



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO.

El nuevo tratamiento jurídico procesal
de la discapacidad por la Ley 8/2021 de
2 de junio.

Presentado por:

M^a Concepción Velasco Velado

Tutelado por:

M^a Amaya Fernández López

Valladolid, 06 de julio de 2022

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CAMBIO DE PARADIGMA EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD
 - 2.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS
 - 2.2 JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA REFORMA
 - 2.3 CAMBIOS RELEVANTES EN LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO
 - 2.4 TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES TRAS LA REFORMA
- 3 CONFIGURACIÓN LEGAL DEL SISTEMA DE APOYOS EN LA NUEVA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO.
 - 3.1 MEDIDAS DE APOYO LEGAL O JUDICIAL
 - 3.1.1 GUARDA DE HECHO
 - 3.1.2 LA CURATELA
 - 3.1.3 EL DEFENSOR JUDICIAL
 - 3.2 MEDIDAS VOLUNTARIAS O PREVENTIVAS
 - 3.3 SISTEMA TUTELAR DE MENORES
 - 3.3.1 LA TUTELA
 - 3.3.1 DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR
 - 3.3.3 GUARDA DE HECHO DEL MENOR
 - 3.3.4 LA GUARDA ADMINISTRATIVA
3. RÉGIMEN TRANSITORIO
4. RETOS
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

ABSTRACT

Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has meant a decisive change in the treatment of disability by introducing important reforms in this area, mainly in civil and procedural legislation. Its claim has been the adaptation of our legal system to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (New York, December 13, 2006), ratified by Spain in 2007, resulting in progress in terms of recognition of the rights of people with disabilities are concerned.

This reform, which entered into force on September 3, 2021, provides that all people maintain their legal capacity and capacity to act. In this sense, the purpose of the support measures is to assist or support the person with disabilities in the exercise of their legal capacity, and the protection measures must respect the will and preferences of these persons, eliminating the differentiation between legal capacity and capacity to act for adults.

The preamble of the 2006 International Convention indicates natural capacity as a criterion that supports the ability to act, and the Explanatory Statement of Law 8/2021 states: "In this regard, it must be taken into consideration that, as The General Comment of the Committee of Experts of the United Nations prepared in 2014 has highlighted, said legal capacity covers both the ownership of rights and the legitimacy to exercise them".

The Convention is based on the fundamental premise of respect for the inherent dignity, individual autonomy and freedom to make their own decisions of persons with disabilities (article 3), also establishing in its article 1 that the purpose of the norm is to promote , protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, as well as promote respect for their inherent dignity. Likewise, article 12, referring to equality before the Law, provides that; States Parties shall recognize that persons with disabilities have legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life and shall take appropriate measures to provide access to persons with disabilities to the support they may need in the exercise of their juridical capacity". These measures, it adds, must be arbitrated with the necessary safeguards so that they "respect the rights, will and preferences of the person" (article 12.2), avoiding conflicts of interest or undue influence.

The central idea of the new system is that of support for people who need it (STS 645/2020 of December 3), these support measures being those that are intended to assist people with disabilities in the exercise of their legal capacity. , in the areas that are established, respecting the will, wishes and preferences of people with disabilities (art. 250.2 CC).

As explained by the first STS that applies the reform (Sentence 589/2021, of September 8), of the legal regulation itself, contained in arts. 249 et seq. CC, as well as the aforementioned art. 12 of the Convention, the characterizing elements of the new legal regime for the provision of support are extracted: ... the purpose of these support measures is “to allow the full development of their personality and their legal development in conditions of equality” and they must be “inspired by respect for the dignity of the person and the protection of their fundamental rights.

The final consequence of this new regulation is the replacement of the current model of incapacitation as a mechanism for limiting the capacity to act by a support system in the exercise of legal capacity based on the degree of self-determination of the person. The person with a disability is in charge of making their own decisions with the support that, in their case, they require, relegating action through representation to exceptional cases.

The most extensive and far-reaching reform is the one introduced in the Civil Code, laying the foundations for a new system based on respect for the will and preferences of the person with disabilities.

However, it is also necessary to mention other modifications of a procedural nature that are carried out, either to adjust the regulation of different procedures to the new system of protection of people with disabilities, or to respond to some problems that were arising in the old processes on the capacity of people.

The change in the model for the adoption of support measures is the most important reform carried out by Law 8/2021 of June 2, and on which this review will focus, briefly examining the main novelties of this reform in as far as support measures are concerned, as well as the obstacles or challenges faced by the different agents that participate in this process of change.

The support measures, which will be presented in a general and brief way, can be classified into voluntary and preventive measures (powers of attorney and preventive mandates, self-curatorship, support measures planned by a person relating to their person

or assets, prior wills in the field of health) and legal or judicial support measures (curatorship, judicial defender and de facto guardian). Being one of the principles of the reform is the principle of preference of voluntary support.

A reform of this magnitude entails an absolute paradigm shift from which doubts will continuously arise in its practical application that must be resolved in an agile, precise and clear manner by public authorities and social actors. One of the most powerful tools to facilitate this process is the training of all legal operators, as well as continuously and transparently informing people with disabilities and their environment. They will be the notaries, judges and magistrates, prosecutors, personnel at the service of the administration of justice, or of any administration, registrars, lawyers, solicitors..., who, in the exercise of their respective functions, constitute institutional support at the disposal of the exercise of the legal capacity of persons with disabilities.

The Law supposes a radical change of model. In its procedural aspect, the main result of the reform is the substitution of the previous processes on capacity of people (incapacitation process, process of reintegration of capacity and process of declaration of prodigality) by a system of judicial adoption of measures of support for people with disabilities in which a voluntary jurisdiction procedure comes to the fore, reserving the contentious jurisdictional process to cases in which an interested party formulates opposition in the voluntary jurisdiction file.

From the substantive point of view, the new regime that is established is based on the consideration of people with disabilities as true subjects of rights and obligations and, consequently, with legal capacity and to act on equal terms with others. Thus, the change of a system of guardianship of authority is imposed for a system that respects their will and preferences and they are considered as empowered to make their own decisions.

1. INTRODUCCIÓN

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, ha supuesto un cambio decisivo en el tratamiento de la discapacidad al introducir importantes reformas en este ámbito, principalmente, en la legislación civil y procesal. Su pretensión ha sido la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), ratificada por España en 2007, redundando en un avance en cuanto al reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad se refiere.

Esta reforma, que entró en vigor el día 3 de septiembre de 2021, prevé que todas las personas mantengan su capacidad jurídica y de obrar. En este sentido, el fin de las medidas de apoyo, es asistir o apoyar a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, debiendo respetar la voluntad y preferencias de estas personas, eliminando la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar para mayores de edad.

El preámbulo de la Convención internacional de 2006, señala la capacidad natural como criterio que sustenta la facultad de la capacidad de obrar, y la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 afirma: “Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos”.

La Convención se vertebra desde la premisa fundamental del respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual y la libertad de tomar sus propias decisiones de las personas con discapacidad (art. 3), estableciendo además en su art. 1 que el propósito de la norma es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. Asimismo el art. 12, referido a la igualdad ante la Ley dispone que; “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y que adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Estas medidas, añade, deberán

arbitrarse con las salvaguardas necesarias para que “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” (art. 12.2), evitando el conflicto de intereses o la influencia indebida.

En definitiva, la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 supuso un hito en la promoción de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, pasando a considerárseles como ciudadanos de pleno derecho, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan requerir en situaciones concretas.

El punto crítico, es determinar la facultad de autonomía plena de la persona con discapacidad y graduar los sistemas de protección y apoyos de forma individualizada y periódica. La resolución judicial que fija los apoyos se configura como un verdadero “traje a medida”.

La idea central del nuevo sistema es la del apoyo a las personas que lo precisen (STS 645/2020 de 3 de diciembre), siendo estas medidas de apoyo las que tienen como fin asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en los ámbitos que se establezcan, respetando la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad (art. 250.2 CC).

Como explica la primera STS que aplica la reforma (Sentencia 589/2021, de 8 de septiembre), de la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del mencionado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos definitorios del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: ... la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”.

La consecuencia final de esta nueva regulación es la sustitución del modelo vigente de incapacitación como mecanismo de limitación de la capacidad de obrar por un sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica en función del grado de autodeterminación de la persona. La persona con discapacidad es la encargada de tomar sus propias decisiones con los apoyos que, en su caso, precise, quedando relegada a supuestos excepcionales la actuación por vía de representación.

La reforma más extensa y de mayor calado es la que se introduce en el Código Civil, sentando las bases de un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, pudiendo señalar como pautas esenciales de la nueva

regulación las siguientes: se elimina cualquier reseña a la incapacitación, que se regulaba en el Título IX del Libro I del CC (arts. 199 a 201), pasando este Título a rubricarse “De la tutela y de la guarda de menores” (arts. 199 a 238), conteniendo la situación de las personas con discapacidad en el Título XI, bajo la rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad” (arts. 249 a 298), que incluye en su contenido la regulación de la curatela, guarda de hecho y defensor judicial de la persona con discapacidad; además, se añade el Capítulo VI, que se dedica a la responsabilidad de la persona con discapacidad (art. 299). El Título XII se titula “Disposiciones comunes”, con tan solo un precepto (art. 300). Y se reserva el Título X para regular las situaciones “De la mayor edad y emancipación” (arts. 239 a 248), con apenas modificaciones en su contenido.

No obstante, es preciso mencionar también otras modificaciones de carácter procesal que se llevan a cabo, bien sea para ajustar la regulación de distintos procedimientos al nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad, bien para dar respuesta a algunos problemas que se estaban planteando en los antiguos procesos sobre capacidad de las personas (Ley del Notariado, Ley Hipotecaria; Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; Ley 20/2011, del Registro Civil de 21 de julio de 2011; Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria; Código de Comercio)

El cambio de modelo para la adopción de las medidas de apoyo es, la reforma más importante que realiza la Ley 8/2021 de 2 de junio, y sobre la que se centrará esta revisión, examinando de forma breve las principales novedades de esta reforma en lo que a las medidas de apoyo se refiere, así como los obstáculos o retos a los que se enfrentan los distintos agentes que participan de este proceso de cambio.

