta sentencia versa sobre la modificación parcial de la capacidad de una persona con esquizofrenia paranoide, mediante la cual se nombra a un curador para que asista a esa persona, bajo el principio del superior interés de la persona con discapacidad. Esta sentencia supone la preferencia de la institución de la curatela por encima de la de la tutela- que era la medida principal de las figuras de guarda y protección- como medida de protección a las personas con discapacidad, limitando la

---

<sup>36</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J (Coord.). *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*. 9a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 367.



aplicación de la tutela de forma excepcional y cuando haya una privación total de la capacidad<sup>37</sup>.

De lo estipulado en esta sentencia derivan otras como la STS de 20 de octubre de 2015, donde también se le asigna un curador en vez de un tutor a una persona con discapacidad psíquica permanente e irreversible, al igual que en la STS de 16 de mayo de 2017, considerando que la curatela y una limitación parcial de la capacidad era el sistema de protección más adecuado para estas personas con discapacidad, por su actuación asistencial o de complemento en contraposición con la de representación de la tutela y de incapacitación total.

#### **4.3 Defensor judicial**

El art. 215 regulaba la figura del defensor judicial, siendo una sustitución temporal de los padres, del tutor o del curador, por motivos de conflicto de interés entre las partes o por ineficiencia de los órganos tutelares. De esta manera, el alcance de sus potestades depende de a que figura sustituye, así pues, si el órgano tutelar al que sustituye es la tutela, ejercerá las funciones de guarda y protección de la persona y de sus bienes, y si a quien sustituye es al curador, la guarda alcanzará solo a los bienes de esa persona<sup>38</sup>.

#### **4.4 Guarda de hecho**

Estas dos últimas figuras no se encontraban reguladas en el art. 215 CC por no considerarse propiamente instituciones tutelares, pero ello no significa que no sean formas de protección igualmente válidas y previstas en otros preceptos de la ley.

---

<sup>37</sup> DE LA IGLESIA, MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel. “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 147.

<sup>38</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J (Coord.). *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*. 9a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 369-370.

La guarda de hecho era aquella forma de protección de menores e incapaces por la cual el guardador obtenía las funciones de representación y defensa del sujeto por iniciativa propia<sup>39</sup>.

#### **4.5 Guarda administrativa**

La guarda administrativa es una figura de protección y guarda del menor de carácter exclusivamente temporal y provisional, quien ofrece esos cuidados y protección al menor es la entidad pública. Esta guarda administrativa se puede adquirir de varios modos, bien por iniciativa propia, por parte de los padres por no verse capacitados por motivos graves o cuando lo establezca el Juez. Una vez que ha pasado el plazo de la guarda administrativa (no pudiendo ser superior a dos años) el menor vuelve a estar sujeto al anterior sistema legal, bien sea la patria potestad o la tutela<sup>40</sup>. Todo ello en virtud del art. 172 CC.

Por último, es importante destacar el papel que realiza el Ministerio Fiscal en la guarda y acogimiento de menores, de acuerdo con el art. 174.1 “incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección”.

## **5. CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

### **5.1 Aspectos más significativos de la Convención**

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados el 13 de diciembre de 2006 en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>41</sup> han supuesto un antes y después según algunos autores

---

<sup>39</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J; MORENO QUESADA, Bernardo. Calero. “El sistema tutelar”. *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*. 9a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 371.

<sup>40</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J (Coord.). *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*. 9a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 372-373.

<sup>41</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Convención*. NACIONES UNIDAS. Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales.

en cuanto a la forma de concebir la discapacidad y su regulación jurídica, política y social a nivel internacional.

El factor clave de esta Convención es el cambio del modelo en el tratamiento de la discapacidad, puesto que hasta la fecha el modelo utilizado en este ámbito era el modelo médico o rehabilitador, mientras que lo que pretende la Convención es implantar el modelo social<sup>42</sup>.

Por un lado, el modelo rehabilitador se caracteriza por ser un sistema natural e individual, centrándose en que la disminución o pérdida de las funciones físicas, psíquicas, sensoriales o intelectuales de una determinada persona suponen un problema fundamentalmente médico cuya finalidad es la rehabilitación de esa anomalía física, psíquica, sensorial o intelectual. Es decir, lo que promueve este modelo es la recuperación o la adaptación de esas discapacidades a través de determinadas medidas en materia de salud, seguridad social y asistencia que garanticen su normalización en la vida social<sup>43</sup>.

Por otro lado, con un enfoque contrario, nos encontramos con el modelo de tratamiento social de la discapacidad, cuyo eje central son los derechos humanos que poseen las personas con discapacidad, estableciendo que debe garantizarse una igualdad de trato a todos los niveles entre las personas con discapacidad y las personas sin discapacidad. Cada persona posee unas facultades distintas relacionadas con su interacción con las limitaciones u obstáculos sociales, que en ningún momento tienen que derivar en una discriminación en el ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a la persona por el mero hecho de serlo<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>; SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Del modelo médico al modelo social: el enfoque de la discapacidad como un problema de derechos humanos”. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa*. Librería-Editorial Dykinson, 2015, pp. 26.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>; SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Del modelo médico al modelo social: el enfoque de la discapacidad como un problema de derechos humanos”. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa*. Librería-Editorial Dykinson, 2015, pp. 25.

<sup>44</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>; SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Del modelo médico al modelo social: el enfoque de la discapacidad como un problema de derechos humanos”. *La Convención Internacional*

En definitiva, el modelo actual enfatiza la idea de que no es la persona con discapacidad quien debe adaptarse a la sociedad, sino que es la sociedad quien debe adaptarse a las diversidades de las personas, no corregirlas, sino aceptarlas y realizar las medidas necesarias que garanticen su plena inclusión en la vida social<sup>45</sup>.

De manera que la CDPD fija sus objetivos y principios de conformidad con las nociones que transmite este modelo social, recogidos en los artículos 1.1<sup>46</sup> y 3<sup>47</sup> del CDPD respectivamente.

Respecto a los destinatarios, este instrumento internacional define que las personas con discapacidad serán “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” de acuerdo con lo dispuesto en el art 1.2 CDPD.

Uno de los preceptos más trascendentales del tratado internacional es el artículo 4<sup>48</sup>, el cuál manifiesta la obligación de los Estados Parte de remodelar su derecho interno de

---

*sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa.* Librería-Editorial Dykinson, 2015, pp. 27-29.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>; SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Del modelo médico al modelo social: el enfoque de la discapacidad como un problema de derechos humanos”. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa.* Librería-Editorial Dykinson, 2015, pp. 33-34.

<sup>46</sup> El art. 1.1 de la CDPD establece: “Artículo 1. Propósito. El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

<sup>47</sup> El art. 3 de la CDPD dispone: “Artículo 3. Principios generales. Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

forma que se adecúe a lo dispuesto en el CDPD -que no deja de ser el texto legal que aplica práctica y directamente lo que promulga la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 sobre la discapacidad- (en adelante, DUDH).

## 5.2 Análisis del art. 12 de la CDPD

El art. 12 de la CDPD es la piedra angular de la Convención, el cuál ratifica que las personas con discapacidad poseen plena personalidad jurídica en todos los ámbitos de la vida, y en su segundo apartado atribuye a los Estados Parte la obligación de reconocer esa igualdad de condiciones en cuanto a la capacidad jurídica.

Esta denominación de capacidad jurídica por parte de la CDPD es lo que ha generado mayor controversia por parte de los Estados Parte a la hora de modificar su legislación interna<sup>49</sup>.

