



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Análisis de la Ley 8/2021 de 2 de Junio

Presentado por:

Clara Huidobro Casero

Tutelado por:

Félix Calvo Vidal

Valladolid, 26 de Julio de 2022

RESUMEN

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 supuso un cambio en el modelo internacional en la regulación de la incapacidad.

Dicho tratado internacional fue ratificado por España en el año 2008. Fruto de adaptación del tratado internacional al derecho interno, 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.

La presente reforma legal produce un cambio sustancial en la legislación en materia de discapacidad, dejando atrás un modelo basado en la sustitución de la voluntad de la persona en la toma de decisiones, a un sistema en el que es la persona la que toma sus propias decisiones.

La presente reforma como recoge el Preámbulo de la Ley, sitúa en el centro de la regulación, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

De esta manera se elimina el anterior sistema basado en la incapacitación de la persona y se suprimen las figuras como la tutela y la patria potestad prorrogada, pasando a un modelo basado en apoyos para la persona con discapacidad, en el que la voluntad de la persona y sus deseos van a ser el centro de esta nueva reforma.

ABSTRACT

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006 meant a change in the international model in the regulation of disability.

Said international treaty was ratified by Spain in 2008. The result of the adaptation of the international treaty to domestic law is Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disability in the exercise of their legal capacity.

This legal reform produces a substantial change in the legislation on disability, leaving behind a model based on the substitution of the will of the person in decision-making, to a system in which it is the person who makes his own decisions.

This reform, as stated in the Preamble of the Law, places the will, desires and preferences of the person with disabilities at the center of the regulation.

In this way, the previous system based on the person's incapacitation is eliminated and figures such as guardianship and extended parental authority are abolished, passing to a model based on support for the person with disabilities, in which the will of the person and their wishes will be the center of this new reform.

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

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

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
1 INTRODUCCIÓN.....	7
2 CONVENCION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NUEVA YORK DEL 2006 EN RELACION CON EL RÉGIMEN DE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.....	8
3 CONCEPTOS GENERALES Y SITUACION DE LA MATERIA ANTES DE LA REFORMA	10
3.1 CONCEPTO DE DISCAPACIDAD	10
3.2 SITUACION DE LA MATERIA ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA	10
4 REFORMA CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURIDICA	12
4.1 Preferencia de las medidas voluntarias frente a las judiciales.....	12
4.2 El respeto de la voluntad y preferencias frente al interés superior.....	12
4.3 La no consagración del derecho a equivocarse y el derecho a no recibir apoyos	13
5 ANÁLISIS DE LA LEY 2 DE JUNIO DE 2021.....	15
5.1 Definición de apoyo	15
5.2 Descripción de las medidas y figuras de apoyo.....	15
5.3 Medidas voluntarias de apoyo.....	17
5.3.1 <i>La autotutela</i>	17
5.3.2 <i>Los poderes y mandatos preventivos</i>	20
5.3.3 <i>La guarda de hecho</i>	22
5.4 Medidas judiciales de apoyo	25
5.4.1 <i>La tutela</i>	25
5.4.2 <i>El defensor judicial</i>	36

6 ESTUDIO DE LA SITUACION DE LAS FUNDACIONES TUTELARES ANTE LA NUEVA REFORMA LEGAL	38
6.1 Características de la metodología utilizada.....	38
6.2 Técnica de recogida de información	38
6.3 Participantes.....	40
6.4 Análisis de datos.....	40
6.5 Anotaciones conclusivas: ideas fundamentales y retos.	44
7 CONCLUSIONES.....	46
8 REFLEXIONES FINALES.....	48
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
LVI	Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria
Art	Artículo
LN	Ley del Notariado
CDPD/CNY	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
OMS	Organización Mundial de la Salud
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia

1 INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor el 3 de Septiembre de 2021.

Este texto legal tiene el objetivo de adaptar, tras muchos años de retraso, la legislación tradicional española en materia de discapacidad a los estándares y principios establecidos por la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada oficialmente por España en Mayo de 2008. Así, la Convención en su artículo 12 proclama que “Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar medidas para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y también les obliga a establecer mecanismos de garantía para evitar abusos”. De esta forma, esta Convención, insta a los Estados a: respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; evitar que haya intereses o influencia indebida; establecer medidas proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona y que estas sean adoptadas con la mayor brevedad posible y la posibilidad de estar sujetas a exámenes periódicos por una autoridad independiente e imparcial.

Fruto de la adaptación de la Convención y como culmen de ella, ha sido la entrada en vigor de la nueva reforma legal 8/2021. En la propia Exposición de Motivos de la Ley se habla del “cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”; y se observa que “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse”.

Además con la entrada en vigor de esta ley, se incorporan las bases necesarias para que el tratamiento de las personas con discapacidad sea teniendo en cuenta los principios constitucionales proclamados en el artículo 14 de igualdad y no discriminación y en el artículo 10 en el que aparece recogido el respeto a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad, y a los derechos inviolables que le son inherentes que son fundamento del orden político y de la paz social.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se plantea un nuevo horizonte en la regulación de la discapacidad, pasando de las funciones tutelares y de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad a un sistema de apoyos. Desde esta perspectiva, la novedad más importante es, sin duda, la supresión de la incapacitación y, en el ámbito de las medidas judiciales, la sustitución de la tutela por la curatela, que solo excepcionalmente, comprenderá facultades de representación.

2 CONVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NUEVA YORK DEL 2006 EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.

La Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), es un tratado internacional que tiene como fin lo que señala en su artículo 1 " promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad".¹

Esta convención se aprobó el 13 de diciembre de 2006, y España la firmó y ratificó el 3 de mayo de 2008. Desde entonces queda integrado en nuestro ordenamiento jurídico.²

La CDPD introduce importantes novedades en el tratamiento jurídico de la discapacidad y exige a los Estados Parte que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los

¹ CDPD

² 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 su inclusión social.

abusos contra las personas con discapacidad, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.³

En el artículo 3 de la CDPD se incluyen una serie de principios generales que sirven de guía a los Estados miembros para "promover proteger y asegurar" los derechos humanos de todas las personas del mundo. Entre ellos se encuentran el respeto a la dignidad inherente, la autonomía, la libertad de tomar decisiones propias, la no discriminación, igualdad de oportunidades, inclusión activa y pene la sociedad...⁴

Con esta finalidad el artículo 12 CDPD reconoce plena capacidad jurídica a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida, sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, puedan necesitar apoyo en el ejercicio de dicha capacidad.⁵

La interpretación de este artículo ha provocado una amplia discusión por parte de la doctrina ya que el Comité de la Convención "entiende que mantener la representación, incluso en los casos de capacidades incapacitantes severas, es discriminatorio"⁶. Algunos críticos como Rogel Vide han mostrado su disconformidad con este precepto.⁷ Sin embargo, la mayoría de estados creen que esta afirmación que pretende eliminar cualquier tipo de representación, es extremadamente radical.

Por lo tanto, se observa un claro cambio de modelo en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar, sino que se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de los que son titulares en virtud de su capacidad jurídica.

³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; CAYO PÉREZ BUENO, L. Y DE LORENZO, R. "Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", Aranzadi, 2021, p. 101.

⁴ CDPD

⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros, Op. cit. p. 102.

⁶ CUADRADO PEREZ, C. "Modernas perspectivas en torno a la discapacidad", Revista Critica de Derecho Inmobiliario, n 777, 2020, pp. 13 a 90.

⁷ ROGEL VIDE, C., "¿Capacidad de los incapaces?", Notas en torno al proyecto de ley 121/27", RGLJ, núm. 1, 2021, pp. 9-13.

3 CONCEPTOS GENERALES Y SITUACIÓN DE LA MATERIA ANTES DE LA REFORMA

3.1 CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Discapacidad “es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales”.⁸

Clasificación de la discapacidad de acuerdo a la organización mundial de la salud (OMS):

1.- Discapacidad física: es la clasificación que cuenta con las alteraciones más frecuentes como secuelas de poliomielitis, lesión medular (parapléjico o cuadripléjico) y amputaciones.

2.- Discapacidad sensorial: Comprende a las personas con deficiencias visuales y auditivas; y a quienes presentan problemas en la comunicación y en el lenguaje.

3.- Discapacidad intelectual: Se caracteriza por una disminución de las funciones mentales. Considera la enfermedad mental o psicosocial y varios tipos de enfermedad crónica. Disminución de las funciones mentales superiores (inteligencia, lenguaje o aprendizaje), así como de las funciones motoras. Esta Discapacidad abarca toda una serie de enfermedades y trastornos dentro de los cuales se encuentra el retraso mental, el Síndrome de Down y la parálisis cerebral.

4.- Discapacidad psíquica: se presenta en personas que sufren alteraciones neurológicas y trastornos cerebrales.

3.2 SITUACIÓN DE LA MATERIA ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA

La presente reforma legal produce un cambio pasando de un sistema basado en la incapacitación judicial a un modelo basado en la ayuda en el ejercicio de los derechos. Así

⁸ OMS

esta reforma parte de que todas las personas tenemos capacidad jurídica plena, poniendo fin al anterior sistema de incapacitación. Por lo tanto, la nueva regulación, no se centra en la incapacitación ni en la modificación de la capacidad.

En el anterior sistema legal, competía a los jueces la difícil tarea de concretar que medida de protección era la más adecuada para cada caso concreto, aunque no siempre se hizo de modo correcto y se abusó de la tutela y de la incapacitación absoluta. Así, la presente reforma legal, suprime la previa declaración de incapacitación para las personas con discapacidad.

Se produce un cambio sustancial del sistema en el ordenamiento jurídico, pasando de la sustitución en la toma de decisiones que afectaban a las personas con discapacidad a que la persona con discapacidad sea la encargada de tomar sus propias decisiones, debiendo tomar en consideración su voluntad, deseos y preferencias en todo momento. Todas las personas tienen capacidad para decidir. De esta manera, la nueva ley establece un sistema basado en apoyos y ajustes razonables. Para ello el legislador español se adapta a la Disability Strategy (2017-2023) del Consejo de Europa, cuando predica que “se reemplacen los mecanismos de sustitución de la voluntad por las medidas de apoyo *as far as posible*, limitando de esta forma los casos de representación a aquellos que sean absolutamente necesarios, considerados de forma individual y proporcionada”.