2. CAMBIO DE PARADIGMA EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

2.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS

Un hito fundamental en la materia ha sido la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. La ratificación se produce en España el 23 de noviembre de 2007, y su vigencia desde el 3 de mayo de 2008. La Convención supuso, un cambio sustancial de modelo, superando el anterior, que se sustentaba en que la mejor protección de las personas con discapacidad era excluirlas de la toma de decisiones, instaurando un modelo de protección basado en la promoción de la autonomía y fomentando la inclusión de estas personas como eje central del nuevo estatuto jurídico.

El proceso de adaptación del ordenamiento español a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ha reflejado en diversas y relevantes reformas legislativas, que han tratado de configurar un marco legal del régimen de protección de la discapacidad, de los que se destacan los siguientes, teniendo como referencia en primer lugar la Constitución española de 1978 (fundamentalmente, art. 14, 49 y 50 CE).

- Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela de 24 de octubre de 1983, dio nueva redacción y sistemática a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil (arts. 199-306 del. Código Civil), ya derogada. ¹
- Ley 11/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción, aportó como principal innovación por lo que respecta a la institución tutelar, la figura de la tutela automática de menores (artículo 172 del Código civil).
- Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, reformó numerosos preceptos de la institución tutelar (artículos 211, 216, 234, 247, 248, 260, 271, 272, 273, 300 y 163 del Código civil).
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, reformada por Ley 1/2009, de 25 de marzo, introduce importantes

¹ Los artículos 199 CC: “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”. y 200 CC “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

aportaciones como la autotutela y poder preventivo que refuerzan la autonomía de la voluntad. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y por LO 8/2021, de 4 de junio).
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (vigente de forma completa el 30 de abril de 2021).
- Ley de la Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio, regula los expedientes de jurisdicción voluntaria en la materia.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reforma, entre otras, la LO 1/1996.
- Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica algunos preceptos relativos a las instituciones tutelares, en concreto, los arts. 216, 239 CC, añade el art. 239 bis CC y modifica el art. 303 CC.
- Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que modifica los art. 56 CC y 58.5 LRC, con el fin de favorecer el matrimonio de las personas con discapacidad.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que modifica numerosos cuerpos legales
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.
- Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad

- 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 (vigente el 3 de septiembre).
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia.

En al ámbito internacional, citar de forma general diversos textos constitucionales comparados (Alemania, Dinamarca, Finlandia, Italia, Portugal, Suiza), que promulgan los principios de igualdad y no discriminación por motivos de edad o discapacidad (arts. 21 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE)². En dicha línea, se ha manifestado en nuestro entorno, la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 18/2017, de 2 de febrero, 3/2018, de 22 de enero³).

En el Derecho Comparado confluye en una tendencia legislativa dirigida a la adaptación de las legislaciones internas a la citada Convención. En Alemania, la reforma establecida por la Ley de Asistencia regula suprime la incapacitación previa, sujetando la eficacia de los actos realizados por el discapacitado al criterio de actitud psíquica para autodeterminarse. En el Derecho austriaco, la reforma sobre la incapacitación, contempla la figura de la curatela. En el Derecho suizo, el CC suizo dispone la curatela como medida de apoyo de la persona con discapacidad, distinguiendo cuatro supuestos: curatela de acompañamiento (art. 393 CC), curatela de representación (art. 394 y 395 CC suizo); curatela de cooperación (art. 396 CC suizo) y curatela de alcance general (art. 398 CC suizo). En Irlanda, la Ley de Apoyo en la Toma de Decisiones de 2015, prevé tres instituciones fundamentales: la toma de decisiones con apoyo, la codecisión y toma de decisiones por representación. En Italia, el Código civil dispone dos sistemas de protección. En Francia, la Ley de 5 de marzo de 2007, de reforma del Código Civil francés en materia de protección jurídica de las personas mayores. En Portugal, la Ley 49/2018, de 14 de agosto, regula el régimen jurídico del adulto acompañado. Se suprimen las instituciones de la incapacitación y la inhabilitación, y se crea la figura del acompañamiento (arts. 138-156 Código Civil portugués).

² CDFUE: Artículo 21 - No discriminación: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares. Artículo 26 - Integración de las personas discapacitadas; La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

³ FJ 4, SSTC 18/2017, de 2 de febrero (BOE» núm. 59, de 10 de marzo de 2017, páginas 18030 a 18051) y FJ 5, SSTC 3/2018, 22 de enero: (BOE» núm. 46, de 21 de febrero de 2018, páginas 20410 a 20432)

2.2 JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA REFORMA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC) venían destacando la necesidad de interpretar la incapacitación y las instituciones tutelares (medidas de apoyo), conforme a los principios de la Convención.

En este sentido, el TC ha reconocido que la discapacidad no puede ser causa de discriminación, SSTC 3/2018, 22 de enero, FJ 5°.

La doctrina de este Tribunal Constitucional también ha reconocido que el padecimiento de una discapacidad constituye una circunstancia personal a la que protege el artículo 14 CE, contra cualquier forma de discriminación.⁴

La doctrina del Tribunal Constitucional ha proclamado asimismo los principios de igualdad y no discriminación por motivos de edad o discapacidad (SSTC 18/2017, de 2 de febrero FJ 3°, 3/2018, de 22 de enero).

El antiguo art. 210 CC recogía que la sentencia judicial debía determinar “la extensión y los límites” de la incapacitación, existiendo en este sentido un desarrollo jurisprudencial alineado con los principios de la Convención, determinándose que los mecanismos de protección que se fijasen debían ser acordes con la persona, evitando regulaciones rígidas de su situación jurídica. Así podemos citar la STS Sala Primera de 29 de abril de 2009: El art. 200 CC, que regula las causas de incapacitación (“las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”), y el art. 760.1 LEC, que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad “sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección”, en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona (Sentencia 282/2009, de 29 de abril)⁵...La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la

⁴ En esta línea, se ha manifestado de forma reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional; SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4; 269/1994, de 3 de octubre 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, 18/2017, de 2 de febrero, FJ 3, 51/2021, de 15 de marzo, 113/2021, de 31 de mayo.

⁵ *Vid. STS 341/2014, de 1 de julio*

incapacidad...Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona.

La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que el sistema de apoyos está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, pudiendo ser también eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos (STS 298/2017, de 16 de mayo⁶ y STS 654/2020, de 3 de diciembre⁷, entre otras), los cuales deben interpretarse además conforme a los principios de la Convención, según el grado de intensidad de la intervención, la entidad del apoyo o la necesidad de la sustitución se adoptará el mecanismo tuitivo correspondiente.

En cuanto a la alteración del orden legal de nombramiento “la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador, se posibilita ponderando factores, como los que advierte la STS 458/2018, de 18 de julio, recogiendo la doctrina jurisprudencial consolidada, SSTS 341/2014, de 1 de julio; 635/2015, de 19 de noviembre y 596/2017, de 8 de noviembre, entre otras: en el siguiente sentido “ las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela,..puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente”.

Destacar la relevante a STS 269/2021, de 6 de mayo, que afirma que la capacidad jurídica se identifica con la capacidad de obrar, y se fundamenta en los principios que se asientan en

⁶ FJ 5.º Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio).

⁷ FJ 3.º. 2.1. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de "apoyos" para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3).

Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

la nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales nacidas del cuerpo doctrinal y jurisprudencial existente, y que se resumen:

- La STS 269/2021, de 6 de mayo, destaca como principio derivado de la suscripción del Convenio de 2006, la presunción de capacidad de las personas en su FJ 2º: el Principio de presunción de capacidad de las personas, conforme al cual a toda persona se le debe presumir capaz para autogobernarse, en tanto en cuanto no se demuestre, cumplidamente, que carece de las facultades para determinarse de forma autónoma (principio ya recogido en las sentencias STS 421/2013, de 24 de junio⁸; 235/2015, de 29 de abril⁹; 557/2015, de 20 de octubre¹⁰ y 145/2018, de 15 de marzo¹¹).
- Principio de flexibilidad, debiéndose adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable (sentencia 282/2009, de 29 de abril). “Debe ser un traje a medida” (sentencias 341/2014, de 1 de julio y 244/2015, de 13 de mayo), responder a una “valoración concreta y particularizada de cada persona” (sentencias 557/2015, de 20 de octubre y 373/2016, de 3 de junio)

⁸ F2º; ” Sin duda, una situación como esta no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12.

⁹ FJ 7º: “apoyos que la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención..”

¹⁰ FJ 5º: Se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 29 abril 2009 y 24 junio 2013 , que sostienen el criterio restrictivo que debe imperar en las limitaciones de los derechos fundamentales y comporta, adoptando la medida que sea más favorable al interés del incapaz, evitando una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, que tenga en cuenta de forma fundamental la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto del ámbito personal y familiar, que le permita sobrevivir independiente para cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los errores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando que se dé una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la convención. Procede instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a efectos de proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiendo el ejercicio de la capacidad obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12 de la convención.