En nuestro ordenamiento, la capacidad jurídica es aquella que obtenemos al nacer, perdemos al morir y es inherente a nosotros por el mero hecho de existir. A través de la capacidad jurídica somos susceptibles de adquirir derechos y obligaciones, pero para ejercitarlos necesitamos la capacidad de obrar. Esta capacidad es la que plantea más dificultades, como regla general se obtiene cuando se alcanza la mayoría de edad excepto para los -que antes eran- incapacitados, en la mayoría de los supuestos los menores de edad e incapacitados -estos últimos a través de la sentencia de incapacitación que es la que

---

<sup>48</sup> El art.4 de la CDPD establece: “Artículo 4. Obligaciones generales. 1. Los Estados Parte se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

<sup>49</sup> PONS, Antonio García. “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”. *Anuario de Derecho civil*, 2013, vol. 66, núm. 1, pp. 69-72.

determina el grado de incapacitación- necesitan asistencia de sus representantes legales para realizar la mayoría de los actos y negocios jurídicos<sup>50</sup>.

Sin embargo, la Convención utiliza el término de capacidad jurídica con el significado que en la legislación anterior equivaldría a la capacidad jurídica junto con la capacidad de obrar. Por lo tanto, la capacidad jurídica a la que alude el art 12.2 de la CDPD se refiere al ejercicio de derechos y obligaciones de los que se es titular a través de determinados y concretos actos o negocios jurídicos<sup>51</sup>.

### 5.3 Concepto de apoyo

El art. 12.3 de la CNY impone la adopción de medidas que permitan que las personas con discapacidad tengan a su disposición un apoyo que les facilite ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Sin embargo, no delimita en qué consistirá ese apoyo, es la Observación general n.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 11.º período de sesiones la que establece una definición de apoyo.

Citando literalmente el punto 17 de la Observación general, “Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en

---

<sup>50</sup> LACRUZ BERDEJO J. L.; SANCHO REBULLIDA F. DE A.; L. *Elementos de Derecho Civil. Tomo I: parte general. volumen segundo*. DYKINSON, 2010, sexta edición, pp. 2-3.

<sup>51</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 75.

la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias”.

Sin embargo, esta concepción que emplea la Observación General para definir el término de apoyo, al que se refiere la CNY cuando establece en el art.12.3 que “Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, sigue sin ser suficientemente precisa desde un punto de vista jurídico. Si bien es cierto que la Convención declara que será competencia de cada Estado Parte determinar los apoyos que rijan en cada ordenamiento jurídico<sup>52</sup>.

En el reformado CC de la legislación española es reiterado el uso del término de “medidas de apoyo”, sin una delimitación correcta de su contenido y funcionamiento. El criterio máximo que rige en este nuevo sistema es el del respeto a la voluntad, deseos y preferencias, desde la posición del fomento a la autonomía de la voluntad y al desarrollo de su personalidad es apropiado, sin embargo, en la práctica es un aspecto que puede suscitar mucha dificultad a la hora de aplicar la ley a los casos prácticos, puesto que un jurista no puede saber si la persona de apoyo ha respetado esas preferencias de la persona a que asiste<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> DE LA IGLESIA, MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel. “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 146.

<sup>53</sup> GOSÁLBEZ CLAVERÍA, Luis Humberto. “Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 29.

## 6. IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA DE LA CDPD: IMPACTO Y CONSECUENCIAS

### 6.1 Ratificación de la Convención

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en New York<sup>54</sup> fueron ratificados por el estado español el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008<sup>55</sup>.

De este modo, desde el 3 de mayo de 2008 la CDPD pasa automáticamente a formar parte de nuestro ordenamiento interno, esto quiere decir que será de aplicación directa en España por Jueces, Tribunales, Fiscales y el resto de los operadores jurídicos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.5<sup>56</sup> del Código Civil y del artículo 96.1<sup>57</sup> de la Constitución Española, a pesar de que la adaptación legislativa a la Convención tarde años en realizarse.

---

<sup>54</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Convención*. NACIONES UNIDAS. Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales.

<sup>55</sup> MARÍN VELARDE, Asunción. “La discapacidad: su delimitación jurídica”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp.48-49.

<sup>56</sup> El art. 1.5 del CC declara: “5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»

<sup>57</sup> El art. 96.1 de la CE manifiesta: “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.



Conviene además señalar lo que establece el artículo 31<sup>58</sup> de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales en materia de jerarquía normativa, ya que este artículo manifiesta la prevalencia de los tratados internacionales frente a la normativa interna.

Cabe resaltar la importancia práctica de esta aplicación directa de la CDPD a partir de su publicación en el BOE (sin haberse hecho en ese entonces las reformas legislativas) a través de la *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 2 de noviembre de 2009* la cual versa sobre un recurso planteado por la recurrente la cual es una persona con discapacidad que solicita una beca para sus estudios de cuarto de derecho para el curso 2005/2006 sin cumplir con uno de los requisitos académicos -que es el de haber obtenido en el curso anterior una nota media de un 5 y no tener más de una asignatura suspensa- por lo tanto se le denegó la solicitud incurriendo en una vulneración del derecho a la no discriminación a la que alude el art.2 de la CDPD, ya que posee una minusvalía física y psíquica del 76%<sup>59</sup>. Asimismo, la Audiencia Provincial estimó el recurso alegando que se produce una discriminación a través de la no proporción o denegación de “ajustes razonables”.

Entendiéndose por ajustes razonables lo que establece la CDPD en su art.2: “Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

## 6.2 Pronunciamiento jurisprudencial del TS

En lo que concierne al Tribunal Supremo (en adelante, TS) sobre su posición acerca de la compatibilidad o no de la CNY con el sistema de incapacitación de la legislación

---

<sup>58</sup> El art. 31 de la Ley 25/2014 dispone: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

<sup>59</sup> PONS, Antonio García. “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...” *Op. Cit.* pp. 100-103.

española, se pronuncia por primera vez en la Sentencia (en adelante, STS) del 29 de abril de 2009.

Mediante la resolución del recurso de casación planteado en esta sentencia, el TS desestima el recurso poniendo de manifiesto la completa concordancia existente entre el sistema de incapacitación de nuestro derecho interno -interpretado en virtud de la Constitución Española y a la DUDH de 1948- y la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad del 2006.

El Tribunal Supremo aludiendo a la STS 174/2002, 9 de octubre refiere que la declaración de incapacitación mientras preserve la finalidad de protección de la persona que presenta las deficiencias físicas o psíquicas de carácter permanente, será conforme a lo establecido en la CNY. Del mismo modo, matiza que se debe tener “siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección” que no puede ni debe considerarse como “una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias<sup>60</sup>”.

En materia de incapacitación, son trascendentales sentencias como la STS de 27 de septiembre de 2017, que versa sobre un sujeto con síndrome de Down sometido a una incapacitación total, la cual el Tribunal Supremo considera que es inadecuada y excesiva en la limitación de sus facultades, siendo más idónea “una curatela que complete su capacidad en el aspecto personal y patrimonial”; y la STS de 11 de octubre de 2017, donde el TS se refiere a la incapacitación total como excesiva y desproporcionada, optando por una incapacitación parcial acompañada de la de la curatela, siendo destacable de esta sentencia el uso del término de “apoyo” para referirse a la medida de protección prestada a la persona con discapacidad. Esta jurisprudencia marca el cambio de incapacitación total y la tutela como medidas de protección de las personas incapacitadas por sentencia judicial a la incapacitación parcial y la curatela primando el interés de la persona con discapacidad y una mayor autonomía de la voluntad, allanando el camino de la final sustitución de la

---

<sup>60</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. “Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, 2009, vol. 3, pp. 579-580.

incapacitación por el sistema de apoyos como resultado del ajuste de la legislación interna a los principios de la CDPD<sup>61</sup>.

En la STS de 11 de octubre de 2012 se establece la figura de la curatela para asistir a una persona con discapacidad en la línea de las indicaciones de la Convención, desde “un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad”.

Por último, cabe mencionar la STS de 20 de septiembre de 2019 que versa sobre “la discrepancia acerca de si el esposo asegurado por un seguro de amortización de préstamo hipotecario para el caso de invalidez permanente absoluta es titular de un crédito contra la sociedad de gananciales por el importe del préstamo amortizado como consecuencia de la declaración de su invalidez”, declarando finalmente el TS que “no es una indemnización percibida por el marido como consecuencia de su incapacidad”.