En cuanto a las medidas de apoyo, se produce un cambio sustancial, así antes para las personas mayores de edad, cabía la posibilidad de establecer mecanismos de protección como eran: la tutela, la curatela y la prórroga o rehabilitación de la patria potestad. Sin embargo, el actual panorama se ha establecido diferenciando como principal medida de apoyo para los mayores de edad, la curatela y para las personas menores de edad, la tutela. De esta forma desaparece: la tutela para mayores de edad con discapacidad; la patria potestad prorrogada o rehabilitada y desaparece la prodigalidad como institución autónoma.

La curatela, pasa a ser la principal medida judicial para los casos en que la persona necesite una ayuda más intensa y continuada. Junto con ella, permanece la figura del defensor judicial, aunque como una figura eventual o esporádica, nombrado para asistir en un tema concreto a la persona que precise de apoyo. También se refuerza aunque con alguna diferencia, la guarda de hecho, configurada como una verdadera medida de apoyo, dándole el protagonismo que esta se merece.

La actual regulación, no solo se centra en los aspectos de índole patrimonial sino también los de naturaleza personal.

4 REFORMA CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURIDICA

4.1 Preferencia de las medidas voluntarias frente a las judiciales

Teniendo en cuenta las ideas fundamentales inspiradoras de la Ley 8/2021⁹ hay que observar que las medidas judiciales tienen un claro carácter subsidiario, porque es propósito de la Ley dar una clara preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, es decir, a “las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance”¹⁰, de modo que las “de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”¹¹.

Así, la nueva regulación, crea la medida de la autocuratela, siendo esta “una declaración de voluntad del sujeto, dirigida a disciplinar, en la medida de lo posible, el diseño de su propia protección en el caso de que se adopte una medida judicial al respecto atendiendo a sus preferencias”.

4.2 El respeto de la voluntad y preferencias frente al interés superior

El respeto a la voluntad de la persona discapacitada es la base de la nueva regulación. Tal y como recoge el propio preámbulo de la Ley 8/2021¹².

Algunos autores como Pereña Vicente, ya eran pioneros de esta creencia como recalca en una de sus obras, “Sea cual sea la extensión y la intensidad de la medida de protección, la persona que la ejerce debe tener en todo momento presente el proceso de

⁹ Ley 8/2021, de 2 de Junio

¹⁰ El art. 250 de la Ley 8/2021, de 2 de Junio

¹¹ El art. 249.1 del CC

¹² El preámbulo de la Ley 8/2021 declara: “Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”

toma de decisiones, tanto si la medida implica acompañamiento como simple representación, no puede hacerse sin tener en cuenta la voluntad, deseos y las preferencias de la persona, respetando sus opciones vitales, estilo de vida y valores. Por lo que la persona que ejerce la medida de apoyo o protección debe acompañar en la toma de decisiones, o tomar la decisión cuando ello sea necesario, sin proyectar sus propios valores, si no intentando que la decisión sea lo más aproximada posible a la que la persona hubiera tomado”¹³.

Esta nueva regulación, ha sido una auténtica revolución llegando a situar en el centro de toda ella, los deseos y preferencias de la persona discapacitada y desplazando de esta manera el criterio del interés superior que regía en el anterior sistema.

Aun así, como desarrollaré en las próximas páginas del presente trabajo, cabría reflexionar hasta qué punto la voluntad de una persona con discapacidad podría ser tenida en cuenta, cuando esta sufre de una enfermedad mental que no la permite expresar su voluntad y construir un criterio de manera clara.

La doctrina del TS establece este interés superior como “principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo”¹⁴ lo difícil será ver cuando no es posible atender a ese criterio de las preferencias de la persona y haya que recurrir al interés general. Este criterio habría de utilizarse cuando la voluntad pueda poner en riesgo esa dignidad y autonomía.

4.3 La no consagración del derecho a equivocarse y el derecho a no recibir apoyos

Esta situación se produce cuando se da un proceso de toma de decisión en el que el curador y la persona con discapacidad mantienen discrepancias en la conclusión del acto. Por un lado el curador considera que dicho acto es perjudicial y la persona con discapacidad quiere realizarlo. Aquí hay que hacer referencia a actos especialmente graves para la esfera personal, asistencial o patrimonial.

La Convención no consagra ni menciona dicho derecho pero si la Observación general número 1. El legislador en la presente reforma legal, no lo ha contemplado en

¹³ PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 100, 2016, pp. 3-40.

¹⁴ STS 06/05/2021 (nº 269/2021).

ningún artículo, ni lo ha mencionado en el preámbulo. Lo que sí que aparece consagrado es el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones.¹⁵

Una posible solución a este problema sería que la persona con discapacidad pueda solicitar al juez autorización para realizar el acto por sí solo.¹⁶ Además, en el caso del derecho civil francés, sí que se permite este recurso y de esta manera la persona con discapacidad puede solicitar la autorización para concluir el acto por sí solo¹⁷.

Otra posible solución sería recurrir al juez para que nombre al defensor judicial de forma ocasional, para el asunto en concreto, al hallarse el curador imposibilitado para prestar su asentimiento al acto cuya conclusión, bajo su criterio, considera perjudicial.¹⁸

Sin embargo, esto podría entrar en conflicto con el art 294 del CC¹⁹ que hace referencia a la responsabilidad del curador o con el art. 282 CC²⁰ que alude a la obligación de desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.

En otras legislaciones aparece expresamente recogido este derecho como en la reforma colombiana de 2019, donde expresamente se recoge en los siguientes términos: “Los apoyos deben respetar siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, así como su derecho a tomar riesgos y a cometer errores”²¹. Por otro lado, otros ordenamientos como el suizo, mantienen una visión más restrictiva, donde a pesar de que

¹⁵ El preámbulo de la Ley 8/2021.

¹⁶ Propuesta del Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de derecho civil, artículo 175-6 "Denegación de la asistencia".

¹⁷ El Art. 464 del CC francés

¹⁸ El Art. 283.1 del CC: “Cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias”.

¹⁹ El Art. 294 del CC declara: “El curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo”.

²⁰ El Art. 282 del CC declara: “Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida”

²¹ Art 19 Ley 1996 de 2019 de Colombia

se tienen en cuenta los deseos y preferencias de la persona, sin embargo, no hay una obligación de atenderlos.²²

De esta manera, cabe tener en consideración además, si una persona tiene el derecho a no recibir apoyos, es decir, a rechazarlos y por lo tanto, quizá nos obliga a plantearnos, si se puede prescindir por completo del criterio del interés superior de la persona con discapacidad.

5 ANÁLISIS DE LA LEY 2 DE JUNIO DE 2021

5.1 Definición de apoyo

El término apoyo, el cual aparece recogido en el preámbulo de dicha ley, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones. Así puede englobar actuaciones como: el acompañamiento amistoso; la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad; la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo; el consejo y la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad e incluso, en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, éste puede concretarse en la representación en la toma de decisiones.²³

5.2 Descripción de las medidas y figuras de apoyo

Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son de dos tipos: las voluntarias o de configuración notarial y las judiciales. Junto con ellas, se encuentra, la medida informal de la guarda de hecho.

Las medidas voluntarias de apoyo son: la autotutela, y los poderes y mandatos preventivos. Junto con ellas, las medidas judiciales son: la tutela y el defensor judicial. La tutela se desglosa en dos formas posibles de llevarla a cabo: tutela asistencial y representativa.

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

²² Art. 406 CC francés

²³ FERNÁNDEZ MARTINEZ, JM., “Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, 2021, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.43.

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

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

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

Por otro lado dentro de las medidas judiciales de apoyo, la curatela es la medida central de la nueva legislación. A pesar de que no es una medida nueva, ha desplazado por completo a la tutela. Además, es la institución más regulada en el marco de la nueva reforma: de los ocho artículos en los que aparecía regulada anteriormente (arts. 286 a 293 CC), han pasado a veintisiete los artículos que actualmente regulan la institución (arts. 268 a 294 CC).

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo. Y de esta forma, la persona que le preste el correspondiente apoyo, se ha de guiar en todo momento por dicha resolución judicial.

Esta institución tiene una nueva configuración y consistencia diferentes a las que tenía anteriormente. Sustituye a la tutela, pero no es un simple cambio terminológico, es decir, la tutela con otro nombre, ya que hay diferencias de peso entre ambas instituciones, fundamentalmente en la extensión y las funciones y prerrogativas del curador, que son menos extensas que las de los tutores. Sin embargo, sí que es cierto que en caso de que por las concretas circunstancias de discapacidad de la persona la autoridad judicial decidiera constituir una curatela representativa, esta sí que se parecería a la antigua tutela.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. Además, no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

5.3 Medidas voluntarias de apoyo

Son aquellas adoptadas por la propia persona. Estas son: poderes y mandatos preventivos; guardador de hecho y la autocuratela.

5.3.1 La autocuratela

La autocuratela fue introducida por la ley 41/2003, así aparecía recogida en el anterior artículo 233 del CC.²⁴ Sin embargo, algunos autores como Pérez de Vargas Muñoz la consideraron incompleta.²⁵ Ya que sin perjuicio de lo positivo de admitir la posibilidad en sí misma de que fuera constituida, lo cierto es que se llevaba a cabo una “suerte de traslación de la delación de la tutela hecha por los padres sin contener luego un régimen completo”.²⁶

Actualmente, aparece contemplada en el mencionado Título XI, Capítulo IV, destinado a la curatela, y dentro de este, en la sección 2.^a “De la autocuratela y del nombramiento del curador”, concretamente, en la subsección 1.^a “De la autocuratela”, arts. 271 a 274 CC. Establece que una persona, mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que existan circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Así, la autocuratela se configura como una medida necesariamente de futuro.²⁷

De esta forma, la autocuratela se concibe como “una declaración de voluntad del sujeto, dirigida a disciplinar, en la medida de lo posible, el diseño de su propia protección en el caso de que se adopte una medida judicial al respecto atendiendo a sus preferencias”.²⁸

²⁴ Anterior artículo 233 del CC: “Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”

²⁵ PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos”, 2011, p.51 y ss.

²⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros, Op. cit. p. 708.

²⁷ IBIDEM

²⁸ DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C., “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”, en DE SALAS MURILLO, S. y

Podrá en ese mismo documento notarial establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Es importante tener en cuenta que la propuesta de nombramiento y las demás disposiciones que la persona establezca vinculan a la autoridad judicial al constituir la curatela, salvo que se motive mediante resolución que existen circunstancias graves desconocidas por quien estableció la autocuratela o que se han alterado las causas expresadas por aquél o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

En cuanto los caracteres que podemos destacar de esta figura, son entre ellos: se trata de un negocio, necesariamente de futuro, unilateral, no recepticio, personalísimo y esencialmente revocable; por estar basada en la confianza.

En cuanto al carácter no recepticio, algún autor sí que la considera como tal²⁹, en el sentido de que debe ser dada a conocer como tanto al nombrado como al autoridad judicial, pero la mayor parte de la doctrina entiende que no lo es³⁰.

El carácter personalísimo, impide la sustitución, de modo que no se podría encomendar su otorgamiento a otra persona, aunque sea de confianza. Este carácter “es manifestación directa del criterio del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, y en consecuencia vincula en una medida mucho más fuerte que otras posibles delaciones”.³¹

En cuanto a la capacidad para otorgarla, como se recoge para el resto de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, el notario "deberá dar fe de que a su juicio" el otorgante del documento público, tiene" capacidad y legitimación, de qué consentimiento ha sido libremente prestado"³² y para también se prevé la posibilidad de proporcionarles la ayuda

MAYOR DEL HOYO, M^a V., (Dir.), “Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad”, Tirant lo Blanch, 2019, p.136.

²⁹ MARTINEZ PIÑEIRO CARRAMES, E. en “La autotutela en el derecho foral común”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, octubre-diciembre de 2006.

³⁰ PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., Op. cit. p. 52.

³¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros Op. cit. p. 712.

³² El art. 17.1 bis de la Ley del Notariado

necesaria para que puedan llevarlo a cabo “para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, éstas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, estableciendo sistemas de lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral... Así como cualquier otro que resulte preciso”³³.

En cuanto al momento de su otorgamiento, la autocuratela es una medida de futuro, lo que conlleva que es previa al inicio del procedimiento de provisión judicial de apoyos, se exige por lo tanto que "esas circunstancias que puedan dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica" aún no se hayan producido.

En cuanto a su contenido, no se establece un contenido mínimo para el documento de autocuratela, pudiendo servir tanto para cuestiones personales como para cuestiones patrimoniales, tal y como recoge el art. 271 del CC.³⁴

La forma para otorgar la autocuratela reiterando lo que se dispone en el artículo 271 del Código Civil, prevé que la designación de la misma “ha de constar en escritura pública”. Una vez llevada a cabo, el notario, “comunicara 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”³⁵.

En último lugar, cabe hacer especial mención, a la vinculación de la autoridad judicial a la autocuratela y a los motivos que permiten apartarse de ella. Dicha vinculación aparece explícitamente recogida en el art 276 del CC párr. 1.º ³⁶

En el control de la autoridad judicial, la ley, en aplicación de los postulados de la CDPD, se le impone el respeto a la voluntad del que va a ser eventualmente el propio beneficiario³⁷. El legislador ha tratado de poner énfasis en que no se trata de un

³³ El art 25 de la Ley del Notariado

³⁴ “En cuanto a su contenido, no se establece un contenido mínimo para el documento de autocuratela, pudiendo servir tanto para cuestiones personales como para cuestiones patrimoniales”

³⁵ El Art 255 CC

³⁶ “La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado”

³⁷ ESCARTÍN IPIÉNS, J. A en “La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre de 2018, p. 4.

intervencionismo judicial en la voluntad de la persona para cambiarla, si no para acomodarla a lo que se conoce como su voluntad, ya que el criterio del interés superior de la persona con discapacidad ha sido reemplazado por el de respeto a la voluntad, deseos y preferencias³⁸.

La posibilidad de que el juez se aparte de lo establecido por la persona acorde a su voluntad, en todo o en parte de la propuesta contenida en la escritura de autoguarda, también debe poder fundamentarse en la apreciación de algunos de los peligros de los que advierte la propia Convención, como el conflicto de intereses y sobre todo, la influencia indebida, así, algunos autores afirman situaciones que excepcionan este principio dispositivo: “El respeto a la voluntad que se dará siempre, a no ser que sea contraria a su interés, obedezca a influencia indebida o abuso de confianza, pero que debe motivarse la decisión incluyendo las razones en las que se apoya el juzgador para no atender a la voluntad expresada antes o durante el procedimiento”³⁹.

5.3.2 Los poderes y mandatos preventivos

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

La tipificación legal de los poderes o mandatos preventivos como medida de apoyo es una importante novedad de la reforma ya que antes, este tipo de instrumentos se concebía como un tipo de mandato y no como una institución de apoyo y protección de la persona.

El antecedente lo encontramos en la ley 41/2003, sin embargo, la sistemática empleada por dicha ley y los poderes preventivos se concebían como un instrumento negocial pero con la particularidad de que siempre cabía la posibilidad de que la autoridad judicial procediera a la revocación del poder y a la sustitución del apoderado por el cargo tutelar correspondiente. De esta manera su vigencia y eficacia quedaba condicionada al

³⁸ Observación General n.º29.b

³⁹ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de septiembre de 2018”, 2019, p. 385-386.

juicio de oportunidad de la autoridad judicial, la cual decidía sobre su continuidad o vigencia.⁴⁰

El supuesto de hecho de los poderes y mandatos preventivos es la concurrencia en el futuro de circunstancias que puedan dificultar al poderdante el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.⁴¹

Se contemplan expresamente dos tipos de poderes preventivos.

Por un lado el poder preventivo con cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, denominado poder continuado. Este poder comienza a surtir efectos desde el instante de su constitución.⁴²

Por otro lado el poder preventivo puro es concedido únicamente para el supuesto de que el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, es conocido como el poder ad cautelam. Para que comience a producir sus efectos, deberá acreditar la necesidad de apoyo.

En ambos el poderdante “podrá establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder.”

⁴⁰MARTINEZ DÍE, R. “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, Cívitas, Madrid, 2000, p. 138.

⁴¹ El art. 257 del CC: “El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.”

⁴² El art 259 del CC: “Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.”

La forma de otorgar estos poderes es “en escritura pública”, tal y como recoge el art. 260 del CC. Posteriormente, “El Notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante.”

5.3.3 La guarda de hecho

La guarda de hecho se refiere a aquellas situaciones en las que una persona necesitada de protección no había sido sometida a un procedimiento de incapacitación judicial, careciendo, por tanto, de un representante, pero que sin embargo era, “de hecho”, atendida o asistida por otra, normalmente algún familiar que convivía con ella.

El artículo 250 CC la define como “Una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”.

Es una medida que se ha ido reforzando progresivamente. Inicialmente se estableció como una medida provisional e insegura hasta convertirse en una medida estable. Así, tal y como se dice en la Exposición de Motivos, había sido “entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”, debiendo ahora “convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo”.⁴³

Y es que el legislador, superada la arraigada percepción de que solo desde un escenario judicial se podía satisfacer las necesidades de protección y apoyo de las personas más vulnerables, ha sabido reconocer el potencial que escondía en la consecución de los nuevos objetivos. Pues, quién mejor que el familiar o allegado de la persona con discapacidad, que por la relación de confianza que les une, conoce cuál es su voluntad, deseos y preferencias, para cumplir con eficiencia el cometido de asistirle en el ejercicio de su capacidad jurídica.⁴⁴

El establecimiento de esta medida, viene respondiendo a la realidad social, así en la Exposición de Motivos de la Ley recoge: “La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho – generalmente

⁴³ Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

⁴⁴ MONTSERRAT PEREÑA, V., HERAS HERNÁNDEZ, M De M., “El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio”, Tirant lo Blanch, 2022. Print., p.648.

un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”.⁴⁵

En la presente ley aparece regulada dentro de las medidas legales de apoyo. El artículo 263 recoge “quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”. De modo que la constitución de la curatela es subsidiaria. Así la constitución de la curatela va a ser necesaria en los casos en los que no exista un guardador de hecho y en aquellas situaciones en las que existe una guarda de hecho pero esta sin embargo, no funciona adecuadamente.

En el primero de los casos, el precepto legal presupone, obviamente, la previa existencia de la misma, por lo que, en el caso de que no exista, ni haya familiares en condiciones de asumirla, se ha considerado procedente establecer una curatela a cargo de una persona jurídica de carácter público. Así lo ha estimado la SAP Valencia en las sentencia dictada el 16 septiembre 2021, respecto de una persona que padecía un trastorno mental grave del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, que le producían un deterioro de las funciones psicológicas básicas (pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva). Así, la AP ha nombrado como curador, meramente asistencial, al Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), sin atribuirle facultades de representación. El nombramiento como curador del IVASS en la circunstancia que la persona con discapacidad carecía de allegados que pudieran ejercer con garantías esta medida de apoyo, porque no tenía familiares en España, ni mantenía contacto con los que vivían en Colombia.⁴⁶

No obstante, nada impide que la guarda de hecho pueda ser ejercida por una persona jurídica, siempre que no exista una relación contractual, en cuya virtud aquélla

⁴⁵ Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de Junio.

⁴⁶ STS 16/09/2021 (Rec 240/2020) en VERDA Y BEAMONTE, JR., : “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, Wolters Kluwer, 2022.

preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a quien precise el apoyo (art. 249 del CC).