¹¹ FJ 3º; Conforme al art. 23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, «los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges». Este precepto debe ser interpretado en el contexto del propósito declarado de la Convención, que no es otro que el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

- Principio de aplicación restrictiva; “la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta” (sentencias 421/2013, de 24 de junio y 544/2014, de 20 de octubre). La privación de derechos sólo es factible como sistema de protección (sentencias 341/2014, 1 de julio y 716/2015, de 17 de diciembre).
- Principio del interés superior de la persona con discapacidad (sentencia 269/2021, de 6 de mayo y 458/2018, de 18 de julio)¹².
- Principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, sentencia 269/2021, de 6 de mayo; “No deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos.....Ley 1/2013, y también el art. 3 del Convenio, relativo a la necesidad de respetar la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones”. Después de la Convención y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3.a) como principio de actuación “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.
- Principio de fijación de apoyos para la toma de decisiones, que desplaza al sistema de sustitución (sentencias 698/2014, de 27 de noviembre; 553/2015, de 14 de octubre y 373/2016, de 3 de junio, 298/2017, de 16 de mayo, y sentencia 597/2017, de 8 de noviembre), “..la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Por su parte, la STS 645/2020 de 3 de diciembre, señala: “La

¹² “El interés superior del discapaz —sentencias 635/2015, 19 de noviembre 2015; 403/2018, de 27 de junio—, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado” (...).

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de “apoyos” para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3) que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de “apoyos” para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3)....”

2.3 CAMBIOS RELEVANTES EN LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO

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, ha adaptado nuestro ordenamiento a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención no se aparta de los riesgos inherentes a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad, y las medidas de apoyo judiciales son necesarias cuando el ejercicio de los derechos y la plena participación en la vida social y en el tráfico jurídico se ven afectados por las circunstancias concurrentes. La influencia de la Convención en la redacción de la Ley 8/2021, tiene un reflejo fundamental en los principios que informan el nuevo régimen de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, siendo centrales el respeto a la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales, la prevalencia de los deseos, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad y como fin último el desarrollo lo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.

Desde este nuevo paradigma basado en la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad se obliga a los Estados a que realicen las reformas necesarias que tengan por objeto la eliminación de instituciones como la tutela, que implican la representación sustitutiva.

Este nuevo escenario plantea además un cambio de paradigma en la concepción de discapacidad por parte de todos los sectores, profesionales y sociales, que se ven afectados en su tratamiento y finalmente en la mentalidad de la sociedad hacia las personas con discapacidad. El Preámbulo de la Ley 8/2021 así lo expresa: “La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una

transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas”.

La reforma aprobada implica en definitiva un cambio de modelo (de tsunami lo califica García RubioO, 2021¹³), y ha tenido un gran impacto jurídico y social, siendo puntos clave de la misma los siguientes:

1. Se suprime la incapacitación considerada como mecanismo anulatorio o sustitutivo de la capacidad de obrar, que obliga a un modelo de sustitución o complemento (tutor o curador), siendo reemplazada por un modelo de apoyos al ejercicio de la capacidad de la persona con discapacidad, que fomente su participación e integración social en igualdad de condiciones que los demás.

La incapacitación en la anterior regulación era el presupuesto necesario, de constitución de la tutela y de la adopción de otras medidas de menor intensidad cuando no fuera necesaria la tutela (art. 760.1 de la LEC sin reformar). La incapacitación se declaraba para proporcionar a la persona con discapacidad una protección adecuada, atendiendo a la extensión y límites de las deficiencias en la capacidad de “gobernarse por sí mismo” (anterior art. 200 CC). Esta declaración de incapacitación, como decía el artículo 199 CC antes de la reforma, únicamente podía efectuarse “por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”. En este sentido competía a los jueces la compleja misión de especificar qué medida de protección era la más adecuada para cada caso concreto, la tendencia ha sido un cierto abuso de la tutela y la incapacitación, siendo los tribunales los que han ido matizando estos extremos en los siguiente términos: “la diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad” (STS de 29 de abril de 2009). “Para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica

¹³ GARCIA RUBIO, María Paz, Contenido, significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Artículo monográfico, Ed. Jurídica Sepin 2021, SP/DOCT/11 4070.

diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan sólo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado” (STS 341/2014 de 1 de julio).

2. Las medidas de apoyo son aquellas que tiene como fin asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en los ámbitos que se establezcan, respetando la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad (art. 250.2 CC), destacando en este sentido los principios de autonomía de la voluntad, flexibilización y personalización, adaptados al perfil individual de la persona afectada.
3. La reforma afecta al procedimiento de provisión judicial de apoyos, que será un expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que haya oposición, que deberá iniciarse un procedimiento especial de carácter contradictorio¹⁴.
4. Desaparece la necesidad de declaración previa de incapacidad como presupuesto de la adopción de medidas de apoyo. El sistema de apoyo parte de la guarda de hecho, como medida informal de apoyo. Tampoco se establecen mediante resolución judicial las medidas de apoyo voluntarias, en las que es la propia persona con discapacidad quien designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 CC, la adopción de medidas de apoyo por la autoridad judicial solamente procede “en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente”.

De acuerdo con la actual regulación, el juez debe intervenir:

- Para el establecimiento de la curatela, (arts. 268 a 294 CC). De acuerdo con el artículo 250 CC, la extensión de la curatela 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.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2011, 58) ya defendía la oportunidad de sustanciar las solicitudes de incapacitación no contradictorias por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, en atención a la mayor agilidad y economía de medios que supone el procedimiento voluntario y a lo penoso que resulta demandar y cumplir los trámites que supone el proceso de incapacitación, cuando las partes y el Ministerio Fiscal manifiestan su conformidad o la no oposición a la declaración de incapacidad. En el mismo sentido, CALAZA LÓPEZ (2015, 13-14)

- Para el nombramiento de defensor judicial, como medida adecuada cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (arts. 250 y 295 a 298 CC).

- Para solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos (art. 258 CC)¹⁵.

- En relación con la guarda de hecho, cuando el juez autoriza la actuación representativa del guardador en los casos recogidos en el 264 CC, así como para solicitar al guardador que informe de su actuación, o exigir que rinda cuentas de su actuación (art. 265 CC). También para extinguir la guarda de hecho a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer dicho apoyo (art. 267.4º CC).

5. Se elimina la tutela (que se mantiene para menores no emancipados, no sujetos a patria potestad y en desamparo) y se suprime la patria potestad prorrogada y rehabilitada.
6. La curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial de las personas con discapacidad. Como regla general, la curatela tiene carácter asistencial y, excepcionalmente, el curador asumirá funciones representativas (art. 269 CC).
7. El legislador refuerza la guarda de hecho, en la línea de las últimas reformas (Ley 41/2003, 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, Ley 26/2015 de 28 de julio), otorgando a dicha figura una función relevante como medida de apoyo
8. La discapacidad no es un estado civil, si bien, es una circunstancia de la persona que produce determinados efectos jurídicos.
9. La doctrina de forma mayoritaria, mantiene que la capacidad jurídica integraría la titularidad de los derechos y su ejercicio (capacidad jurídica y capacidad de obrar). Si bien, la categoría de la capacidad de obrar sigue siendo necesaria para los menores de edad (art. 2.2 LOPJM). La propia Exposición de Motivos de la ley

¹⁵DE SALAS MURILLO (2020, 2243-2245) defiende que, aunque la persona con discapacidad no quiera, el sistema le puede imponer una figura de prestación de apoyos. En el mismo sentido, PETIT SÁNCHEZ (2020, 307) sostiene que, si la persona no quiere o rechaza los apoyos, previamente o en el momento de necesitarlos, el Estado puede intervenir cuando exista un interés objetivo de protección, a través de los mecanismos judiciales correspondientes. La regulación de la oposición de la persona con discapacidad “a cualquier tipo de apoyo” en el expediente de jurisdicción voluntaria confirma este criterio pues dicha oposición da lugar a la terminación del expediente, pero no impide que se adopten las medidas en el proceso contencioso de la LEC, que se puede promover por cualquiera de los legitimados. No se reconoce, por tanto, a la persona legitimada un derecho a rechazar las medidas judiciales de apoyo que resulten procedentes, sino únicamente a que, en caso de rechazo, deba acudir al proceso contencioso para la adopción de las medidas judiciales de apoyo

8/2021, afirma: “Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos”.

10. La modificación de la disposición adicional cuarta del Código Civil, recoge una definición precisa de la discapacidad pero solo en relación a determinados preceptos reformados.¹⁶ Según el artículo 1.2 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En virtud del Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre la discapacidad queda definida en su art. 2 a), como “la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Y, con relación al ámbito de la administración de justicia, según los arts. 5 f) y 7.3 de este RDL, toda la administración de justicia debe garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, eliminando las barreras existentes o proveyendo a las personas con los apoyos necesarios para garantizar dicha igualdad.

Tanto las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, sean voluntarias o judiciales, así como las medidas y resoluciones judiciales relativas a cargos tutelares, son objeto de inscripción en el Registro civil: Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a las personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro civil (art.300 Cc).

¹⁶ La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica

2.4 TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES TRAS LA REFORMA

La jurisprudencia reciente, en la línea de la legislación en la materia, destaca la prevalencia de la voluntad y los deseos de la persona con discapacidad.

Existe un pronunciamiento jurisdiccional por parte de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a través de la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la Ley 8/2021 de 2 de junio; la Sentencia nº 589/2021, de 8 de septiembre instructora de la línea jurisprudencial que comienza a marcar la Sala, que en su FJ 3º dice: La Ley 8/2021, de 2 de junio, constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas, que pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la Convención, de 13 de diciembre de 2006. La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar “para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”...atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera. En su FJ 4º. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos:

a) Es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica

b) La finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales».

c) Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas.

d) No se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona.

e) La provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Citar además que según la STS de 2 de noviembre de 2021, en su FJ 3º La posibilidad legal de nombrar curador, (antes tutor), es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el art. 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo”, delimitando bajo esta premisa las características, que delimitan jurídicamente la autoguardatela.¹⁷

3. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL SISTEMA DE APOYOS EN LA NUEVA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO.

La Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 explica; “apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”, pudiendo definir las medidas de apoyo como aquellas que tienen como fin asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en los ámbitos que se establezcan, respetando la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad (art. 250.2 CC). El legislador en coherencia con los principios de la Convención, configura un sistema de apoyos, con preferencia de la autorregulación y de las medidas de apoyo voluntarias (art. 255 CC). La provisión de apoyos judiciales deja de ser carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado. Y, en cualquier caso, como dispone el art. 269 CC, “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”. Asimismo, la provisión de apoyos debe ser actual y potencial, debiendo contener formas de modulación o adecuación según los casos o un apoyo paulatino.