### **6.3 Adaptaciones legales a la CNY**

#### *6.3.1 Informe del Consejo de ministros de 30 de marzo de 2010*

El “*Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*” fue aprobado el 30 de marzo de 2010 por el Consejo de ministros. Se incide en la idea de que la Convención constituye un cambio en la concepción de discapacidad, entendiéndola desde el punto de vista de los derechos humanos, de garantizar una igualdad de condiciones respecto a la ley de las personas con discapacidad. Asimismo, la adaptación legal en el derecho interno deberá abarcar todas las ramas del ordenamiento jurídico español. No obstante, los principios generales enunciados en la CDPD ya les encontramos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Una vez que el grupo de trabajo interministerial<sup>62</sup> ha analizado la legislación interna desde el punto de vista de la CDPD, se procede a recoger en el Informe las consideraciones

---

<sup>61</sup> DE LA IGLESIA, MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel. “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 150.

pertinentes. Como ya hemos dicho, la adaptación normativa a la Convención incluye todas las áreas del derecho positivo español, si bien la normativa relativa al derecho civil y procesal ostentará una mayor importancia, por ello es preciso analizar tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que concierne al Código Civil, se alude al eje central de la Convención que es el hecho de garantizar a las personas con discapacidad una plena capacidad jurídica ante la ley por parte de todos los Estados Parte, como afirma el artículo 12 de la CDPD. Cabe recordar que se habla de la capacidad jurídica en los términos en los que en nuestro ordenamiento denominamos la capacidad de obrar.

Esta exigencia de proporcionar una igualdad de trato a las personas con discapacidad se confiere a través de la implantación del sistema de apoyos, es decir que las personas con discapacidad únicamente en los casos específicos y estrictamente necesarios que no puedan tomar decisiones por ellos mismos de forma totalmente autónoma -sin que sea vulnerado ningún derecho fundamental- tendrán a su disposición una serie de apoyos legales y voluntarios que serán personas que asistirán a las personas con discapacidad, para que estas ejerzan esos actos o negocios jurídicos concretos.

De manera que el Informe del Consejo de ministros determina la necesaria adaptación de este texto legal en los términos establecidos, en particular el Título XI del Libro I, ya que es el que versa sobre las medidas de apoyo para las personas con discapacidad. Conviene subrayar que los apoyos legales actuarán siempre bajo los principios de proporcionalidad y adecuación y sólo cuando sea estrictamente necesario para la protección de sus intereses, pues también es esencial proporcionar a las personas con discapacidad la máxima autonomía individual posible.

Además, la sentencia judicial sobre la que el Juez va a modificar la capacidad de obrar deberá recoger todo lo relativo al contenido de la medida y en ningún caso las personas de apoyo van a operar en los actos que deriven de derechos personalísimos de las personas con discapacidad.

---

<sup>62</sup> Creado el 10 de julio de 2009 por aprobación del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Sanidad y Política Social con la función de estudiar exhaustivamente la legislación española en materia de discapacidad para su adaptación a lo estipulado en la CDPD.

En lo que respecta a la LEC, que es el otro texto legal más significativo que se debe adecuar a las exigencias de la CDPD, también se debe destacar el art. 12 de la CDPD junto con los preceptos 8, 9 y 13 del Tratado Internacional. Concretamente, son las disposiciones contenidas en el Libro IV, Título I de la LEC (748-781) las que van a resultar afectadas y modificadas.

El Informe subraya el ajuste del proceso de modificación de la capacidad de obrar, cuya sentencia se encarga de delimitar los actos específicos en los que la persona con discapacidad va a necesitar la figura o medidas de apoyo, como también definir quien será esa persona o las medidas de apoyo, en definitiva, se recogerán todas las circunstancias relativas al caso concreto por el que se modifica la capacidad de obrar<sup>63</sup>.

*6.3.2 Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

El 3 de agosto de 2011 entró en vigor en España la Ley 26/2011 que es el primer intento de adaptación de la Convención al derecho interno español. De modo que en el preámbulo del texto legal se afirma la plena igualdad jurídica de las personas con discapacidad: “se pasa así a considerar a las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social”. Al igual que se hace referencia a los principios generales a respetar que son los dispuestos en el art 3 de la CDPD.

Este cambio de enfoque de la discapacidad viene dado por la sustitución del modelo anterior, que era el médico o rehabilitador, por el modelo social.

El carácter universal de la adaptación legislativa y administrativa de la Convención se traduce en que repercute en numerosas materias como sanidad, protección civil, correo electrónico, lengua de signos, derecho a la información, etc.<sup>64</sup>

Junto con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, es preciso nombrar el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional

---

<sup>63</sup> PONS, Antonio García. “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...” *Op. Cit.* pp 104-107.

<sup>64</sup> MARÍN VELARDE, Asunción. “La discapacidad: su delimitación jurídica”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 52-53.

sobre los derechos de las personas con discapacidad. Como lo hace notar el preámbulo de este Real Decreto, su propósito es la adecuación de la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por la Ley 26/2011. Uno de los aspectos más destacables de este texto legal es el reconocimiento del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

En última instancia, es necesario nombrar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dado que, si bien se publicó en el mismo mes y año que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y por lo tanto todavía no se había ratificado el tratado internacional en España, sigue la misma línea de la Convención<sup>65</sup>.

*6.3.3 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*

La Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, LGDPD) tiene como objetivos principales; el respeto pleno a los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad y; fijar el régimen de infracciones y sanciones causadas por el incumplimiento de las obligaciones básicas de no discriminación, igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en virtud del art 1 de la LGDPD.

Uno de los elementos más trascendentales de este texto normativo es la remisión de tres leyes que son: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, o a la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Junto con lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, la LGDPD ratifica que la persona con discapacidad es un sujeto titular de derechos y obligaciones como cualquier otro, sustituyendo el carácter asistencial de la discapacidad por un modelo caracterizado

---

<sup>65</sup> PAU, Antonio. “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil/From incapacitation to support: the new regime of intellectual disability in the civil code”. *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. 5, núm. 3, pp. 6.

por la concepción de la discapacidad desde el punto de vista de los derechos humanos, es decir, el modelo social<sup>66</sup>.

#### **6.4 El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y su informe de 2012 sobre España**

La CDPD conllevó la creación de un organismo denominado “Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad” (en adelante, Comité) con la finalidad principal de velar porque los Estados Parte y las Organizaciones Regionales de Integración apliquen y cumplan de forma correcta con lo estipulado en la Convención, al amparo de lo dispuesto en los arts. 34 a 39 de la Convención.

Con base al art. 35 de la CNY, en 2012 España presentó al Comité su primer informe exhaustivo sobre las medidas incorporadas para cumplir con sus obligaciones conforme a la Convención y los progresos cometidos, y ulteriormente el Comité formuló sus Observaciones finales<sup>67</sup>. En ellas, el Comité en el apartado II bajo la rúbrica de “Aspectos Positivos” resalta la adopción de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; a su vez en la sección III denominada “Principales motivos de preocupación y recomendaciones” expresa la recomendación de que la legislación española revise las leyes que regulan las instituciones de guarda y protección basadas en el modelo de sustitución de la voluntad y las modifiquen por un régimen que garantice la toma de

---

<sup>66</sup> MARÍN VELARDE, Asunción. “La discapacidad: su delimitación jurídica”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 55.

<sup>67</sup> Naciones Unidas. Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad sesión sexta. *Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention: Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities*. CRPD/C/ESP/CO/1 (19 de octubre de 2011). <<https://undocs.org/en/CRPD/C/ESP/CO/1>> [Consulta: 1 agosto 2021].

decisiones de las personas con discapacidad basado en el respeto de su autonomía, voluntad y preferencias<sup>68</sup>.