En segundo lugar, en aquellas situaciones en las que existe una guarda de hecho, pero esta sin embargo, no funciona adecuadamente, se va tener que proceder a establecer otra medida de apoyo como la curatela. Esto puede ser ocasionado por diversos motivos como la existencia de conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad; situaciones de riesgo familiar provocadas por la enfermedad de las personas con discapacidad; tendencia al gasto que no puede controlarse a través de la guarda de hecho o la dificultad para seguir ejercitando la guarda de hecho.

En la práctica tiene gran importancia ya que proporciona la posibilidad de actuar sin necesidad de acudir a un procedimiento general de provisión de apoyos.

El guardador de hecho es la persona que de manera espontánea, sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanencia a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado.⁴⁷

En cuanto a las facultades que posee, en la regulación anterior, los que ejercían la guarda de hecho podían llevar a cabo actos que fueran de utilidad para su representado, puesto que el resto podrían ser impugnados. Sin embargo, con la presente ley, el guardador de hecho podría actuar en cualquier ámbito tanto en el personal como en el patrimonial.

La forma de actuación del guardador de hecho, se rige por la regla general de la actuación asistencial recogida en el artículo 264 del CC. Sin embargo, a modo de excepción también puede llevar a cabo una actuación representativa. Independientemente de la actuación que lleve a cabo siempre tendrá que tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.⁴⁸

⁴⁷ LESCANO FERIA, P., La guarda de hecho, Dykinson, 2017, pp.37-48.

⁴⁸ El art. 264 del CC: “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”

5.4 Medidas judiciales de apoyo

5.4.1 La curatela

La curatela es la medida estrella de naturaleza judicial de la nueva legislación frente a la tutela en el anterior régimen legal. Aparece regulada en el capítulo VI del título XI, bajo el título, “*De la curatela*”, se destina a regular, en cuatro secciones, los principios y el régimen legal general de esta figura, que abarca de los artículos 268 a 294 del CC.

Los principios inspiradores de esta institución tras la reforma son: la necesidad; ya que la constitución de la curatela se llevará a cabo solo cuando sea estrictamente necesario, tal y como recoge el artículo 269 apartados 1 y 3 del CC⁴⁹. El segundo de los principios, es la subsidiariedad, tal y como aparece recogido en el artículo anteriormente mencionado, ya que la nueva ley da preferencia a las medidas voluntarias frente a las de naturaleza judicial.⁵⁰ En tercer lugar, aparece recogido el principio de la temporalidad, plasmado en el artículo 268⁵¹, el cual recoge que las medidas impuestas por los tribunales han de ser susceptibles de revisión.⁵²

En cuarto lugar, nos encontramos con el criterio de la proporcionalidad, ya que cualquier medida que se vaya a adoptar ha de ser proporcional a las necesidades y circunstancias de la persona. Dicha afirmación aparece recogida en el artículo 268 apartado 1⁵³. El último criterio a tener en cuenta a la hora de la adopción de la medida de la curatela

⁴⁹ “Cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad” y “Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad”.

⁵⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros, Op. cit. p. 772.

⁵¹ “Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.”

⁵² MONTSERRAT PEREÑA, V. y otros, Op. cit. p. 232.

⁵³ “Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”

es la personalización de dicha medida, para ello son necesarios dos aspectos, de un lado conocer la voluntad, deseos y preferencias de dicha persona y por otro lado que la medida esté correctamente dictada para esa persona. Para ello el juzgador debe intentar conocer su voluntad, pero también todas las circunstancias vitales que rodean a la persona con discapacidad, para que la medida de apoyo se ajuste perfectamente a sus necesidades.⁵⁴ Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, tal y como recoge la sentencia del 13 de mayo de 2015.⁵⁵ Cabe resaltar, la sentencia del TS de 8 de septiembre de 2021, porque es la primera que se aplica a la nueva regulación de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad.

A partir de la nueva reforma, regula la curatela como la medida de apoyo judicial más intensa para las personas con discapacidad. Esto se debe a que la nueva modificación legal suprime la incapacitación como un estado civil determinado por un juez a través de una sentencia que establecía que una persona no puede valerse por sí misma. Con esta omisión desaparece la tutela de las personas mayores de edad con discapacidad.

La curatela tiene como finalidad la asistencia, apoyo y ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica pese a que, como excepción, podrán atribuirse al curador funciones representativas, la curatela será, principalmente, de naturaleza asistencial. De esta forma, la ley 8/2021 consagra una curatela única, muy flexible, en la que se pueden combinar las funciones de asistencia o acompañamiento con las de representación, que el juez puede y debe adaptar a las circunstancias y necesidades de la persona. Así, la curatela aparece recogida en la ley como una única institución lo que no impide que la doctrina comience a referirse como curatela asistencial y curatela representativa, algunos autores añaden la curatela mixta como mezcla de ambas y también como una subespecie de la segunda, la representativa de ámbito general.⁵⁶

Sin embargo, tal y como muestra el artículo 269 CC⁵⁷ se deduce la preferencia de la curatela asistencial y la excepcionalidad de la representativa. En la misma línea el art. 249.3 CC que recoge: “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo

⁵⁴ MONTSERRAT PEREÑA, V. y otros, Op. cit. p. 233.

⁵⁵ STS 13/05/2015 (nº 44/2015)

⁵⁶ MONTSERRAT PEREÑA, V. y otros, Op. cit. p. 232.

⁵⁷ “Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.”

considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas.”⁵⁸

En cuanto los requisitos legales para ser curador, este debe de ser mayor de edad. La aptitud para el desempeño de la función de curador va a depender del contenido que haya de darse a dicha función, meramente asistencial o con funciones representativas.

El curador ha de reunir la disponibilidad mínima de tiempo para acompañar a la persona que recibe el apoyo en el proceso de toma de sus decisiones, evitando una actitud invasiva.⁵⁹

A veces, la aptitud vendrá predeterminada por los criterios de elección marcados en el art. 276⁶⁰, que consideran en principio más idóneo, de entre varios posibles, al que conviva con la persona que precisa el apoyo. Ya que es lógico, que sea la persona que convive, la más idónea de cara a poder entender los deseos de la persona, ya que al fin y al cabo, es la que convive día a día con ella y mejor va a poder captar sus necesidades.

⁵⁸ En este punto, el legislador español se aparta de las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014, que se manifiesta en términos tales, de los que es posible deducir que propone la supresión de todo tipo de medidas de apoyo de carácter sustitutivo. Dice, así, que «La obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención» (núm. 28)

⁵⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros, Op. cit. p. 712.

⁶⁰ 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”.

Además las causas de inhabilidad recogidas en el art. 275⁶¹ presumen, con o sin prueba en contrario, la falta de aptitud por diversos motivos.

La ley, recoge que el curador podrá sea una persona física pero también recoge la posibilidad de que puedan ejercer como curadoras las personas jurídicas sin ánimo de lucro.⁶²

Además, en contraste, la nueva redacción del Código Civil permite otorgar una retribución a estas personas jurídicas sin ánimo de lucro, que iría más allá del reembolso de gastos justificados indemnización de daños sufridos sin su culpa, tratándose, de un lucro objetivo para la propia persona jurídica.⁶³

En el art. 250⁶⁴ del CC aparece recogida la prohibición de ejercer la tutela por parte de la fundaciones tutelares, cuando se dé la existencia de una relación contractual con la persona incapacitada.

Estas entidades también podrán prestar dicho apoyo de modo provisional cuando sea urgente.⁶⁵

⁶¹ 2. No podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. 3. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

⁶² Según el art. 212 CC: “Podrán ser tutores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores.”

⁶³ Según el art. 281 CC: “El curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.”

⁶⁴ Según el art. 250 del CC: “No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”

En lo que se refiere a las causas de inhabilidad para poder ser curador aparecen recogidas en los artículos 211, 278, 297 del Código Civil. Estas han sido agrupadas y adaptadas a la legislación vigente. Varias de ellas se han eliminado, dejando su posible concurrencia a la valoración de la autoridad judicial conforme al criterio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.⁶⁶

Se distinguen dos grupos de causas, por un lado, las causas no dispensables y por otro lado las causas de inhabilidad dispensables por circunstancias excepcionales debidamente motivadas.

Las causas de inhabilidad no dispensables aparecen recogidas en el artículo 275 del Código Civil que son los excluidos por la persona que precisa apoyo, recogidos en escritura pública. No sería causa de inhabilitación la simple manifestación en contrario en la comparecencia ante el juez aunque este puede ser criterio decisivo para que el juez excluya el nombramiento de tal persona.⁶⁷

A diferencia de la antigua regulación no aparece la posible exclusión hecha por el padre o la madre en testamento documento público notarial.

En segundo lugar aparecen las causas relacionadas con la privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección o con el hecho de haber sido removidos de una tutela curatela guarda anterior que determina.

En cuanto a las causas de inhabilidad dispensables por circunstancias excepcionales, se enumeran causas que podrían ser salvadas por la autoridad judicial.⁶⁸

⁶⁵ Según el art. 253 del CC: “Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.”

⁶⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros, Op. cit. p. 708.

⁶⁷ IBIDEM

⁶⁸ Según el art. 275: “La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del

En lo referente a la prelación entre los posibles curadores, el CC establece un listado en el art. 276 el cual presenta diferencias con el anterior artículo 234 del Código Civil.

Además, tal y como recoge el propio art. 276 del CC la autoridad legal puede alterar dicho orden.⁶⁹

Sin embargo, la persona que en último término puede nombrar la autoridad judicial, alterando dicho orden legal, no es la que a él le parezca más idónea o la que sea la más beneficiosa para él, sino la que una vez oída la persona que necesite el apoyo resulta de su voluntad. Esto muestra una clara diferencia respecto al anterior artículo, en el que recogía que la autoridad judicial podría alterar el orden legal en función de la persona que sea más idónea o más beneficiosa para él.