Las medidas de apoyo adoptadas con intervención del juez, en el expediente de jurisdicción voluntaria o en el proceso jurisdiccional contencioso, están sujetas a revisión

¹⁷ *En el mismo sentido, STS 706/2021, de 19 de octubre.*

periódica, que debe efectuarse al menos, cada tres años. Si bien en la propia resolución que decida las medidas o en otra posterior, puede establecer plazos mínimos más prolongados, que en ningún caso deben ser superiores a los seis años (art. 268 CC).

Por lo que respecta al Código Civil, como subraya la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, la reforma que el artículo segundo introduce en el CC es la más extensa y de mayor calado. El capítulo I del nuevo Título XI de CC regula De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Como ya se ha hecho referencia, la idea central del nuevo sistema es la del apoyo a las personas que lo precisen (FJ 3º STS 654/2020 de 3 de diciembre¹⁸). La incapacitación como mecanismo de sustitución y limitación de la capacidad de obrar se suprime. De acuerdo con los principios de la Convención, estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales (Sentencia 589/2021, de 8 de septiembre).

Las medidas de apoyo, que serán expuestas de forma general y breve, se pueden clasificar en medidas voluntarias y preventivas (poderes y mandatos preventivos, autocuratela, medidas de apoyo previstas por una persona relativas a su persona o bienes, voluntades previas en el ámbito de la salud) y medidas de apoyo legales o judiciales (curatela, defensor judicial y guarda de hecho). Siendo uno de los principios de la reforma el principio de preferencia de los apoyos voluntarios.

¹⁸ La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de "apoyos" para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

3.1 MEDIDAS DE APOYO LEGAL O JUDICIAL

El art. 250 CC se refiere a las tres medidas de apoyo legal, en los siguientes términos:

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 (art. 250.4 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 (art. 250.5 CC).

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (art. 250.6 CC).

Basándose en los principios de proporcionalidad y necesidad, de acuerdo con el art. 268 CC las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda hacer preciso un cambio en las medidas, fijando un plazo de revisión de tres años máximo, si bien la autoridad judicial podrá, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.

La reciente STS 589/2021, de 8 de septiembre, que revoca una tutela por una curatela asistencial, ordena la revisión de las medidas acordadas cada seis meses, lo que significa que nuestro Alto Tribunal pretende ser riguroso con la temporalidad de las medidas de apoyo para comprobar su eficacia y cuando las circunstancias de la persona así lo permitan.

3.1.1 GUARDA DE HECHO

La Guarda de hecho (arts. 263 al 267 CC) es una medida de apoyo a persona con discapacidad sin mediar constitución y nombramiento judicial, quedando calificada por el art. 250.4 CC como medida informal de apoyo. No necesita una investidura formal, pero, cuando se requiera una actuación representativa se deberá obtener una autorización judicial específica.

Entre algunas definiciones que recibía la guarda de hecho, citar la que se incorpora en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid nº 34/2005 (Sección 3ª), de 1 de febrero. En su Fundamento Jurídico 3º se establece lo siguiente: “Y el término «guarda de hecho» ha de entenderse también en un sentido amplio, pero en contraposición a los institutos tutelares –tutor, curador y defensor judicial–. No hay un curador de hecho ni un defensor judicial de hecho; hay tan solo un guardador de hecho, que sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares”.

La guarda de hecho ya se encontraba regulada en los artículos 303, 304 y 306 CC, lo novedoso es el reconocimiento de la capacidad de representar que se atribuye al guardador de hecho para situaciones excepcionales, sin necesidad de una declaración judicial previa de apoyos. Para actuar en nombre de la persona con discapacidad, el guardador necesitará una autorización judicial obtenida a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria.

La nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, la ha elevado a la categoría de institución jurídica. Existiendo guarda de hecho, y ejerciéndose adecuadamente, ha de prolongarse en el tiempo haciendo innecesaria, la adopción judicial de otra medida de apoyo distinta (v. art.269.1 CC), con excepción del nombramiento de defensor judicial, que podrá acordarlo la autoridad judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan (ej. existencia de conflicto de intereses, v. art. 295 CC)

Por su parte, el art. 263.1 CC declara que 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 éstas no se estén aplicando eficazmente”.

Si las medidas que existen no se están aplicando eficazmente, el guardador de hecho deberá instar la remoción del curador al amparo del art.278 CC, pudiendo entonces el juez nombrar como nuevo curador al que ha venido siendo guardador de hecho (art.276 CC), o considerar pertinente como medida de apoyo la guarda de hecho que ya existía (art.278 CC).

La guarda de hecho, no está sujeta a control judicial previo, lo que no impide que la autoridad judicial, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, requiera al guardador en cualquier momento, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias, y exigirle que rinda cuentas de su actuación (art. 265 CC).

Con la regulación normativa derivada de la reforma abordada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se consolida la relevancia de la guarda de hecho a la vez que se establecen controles y límites para salvaguardar los intereses de las personas vulnerables. La informalidad con la que se configura de la guarda de hecho se origina en que surge de forma espontánea, sin formalidad que no significa que se trate de una medida débil.

La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al “cuidador principal”, “allegado” o “persona vinculada por razones familiares o de hecho” (arts. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y ANEXO III. apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización).

3.1.2 LA CURATELA

La configuración actual de la curatela es, la medida más innovadora por haber desplazado a la tutela dentro de las medidas de protección de las personas con discapacidad. Además, es la institución más minuciosamente regulada en el marco de la reforma (arts. 268 a 294 CC.) y recoge con gran amplitud los principios de la Convención de 2006. El legislador ha optado por disponer de una única medida de carácter judicial, naturaleza estable y contenido flexible (Ribot Igualada¹⁹).

La curatela es una medida formal de apoyo y de constitución judicial que se aplica a quienes lo precisen de modo continuado (art.250 CC) cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art.269 CC). La función del curador, es de carácter asistencial y su extensión viene determinada por la correspondiente resolución judicial, como dispone el art.250 CC, en equilibrio con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo. Sólo excepcionalmente, el curador asumirá funciones representativas sin prescindir en estos casos de los criterios que han de regir su actuación, contenidos en el art.249 CC: la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

¹⁹ RIBOT IGUALADA, J., (2019), La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento, en De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dir.) Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Valencia: tirant lo Blanch,

El art.268 CC, señala que será proporcionada a las necesidades de la persona que la precise, respetará siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderá en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Se pone fin de esta forma a las restricciones que en este ámbito habían regido hasta entonces.

La relevancia que el actual régimen otorga a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad lleva a situar como primer criterio para la selección del curador, a la propuesta hecha al respecto por la persona con discapacidad, reconocida con el nombre de “autocuratela”, vinculando a la autoridad judicial al constituir la curatela (art.272.1 CC). La autocuratela encaja a la perfección en el nuevo régimen de la discapacidad y el principio prevalente de la autonomía de la voluntad.

Antes de la reforma, el Tribunal Supremo ya se había inclinado, por tener en cuenta la voluntad del interesado a la hora de nombrar curador, la STS 298/2017, de 16 de mayo habilitaba una autocuratela judicial: “Junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo, exprese su predilección acerca de quién prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento”.

Una única curatela que podrá tener atribuidas funciones muy diversas que van desde la mera asistencia hasta la representación, y según se deduce de los arts. 285 y 287 CC que se refieren al curador “con facultades representativas” o que “ejerza funciones de representación”. Nada impide que a un curador se le atribuyan facultades de representación en actos muy concretos y en otros sólo de funciones de acompañamiento o asistencia, siendo clave en este sentido la gradación en la extensión e intensidad de las medidas que permite el actual régimen. Algunos autores han hablado de una curatela combinada, o mixta ²⁰para describir la posibilidad que potencia la flexibilidad, de combinar las funciones de las diferentes curatelas, salvo la de ámbito general, para así adaptarse mejor a las necesidades de la persona (Meier y Lukic) ²¹

En este sentido Tribunal Supremo 269/2021 de 6 de mayo, recoge que el mejor interés es un “principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo” y se configura como un “concepto jurídico

²⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2021, 74)

²¹MEIER y LUKIC (2011, 228) explican la curatela combinada no como un tipo específico de curatela sino como posibilidad que potencia la flexibilidad, de combinar las funciones de las diferentes curatelas, salvo la de ámbito general, para así adaptarse mejor a las necesidades de la persona.

indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso”.

Por su parte, la STS 589/2021, de 8 de septiembre dice que “La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado.El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas”. En esta resolución además se revoca una tutela y se sustituye por una curatela solo de modo asistencial “...estimamos en parte el recurso de casación, en cuanto que dejamos sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituimos la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirmamos y completamos con algunas de las propuestas del fiscal”.

No obstante, hay que destacar que en ocasiones, puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que la persona con discapacidad ejercite sus derechos, en casos en los que la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación. Si bien, el 269 CC prohíbe una representación absoluta (Martínez de Aguirre Aldaz)²²

Todas las disposiciones o medidas preventivas de carácter voluntario son vinculantes para el juez que tiene que constituir la curatela. Pero no tiene un carácter absoluto, (De Amunátegui Rodríguez²³) ya que en virtud del art. 272 CC. Se permite al juez separarse parcial o totalmente de su voluntad previa, siempre que aprecie circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o un cambio en las expresadas o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

²² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019): Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote. En S. de Salas Murillo, M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. Valencia: Tirant lo blanch, 253-270.

²³DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019) Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Madrid: Reus.

3.1.3 EL DEFENSOR JUDICIAL

El defensor judicial se constituye como una medida de apoyo típica, de carácter subsidiario y formal (requiere investidura judicial). En ocasiones, cumple una función sustitutiva, pudiendo en este caso de forma provisional, convivir con otra medida de apoyo; y otras, en cambio, actúa autónomamente, y se constituye como un apoyo estable de la persona con discapacidad, con independencia de que solo intervenga puntualmente.