Si bien es cierto que al ser observaciones no tienen poder normativo, son meras orientaciones, sí que poseen cierta relevancia gracias a su alcance diplomático y ético, que nos advierten de la importancia de esta materia en el derecho interno e internacional.

## **7. LA REFORMA CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

### **7.1 Concepto de la discapacidad en la proyectada reforma civil y procesal**

El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, presentado el 26 de septiembre de 2018, supone la adaptación al derecho interno de la CDPD comportando un cambio definitivo en el derecho interno del enfoque de la discapacidad caracterizado por el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, procurando una mayor autonomía en la toma de sus decisiones. Por ello la capacidad jurídica a la que se alude, que debe ser igual ante la ley para todo tipo de personas, es la capacidad tanto de ser titular de derechos y obligaciones como de ejercitarlos.

De igual manera, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley publicado el 17 de julio de 2020 se sostiene esta visión de la discapacidad estableciendo que “la nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”.

---

<sup>68</sup> PONS, Antonio García. El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *Anuario de Derecho civil*, 2013, vol. 66, núm. 1, pp. 118.



Esta reforma comporta varias modificaciones conceptuales, no obstante, cabe señalar, a tenor de lo dispuesto en la Exposición de Motivos, que no es simplemente una mera variación terminológica sino un “nuevo y más acertado enfoque de la realidad”. Anteriormente ya se sustituyó el “procedimiento de incapacitación” por el “procedimiento de la modificación de la capacidad”, ya no se aceptaba el término “incapacitado” sino que se le sustituyó por “persona con la capacidad modificada judicialmente” con la entrada en vigor de la LRC.

Con la reforma han desaparecido todas esas expresiones, concretamente en la Ley de Jurisdicción Voluntaria al amparo del art. 7.20.3 de la Ley 8/2021, de 2 junio, cuyos efectos empiezan a desplegarse el 3 de septiembre, se indica -en los preceptos afectados- el cambio de expresión de “personas con la capacidad modificada judicialmente” a “personas con discapacidad” o en su caso a “personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Por consiguiente, las personas con discapacidad que necesiten apoyos en la realización de determinados actos o negocios jurídicos para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones como cualquier sujeto, se someterán al “proceso sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”<sup>69</sup>. El procedimiento de provisión de apoyos encuentra su regulación dentro de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el Capítulo III bis bajo la nueva rúbrica “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”; y en el Título I del Libro IV de la LEC bajo la nueva rúbrica “De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”, siendo estos preceptos válidos desde su entrada en vigor el 3 de septiembre.

En definitiva, la piedra angular del Anteproyecto es la conversión del antiguo sistema de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar por el nuevo sistema de determinación de apoyos, siendo la curatela la principal medida de apoyo. Una de las razones de este cambio es la de “evitar una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado” como señalaba la STS de 29 de abril de 2009.

---

<sup>69</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 80.

Este cambio de sistema repercute en los siguientes textos legales: en la Ley Hipotecaria, en la Ley de Registro Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y por supuesto y con mayor magnitud, en el Código Civil, que es donde nos centraremos.

Para definir el concepto de discapacidad del Anteproyecto de Ley (en adelante, APL) es preciso diferenciar entre la persona con discapacidad que precisa medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y la persona con discapacidad que ejerce su capacidad jurídica sin la necesidad de apoyos.

Una vez hecha esta aclaración, tomamos la definición que realiza Asunción Marín Velarde para delimitar el concepto de discapacidad, estableciendo que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que, al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad<sup>70</sup>”.

## **7.2 La tutela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada**

La curatela es uno de los elementos clave de la reforma pasando a ser la principal figura de guarda y protección en este nuevo régimen basado en apoyos puntuales. De este modo, se dice que se sustituye la tutela por la curatela, ahora bien, esto no significa que la tutela se haya eliminado, sino que ya no operará en el ámbito de la discapacidad, únicamente actuará en los supuestos en los que los menores de edad no estén amparados en la patria potestad, con arreglo al art. 199 CC, ya que tras la Ley 8/2021 el Título IX del Código Civil regula “la tutela y la guarda de menores”, siendo el Capítulo I destinado a la tutela.

Otro de los cambios que trae la reforma es la derogación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada del ámbito de la discapacidad alegando en el preámbulo (III) de la Ley 8/2021, de 2 de junio que son “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se

---

<sup>70</sup> MARÍN VELARDE, Asunción. “La discapacidad: su delimitación jurídica”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 64.

propone”. Son la disposición transitoria segunda y la disposición transitoria quinta las que versan sobre la regulación de estas figuras, determinando que los progenitores que ejerzan la patria potestad prorrogada y rehabilitada lo seguirán haciendo hasta que tenga lugar la revisión, esto se aplica no solo a quien ostente el ejercicio de la patria potestad prorrogada o rehabilitada sino a todas las figuras de guarda y protección del régimen anterior.

La revisión es el procedimiento por el cual la autoridad judicial analizará las medidas implantadas antes de la entrada en vigor de esta ley y las ajustará conforme al tratamiento jurídico de la discapacidad tras la reforma. El plazo para realizar la revisión es de un año en el supuesto de que se haga a instancia de “las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales o los apoderados preventivos”; si en cambio ninguna de estas personas lo ha solicitado, lo hará de oficio la autoridad judicial o bien a solicitud del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años a contar desde el 3 de septiembre de 2021.

En definitiva, a los menores de edad con discapacidad cuando cumplan la mayoría de edad se les proporcionará los apoyos correspondientes de igual manera que a los adultos para garantizar su plena inclusión en la vida social. De hecho, cabe la posibilidad de solicitar a la autoridad judicial la prestación de las medidas de apoyo pertinentes un año antes de que ese menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad<sup>71</sup>.

A pesar de que la eliminación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada responde a la filosofía de la ley, ya que pretende reconocer una mayor autonomía a las personas con discapacidad psíquica, al final son personas que para realizar determinados actos o negocios jurídicos necesitan de alguien que les proporcione el apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, y en la mayoría de los supuestos, que sea el progenitor quien le asista en esa toma de decisiones es lo más adecuado para esas personas y lo que menos perturbación les va a generar puesto que son las mismas personas que les han representado, se han hecho cargo de sus diferentes gestiones y han alimentado, educado y velado por su protección durante todos sus años de vida, por lo que parece evidente que

---

<sup>71</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 81-82.

los padres deban tener cierta elección u opinión en las cuestiones de sus hijos que no pueden hacer por ellos mismos.

### **7.3 Beneficiarios del sistema de provisión de apoyos**

La cuestión de quienes son las personas susceptibles de ser protegidas por las medidas de apoyo la responde el Código Civil, en el Título XI “De las medidas de apoyo a las personas con Discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, Capítulo I “Disposiciones Generales”, en el recién entrado en vigor art. 248 que delimita a los destinatarios de la norma desde una posición ambigua al determinar que serán todas aquellas personas mayores de edad o emancipadas que precisen las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Tanto el Consejo de Estado como el Consejo General del Poder Judicial se han pronunciado sobre la indeterminación de los destinatarios de la norma, el Consejo de Estado mediante el dictamen emitido en la sesión plenaria efectuada el 11 de abril de 2019, expresamente en la consideración sexta, letra d)<sup>72</sup> del dictamen, declarando que esa definición no tiene índole normativa y no se ajusta a la habitual forma de redactar los preceptos del Código Civil; el CGPJ en su informe sobre el APL por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad aprobado tras la reunión celebrada el 29 de noviembre de 2018, concretamente en la Conclusión décima<sup>73</sup> del informe, cuestiona no haber tenido en cuenta los factores utilizados en el art. 200 CC anterior a la actual reforma a la hora de establecer la determinación de los destinatarios del sistema de provisión de apoyos, así como considera idóneo incluir el término de vulnerabilidad para

---

<sup>72</sup> “Esta afirmación, más propia de una exposición de motivos que del cuerpo de una norma, no encaja con el tradicional tono de redacción de nuestro Código Civil, ya que carece de carácter normativo y se limita a señalar el contenido del título, por lo que a juicio de este Consejo de Estado debería suprimirse o reformularse de manera prescriptiva”.