Con dicha nueva reforma legal se tiene en todo momento presente la voluntad deseos y preferencias de la persona que precisa el apoyo.⁷⁰ En tal sentido se orienta el TS en la sentencia dictada el 23 diciembre 2021⁷¹, que revoca la sentencia recurrida, estimando un recurso extraordinario de infracción procesal, por entender que hubo falta de motivación suficiente de la decisión de “prescindir de la voluntad exteriorizada del demandado de que sea designado como curador la persona por él elegida y nombrada por el juzgado”, estableciendo, en cambio, una tutela en favor de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, “pues es organismo preparado, técnico, profesional y objetivo”; y ello, frente a la mujer e hija del demandado que no tenían buena relación con la persona discapacitada. Sin embargo, la sentencia revocada no explicaba por qué no se había nombrado tutor a la persona querida por el discapaz, la cual no era, ni su mujer, ni su hija, más allá de constatar la adecuación de la Agencia para ejercer el cargo. El TS afirma, así, que, para “prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley”, se “requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en

procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.”

⁶⁹ “La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.”

⁷⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros, Op. cit. p. 753.

⁷¹ STS 23/12/2021 rec. n.º 1504/2021.

la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado”.

Por otro lado sí que cumple ese requisito de especial motivación la SAP Valencia en la sentencia dictada el 16 septiembre 2021⁷², la cual nombró a una fundación como curadora de una persona que padecía un trastorno esquizo-afectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico. La Audiencia no atendió a la voluntad manifestada por aquélla de que se designara como curadores a sus hermanos, porque éstos estaban asustados, constatando la existencia de una situación de riesgo familiar, por haber tenido lugar numerosos incidentes violentos.

Sin embargo, críticos como Martínez Aguirre sostiene una dura crítica al basar todo el sistema en las preferencias y deseos de las personas con una discapacidad psíquica⁷³.

A diferencia del anterior sistema legal, la nueva reforma, permite la posibilidad de proponer más de un curador.⁷⁴ Esto tiene una clara diferencia respecto al anterior sistema legal en que el anterior artículo 236 del Código Civil como norma general la tutela individual y sólo en los casos enumerados en el mismo se posibilitaba la tutela ejercitada por varias personas. Sin embargo, la actual regulación no le da ese carácter excepcional.

En cuanto a las causas de remoción, estas aparecen recogidas en el artículo 278 del Código Civil.⁷⁵ Para que se lleve a cabo dicha remoción del curador, no es necesario que el

⁷² STS 16/09/2021 rec. n.º 240/2020.

⁷³ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código Civil sobre discapacidad psíquica”, p. 1 y 2. : "Pretender que todo debe quedar confiado ahora a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con una discapacidad psíquica que afecta a su capacidad de conocer y querer, como si eso fuera la piedra filosofal que va a resolver satisfactoriamente problemas, es cuando menos ingenuo, y cuando más peligroso.”

⁷⁴ Según el art. 277 CC: “Se puede proponer el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes. Cuando la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo.”

⁷⁵ Según el art 278 CC: “Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en

abandono de sus deberes o el ejercicio en forma inadecuada obedezcan a una conducta dolosa, sino que basta la constatación objetiva de la referida desatención, que puede venir determinada por la ineptitud de aquel o, incluso por una actuación imprudente del mismo o por otras circunstancias.⁷⁶ Para que se produzca un incumplimiento de deberes, hay que tener en consideración, que se produzca una cierta permanencia o bien una notoria ineptitud, esto es, que sea manifiesta y evidente, lo que supone, que no puede ser considerado como causa de remoción un incumplimiento puntual, aislado o irrelevante.⁷⁷

En cuanto al procedimiento, este se tramita por jurisdicción voluntaria donde el artículo 49.1 de la LJV otorga una amplia legitimación, incluyendo “cualquier persona interesada”.⁷⁸

Sin embargo, el CC, también contiene reglas en materia de legitimación y mantiene que el juez puede actuar de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal pero la legitimación se restringe, a diferencia de lo que dispone en la LJV, a la persona a cuyo favor se estableció el apoyo y al Ministerio Fiscal. El resto de interesados deben poner en conocimiento de este las circunstancias que estimen oportunas para que sea este el que inste el procedimiento.⁷⁹

Las causas de excusa aparecen recogidas en el artículo 279 del Código Civil. A diferencia del sistema anterior que recogía las causas en el artículo 251 donde decía "razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado". Sin embargo, en la legislación actual se emplea una expresión genérica: “el excesivo gravamen que le supone o la grave dificultad

su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo.”

⁷⁶ Pronunciamientos de la SAP Barcelona 27.12. 2019 (JUR 2020,4643) y el AAP Barcelona 17. 09.2020 (JUR 2020/319625)

⁷⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros, Op. cit. p. 757.

⁷⁸ “En los casos previstos por la legislación civil aplicable, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado, del sujeto a curatela o de otra persona interesada, se podrá acordar la remoción del tutor o del curador, previa celebración de comparecencia. En esta se oír al tutor o curador, a las personas que puedan sustituirle en el cargo, a la persona con discapacidad, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, y al Ministerio Fiscal.”

⁷⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y otros, Op. cit. p. 759.

para el ejercicio del cargo". Esta diferencia permite un margen más amplio de apreciación y maniobra por parte de la autoridad judicial.

En cuanto la excusa por parte de personas jurídicas privadas, estas podrán excusarse "cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela". El anterior sistema legal aludía a que "las condiciones del ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios".

Por otro lado, las entidades jurídicas de naturaleza pública, el art.281 del Código Civil, recoge que "no concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública".

El momento delegación de la excusa ha de llevarse a cabo, en los 15 días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento.

El artículo 256 del Código Civil recoge la obligación del nombrado curador de ejercer sus funciones mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa. Como consecuencia se procede a nombrar un defensor judicial como medida de apoyo, mientras se tramita la excusa, cuyos gastos ha de asumir si la excusa es rechazada.

La posibilidad del curador de tener derecho a una retribución aparece recogida en el artículo 281 del Código Civil, tanto si es una persona física como una persona jurídica sin ánimo de lucro. Anteriormente, dicha materia aparece regulada en el artículo 274 del Código Civil, donde el juez tenía un mínimo margen de maniobra marcado por el patrimonio de la persona y el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no bajé del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes. Sin embargo, el actual artículo 261 del Código Civil se encarga de simplificar el procedimiento anteriormente establecido.

En cuanto a las obligaciones y deberes del curador en el ejercicio del cargo, se encuentran recogidos en los artículos 282 y 249 del Código Civil.

Hay que resaltar dos obligaciones principales que, aun siendo predicables de todas las medidas de apoyo, el legislador las pone de relieve en esta concreta medida de apoyo, qué son dos: mantener contacto personal con la persona y desempeñar su función con la diligencia debida. Esta última obligación aparecía ya recogida en la antigua redacción del CC, en su artículo 270, pero sin embargo este deber de diligencia únicamente se refería a la administración de los bienes.

Junto con estas dos obligaciones también aparecen recogidas en el artículo 282 las de asistencia, acompañamiento en el proceso de toma de decisiones y el fomento de las

aptitudes de la persona con discapacidad, todas ellas respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Además, la nueva reforma impone, con carácter general a todos los titulares de las medidas de apoyo, el deber de “ayudar e informar para poderla guiar a comprender, razonar y expresar de esa manera sus preferencias y a intentar hacer que esa persona pueda ejercer sus derechos con un apoyo menos intenso en el futuro”, es decir, que la persona, consiga ganar más autonomía.⁸⁰

También, hay que hacer referencia a las obligaciones del curador en supuestos excepcionales. En el caso de la curatela con facultades representativas, el curador, tendrá que llevar a cabo la realización de un inventario, en el plazo de 60 días desde que toma posesión en el cargo, este inventario se llevara a cabo ante el LAJ, tal y como aparece recogido en el artículo 285 del CC. Además también deberá realizar una rendición de cuentas periódica impuesta por la autoridad judicial.

Cabe resaltar la importancia que en el nuevo sistema tiene la autorización judicial y las salvaguardas legales, un control llevado a cabo por la autoridad judicial. Esta regulación, aparece recogida en los preceptos 287 a 290 del CC.

En cuanto a la autorización judicial, el art. 287 se encarga de enumerar una serie concreta de supuestos en los que el curador que ejerza funciones de representación deberá pedir una autorización judicial.⁸¹

⁸⁰ El art. 249 del CC dispone: “Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”

⁸¹ El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: 1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles

En lo que se refiere a la aprobación judicial, esta sería un control ex post, frente a la autorización judicial que sería un control ex ante. Esto aparece de manera genérica recogido en el art. 288 del CC: “La autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos”.

En atención a la extinción de la curatela, “se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo. Asimismo, la curatela se extingue por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela.”⁸²

La responsabilidad del curador es un aspecto relevante que se debe tener en consideración, dado que un comportamiento negligente por parte del curador puede perjudicar a la persona con discapacidad en numerosos aspectos, así el art.294 del CC recoge: “El curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o

en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos. 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

⁸² El art. 291 del CC.

negligencia a la persona a la que preste apoyo. La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas.”

5.4.2 El defensor judicial

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

Al contrario que la institución formal de la curatela que opera con carácter continuado, el defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de manera ocasional, aunque sea recurrente, cuando concurra uno de los supuestos tasados en el art. 295 CC.⁸³

Dicho defensor judicial de las personas con discapacidad, tiene caracteres diferentes y funciones independientes del defensor judicial del menor.⁸⁴

En cuanto a las características de esta figura, se parecen a las que tenía en la anterior regulación: el carácter ocasional y no estable de la figura, su perfil heterogéneo, subsidiariedad; ya que entra en juego cuando las otras medidas de apoyo no están funcionando adecuadamente.

En lo que concierne al nombramiento del defensor judicial, es tarea de la autoridad judicial, “una vez oída la persona con discapacidad nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de

⁸³ Art 295 CC: “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 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. Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.”