El nombramiento de un defensor judicial procede en supuestos ocasionales, aunque sean recurrentes, y se trata de una medida formal de apoyo a las personas con discapacidad (art. 250 CC). Los casos previstos en el CC son los de imposibilidad de quien haya de prestar apoyo, cuando exista conflicto de intereses con la persona que le estuviera dispensando apoyo, durante la tramitación de la excusa, durante la tramitación del expediente de provisión de medidas de apoyo y para la administración de los bienes (art. 295 CC), o durante la tramitación del expediente de remoción del curador (art. 278 CC).

Al defensor judicial, le son aplicables las obligaciones de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 297 CC), y será nombrado a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

El nombramiento de defensor judicial es una medida formal de apoyo a las personas con discapacidad de origen judicial. No es una medida de carácter estable o continuado, a diferencia de la curatela. El art. 250 CC dispone que el nombramiento de un defensor judicial procederá “cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”.

3.2 MEDIDAS VOLUNTARIAS O PREVENTIVAS

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria se configuran como un sistema de apoyo anticipado, y son las establecidas por la propia persona con discapacidad, bien para su aplicación inmediata, bien para necesidad futura de precisar apoyos. En ellas se designa quién debe prestar apoyo y con qué alcance. También podrán ir acompañadas de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de quien las establece (art.250.3 CC).

Dentro de estas medidas distinguimos negocios típicos –los mandatos y poderes preventivos, la autotutela, el contrato de alimentos y el patrimonio protegido cuando se haya establecido por el propio beneficiario e incluya previsiones de administración para el caso de que llegue a necesitar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica– y negocios atípicos –medidas de apoyo que el sujeto tenga a bien establecer para sí mismo, que no tienen por qué coincidir con las legalmente tipificadas y que deben otorgarse, como éstas, en escritura pública (arts. 249.1 y 258 CC y art. 77 LRC).

3.3 SISTEMA TUTELAR DE MENORES

Como características generales del sistema tutelar de menores, se destacan las siguientes:

1) Bajo la rúbrica “De la tutela y de la guarda de menores”, el Título IX del Libro I del CC tras la reforma por obra de la Ley 8/2021, de 2 de junio, incluye la tutela, el defensor judicial y la guarda de hecho.

- La tutela se constituye para suplir la falta de capacidad de obrar de los menores no sujetos a patria potestad, e implica para quien ocupa el cargo de tutor una potestad general y de ejercicio continuado, sobre la persona y los bienes del tutelado, que se extiende a su representación. Como señala el art. 200 CC, “las funciones tutelares... estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”.

- El defensor judicial es institución se nombra y actúa ante la existencia de conflicto de intereses en asuntos específicos, entre el menor y su representante legal, bien por la imposibilidad de desempeñar éste las funciones encomendadas.

- La guarda administrativa (art.172 bis CC) como otra vía de protección de menores,

2) Se inspira en el principio de la supremacía del interés del menor. El beneficio del destinatario de la potestad de guarda es el principio rector en el ejercicio de las funciones tutelares (“se ejercerán en beneficio del tutelado”, art.200.1 CC). El art. 200.2 CC habilita a la autoridad judicial en este sentido para acordar, las medidas y disposiciones previstas en el art. 158 CC, “en cuanto lo requiera el interés de éstos”.

3.3.1 LA TUTELA

La tutela es la institución que regula con más extensión en el CC (arts.199-234).

La tutela comprende una protección similar a la que otorga la patria potestad y está prevista para los menores de edad no emancipados.

Como sustitutiva que es de la patria potestad, la tutela cubre las mismas atribuciones que ella, confiriendo al titular del cargo la potestad de representación. (art. 225 CC). Sin embargo, aunque funcionalmente sean similares ambas figuras, la tutela está sujeta a un régimen de fiscalización y control judicial que no está previsto para aquélla.

En virtud del art. 199 CC, quedan sujetos a tutela:

- Los menores no emancipados en situación de desamparo Se trata de una tutela que corresponde a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores mencionada “por ministerio de la ley”, llamada también tutela automática, (art. 172 CC). Siendo los casos de tutela ordinaria el resto de supuestos del art. 199 CC.
- Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad, pudiendo darse esta situación en casos de desconocimiento de la filiación; muerte, declaración de fallecimiento o ausencia de los progenitores; privación de la patria potestad (art. 170 CC) y exclusión de ésta conforme al art. 111 CC.

De acuerdo con el art. 206 CC, están obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella (art. 213 CC) y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor, generándose responsabilidad solidaria en caso de incumplimiento (art. 206 CC). Asimismo, se legitima a cualquier persona a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela, a fin de que se dé inicio al expediente que corresponda (art. 207 CC).

El nombramiento del tutor le corresponde a la autoridad judicial en el mismo acto de constitución de la tutela, previa de selección de la persona (o personas) que va a desempeñar esas funciones. El CC establece un orden de preferencia (art.213 CC) para esta elección, no obstante, excepcionalmente, y con una resolución motivada se puede alterar.

El CC en virtud del art. 218 consagra la como norma la tutela unipersonal, conteniendo el mismo excepciones que aconsejan la pluralidad de tutores.

La Sección 3ª del Capítulo I, del Título IX del CC se dedica al ejercicio de la tutela (arts. 224-230). El primero de estos preceptos se remite, para su regulación con carácter supletorio, a las normas de la curatela (arts. 282-290 CC.; en lo dispuesto sobre las garantías exigibles al tutor y los actos para los que se precisa autorización judicial).

3.3.2 DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR

El defensor judicial es institución de guarda de menores con la que se sustituye a progenitores y tutores cuando éstos, para asuntos concretos o de forma transitoria, no pueden desempeñar sus funciones. El art. 235 CC recoge los casos en que se nombrará defensor judicial:

– Cuando exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales. No será necesario el nombramiento de defensor judicial, en el caso de patria potestad, cuando el conflicto se sitúe de forma exclusiva con uno de los progenitores; correspondiendo la representación al otro en virtud del art. 163.2 CC. Lo mismo se aplica en el caso de pluralidad de tutores cuando el conflicto se da con solo uno de ellos, siendo el acto en cuestión realizado por los demás (art. 220 CC).

– Cuando, el tutor no desempeñe sus funciones, se nombra un defensor judicial de forma transitoria mientras se resuelve el sobre una solicitud de excusa (art. 279) o durante un procedimiento de remoción (art. 278 CC).

– Cuando el menor emancipado precise el complemento de capacidad que se prevé en los arts. 247 y 248 CC y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.

Las atribuciones del defensor judicial (representativas y/o asistenciales) son las que se le haya concedido al nombrarlo, ejerciendo siempre su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos (art. 236 CC). Este mismo precepto remite para su aplicación a las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad (arts. 296-298 CC).

3.3.3 GUARDA DE HECHO DEL MENOR

La guarda de hecho se refiere a aquellas situaciones en las que una persona, sin designación legal o nombramiento judicial, asume por propia iniciativa la representación y defensa de un menor. La regulación normativa de la guardia de hecho persigue con carácter general, que la autoridad judicial pueda requerir información al guardador de hecho sobre el estado de la persona y sus bienes, así como de las actuaciones realizadas sobre estos. Además, le permite establecer medidas de vigilancia y control que considere.

Tras la reforma del CC por obra de la Ley 8/2021, de 2 de junio, el art. 238 CC declara aplicables a la guarda de hecho del menor, con carácter supletorio, las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad (arts.263-267 CC).

La existencia de un guardador de hecho no evita la declaración de situación de desamparo si se dan los supuestos de falta de asistencia contenidos en el art.172 CC.

La intervención judicial no provoca el cese de la guarda de hecho y su sustitución por la tutela ordinaria. Cautelarmente, hasta que se resuelva la medida de protección adecuada, se podrán otorgar por la autoridad judicial facultades tutelares al guardador o se puede designar acogedor al guardador, si se decide una fórmula de acogimiento temporal (art. 237.1.2º CC)

3.3.4 LA GUARDA ADMINISTRATIVA

Por guarda administrativa se entiende la que corresponde de forma transitoria (art. 172 CC), sin simultanear una tutela, a la entidad pública con funciones de protección de menores, a iniciativa propia o a solicitud de padres o tutores cuando concurren circunstancias graves que se prevén temporales, y que impiden el adecuado cuidado del menor, debiendo éstas acreditarse; o porque así lo determine la autoridad judicial (art. 172.2 CC). Si bien inicialmente no se da una situación de desamparo, no contemplando por tanto ni la asunción tutelar por la entidad pública, ni la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, cabe que pudiera concluirse finalmente esta necesidad de protección (art. 174.4 CC).

La guarda administrativa no excederá con carácter general los dos años, salvo que el interés del menor recomiende una prórroga de la misma. En los casos urgentes no debe exceder los 6 meses, siendo aplicable fundamentalmente a los menores de 6 años (art. 173.bis 2 CC) Transcurridos dichos plazos, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si procede, ser declarado en situación legal de desamparo.

Corresponde al Ministerio Fiscal la vigilancia de la guarda de los menores (art. 174 CC).

4. RÉGIMEN TRANSITORIO

La sucesión de normas que acompaña al proceso derogatorio del régimen jurídico anterior en materia de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, precisa de la articulación de un régimen jurídico transitorio en tanto se produce su total y definitiva adaptación al nuevo sistema jurídico que establece la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil¹ y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

La Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 explica que: «En cuanto al régimen transitorio, se ha optado por una fórmula flexible, según la cual, como regla general, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva Ley desde su entrada en vigor y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior. La revisión también se podrá establecer de oficio. Se fijó un plazo de tres meses para la entrada en vigor de la norma, atendiendo a la necesidad de que se tome conocimiento de la nueva legislación con tiempo suficiente para que puedan afrontarse los cambios introducidos».