<sup>73</sup> “se echa en falta la determinación del presupuesto objetivo de la discapacidad. En este sentido, cabría cuestionar la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad con base en los elementos que definen actualmente las causas de la incapacitación en el artículo 200 CC –afectación cognitiva y volitiva que impida el autogobierno-, y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa”.

definir a las personas que pueden verse amparadas por el régimen de apoyos como hace la legislación francesa<sup>74</sup>.

Esta imprecisión se puede solventar recurriendo a la delimitación de las personas con discapacidad que realiza la CDPD en su art. 1, ya nombrado.

#### **7.4 De la obediencia a la preferencia de su voluntad**

Es necesario insistir en que uno de los máximos motivos por los que se ha reformado la legislación civil y procesal en materia de la discapacidad es la implantación de un régimen basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, a diferencia del sistema anterior establecido en nuestro ordenamiento basado en la sustitución de la voluntad.

Esto significa que las personas con discapacidad a partir de esta regulación son las que toman la iniciativa de los actos y negocios jurídicos, ya no es el tutor quien decide ni se le debe guardar respeto y obediencia, al amparo del antiguo art 267 CC, sino que lo que predomina es el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad que necesita las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Pese a que en la teoría se pretende que sea el curatelado quien tome la iniciativa del acto o negocio jurídico, en la práctica esto es bastante complejo y difícil de que se cumpla, por lo tanto, lo que se impone es que la persona de apoyo sea la que tenga la iniciativa, pero la ejecución del negocio jurídico sea competencia de la persona que recibe el apoyo<sup>75</sup>.

En este nuevo régimen del tratamiento jurídico de la discapacidad rige el criterio del respeto a las preferencias de la persona por encima de su interés, al contrario que en otros ordenamientos, como en el francés donde prima el interés de la persona con discapacidad constituyendo dicho interés el objetivo de su protección de acuerdo con el artículo 415<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 83-84.

<sup>75</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 86-87.

<sup>76</sup> “Elle [la protection] a pour finalité l'intérêt de la personne protégée”.

del Código Civil francés. A juicio del jurista Antonio Pau Pedrón, debe primar el criterio de la autonomía de la voluntad y “sólo cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará el juego el criterio del interés<sup>77</sup>”.

### **7.5 Derecho a no recibir apoyos**

Una cuestión que es necesaria abordar es la de si cabe la posibilidad de negarse a la prestación de apoyos, este derecho no está previsto en la Convención, pero sí en la Observación general nº1 2014 del Comité, en el apartado III “Obligaciones de los estados parte”, 29.g) “La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”.

Como argumentos favorables a la admisión de negarse a recibir apoyos nos podemos respaldar en el art. 10 de la CE, entendiendo el derecho a no recibir apoyos como una expresión del derecho de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. Además del criterio por excelencia de las previsiones de la Convención que es el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, que según el tratado internacional debe prevalecer sobre el principio de la supremacía del interés de la persona con discapacidad sujeta al sistema de previsión de apoyos. Este respeto a la voluntad y preferencias de la persona también podría justificar un hipotético rechazo por parte del curador a la prestación del apoyo, al no estar de acuerdo con las preferencias de la persona, siempre que estos motivos sean objetivos, como por ejemplo una insuficiente capacidad económica, que se cause daños y perjuicios, etc.

Por la otra parte, uno de los obstáculos ante el derecho a no recibir apoyos es el hecho de la implantación de medidas de apoyo de origen legal, esto quiere decir, que, aunque tiene prioridad la adopción de medidas voluntarias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en caso de no existir estas, la autoridad judicial puede imponer el establecimiento de medidas de apoyo formales -la curatela, el defensor judicial o la guarda de hecho- a las personas con discapacidad sin tener constancia de que estas personas no desean estas medidas de apoyo. Asimismo, la autonomía de las personas con

---

<sup>77</sup> PAU, Antonio. “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil/From incapacitation to support: the new regime of intellectual disability in the civil code”. *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. 5, núm. 3, pp. 9.

discapacidad en los actos o negocios jurídicos no es absoluta, sigue habiendo restricciones en ciertos ámbitos jurídicos como en la capacidad de contratar<sup>78</sup>.

Una vez tenido en cuenta esto, la conclusión es que el derecho a no recibir apoyos no se contempla como tal más allá de las Observación generales nº1 de 2014, ni parece que se vaya a regular en un futuro próximo, ya que, aunque se establezca la primacía del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, este principio no es absoluto y no nos podemos olvidar del principio de supremacía del interés de la persona con discapacidad, siendo a mi parecer el criterio más correcto el de establecer un equilibrio entre ambos.

En último término, sobre este aspecto es preciso nombrar la STS 589/2021, de 8 de septiembre, ya que además de ser la primera vez que el Pleno de la Sala Primera del TS ha aplicado la Ley 8/2021, de 2 de junio la medida ha sido impuesta en contra de su voluntad. En este supuesto el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Asturias se habían pronunciado estableciendo una modificación de la capacidad de la persona con discapacidad que sufre un trastorno de la personalidad, pero tras la adopción de esta ley, aplicando el régimen transitorio de la ley, se ha suprimido esa declaración de modificación de la capacidad, sustituyéndose a su vez la adopción de la tutela por la curatela. De esta sentencia también es destacable el hecho de que la adopción de la curatela se haya hecho en contra de su voluntad, ya que, aunque la ley tenga como principio fundamental el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, tal y como establece el art. 268 CC, hay supuestos excepcionales en los que es necesario para el bien de esa persona la prestación de apoyos, citando literalmente la sentencia, “En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación”.

---

<sup>78</sup> DE SALAS MURILLO, Sofía. *¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?* *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, vol. 96, núm. 780, pp. 9-20.

## 8. LAS MEDIDAS DE APOYO

### 8.1 Introducción

La Ley 8/2021, en su artículo segundo “Modificación del Código Civil”, apartado 23 prevé la reforma del contenido del Título XI, rubricado a partir de su publicación en el BOE como “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, arts. 249 a 299 CC.

A través del reformado Título XI del Libro I del CC se instauran las nuevas instituciones de guarda y protección de las personas con discapacidad, modificando tanto su estructura como su contenido, siendo la reforma más importante que introduce la Ley 8/2021, de 2 de junio<sup>79</sup>.

En virtud del reformado art 250 “las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”.

Tras la exigencia fijada en el art. 12.4 de la CNY que obligaba a los Estados Parte de adoptar las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica para una plena participación en todos los ámbitos de la vida de las personas con discapacidad, en el párrafo siguiente revela que estas medidas de apoyo deben cumplir una serie de condiciones. Estas condiciones se resumen en el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; y que sean unas medidas revisadas periódicamente, proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de las personas.

Esta es la base sobre la que la legislación española debía partir para la constitución de las medidas de apoyo de nuestro ordenamiento jurídico.

En referencia a esa necesidad de adaptarse a las circunstancias de la persona, incluye también la posibilidad de modificar las medidas de protección cuando cambian las circunstancias de la persona si así se estima conveniente, esto ya se reflejaba en nuestra jurisprudencia en 2019, en la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Barcelona de 31 de mayo de 2019, donde se estimó conveniente modificar el tratamiento

---

<sup>79</sup> DE BEDA Y BEAMONTE, J.A (Coord.). *Derecho civil IV (Derecho de Familia)*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 346.



médico y la institución de su guarda de una persona con una enfermedad mental debido a una mejora de dicha enfermedad, otorgando la curatela al progenitor de esta persona en vez de a una persona jurídica.