⁸⁴ El defensor judicial del menor, aparece recogido en los art 235 y 236 del CC, aunque comparten semejanzas y se establecen para supuestos de hecho parecidos.

aquella”⁸⁵. Así, según las normas procedimentales aplicables al nombramiento, corresponde al LAJ, aunque a veces, lo puede hacer el juez directamente.⁸⁶

Además se prevé, que para el caso de apoyos plurales, “No se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento.”⁸⁷ De esta manera, el defensor judicial, solo podrá actuar de manera subsidiaria, para el caso, de que ninguna pueda actuar o el juez lo estime conveniente.

En los supuestos de inhabilidad, excusa y remoción del defensor judicial, el CC se remite a la regulación existente para el curador, así, recoge que, “Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo.”⁸⁸

En cuanto a las obligaciones principales que tiene el defensor judicial, las podemos resumir en las siguientes: conocer y respetar la voluntad deseos y preferencias de la persona a la que se presta apoyo; someterse a lo señalado por la autoridad judicial en el nombramiento y el concreto supuesto para el que fue nombrado y asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso.

Junto a estas obligaciones generales, el defensor judicial tiene obligaciones más específicas, como la de dar cuentas de la gestión según recoge el art. 298 del CC⁸⁹. Además, tiene la responsabilidad por los daños que cause el defensor a la persona con discapacidad. Dicha afirmación, aparece por analogía de las obligaciones del curador.⁹⁰

⁸⁵ El art. 295 del CC.

⁸⁶ LJV

⁸⁷ El art. 296 del CC.

⁸⁸ El art. 297 del CC.

⁸⁹ “El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.”

⁹⁰ El art. 294 del CC

6 ESTUDIO DE LA SITUACION DE LAS FUNDACIONES TUTELARES ANTE LA NUEVA REFORMA LEGAL

6.1 Características de la metodología utilizada

Con la finalidad de aproximarnos de una manera más exhaustiva al objeto de estudio, se ha realizado un trabajo de campo basado en la metodología cualitativa.

Parte, por lo tanto, del análisis de las personas para contrastar concepciones y teorías con la finalidad de establecer conclusiones relevantes en el ámbito las fundaciones tutelares ante la nueva ley.

6.2 Técnica de recogida de información

Para llevar a cabo la recogida de la información se ha realizado una entrevista estructurada de hora y media de duración en total con un perfil profesional, partiendo de un guión de entrevista compuesto que distintas preguntas, que se ha seguido a la hora de realizar la entrevista

El objetivo de la entrevista es recoger las ideas, opiniones, impresiones y propuestas de una profesional especializada en la intervención con personas discapacitadas. Lo que se busca es la significación, que estas informaciones, ideas, nos ayuden en nuestro estudio, así como en el propio ámbito de la intervención con este colectivo concreto.

Estructura del guión de la entrevista

- Presentación/Introducción: Presentación de la persona que realiza la entrevista, explicando que está realizando un trabajo de fin de Grado conjuntamente y supervisado por un profesor de la Universidad de Valladolid
- Objetivo del Trabajo de Fin de Grado
- Objetivo de la entrevista
- Estructura de la entrevista: realización de las preguntas a una trabajadora especializada en las tutelas profesionales.
- Duración de la entrevista: 1 y 30 minutos aproximadamente
- Forma de realización de la entrevista: por teléfono
- Ética de la investigación: Solicitud ver grabación de la entrevista, respecto de los criterios de confidencialidad de la información, anonimización de las informaciones recogidas y destrucción de la transcripción de la entrevista una vez utilizada.
- Compromiso de devolución del correspondiente trabajo de fin de Grado a las profesionales entrevistadas
- Bloques de la entrevista:
 1. Actuaciones de la fundación para adaptarse a la nueva regulación
 2. Transición hacia la nueva regulación
 3. Dificultades encontradas al adaptarse a la nueva reforma legal.
 4. Los deseos, voluntades y preferencias de la persona discapacitadas
 5. Opinión fundada de la nueva regulación.
 6. ¿Esta ley favorece a las personas discapacitadas?

6.3 Participantes

Respecto al perfil profesional al que se le ha realizado la entrevista, se ha seleccionado intencionadamente es decir se ha elegido aquel perfil profesional que consideramos que tendría una mayor relevancia para nuestro trabajo de campo con la selección intencionada de este perfil lo que se pretende es poder avanzar, profundizar, contrastar las conclusiones a las que se ha llegado en el estudio teórico

Perfil profesional: Trabajadora social con experiencia y formación en el ámbito de la intervención con personas mayores discapacitadas en una Fundación Tutelar. El trabajo concreto que realiza esta persona en la fundación tutelar es ser referente tutelar, lo cual consiste en ser la primera persona de contacto, es decir, realiza un trabajo preinicial, donde estudia el caso, el perfil de la persona discapacitada y sus necesidades, para posteriormente decidir si pueden hacerse cargo de dicho caso. Tras asumir el cargo realiza todas las funciones propias de un tutor. Después, para justificar el trabajo que realiza, tiene que presentar un inventario inicial de bienes, redactando un informe con toda la situación que conoce y trasladarla al juzgado y luego año tras año, va justificando con las rendiciones de cuentas anuales el trabajo que está realizando, haciendo referencia a los posibles cambios que se lleven a cabo en las circunstancias de la persona.

6.4 Análisis de datos

Síntesis de las ideas fundamentales de la profesional entrevistada por bloques de contenido, en función del guión de la entrevista realizada.

Bloque 1. Actuaciones de la fundación para adaptarse a la nueva regulación

La fundación sabía que iba a cambiar la presente regulación porque salió el Decreto el 3 de julio de 2021 dónde iba a entrar en vigor esta nueva ley el 3 de septiembre de 2021.

Al principio estaban todas las fundaciones tutelares y todos los profesionales que se dedican directa o indirectamente a la representación de personas discapacitadas, a la expectativa de cómo sería el funcionamiento de los juzgados, ya que una cosa es la aprobación de ley y otra muy diferente el funcionamiento y rodaje de la misma.

La propia fundación se encargó de brindarles formación especializada a los diferentes profesionales que forman parte de ella. Para llevar a cabo dicha formación, ha participado el departamento de asesoramiento jurídico interno de la propia fundación y por

otro lado un departamento de asesoramiento jurídico externo donde la formación ha consistido en una comparativa entre la antigua ley y la nueva ley poniendo énfasis en los cambios más sustanciales.

Posteriormente, a través de la Coordinadora de FASCYL (Fundación Acción Social y tutela de Castilla y León) que es la única fundación pública de Castilla y León, le proporcionó una formación a todas las fundaciones tutelares de Castilla y León. A mayores, dicha profesional realizó numerosos cursos online de plena inclusión. Por lo que ha consistido tanto en formación online como presencial.

Bloque 2 Transición hacia la nueva reforma legal

Por parte de la fundación tutelar se resume principalmente en una sobrecarga de trabajo. Ya que si el ritmo normal de una fundación tutelar es “fuerte” ya que en cualquier momento les puede surgir cualquier necesidad de cualquier tipo y no solo en horario de oficina, a ello se le suma actualmente la revisión de oficio por parte del juzgado de los expedientes de las personas incapacitadas, lo cual implica, la realización de informes médicos, sociales, neurológicos, psiquiátricos, acudir a las consultas médicas, la posibilidad de que el juez les cite a una comparecencia, etc.

Bloque 3 Dificultades encontradas al adaptarse a la nueva reforma legal.

Dichos profesionales se han encontrado con numerosas dificultades a la hora de adaptar su trabajo a la nueva regulación.

En primer lugar, el cambio de legislación, ya que todo cambio legislativo conlleva un proceso, adaptación y transición. Y dicho proceso de adaptación a las nuevas circunstancias conlleva esfuerzo.

En segundo lugar, respecto al funcionamiento por parte de los juzgados, pues no hay un funcionamiento unánime por parte de los diferentes juzgados a nivel estatal, ya que no siguen unos criterios de revisión de medidas iguales y por lo tanto no siguen una misma línea de actuación. Por ello, por ejemplo, hay juzgados que simplemente requieren informes médicos y sociales para ver la situación actual de la persona, otros citan al propio tutelado para hacer una entrevista y que le revise un médico forense cómo se hacía en la anterior ley. Por lo que hay múltiples casuísticas dependiendo del Juzgado.

En tercer lugar, el problema temporal dado que a pesar de que sí que es cierto que la ley marca unas pautas, " las personas incapacitadas con la anterior ley, los juzgados de oficio, el Ministerio Fiscal de oficio los propios tutores de oficio pueden instar al juzgado a que se adapte la anterior norma a la nueva ley" sin embargo, para esto la presente ley establece un plazo de 3 años prorrogables hasta las 6. En el caso de las fundaciones tutelares, de oficio no lo hacen ya que les resultaría imposible material y temporalmente revisar la totalidad de los expedientes de las personas que tienen a su cargo a la vez. Así, hay juzgados que al presentar la rendición de cuentas, recibes una respuesta con relativa celeridad peor sin embargo, hay otros que a pesar de llevar la ley en marcha casi una ley no han solicitado ningún informe de cara a revisar las medidas de apoyo.

En cuarto lugar, se encuentran con un problema de sobrecarga de trabajo. Ya que ejercer de tutor a nivel profesional es un trabajo que requiere de mucho tiempo y esfuerzo, pero si además actualmente les están solicitando informes, comparecencias ante los juzgados, etc, es una carga de trabajo a mayores.

En quinto lugar, los juzgados se encuentran con un problema de tiempo para poder administrar todos los expedientes que están teniendo que revisar en estos años, desde la entrada en vigor de la ley.

Bloque 4 Los deseos, voluntades y preferencias de la persona incapacitada

El problema que se encuentran es que a pesar de querer tener en cuenta las voluntades y deseos de dicha persona discapacitada, sin embargo, esto llegaría a chocar con la medida de apoyo impuesta por el propio juez.

Por ello ocurre, que quiénes prestan las medidas de apoyo, a veces tienen que actuar en contra de la voluntad de los propios tutelados, para que éstos no se vean perjudicados. Por ejemplo, cuando ejercen una medida de apoyo en el ámbito económico de una persona "a veces la persona discapacitada puede tener unos deseos en lo que se refiere a la gestión patrimonial pero, al valorarlos, puede que tenga que actuar en contra de ellos para poder realizar una buena gestión de su caudal patrimonial".