- La breve Disposición Transitoria Primera es uno de los ejes fundamentales que sustenta el avance real y transversal en que pretende garantizar de forma efectiva el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, revocando retroactivamente los pronunciamientos judiciales que contengan la privación de los derechos a sus titulares o la limitación de su ejercicio sea cual sea su fecha o tipo de resolución, y haciendo necesaria la reevaluación automática del contenido de las sentencias dictadas antes de la entrada en vigor de la Ley.

- Una de las formas de aplicación del nuevo régimen jurídico en materia del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es mediante la revisión judicial de las medidas previas a la reforma en los términos y condiciones establecidas legalmente, pudiendo iniciar el procedimiento a instancia de la parte legitimada o bien de oficio a instancias del Ministerio Fiscal, teniendo un plazo máximo de 3 años desde la entrada en vigor de la Ley²⁴.

La Disposición Transitoria Sexta (DT6^a) dice que “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”, con el fin de dotar de seguridad jurídica a los procesos que están en curso

Las sentencias que se dicten a partir de la entrada en vigor de la reforma, relativas a los procesos sobre la capacidad de las personas deben adecuarse en su contenido a la nueva regulación, debiendo entender esta exigencia en un sentido amplio, aplicado tanto a los principios sobre los que pivota la reforma, como al nuevo régimen jurídico de las medidas de apoyo.

El Preámbulo de la ley señala que la reforma procesal es ambiciosa y “opta por el cauce de jurisdicción voluntaria de manera preferente (...) sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio”. Cabe plantearse si los procedimientos judiciales en curso deben seguir como contradictorios o continuar por los trámites de la jurisdicción voluntaria. Si atendemos a la subsidiariedad del procedimiento contradictorio, la riqueza y sencillez de la jurisdicción voluntaria, o la dificultad de conciliar una posible falta de oposición con el carácter contradictorio del procedimiento verbal, se puede concluir que los procedimientos verbales en curso deben mantenerse en el cauce procedimental abierto, pero enriqueciéndolos, para que puedan acoger el nuevo espíritu de la ley. Así, se deben incorporar todas las garantías para la participación efectiva de la persona con discapacidad que contiene el nuevo art. 7 bis LEC. Será preciso un complemento probatorio de acuerdo con el nuevo contenido que se exige a la sentencia de provisión judicial de apoyos. La

²⁴ PALLARÉS NEILA (2018, 168), considera que, cuando la medida a revisar sea la curatela, el plazo de 3 años es excesivamente corto y que, para atender a las exigencias del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, podría establecerse un plazo apreciablemente más amplio, unido a la posibilidad de revisar las circunstancias en cualquier momento, sin esperar el plazo prefijado y al reconocimiento de una amplia legitimación para incoar un proceso de revisión.

autoridad judicial tiene a su disposición la posibilidad que le brinda el art. 752.1, inciso último LEC, para acordar de oficio las pruebas que estime pertinentes .

Citar en este sentido la STS 589/2021 de 8 de septiembre, que declara que: «En la medida en que esta sentencia iba a ser dictada con fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (3 de septiembre de 2021), el tribunal estaba afectado por esta disposición transitoria sexta. Aunque la deliberación del recurso había sido señalada antes, para el 14 de julio, contando con que el mes de agosto es inhábil, la sentencia podía ser dictada en plazo después de la entrada en vigor de la nueva ley. “De ahí que nos ajustemos a lo previsto en esta DT6ª, y resolvamos el recurso de casación atendiendo al nuevo régimen de provisión de apoyos contenido en el Código civil....carecía de sentido resolver de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sabiendo que necesariamente lo resuelto, en breve tiempo, iba a ser revisado y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos. Lo argumentado hasta ahora sirva para justificar que vamos a resolver el recurso de casación con arreglo al nuevo régimen de provisión judicial de apoyos”.

- Disposición Transitoria Segunda determina la aplicación de la Ley al desempeño de las funciones propias del cargo de tutor, curador, defensor judicial y guardador. Todos deben de adaptar el desempeño de sus funciones a los principios y valores recogidos en el art. 249 del CC; el respeto a los derechos, libre desarrollo de la personalidad y dignidad de la persona con discapacidad, velando por la defensa de sus derechos fundamentales e intereses personales, jurídicos o patrimoniales; y el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona en todas sus actuaciones, procurando que pueda ejercitar su capacidad jurídica con el menor apoyo posible en el futuro, durante el menor tiempo posible, conforme al principio de intervención mínima o de minimización en la prestación del apoyo art. 249, 268 y 269 CC.

- La Disposición Transitoria Quinta establece legalmente la revisión judicial de todas las medidas judiciales constituidas al amparo de la anterior regulación, al objeto de garantizar la efectiva aplicación del nuevo régimen jurídico de provisión de apoyos.²⁵

La revisión se inicia de manera voluntaria y de forma muy amplia se concede la legitimación activa para ello, incluyendo a la propia persona con discapacidad, estableciendo también la posibilidad de actuación de oficio establece por parte de la

²⁵ El F.J.3º de la STS del Pleno 589/2021, de 8 de septiembre, declara en este sentido que la reforma legal exige revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de su entrada en vigor a fin de poner en práctica su adaptación al nuevo régimen jurídico de provisión de apoyos.

autoridad judicial competente o a instancia del Ministerio Fiscal. En el primer caso el tiempo para hacer efectiva la revisión es de un año, y ante falta de solicitud se amplía el plazo máximo para hacer efectiva la revisión a tres años, persiguiendo garantizar el cumplimiento ante el número de casos susceptibles de ser sometidos a valoración. El plazo de tres años debe ser entendido desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio.²⁶

La entrevista judicial de la persona con discapacidad constituye el acto central del expediente iniciado para la revisión de medidas de apoyo y supone una garantía para el afectado en cuanto que permite acceder a la voluntad, deseos y preferencias de la persona (art. 249 CC). Será idóneo que el/la fiscal esté presente y participe activamente en la misma.

Es posible que antes de la revisión de la sentencia vigente, la persona con necesidad de medidas de apoyo se haya dirigido a un notario y establecido de forma voluntaria dichas medidas mediante el otorgamiento de un poder notarial o la constitución de una autocuratela. En tal caso el procedimiento de revisión irá dirigido a verificar la suficiencia de dichos apoyos, o a constituirlos conforme a dicha voluntad expresada, o en su caso adoptar medidas supletorias o complementarias de acuerdo con lo previsto en los arts. 255 in fine y 272 CC, o prescindir de ellas y adoptar las que fueran necesarias (artículo 272 CC párrafo segundo).

5. RETOS

Una reforma de esta envergadura, conlleva un cambio de paradigma absoluto del que surgirán de forma continua dudas en su aplicación práctica que deberán ser resueltos de forma ágil, precisa y clara por los poderes públicos y los actores sociales. Una de las herramientas más potentes para facilitar este proceso y es la formación de todos los operadores jurídicos, así como informar de manera continua y transparente a las personas con discapacidad y a su entorno. Serán los notarios, jueces y magistrados, fiscales, personal al servicio de la administración de justicia, o de cualquier administración, registradores, abogados, procuradores., quienes, en el ejercicio de sus respectivas funciones, se constituyen en apoyos institucionales a disposición del ejercicio de la capacidad jurídica de

²⁶ MAYO RODRÍGUEZ (2021, 283). En un sentido mucho más claro se expresa el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, que en su DT2ª. 4 dispone: «En caso de no existir la solicitud mencionada en el apartado 3, la revisión la tienen que realizar de oficio la autoridad judicial, o a instancia del ministerio fiscal, en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor de este Decreto ley».

las personas con discapacidad. Cualquier cambio legislativo, precisa de un proceso previo de interiorización que permita comprender este nuevo ecosistema de cambios en materia de asistencia y apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o cognitiva. Se trata de cambios muy profundos, de toda índole –éticos, sociales, políticos, culturales y jurídicos– que afectan a los interesados, a los profesionales, a las fundaciones y asociaciones que tengan entre sus fines la prestación de apoyo a las personas con discapacidad intelectual o volitiva, así como a la propia organización de los servicios de la Administración de Justicia. Precisamente este tema se zanja en cierta medida en el Preámbulo de la Ley explicando en tal sentido que, «finalmente, se fija un plazo de tres meses para la entrada en vigor de la Ley, atendiendo a la necesidad de que se tome conocimiento de la nueva legislación con tiempo suficiente para que puedan afrontarse los cambios introducidos».

A pesar del tiempo transcurrido desde la ratificación de la Convención por parte del Estado español, el espíritu de ésta no ha impactado suficientemente a nuestra sociedad. En este contexto, pueden existir resistencias, que si no son salvadas con éxito, puedan ser responsable de que el derecho a la toma de decisiones y el respeto a la voluntad, las preferencias y los deseos de las personas con discapacidad sean una mera argumentación legal. El ambicioso objetivo de la reforma es la voluntad transformadora de la mentalidad social. El reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad mediante su propio empoderamiento. Este logro precisa de los apoyos de la sociedad: el apoyo de sus familias, de las personas llamadas a prestarles los apoyos y el acompañamiento de su entorno social y comunitario.

Uno de los grandes retos en la práctica es averiguar o saber cuál es la verdadera voluntad, deseos y preferencias de una persona que haya perdido por completo sus capacidades cognitivas. Pero en los casos en que verdaderamente sea imposible conocerla, lo razonable sería acudir al criterio del interés superior objetivo de la persona con discapacidad. No obstante este criterio es el que la Observación General Primera del Comité de las Naciones Unidas intenta desterrar. Sin embargo, hay que entender que no es posible prescindir de la noción de interés superior, ya que, entre otras cosas, se perdería la razón de ser de cualquier medida de apoyo o protección. Por ello, es necesario buscar una interpretación integradora y un equilibrio entre ambos, voluntad e interés

Pereña Vicente

(2018, 121)²⁷. En este sentido la ya citada STS 589/2021 de 8 de septiembre, ha admitido apartarse del criterio de la voluntad, incluso cuando esta ha sido manifestada de un modo claro y reiterado en contra de la adopción de cualquier medida de apoyo. Pero la fundamentación jurídica del Supremo no hace alusión al criterio del mejor interés, al que sí se refería el informe del Fiscal, sino que mediante un criterio de flexibilidad al buscar el equilibrio.