## **8.2 Medidas voluntarias de apoyo**

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad entre sus innovaciones incorporó la posibilidad de que las personas con plena capacidad de obrar prevean que en un futuro pueden verse sometidas a un proceso de incapacitación, puedan adoptar determinadas disposiciones para tramitar su futura situación de incapacidad, a través de los instrumentos jurídicos de la autotutela y el apoderamiento preventivo.

Esta idea de que las personas tengan la posibilidad de adelantarse a una posible discapacidad sigue existiendo tras la aplicación del nuevo sistema de provisión de apoyos, pero con instrumentos diferentes.

### *8.2.1 Documento notarial de prevención de la discapacidad*

La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio ha supuesto la reforma del Título XI, que destina el Capítulo II a las medidas voluntarias de apoyo.

Las personas susceptibles de acogerse a estas medidas voluntarias de apoyo son todas aquellas personas mayores de edad o emancipadas, la capacidad de obrar ya no consta como requisito, que quieran dejar en escritura pública medidas aplicables a su persona y/o bienes ante una posible y futura necesidad de la provisión de medidas de apoyo para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones a los demás, de este forma lo preceptúa el art 255 CC, que ha desplegado sus efectos el tres de septiembre.

Este instrumento preventivo consiste en que la persona que otorga el documento notarial fija en dicho documento la persona que le va a prestar el apoyo en un supuesto futuro, así como el ámbito de aplicación de sus potestades y el sistema de intervención. Tan sólo en el supuesto de que no se hayan establecido las medidas o sean insuficientes actuará

la autoridad judicial<sup>80</sup>. En virtud del art. 258.1, el establecimiento de otras medidas de apoyo no afectará a la existencia de los poderes.

En lo que respecta a la publicidad del documento hay que estar a lo que dispone el art. 255.4, “El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante”.

### 8.2.2 Poderes preventivos

El capítulo II “De las medidas voluntarias de apoyo” dedica la sección 2.<sup>a</sup> a la regulación de los poderes y mandatos preventivos, arts. 256 a 262 CC.

Se afirma en estos preceptos que el destinatario de los poderes o mandatos preventivos, denominado poderdante, tiene limitada la facultad de otorgar el poder o mandato a la exigencia de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Se justificará que el poderdante precisa de medidas de apoyo a través de lo dispuesto por él mismo, para asegurar la aplicación de esas previsiones del poderdante “se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”, al amparo del art. 257 CC.

Con respecto a las causas de la extinción del poder o mandato se reducen a las que establezca el poderdante, ahora bien, cabe otra posibilidad de extinción del poder que regula el art. 258.4 cuyo tenor reza así, “Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa”.

Todo ello constará en escritura pública y se publicitará de igual manera que el mecanismo preventivo anterior, es decir, se transmitirá al registro civil para su incorporación al registro individual del poderdante, de acuerdo con el art. 260 CC.

---

<sup>80</sup> ANCIONES FERRERAS, M.A. “Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 95.

En último término, los poderes y mandatos preventivos que hayan sido atribuidos antes del tres de septiembre de 2021, a partir de esta fecha se regularán conforme a la Ley 8/2021, 2 de junio, sobre la base de la disposición transitoria tercera, párrafo segundo.

### *8.2.3 Autocuratela*

La autotutela es una nueva figura de protección contemplada en el mencionado Título XI, Capítulo IV, destinado a la curatela, y dentro de este, en la sección 2.<sup>a</sup> “De la autocuratela y del nombramiento del curador”, concretamente, en la subsección 1.<sup>a</sup> “De la autocuratela”, arts. 271 a 274 CC.

La autocuratela se puede interpretar de forma análoga a la figura de la autotutela<sup>81</sup> del régimen anterior, dado que consiste en la facultad que tiene toda persona mayor de edad o menor de edad emancipada, de determinar en escritura pública todos los aspectos relativos a la designación de un curador, su régimen de actuación, etc. en previsión de que en el futuro requiera de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en virtud del art. 271 CC.

Aunque el curatelado tenga cierta autonomía de la voluntad para fijar las previsiones de su autocuratela, la autoridad judicial estará vinculada y revisará las disposiciones, con arreglo al art. 272.1 CC.

Se admite la designación de más de un curador para un mismo sujeto, ya que un curador se encargaría de la persona y el otro de sus bienes, si bien son susceptibles de intervenir mancomunada o solidariamente y también se reconoce la posibilidad de nombrar sustitutos del curador, conforme al art. 273 CC.

El último precepto dedicado a la autocuratela regula la posibilidad de que la designación del curador la realice el cónyuge del posible futuro curatelado u otra persona siempre que se respete lo determinado por él.

---

<sup>81</sup> La disposición transitoria tercera establece: “Las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la presente Ley”.

### 8.3 La curatela

La curatela es la medida principal de carácter judicial del sistema de provisión de apoyos, que se instaura como resultado de la implantación del modelo social en el tratamiento jurídico de la discapacidad.

Tras la adopción de la Ley 8/2021, de 2 de junio los preceptos que el Código Civil destina a la regulación de la tutela son los comprendidos en el Capítulo IV del Título XI, arts. 268 a 294 del CC.

A pesar de que la curatela ya operaba en el régimen anterior de nuestro derecho interno basado en la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, lo hacía en un plano secundario y con otro enfoque distinto al actual. De este modo ya la autoridad judicial elegía la curatela como medida de protección en algunos casos como en la STS de 30 de junio de 2004, en ella el TS acuerda la protección legal de la curatela, determinando en el fundamento de derecho cuarto que la institución de la curatela era protección suficiente para la incapacidad del sujeto.

El primer precepto dedicado a la regulación de la curatela en el reformado Código Civil es el art. 268, que en su primer párrafo sostiene los principios sobre los que se ha de sustentar la medida adoptada por la autoridad judicial en el proceso de provisión de apoyos, estos son, el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, junto con el fomento de una mayor autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica, la proporcionalidad de las medidas basadas en las circunstancias de la persona y el sometimiento al control periódico de las medidas adoptadas por la autoridad judicial con un plazo máximo de tres años. No obstante, cabrá la revisión de las medidas formales al margen de la periódica en el supuesto en el que las circunstancias del apoyado cambien.

Como lo hace notar el art. 269 CC, la curatela solo se aplicará en las situaciones en las que no exista otra medida para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, especificando la autoridad judicial en la resolución motivada los actos concretos en los que el curador intervendrá siempre con carácter asistencial. De este modo, en el preámbulo de la Ley 8/2021 se pone de relieve que la finalidad de esta institución se limita a la provisión de asistencia, apoyo y ayuda de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

No obstante, el carácter asistencial admite excepciones, cabe la posibilidad de que el curador preste el apoyo con carácter representativo de forma excepcional, siempre y

cuando no haya otra opción, a propósito de las necesidades de la persona que requiere las medidas de apoyo, precisando claramente los actos en los que va a ejercer la representación en la resolución judicial.

### *8.3.1 La designación del curador*

El nombramiento del curador está regulado en la subsección 2.<sup>a</sup>, de la sección 2.<sup>a</sup>, del Capítulo IV, Título XI del CC, comprendiendo los arts. 275 a 281 del CC.

Con base en el art. 275 CC, la autoridad judicial será quien determine qué personas mayores de edad son las idóneas para prestar apoyo a las personas con discapacidad en aquellos actos concretos en que sea necesario.

Prevalecerá la voluntad del curatelado en el nombramiento del curador, no obstante, el art. 276 plantea el orden de prelación<sup>82</sup> de elección por la autoridad judicial en caso de que la persona que precise el apoyo no se pronuncie.

### *8.3.2 Del ejercicio de la curatela*

Con respecto a las cuestiones relativas al ejercicio de la curatela, estas aparecen recogidas en la sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo IV, Título XI, en los arts. 282 a 290 CC, de lo contenido en estos preceptos es preciso mencionar lo siguiente.