Por lo tanto queda preguntarse quizá hasta qué punto se tienen en cuenta los deseos y preferencias de la persona como requisito indispensable de la nueva reforma legal cuando en ocasiones hay que actuar en beneficio de estas personas, ya que muchas veces, no son capaces de comprender cuál es lo que más les beneficia. Ya que su papel como

personas que les prestan ese apoyo, también es ayudarles y guiarles a tomar la decisión más adecuada para ellos, “ya que si están incapacitados es por algo”.

De esta manera las voluntades y preferencias de la persona incapacitada en numerosas ocasiones se van a ver limitadas por las medidas de apoyo impuestas por la autoridad judicial.

Bloque 5. Opinión fundada de la nueva reforma legal

La nueva ley 8/2021 ha sido el resultado de la adaptación del Convenio de Nueva York, la CDPD. El cual en su articulado promueve el respeto a los deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

Sin embargo la realidad de la nueva reforma legal en España a pesar de promulgar dichos derechos, en la práctica van a quedar como un brindis al sol, ya que es muy difícil que en la práctica, un juez que ha incapacitado previamente a una persona, con la nueva ley, decida quitarles dichos apoyos. De hecho de todas las revisiones que ha llevado a cabo dicha profesional a ninguno le han quitado las limitaciones que han tenido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley.

“En algunos casos, sí que es beneficioso que se llegaran a revisar e incluso de alguna manera devolverles la plena libertad, sin necesidad de que necesiten ningún tipo de medida de apoyo para poder ejercer sus derechos. Pero en casos muy puntuales”.

Además cabe hacer referencia a que en esta transición hacia la nueva ley, los casos de aquellas personas que habían sido incapacitados bajo la anterior reforma legal, los jueces ahora al adaptar la nueva ley y aplicarles las medidas de apoyo necesarias “no van a quitar las limitaciones que tenía una persona y que por ello se le incapacitó en su día, ya que si hay algún problema con esa persona en el futuro, la responsabilidad va a ser de los jueces”.

También con la presente reforma legal se proporciona la opción de que un notario, refleje en un acta notarial “que persona quiere que le cuide o que le apoye para ciertas actuaciones” sin pasar por todo el proceso judicial que conllevaría. Sin embargo, lo que ha ocurrido en el Colegio de Notarios de Castilla y León la mayoría se han negado a hacer ese tipo de actas.

Bloque 6. ¿Esta ley favorece a las personas con discapacidad?

Se supone que esta ley es para favorecer a las personas incapacitadas, sin embargo, bajo mi punto de vista, no se favorece tanto ni es tan fácil hacerse el proceso.

En el caso de una persona que demuestre una mejoría evidente y se le desee aplicar esta nueva ley, puede ocurrir “que a lo mejor esa mejoría evidente, muchas veces han podido mejorar, debido a que han estado controladas y guiadas por sus tutores, por lo que si quizás eliminan ese apoyo, esa mejoría no es que merme sino que la pueden perder completamente”. En el caso de los tutores intentan hacer una labor de reeducación en todos los aspectos, ya que en ocasiones tienen que hacer frente a personas “que habían perdido todos sus bienes e incluso tenían numerosas deudas que hacer frente y con mucho trabajo y esfuerzo hemos ido gestionando lo que iban ganando para pagar las deudas, cubrir las necesidades del día a día y en algunos casos se les ha generado ahorro”. Tras la implantación de la nueva ley, si el juez decide suprimirle estos apoyos que tenía “todo el trabajo que hemos logrado hacer, sobretodo en el tema económico lo vamos a perder”.

6.5 Anotaciones conclusivas: ideas fundamentales y retos.

Una vez recogidas y sintetizadas las principales ideas e informaciones proporcionadas por la profesional entrevistada, podemos profundizar en distintas cuestiones concretas.

La reforma legal que se nos plantea es cierto que promueve una mayor libertad en las personas con discapacidad poniendo en el centro sus deseos y preferencias, tal y como recoge el preámbulo de ley 8/2021⁹¹ “se impone así el cambio, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona, que quien como norma general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”. Sin embargo, a pesar de que lo que la reforma legal busca y promueve teóricamente en beneficio de las personas discapacitadas, en la práctica se va a encontrar con una serie de obstáculos y de dificultades que van a hacer difícil cumplirla.

Las fundaciones tutelares son una pieza más dentro de todas las personas y organismos que intervienen en la práctica de la nueva regulación. el cambio en la regulación de este aspecto, para ellas no solo ha supuesto cambio terminológico, sino que más allá de ello, han tenido que adaptarse a este nuevo sistema legal y formarse para poder comprender

⁹¹ Ley 8/2021

y actuar conforme a la nueva regulación, es decir, han tenido que realizar “una puesta a punto”. Para ello no solo han tenido que invertir tiempo sino también esfuerzo y dinero.

Las trabajadoras sociales y demás personas que se encargaban de las personas discapacitadas que tienen a su cargo, se han encontrado con numerosos problemas y dificultades para poder afrontar la nueva reforma.

Entre ellos, están teniendo que hacer frente a un sistema judicial que no sigue una misma directriz en todo el territorio español y por lo tanto para poder revisar los diferentes expedientes de las personas discapacitadas y poder adaptarlos a las medidas de apoyo propuestas por la nueva ley, están llevando a cabo actuaciones diferentes. Estas actuaciones abarcan tanto la solicitud de informes médicos o sociales hasta la comparecencia judicial. Por lo que quizá hubiera concretado de manera más exhaustiva como tendrían que llevarlo a cabo.

Por otro lado, además nos encontramos con el factor temporal, y es que se ha previsto un plazo de “3 años prorrogables a 6 años” para poder revisar todos los expedientes que había al amparo de la anterior reforma legal, para poder ajustarlos al actual sistema de provisión de apoyos. Este factor temporal, de la imposibilidad de revisarlos todos en tan poco tiempo, se une a un posible factor material y es que no disponemos en España de los medios médicos para que puedan realizar todos los informes pertinentes en el tiempo requerido ; ni judiciales, los cuales se van a encontrar con una sobrecarga de trabajo.

Sin embargo, además, otros operadores jurídicos, como es el caso de los notarios, tampoco están aceptando la responsabilidad e extender un acta notarial con el fin de que la persona incapacitada pueda verter sus deseos y manifestaciones acerca de sus preferencias en cuanto a los apoyos que desea recibir.

Por lo que me gustaría concluir que, aun con un año de rodaje de esta ley, no tenemos la información suficiente para poder valorar correctamente, ya que es necesario que se asiente correctamente en el ordenamiento jurídico español y para ello se necesita tiempo.

En lo que respecta a los deseos y preferencias de las personas incapacitadas, a pesar de ser el eje de la nueva regulación, éstas no siempre van a poder, ni están siendo plasmadas. Es por ello que en la mayor parte de las ocasiones, en atención a las limitaciones de la persona y los apoyos que está recibiendo, es necesario que la guíen y reconduzcan para que no se vea perjudicada. Por lo tanto esos deseos que han de ser el centro de la

nueva regulación, deben ceder para que los profesionales de estas fundaciones tutelares puedan proporcionales el apoyo que necesitan, buscando siempre que no se vean perjudicados.

Como colofón final considero que las fundaciones tutelares han de adaptarse a los estándares exigidos por la nueva regulación e intentar cumplirlos lo máximo posible.

7 CONCLUSIONES

PRIMERA.- La voluntad, deseos y preferencias de la persona pasan a un primer plano, así tal y como reitera de forma repetida la Observación General Primera, es la meta a la cual esta reforma debe aspirar y lograr. Por lo tanto se pasa de un modelo más paternalista donde esas decisiones son tomadas por las personas que sustituyen a las personas incapacitadas a otro en el que son ellas mismas las que toman sus decisiones. Por lo tanto se pasa de un sistema basado en la sustitución a otro que pone en el centro la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada.

SEGUNDA.- Con la presente regulación, se presenta, un cambio en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo, sino más bien todo lo contrario, se crea para ello un sistema de apoyos y salvaguardas que lo busca y propugna es que sean las personas discapacitadas, quienes por sí mismas, sean capaces de ejercitar los derechos de los que son titulares en virtud de su capacidad jurídica.

TERCERA.- Se eliminan la incapacitación como estado civil; la figura de la tutela, por no ser respetuosa con los principios de la CDPD y también desaparece la figura de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

CUARTA.- El nuevo modelo no distingue los diferentes tipos de incapacidades, como si lo hacía la anterior ley. Por tanto trata todos los tipos de discapacidades de manera unitaria.

QUINTA.- Se pasa de una regulación inspirada en el interés superior de la persona con discapacidad a otro sistema en el que ya no es posible aplicar el mejor interés como criterio preferente. Sin embargo, a pesar de que no aparece recogido en la nueva regulación de forma expresa, esto no hace que no pueda actuar como criterio o estándar subsidiario.

SEXTA.- En el anterior sistema se abusaba de la figura de tutela, actuando como un cajón de sastre. Sin embargo, con la nueva regulación se ha buscado proporcionar un sistema de apoyos y ayudas compuesto de numerosas figuras con la posibilidad de que estas puedan adaptar sus deseos y voluntades a la figura que sea más acorde, en el caso de las medidas voluntarias.

SÉPTIMA.- En el nuevo sistema se da una preferencia a las medidas de índole voluntario frente a las medidas de índole judicial. Por lo tanto las medidas de carácter judicial pasan a un segundo plano, siendo subsidiarias a las voluntarias. Además las medidas de apoyo que contempla la Ley 8/2021 son plenamente respetuosas con los principios propugnados en la Convención de Nueva York. Ya que tal como recoge el Preámbulo de la nueva ley, debe primar la autonomía de la persona, sus deseos y voluntad en todo momento. Prefiriendo a su vez, siempre que sea posible, la constitución de medidas voluntarias.