En esta ponderación, hay que huir tanto de posturas extremadamente proteccionista que menoscabe los derechos y libertades de la persona con discapacidad, como una postura excesivamente orientada a la autonomía que, bajo la falsa excusa del libre desarrollo de la personalidad, a quien carece de los recursos necesarios para salvar la materialización involuntaria del riesgo en daño. En este último caso, habrá que adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se trataría en definitiva de buscar un equilibrio entre los riesgos que supone dotar de plena autonomía a la persona que se encuentra en una situación de discapacidad y que, al amparo de la misma, se muestra como vulnerable y evitar que bajo dicho principio se mantenga una posición injustificada de exclusión social. En este sentido es una realidad en nuestra sociedad el que hay personas que requieren de protección, en aras a la dignidad del art. 10 de la CE, pasamos de un sistema sobreprotector y asistencial a un sistema de apoyos pero hay que identificar situaciones de vulnerabilidad que deben de ser protegidas

Afrontar el reto que supone revisar judicialmente todas y cada una de las medidas judiciales previas a la reforma, exige de una adecuada formación general y específica de los distintos operadores jurídicos involucrados, así como de los cargos que actualmente desempeñan sus funciones en orden a la observancia de los principios y valores que sostienen la reforma, a los que han de ajustarse en todas sus actuaciones.

La Ley marca un periodo de 3 años para revisar las situaciones anteriores a la entrada en vigor de la reforma, o, si el juez así lo establece, en el plazo máximo de seis (nuevo art. 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC). Si bien no se excluyen aquellos casos excepcionales en los que la persona con discapacidad no tenga perspectivas reales de alcanzar un mayor grado de autogobierno. Los padres y familiares de los grandes

²⁷ PEREÑA VICENTE, M., (2018b), La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad, en Pereña Vicente, M., (dir.) La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos: oportunidades, riesgos y salvaguardias, Dykinson, 119-141.

dependientes con patologías psíquicas severas ven dificultada su función tuitiva con la obligación de emprender acciones judiciales periódicas.

Se abre ahora un periodo de especial importancia a la hora de observar cuál está siendo el proceso de implantación de la misma. También parece necesario un seguimiento de la jurisprudencia que vayan emitiendo los Juzgados y Tribunales a todos los niveles para comprobar el grado de ajuste entre esta y la propia norma. Además, en la aplicación de la nueva Ley 8/2021, no se contempla la forma en la que se va a producir la revisión de todos los asuntos que afectan a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad ni se ha previsto el refuerzo material y personal de los juzgados encargados de su tramitación.

Existe el riesgo de, ante las dificultades, llevar a cabo una interpretación de la reforma que lleve a los operadores jurídicos a establecer equivalencias entre la nueva regulación y la antigua, asimilando la curatela con facultades de representación a la anterior tutela de adultos, y la que tiene facultades asistenciales con la antigua curatela. La nueva curatela, a pesar de que puede tener atribuidas funciones parcialmente coincidentes con las antiguas instituciones, ha de ser entendida en el contexto de un nuevo régimen que nace con esta ley, cuyos principios inspiradores difieren fundamentalmente del anterior, que vivía de espaldas a la voluntad de la persona, voluntad que ahora no debe ser ignorada y debe ser la guía en la aplicación de las nuevas medidas de apoyo.

Por otra parte, no se indica ni se deduce de precepto alguno en la nueva regulación, que la circunstancia que afecte a la capacidad para la toma de decisiones deba tener carácter persistente; por tanto, se entiende que (a diferencia de lo que ocurría con la incapacitación en la regulación precedente, que exigía la persistencia de la enfermedad o deficiencia) las soluciones que proporciona la reforma podrán emplearse también para resolver circunstancias transitorias. Ribot Igualada ²⁸(2019, 227 y ss.).

No queda clara la legitimidad del mantenimiento de las anteriores medidas judiciales de apoyo en tanto se produce su efectiva revisión judicial, cuando es la propia persona quien lo solicita, particularmente, cuando se trata de medidas de representación, como es el caso de la tutela o la patria potestad prorrogada o rehabilitada. El primer caso parece resolverle con la remisión legal expresa a la curatela representativa. En el segundo supuesto, dado que la Ley permite la continuidad en sus funciones a los titulares de ambas formas

²⁸ RIBOT IGUALADA, J., (2019), La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento, en De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dir.) Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Valencia: tirant lo Blanch, 215-252.

excepcionales de patria potestad, aun cuando la iniciativa provenga del propio hijo, este punto no queda resuelto.

El legislador no aclara la situación legal en que quedaría la medida si se supera el plazo de tres años sin revisión de la misma. Lo más razonable, dice Vivas Tesón (2021, 288-289),²⁹ «conduce a pensar que si las circunstancias que motivaron la provisión del apoyo son idénticas no tiene sentido que la sentencia deje de surtir efectos, no así cuando han cambiado». Los operarios jurídicos habrán de estar pendientes de que no se produzcan problemas de seguridad jurídica por sentencias no revisadas.

Por último, se advierte de la falta de cualquier tipo de referencia a un régimen transitorio para los procesos que están en vía de recurso, seguramente en atención a que la conformidad de la resolución deberá ser resuelta conforme al derecho vigente al momento de dictarse la misma³⁰ González Campo (2019, 495)

Las medidas de apoyo voluntarias y, entre ellas, los poderes preventivos, pueden quedar al margen del control judicial, lo que, a la postre, perjudica al propio sujeto con discapacidad. Dicho control judicial únicamente entrará en juego, en orden a la realización por parte del apoderado de los actos de extraordinaria administración y de disposición mencionados en el artículo 287 CC, pero quedará exento del control el poder preventivo cuando no sea general o cuando el poderdante haya excluido su sometimiento en lo no previsto en el mismo al régimen de la curatela, quedando a su arbitrio la determinación o no de algún tipo de control, judicial o extrajudicial para la realización de ciertos actos. Legalmente no es exigible que en el poder preventivo se incluyan reglas de control, pero el Notario autorizante tiene una importante función de asesoramiento en este sentido.

La reforma, si es bien aplicada, tendría que generar un efecto desjudicializador ya que, si están bien definidas y son eficaces, las medidas voluntarias evitarán la puesta en marcha de medidas de apoyo judiciales, debiendo asumir en todo caso el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial el papel de vigilancia y control, papel que a lo largo del articulado de la ley se reafirma y reitera. Lo contrario sería, opuesto a la Convención que no excluye el control de la autoridad judicial sino que lo exige (artículo 12.4).

²⁹ VIVAS TESÓN, I., (2021). Curatela y asistencia. En: P. Antonio Munar Bernat (dir.), A. Pau (pr.) Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. *ElDerecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, págs. 227-302.

³⁰GONZÁLEZ CAMPO, F. (2019). Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018, En: S. De Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dir.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 467-499

En otro orden, exponer que el Consejo de Ministros ha aprobado el Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, proponiendo eliminar el término disminuidos por los términos persona con discapacidad (que realmente significa sin capacidad). Si bien el Proyecto no ha avanzado presuntamente por motivaciones de confrontación política, siendo una meta utópica el establecimiento de un Pacto en el que las materias del ámbito de las personas con discapacidad queden fuera del debate político.

Finalmente, incidir en que la nueva reforma no ha afrontado cambios en la regulación de situaciones como los internamientos involuntarios regulados en el artículo 763 LEC. La necesidad de regular esta materia por Ley Orgánica quizá lo haya impedido por prever bloqueos políticos, pero en el contexto de cambio de modelo que ha supuesto esta reforma, parece dejar incompleto un punto crítico tan importante de potencial vulneración del derecho fundamental a la libertad de movimiento de las personas con discapacidad. Me remito a la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010 de 2 de diciembre que declaró la inconstitucionalidad de parte de este precepto, en aquellos incisos que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, tratándose de una medida constitutiva de privación de libertad, sólo puede regularse mediante ley orgánica. Hay que tener en cuenta que el precepto regula los internamientos de personas que no necesariamente han de ser personas con discapacidad con medidas de apoyo y que tienen una finalidad puramente terapéutica por lo que se mantienen como medida curativa, nunca sancionadora. En cualquier caso, también a través de este procedimiento se canalizan los internamientos no urgentes de personas con discapacidad, si bien existe la vía de las medidas cautelares del 762 LEC dentro del proceso para la provisión de medidas de apoyo que sí ha sido modificado por la Ley 8/2021³¹.

³¹ Artículo 762. Medidas cautelares

1. Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento.

3. Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad.

Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.

6. CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 reconoce la trascendencia que para estas personas tiene su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y, obliga a los Estados Partes a reconocerles capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás sujetos y a la adopción de las medidas necesarias para garantizarles el apoyo que puedan necesitar en su ejercicio. La nueva realidad jurídica implica una concepción unívoca del concepto de capacidad, erradicando la dicotomía entre la capacidad de obrar y la capacidad jurídica. En este sentido se valora como positivo que la capacidad jurídica de la persona se entiende no solo como su capacidad para actos o negocios de trascendencia jurídica, sino que puede ser incluso la necesaria medida de apoyo en cuestiones referentes a las actividades de la vida diaria de la persona, porque en estas posibles limitaciones se ve afectada la dignidad de la persona.

La Ley supone un cambio radical de modelo. En su vertiente procesal, el principal resultado de la reforma es la sustitución de los anteriores procesos sobre capacidad de las personas (proceso de incapacitación, proceso de reintegración de la capacidad y proceso de declaración de prodigalidad) por un sistema de adopción judicial de medidas de apoyo a personas con discapacidad en el que pasa a primer plano un procedimiento de jurisdicción voluntaria, quedando reservado el proceso jurisdiccional contencioso a los casos en que en el expediente de jurisdicción voluntaria algún interesado formule oposición.