Empleando las palabras del art. 282, “El curador tomará posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia” (en adelante, LAJ), insistiendo en que en todo momento se respetará la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona a la que se le presta el apoyo. En el supuesto de que el curador no pueda prestar el apoyo en un

---

<sup>82</sup> En virtud del art. 276 CC: “la autoridad judicial nombrará curador: 1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. 2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior. La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo”.

momento determinado o haya conflicto de intereses entre el apoyador y el apoyado, será sustituido por un defensor judicial que designará el LAJ, eso sí, habiendo escuchado a la persona que recibe los apoyos y respetando su voluntad, en virtud del art. 283 CC.

Al amparo del art. 287, cuando el curador ejerza facultades representativas, en la resolución motivada se especificarán que actos son necesarios que se realicen con una previa autorización judicial, al margen de lo estipulado en la resolución, es obligatoria la autorización judicial para los actos tasados en el art. 287 CC.

### 8.3.3 *La extinción de la curatela*

Las causas de extinción y otras consideraciones de esta están previstas en la sección 4.ª del mismo capítulo, en los arts. 291 a 294 CC.

Por regla general la curatela se extinguirá por la muerte o declaración de fallecimiento del curatelado, así como por resolución judicial cuando ya la persona no necesite esta institución de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

## **8.4 La guarda de hecho**

Con la adopción del sistema de provisión de apoyos la guarda de hecho se convierte como una propia institución jurídica de apoyo, tal y como se indica en el preámbulo (III) de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

La nueva regulación de la guarda de hecho admite la posibilidad de adoptar esta medida con funciones representativas para un caso determinado por parte del guardador de hecho sin el requerimiento de abrir el procedimiento general de provisión de apoyos, bastará con una mera autorización judicial *ad hoc*, detallada su tramitación en el art. 264<sup>83</sup> del CC.

---

<sup>83</sup> “Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo

La guarda de hecho como medida de apoyo en el ámbito de la discapacidad a partir del tres de septiembre de 2021 se desarrolla dentro del reformulado Título XI, en el Capítulo III bajo la rúbrica de “De la guarda de hecho de las personas con discapacidad” dedicando los arts. 263 a 267 para la regulación de esta figura.

En lo que respecta a las personas que estaban ostentando una guarda de hecho sobre una persona con discapacidad antes de la entrada en vigor de la ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en esta materia, la seguirán ejerciendo, aunque existan medidas de apoyo de carácter voluntario o judicial, si estas no se están ejecutando correctamente, al amparo del nuevo art. 263 del CC.

### **8.5 El defensor judicial**

El defensor judicial como apoyo en el ámbito de la discapacidad se encuentra regulado actualmente en el Capítulo V del reiterado Título XI que comprende los arts. 295-298 CC.

Al contrario que la institución formal de la curatela que opera con carácter continuado, el defensor judicial actuará de manera eventual y subsidiaria, cuando concurra uno de los supuestos tasados en el art. 295 CC<sup>84</sup>.

---

indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287. No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan”.

<sup>84</sup> “Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. 4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes

## 8.7 Reflexiones

El principal criterio que impone esta reforma es el respeto a la voluntad y preferencias de la persona, así como el fomento de su autonomía de la voluntad en la toma de decisiones, que solo requerirán de apoyo cuando sea estrictamente necesario, y en caso de funciones representativas de manera muy excepcional. No obstante, estas ideas ya se encontraban previstas en la Ley 41/2003, por lo que no introduce nada nuevo al contrario de lo que puede parecer, aunque en esta nueva ley matiza que sólo se actuará cuando sea estrictamente necesario. Empleando las palabras de Cuadrado Pérez, “Parece llamativo que en los últimos tiempos se haya construido una extensa y precisa doctrina en torno al consentimiento contractual de las personas que no sufren ninguna discapacidad —por ejemplo, en materia de Derecho de Consumo y de adquisición de productos financieros—, en la que los textos normativos y las sentencias muestran un férreo rigor en aras a asegurar que la voluntad contractual ha sido pulcramente formada de manera plenamente consciente, y, en cambio, se pretenda que en la toma de decisiones de una persona con discapacidad deba atenderse siempre a la voluntad y preferencias de quienes, en muchas ocasiones, carecen de la capacidad para entender y querer el negocio jurídico celebrado. En una época en la que, cada vez con mayor ímpetu, se requiere que los contratantes sean conscientes de los compromisos contractuales adquiridos y de las decisiones personales adoptadas, podría adolecer de incoherencia sistemática la ubicación —con una inaudita laxitud— de la voluntad de la persona con discapacidad como único criterio admisible en la toma de sus decisiones, con independencia de toda valoración sobre su capacidad cognitiva y volitiva<sup>85</sup>”.

Un aspecto a mi parecer acertado de la reforma es el que contempla en el Título XI, Capítulo VI “Responsabilidad por daños causados a otros”, art. 299 CC “La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros”. En vista de que este modelo se caracteriza por fomentar la autonomía de la voluntad para que las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica en plenas condiciones de igualdad y que tengan

---

hasta que recaiga resolución judicial. 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente”.

<sup>85</sup> PÉREZ, Carlos Cuadrado. “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, vol. 96, núm. 777, pp. 43.



el control de sus decisiones en todos los aspectos de la vida, la obligación de que respondan por los daños y perjuicios ocasionados a terceros es algo totalmente consecuente y conforme con las previsiones de la Convención.

No obstante, es necesario mencionar la ambigüedad por parte de la legislación española al definir los destinatarios de los apoyos, puesto que se limita a decir que serán aquellas personas que lo precisen. Así como una ausencia de regulación específica y detallada sobre algunas materias como en lo que respecta a los problemas asociados a la edad de las personas con discapacidad y la intervención negocial. Además de que la sustitución de la tutela por la curatela como medida principal de protección es cuanto menos cuestionable, ya que, aunque de forma excepcional se admite que la curatela tenga funciones representativas, entonces no varía mucho de una tutela judicial, graduable y revisable<sup>86</sup>. De ahí que a mi parecer la reforma introduce conceptos como el “apoyo” que no son jurídicamente lo suficientemente precisos, puesto que no especifica cuando será procedente ese apoyo, ya que este nuevo sistema carece de un artículo análogo al anterior al art. 200 CC que establezca las causas que decidan el nombramiento del curador<sup>87</sup>. Siendo así una reforma más social que jurídica, poco esclarecedora en el tráfico jurídico.

## 9. CONCLUSIONES

El propósito del presente trabajado ha sido realizar una aproximación a la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad para entender la reforma de la legislación civil y procesal implantada recientemente en nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección de las personas en situación de discapacidad. El origen de esta reforma es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que promovía la “plena integración social y jurídica en igualdad de condiciones de dignidad y libertad de las personas con discapacidad”.

---

<sup>86</sup> MUÑIZ ESPADA, Esther. “Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad”. *Revista jurídica del notariado*, núm. 111, 2020, pp. 277-325.

<sup>87</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 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”. *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. 7, núm. 5, pp. 422.

Esta reforma supone la eliminación del régimen anterior fundado en la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, con la limitación en el ejercicio de su capacidad de obrar que derivaba en el proceso de incapacitación. En el sistema actual ha desaparecido la incapacitación como estado civil, al igual que las figuras de la tutela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada en el ámbito de la discapacidad, además ahora la capacidad jurídica que contempla el ordenamiento jurídico engloba tanto la titularidad de los derechos y obligaciones como la legitimación para ejercitarlos.

El cambio de modelo rehabilitador o médico al modelo social en el tratamiento jurídico de la discapacidad supone el concebir la discapacidad como las distintas diversidades que posee una persona en su interacción con las limitaciones u obstáculos sociales.

En este nuevo régimen de provisión de apoyos, se da prioridad a las medidas voluntarias de apoyo, a pesar de que también se contemplen medidas de origen judicial, que son la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial, las cuales están sometidas a control judicial de forma periódica. Esta preferencia por las medidas voluntarias está vinculada con el principio máximo de respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la toma de sus decisiones, valorando a la hora de proporcionarle el apoyo sus circunstancias concretas con el fin de que alcance una plena participación en la vida política, social y jurídica.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

---

### **LIBROS Y ARTÍCULOS**

ABADÍA LAPIEZA, Irene. *La futura reforma de la legislación civil en materia de protección de las personas con discapacidad*. 2020.