OCTAVA.- La curatela pasa a ser la medida estrella de la nueva regulación. Una curatela única que podrá tener atribuidas funciones de diferente índole, desde la asistencia hasta el caso de la representación. A pesar de que la Convención de Nueva York no se muestre demasiado conforme con las medidas que lleven a cabo una representación, sin embargo, el legislador español ha optado por adoptarla con el fin de que se ejecute para los casos en los que las personas discapacitadas necesiten un apoyo más intenso que el de una simple asistencia.

Lo cual bajo mi punto de vista ha sido un acierto debido a que hay personas discapacitadas que debido a enfermedades graves no son capaces de expresar de manera clara su voluntad. Por lo tanto a pesar de que la voluntad y deseos de la persona es la base del nuevo sistema legal, la realidad hace que a veces estas personas discapacitadas necesiten un apoyo más intenso de tipo representativo, para poder ejercer sus derechos y poder tener una vida digna.

NOVENA.- La curatela representativa tiene una gran semejanza con la anterior tutela. Pero sin embargo, no significa lo mismo, ya que es aplicable de manera diferente y abarca aspectos diferentes, fijada siempre con detalle en la sentencia. Y como colofón, los

curadores en todo momento, están condicionados por la voluntad de la persona a la que representan.

DÉCIMA.- La guarda de hecho, entendida anteriormente como una medida de carácter provisional e informal, pasa a instaurarse como una auténtica medida de apoyo. La importancia de esta figura obedece a razones fácticas, ya que en la práctica, las personas discapacitadas son atendidas de forma informal, sin necesidad de pasar por la autoridad judicial, por un guardador de hecho, que generalmente es un miembro de su familia y por lo tanto, bajo mi punto de vista, las personas que mejor pueden conocer los deseos, voluntades y preferencias de dichas personas, al convivir con ellos en el día a día.

8 REFLEXIONES FINALES

La actual reforma en materia de discapacidad, es un proyecto ambicioso, que tiene como último fin dotar de mayor autonomía a las personas con discapacidad, para que sean ellas mismas las que puedan tomar sus propias decisiones. Por lo tanto el legislador trata de garantizar un modelo más humanitario.

El Convenio de Nueva York en el que se inspira la presente reforma legal, pone énfasis en la voluntad de la persona como pieza central de todo el sistema. Sin embargo, en este punto, encontramos el primer problema, y es que la voluntad de la persona a veces no puede ser declarada de una manera precisa y clara, ya que ésta, puede padecer una enfermedad mental que no la permita comprender de manera adecuada la realidad y de esa manera poder tomar decisiones razonables. Por lo que aunque sea importante respetar la voluntad, hay situaciones en las que quizá, esa voluntad ha de ser suplida.

En el anterior régimen legal, primaba el interés superior de la persona frente a su voluntad, y en el nuevo modelo, se ha invertido la balanza por completo, desplazando dicho interés superior, para dejar paso a un sistema en el que la voluntad y autonomía de la persona, pasan a posicionarse en un primer plano. Quizá hubiera sido más adecuado intentar encontrar un equilibrio entre ambos, ya que pasar de un extremo a otro no me parece lo más adecuado. Es por ello que en ocasiones, como comentaba anteriormente, cuando la persona no es capaz de mostrar su voluntad, por padecer algún trastorno o enfermedad mental grave, quizá en beneficio de esa persona, lo correcto sería que la persona que le proporciona el apoyo, le indique y le guíe en lo que pueda ser más

beneficioso para ella, ya que quizá ella no es capaz de comprenderlo. Ya que de otra forma esta persona en base a su voluntad, aunque no sea lo mejor para ella, puede tomar una decisión que le perjudique. Quizá aquí también cabe hacer alusión y preguntarse, donde quedaría el derecho a equivocarse, el cual, no ha sido recogido ni mencionado en ningún precepto de la nueva reforma legal.

Nos encontramos con un elenco de medidas de apoyo, tanto voluntarias como judiciales, siendo de aplicación preferente las voluntarias. El hecho de que el legislador haya contemplado y recogido una curatela de tipo representativo, me parece muy correcto, para poder proporcionar a la persona discapacitada el apoyo que necesita, cuando con una simple asistencia no podría ser apoyado eficazmente.

He de decir que se elimina el sistema de incapacitación, lo cual a pesar de ser más igualitario “al no etiquetar y graduar a las personas”, bajo mi punto de vista, puede producir un efecto contrario. Ya que a veces tratar igual a situaciones desiguales, puede producir una desigualdad y poder perjudicar a las personas.

Para poder proporcionar apoyos a las personas discapacitadas, hay que tener presente, que están implicados numerosos agentes que, como si de un engranaje se tratará, necesitan ponerse a punto individualmente para conseguir que la maquinaria, el verdadero cambio que se plantea a la discapacidad, “eche a andar”. Por ello me ha parecido interesante analizar el papel de las fundaciones tutelares, como otra pieza clave. Aunque se puede llegar a pensar que, con la reforma, con la desaparición de la tutela, estaríamos presenciando el principio del fin de estas entidades, nada más lejos de la realidad, sin embargo, ya no serán tutelares sino de apoyo a la toma de decisiones o al ejercicio de la capacidad jurídica. Ellas serán entonces las que de manera quizá más profesional, deban revisar las sentencias anteriores y proporcionar los apoyos adecuados a las personas discapacitadas.

Sin embargo, bajo mi punto de vista, estas fundaciones tutelares, plantean un gran problema, y es que, estas tienen un gran número de personas discapacitadas a su cargo, hablando en cifras de unas 300-400, para un total de 4 trabajadores que las prestan apoyo. Por lo que a pesar de querer realizar un apoyo profesional, se van a encontrar con una sobrecarga de trabajo que no les va a permitir seguramente, poder dedicar el tiempo necesario a atender las necesidades de cada persona. No debemos olvidar que una de las

obligaciones del curador es la de “Mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo”, tal y como recoge el art. 282. Apartado 2º del CC. Cabría poner en duda, hasta qué punto, los profesionales de estas fundaciones, pueden establecer ese contacto personal con las personas a las que prestan apoyos. Lo cual me parece fundamental de cara a poder escuchar, valorar y tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona incapacitada.

Es muy importante destacar el papel del poder judicial, fiscalía, abogacía, notariado, forenses, etc., como piezas fundamentales de este sistema, pero también porque tienen la obligación según establece la Convención y la misma reforma, tendrán que conocer de cerca la realidad de las personas con discapacidad, sus derechos, los principios inspiradores de la Convención, los avances en modelos y nuevas figuras de apoyos, la accesibilidad cognitiva.

Es cierto, que la presente reforma, lleva poco tiempo “rodando” y quizá al principio nos encontraremos con dificultades y problemas. Creo que esta presente modificación legislativa, es muy valiente y aunque en un primer momento se den pasos no muy acertados, es el principio de un sistema mucho más igualitario y humanitario de la discapacidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; CAYO PÉREZ BUENO, L. Y DE LORENZO, R. “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi, 2021, p. 102.

CUADRADO PEREZ, C. “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, Revista Critica de Derecho Inmobiliario, n 777, 2020, pp. 13 a 90.

ROGEL VIDE, C., “¿Capacidad de los incapaces?”, Notas en torno al proyecto de ley 121/27”, RGLJ, núm. 1, 2021, pp. 9-13.

PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 100, 2016, pp. 3-40.

Propuesta del Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de derecho civil, artículo 175-6 "Denegación de la asistencia".

FERNANDEZ MARTINEZ, JM., “Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, 2021, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.43.

PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos”, 2011, p.51 y ss.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. A en “La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre de 2018, p. 4.

DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C., “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”, en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M^a V., (Dir.), “Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad”, Tirant lo Blanch, 2019, p.136.

PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos”, 2011, p. 52.

MARTINEZ PIÑEIRO CARRAMES, E. en “La autotutela en el derecho foral común”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, octubre-diciembre de 2006.

GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de septiembre de 2018”, 2019, p. 385-386.

MARTINEZ DÍE, R. “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, Cívitas, Madrid, 2000, p. 138.

LESCANO FERIA, P., La guarda de hecho, Dykinson, 2017, pp.37-48.

MONTSERRAT PEREÑA, V., HERAS HERNÁNDEZ, M De M., “El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio”, Tirant lo Blanch, 2022. Print., p.648.

DE LA IGLESIA, MONJE, M.^a 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.

LACRUZ BERDEJO J. L; SANCHO REBULLIDA F. DE A.; L. Elementos de Derecho Civil. Tomo I: parte general. volumen segundo. DYKINSON, 2010, sexta edición.

VERDA Y BEAMONTE, JR., : “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, Wolters Kluwer, 2022.

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.

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.

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). [Consulta: 1 agosto 2021].

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.

LEGISLACIÓN

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.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE., núm. 7, de 8 de enero de 2000.

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 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE. núm. 158, de 3 de julio de 2015.

WEBGRAFÍA

<https://www.asociacionliber.org/tag/reforma/>

<https://www.asociacionliber.org/tribuna-irene-yepes-reforma-codigo-civil-discapacidad-y-fundaciones-tutelares/>

<https://www.iberley.es/temas/nueva-regulacion-curatela-cc-65456>

<https://www.fundacionunicap.org/informe-onu-inclusion/>

<https://www.itpcd.gob.mx/index.php/que-es-discapacidad>

<https://elderecho.com/reformas-legales-durante-2021-en-materia-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>

www.poderjudicial.es

<https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11312-proteccion-o-derecho-a-equivocarse-en-la-ley-8-2021-mas-sobre-la-sts-de-8-de-septiembre-de-2021>

<https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del 16 septiembre de 2021, Audiencia Provincial de Valencia, rec. n.º 240/2020 (LA LEY 212410/2021) (ECLI:ES:APV:2021:3273).
- Sentencia del 13 de Mayo de 2015, Tribunal Supremo, nº 244/2015.
- Sentencia N° 589/2021, de 8 de septiembre de 2021, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Rec. 4187/2019.
- Sentencia del 23 diciembre 2021, Tribunal Supremo, Sala 1ª, rec. n.º 1504/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4879).