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza; ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria. “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: de los derechos a los hechos”. *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2015, pp. 1-661.

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. “La incapacitación en España”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 17, pp. 252-275.
- ANCIONES FERRERAS, M.A. “Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 91-98.
- CERDÁN DOLSA, Roberto; SERRANO GARCÍA, José Antonio. *La curatela como futura figura principal de las medidas de apoyo de origen judicial a las personas con discapacidad*. 2020.
- DE BEDA Y BEAMONTE, J.A (Coord.). *Derecho civil IV (Derecho de Familia)*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, 2021.
- DEL CARMEN MARTÍNEZ, María. “Personas con discapacidad intelectual: igualdad jurídica, protección asistencial y asistencia sanitaria”. *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2010, núm. 11, pp. 293-318.
- DE PABLO CONTRERAS, P. “Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, 2009, vol. 3, pp. 531-580.
- DE LA IGLESIA, MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel. “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 142-174.
- DE SALAS MURILLO, Sofía. “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, vol. 5, pp. 71-120.
- DE SALAS MURILLO, Sofía. “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, vol. 96, núm. 780, pp. 2227-2268.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen (ed.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Librería-Editorial Dykinson, 2014.

- GOSÁLBEZ CLAVERÍA, Luis Humberto. “Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 25-35.
- LACRUZ BERDEJO J. L; SANCHO REBULLIDA F. DE A.; L. *Elementos de Derecho Civil. Tomo I: parte general. volumen segundo*. DYKINSON, 2010, sexta edición.
- MUÑIZ ESPADA, Esther (Directora). *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020.
- MUÑIZ ESPADA, Esther. “Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad”. *Revista jurídica del notariado*, núm. 111, 2020, pp. 277-325.
- MARÍN VELARDE, Asunción. “La discapacidad: su delimitación jurídica”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 39-68.
- PAU, Antonio. “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil/From incapacitation to support: the new regime of intellectual disability in the civil code”. *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. 5, núm. 3, pp. 5-28.
- PÉREZ, Carlos Cuadrado. “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, vol. 96, núm. 777, pp. 13-90.
- PONS, Antonio García. “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”. *Anuario de Derecho civil*, 2013, vol. 66, núm. 1, pp. 59-147.
- RODRÍGUEZ DE LEÓN, Néstor, et al. *La curatela en el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil*. 2020.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J (Coord.). *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*. 9a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 339-372.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 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”. *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. 7, núm. 5, pp. 385-428.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>; SOLAR CAYÓN, José Ignacio. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa*. Librería-Editorial Dykinson, 2015.

SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid. Wolters Kluwer, 2020, pp. 70-87.

VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel, et al. *Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante*. 2001.

## DOCUMENTOS

- . - Naciones Unidas. Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad sesión sexta. *Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention: Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities*. CRPD/C/ESP/CO/1 (19 de octubre de 2011). <<https://undocs.org/en/CRPD/C/ESP/CO/1>> [Consulta: 1 agosto 2021].
- . - La Moncloa. *Reforma Del Artículo 49 De La Constitución Española* [Consejo De Ministros]. (11 de abril de 2021). <<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/enlaces/110521-enlace-constitucion.aspx>> [Consulta: 27 julio 2021].
- . - El informe del Consejo General del Poder Judicial de 29 de noviembre de 2018.
- . - Dictamen del Consejo de Estado del 11 de abril de 2019. N.º: 34/2019.
- . - Observación general n.º 1 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 11.º período de sesiones. (CRPD/C/GC/1). (30 de marzo al 11 de abril de 2014). <http://www.convenciondiscapacidad.es/wpcontent/uploads/2019/01/Observac%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> [Consulta: 19 julio 2021].
- . - ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Convención*. NACIONES UNIDAS. Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales.

- . - *La Integración Social de las personas con discapacidad: La Ley 13/1982, de 7 de Abril*. Discapnet. <<https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/preguntas-y-respuestas/la-integracion-social-de-las-personas-con-discapacidad-la-ley-13-1982-de-7-de-abril>> [Consulta: 18 agosto 2021].
- . - MUÑOZ CALVO, Alberto. *Breve informe sobre la ley 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*. Admin, 10 de junio de 2021. <<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-breve-acercamiento/>> [Consulta: 29 julio 2021].
- . - The world bank. *Disability inclusion*. (Last Updated: Mar 19, 2021). <<https://www.worldbank.org/en/topic/disability>> [Consulta: 23 agosto 2021].
- . - Naciones Unidas. Asamblea General. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. A/RES/70/1 (21 de octubre de 2015). <[https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S)> [Consulta: 1 septiembre 2021].
- . - World health organization. *Disability and health*. (10 de diciembre de 2020). <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>> [Consulta: 23 agosto 2021].

## LEGISLACIÓN

- . – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE., núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- . – Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, BOE., núm. 288 de 28 de noviembre de 2014.
- . – 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, BOE., núm. 132 de 3 de junio de 2021.

- . – Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid., núm. 206 de 25 de julio de 1889.
- . – Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE., núm. 96 de 21 de abril de 2008.
- . – Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE., núm. 184, de 2 de agosto de 2011.
- . – Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE., núm. 256, de 3 de diciembre de 2013.
- . – Real Orden de 21 de julio de 1910 por la que se establece la constitución definitiva del Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales y su división en tres secciones. Gaceta de 22 de julio de 1910.
- . – Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, BOE., núm. 103 de 30 de abril de 1982.
- . – Decreto para el ingreso en el cuerpo de inválidos militares de los Jefes y Oficiales de la Armada declarados inútiles por pérdida total de la visión. 1931.
- . – Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE., núm. 289 de 3 de diciembre de 2003.
- . – Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE., núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.
- . – Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE., núm. 175 de 22 de julio de 2011.
- . – Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, BOE., núm. 256 de 26 de octubre de 1983.
- . – Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad., BOE., núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

- . – Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE., núm. 15 de 17 de enero de 1996.
- . – Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, BOE., núm. 274 de 15 de noviembre de 2002.
- . – Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, BOE., núm. 22 de 26 de enero de 2000.
- . – Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE., núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.
- . – Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE. núm. 158, de 3 de julio de 2015.
- . – Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, BOE. núm. 224, de 17 de septiembre de 2011.

## **JURISPRUDENCIA**

- . – Sentencia Civil Nº 282/2009 de 29 de abril de 2009, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 1259/2006.
- . – Sentencia Nº 174/2002 de 9 de octubre de 2002, del Tribunal Constitucional, Sala Segunda.
- . – Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 2 de noviembre de 2009.
- . – Sentencia Civil Nº 421/2013 de 24 de junio de 2013, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 1220/2012.
- . – Sentencia de 20 de octubre de 2015 de 20 de octubre de 2015, Tribunal Supremo, Sala Cuarta de lo Social, Rec. 174/2014.
- . – Sentencia Civil Nº 297/2017 de 16 de mayo de 2017, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 894/2015.
- . – Sentencia Civil Nº 596/2017 de 27 de septiembre de 2017, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 395/2015.



- . – Sentencia Civil N° 551/2017 de 11 de octubre de 2017, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 3217/2016.
- . – Sentencia N° 401/2019 de 31 de mayo de 2019, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, Rec. 34/2019.
- . – Sentencia N° 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 262/2012.
- . – Sentencia Civil N° 458/2018 de 18 de julio de 2018, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 4374/2017.
- . – Sentencia Civil N° 646/2004 de 30 de junio de 2004, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 2898/1999.
- . – Sentencia N° 488/2019 de 20 de septiembre de 2019, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Rec. 272/2017.
- . – Sentencia N° 589/2021, de 8 de septiembre de 2021, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Rec. 4187/2019.