Desde el punto de vista sustantivo, el nuevo régimen que se establece se basa en la consideración de las personas con discapacidad como verdaderos sujetos de derechos y obligaciones y, en consecuencia, con capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones que los demás. Se impone así el cambio de un sistema de tutela de autoridad por un sistema que respeta su voluntad y sus preferencias y se les pasa a considerar, como facultadas para tomar sus propias decisiones.

Esta modificación radical implica la sustitución del modelo paternalista de «sustitución en la toma de decisiones» por un nuevo modelo de «apoyo o asistencia en la

toma de decisiones». El nuevo modelo se basa en la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, eje sobre el que descansa el nuevo sistema.

El apoyo, tiene como objeto permitir el desarrollo pleno de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad (art. 249.1 CC), se configura como un “traje a medida” (expresión que ya venía siendo utilizada por nuestra jurisprudencia STS 282/2009, de 29 de abril), debiendo adaptarse a las concretas necesidades de la persona que lo precise; sin que en ningún caso pueda excederse de sus necesidades (principios de proporcionalidad (ar.268 CC) y de necesidad.

En cuanto al principio de necesidad, la adopción de la curatela se producirá “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” (art. 269 1º y 3º CC.). En los últimos años la jurisprudencia ya había instado a constituir las medidas de protección con carácter restrictivo, cuando la discapacidad de un sujeto verdaderamente le impidiera ejercer sus derechos por sí mismo, es decir, autogobernarse (STS 421/2013, de 24 de junio, STS 341/2014, de 1 de julio).

El procedimiento regulado en la ley elimina la tutela, la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y fija cuatro situaciones para las personas con discapacidad. En el artículo 250 CC se establece que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La tutela, desaparece del sistema de apoyos, otorgándose prioridad absoluta a la voluntad de la persona discapacitada implicando el carácter prioritario de las medidas de apoyo que él mismo establezca en previsión de una futura necesidad de apoyo; de ahí que, dentro de las medidas de apoyo, los poderes preventivos se convierten en una de las medidas esenciales del sistema, en cuanto son el reflejo de la voluntad de la persona.

Para hacer efectivos los derechos consagrados por la Convención ha sido preciso llevar a cabo una adaptación y una modificación de diversas normas de distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico (civil, procesal, penal, laboral, sanitario...), adaptación que comenzó con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, continuó con la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de

Jurisdicción Voluntaria, y que ha culminado con la aprobación 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.

Al haberse eliminado la dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, se ha derogado el artículo 199 CC en su antigua redacción, donde se establecía que nadie podía ser declarado incapaz sino por sentencia judicial. El legislador ha optado porque nadie sea “incapaz” sino que, en determinados casos y si así se solicita, un juez pueda determinar qué apoyos necesita la persona con discapacidad.

La Ley 8/2021 ha eliminado los antiguos procesos de incapacitación y de reintegración de la capacidad y las referencias a las modificaciones a la capacidad. En España se ha abusado del procedimiento de incapacitación judicial total, al no existir instituciones intermedias para salvar actos jurídicos aislados, obligando a los familiares a iniciar procesos judiciales de incapacitación donde realmente no era necesario situación que corrige esta nueva.

La aplicación del nuevo régimen jurídico en materia del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se realiza a través tres cauces:

- Mediante la aplicación de la Ley al ejercicio de las funciones que ejercen los cargos nombrados bajo el régimen jurídico anterior.

- A través de la equiparación legal expresa entre tutela y curatela representativa, al igual que las previsiones legales a la autotutela, se entienden referidas a la autocuratela. La equiparación legalmente establecida entre tutela y curatela con facultades representativas plenas no siempre ha de ser exacta. Este automatismo impide la posibilidad de que la tutela pueda corresponderse ahora con una curatela de menor intensidad.

- Mediante la revisión judicial de todas y cada una de las medidas judiciales previas a la reforma en los términos y condiciones establecidas legalmente.

El legislador ha optado porque nadie sea “incapaz” sino que, en determinados casos y si así se solicita, un juez pueda determinar qué apoyos necesita la persona con discapacidad.

La reforma trata de terminar con fórmulas generales, exigiendo la determinación de cada acto para el que sea preciso el apoyo, en lo que Ribot Igualada(2019, 248)³² denomina principio de especialidad del alcance de la curatela. Su principal consecuencia será que, respecto de aquellos que la sentencia no enumere, se deberá entender que rige la presunción de capacidad y que, por tanto, la persona podrá realizarlos sin apoyos, lo que no impedirá que se valore si, en el momento concreto, para un acto concreto, la persona tiene capacidad natural, referido a los actos de trascendencia jurídica, no a aquellos actos cotidianos que afectan al día a día de la persona. Cada sentencia deberá pues ajustarse a las circunstancias de la persona y combinar la extensión, es decir, los actos respecto de los que se establece una medida de apoyo, y la intensidad del apoyo, es decir, cual es el grado de intervención que determina para cada uno de esos actos, lo que la ley denomina facultades asistenciales o de representación. En este sentido, el legislador ha entendido la necesidad de seguir contando con una figura con funciones de representación, puesto que seguirán existiendo personas con un déficit importante de autonomía que no podrán manifestar en ningún caso su voluntad, deseos y preferencias. Disponer de la herramienta de la representación es inevitable, porque también lo que pretende esta medida es evitar que una persona pueda, como consecuencia de su discapacidad, causar un daño a sus intereses o a los de los terceros. Así pues, y como dice Pau (2018, 22)³³, si procede o no la curatela representativa va a depender del grado de discapacidad.

La finalidad que se pretende conseguir con esta nueva regulación es que, respetando la voluntad en la medida en que puedan expresarla, y su autonomía, en la medida en que la puedan ejercer, el ordenamiento jurídico ofrezca a todas las personas una respuesta inclusiva; y al propio tiempo, siendo conscientes de que existen personas con distintos tipos y grados de discapacidades, se les pueda brindar una respuesta de apoyo, de complemento respetuoso del libre desarrollo de su personalidad. Como dispone el art. 249 del CC, estas medidas «tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad», y «deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales».

³² RIBOT IGUALADA, J., (2019), La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento, en De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dir.) Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Valencia: tirant lo Blanch, 215-252.

³³ PAU, A., (2018), De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil, Revista de Derecho civil, vol 5, num. 3, 2018, Estudios.

Quedan de esta forma consagrados estos tres principio (arts. 249.1 y 255.5 CC), entrando en juego las medidas legales o judiciales por defecto o insuficiencia de las voluntarias

- Principio de subsidiariedad de las medidas judiciales o legales respecto de las voluntarias en consonancia con el art. 269.CC.
- Principio de prioridad de las medidas voluntarias sobre las judiciales o legales;
- Principio de compatibilidad entre las medidas voluntarias y las judiciales o legales.

Si la persona con discapacidad no hubiera establecido los apoyos por decisión propia, o estos resultaran insuficientes, la solución jurídica preferente sería la guarda de hecho como institución de apoyo, sin necesidad de una investidura judicial formal, que la propia persona con discapacidad ni siquiera plantea. En los casos en los que el guardador deba realizar una actuación representativa, el guardador deberá obtener una autorización judicial específica, que tiene un carácter puntual, sin necesidad de abrir un procedimiento de provisión de apoyos.

La medida de apoyo encomendada a la decisión judicial, que debe acordarse cuando no se puedan aplicar ni las medidas voluntarias ni la guarda de hecho, es la curatela, que está llamada a cumplir funciones de apoyo, asistencia o ayuda para desempeñar actuaciones en el tráfico jurídico; su sentido será eminentemente asistencial y, además, cuando fuera imprescindible, también podrá el curador desempeñar actuaciones representativas. Como características básicas destacamos la subsidiariedad y la concreción, ya que los apoyos a la capacidad jurídica de la persona deben tener un contenido específico y delimitado. Además debe ser el contenido de la curatela será todo lo variado que precise la persona, y dinámico en el tiempo orientado a una progresiva autonomía.

A partir de ahora, la representación constituye un apoyo excepcional y solo procede en los casos en los que resulte absolutamente necesario; todo ello, de acuerdo a los principios de necesidad y proporcionalidad que han de inspirar esta materia.

Por último, para los casos de conflicto de intereses de la persona con discapacidad con quien tenga encomendado su apoyo, o en caso de imposibilidad coyuntural del desempeño del apoyo, se regula la figura del defensor judicial.

Junto a estas medidas de apoyo formales se contempla una medida informal, la guarda de hecho, que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente (art. 250 CC). Esta figura pierde su carácter provisional si se

demuestra que con su apoyo quedan adecuadamente salvaguardados los derechos de la persona con discapacidad.

La Ley recoge en su Disposición transitoria quinta la revisión de las medidas ya acordadas, pudiendo solicitar la revisión por las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos y habría el plazo de un año para su adaptación. Si no se ha solicitado por estos grupos de personas, se dispone de tres años para su revisión de oficio o por el Ministerio Fiscal. Además se aplica un principio de temporalidad a las medidas impuestas en los tribunales, debiendo ser susceptibles de revisión. El art. 268 CC. ha impuesto una revisión periódica cada tres años, pudiendo ser mayor (sin exceder de los seis años), o reducirse, puesto que en dicho precepto se insta a revisar “ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”.

Uno de los aspectos del nuevo régimen, es en la compatibilidad entre las medidas voluntarias y las judiciales. Y es importante porque esa compatibilidad será la que favorezca, en muchos casos, lograr el necesario equilibrio entre autonomía y protección, la que permitirá conseguir el objetivo de respetar la voluntad de la persona poniendo en marcha las salvaguardias apropiadas. Así, se prevé expresamente en el artículo 265 respecto a la guarda de hecho que la autoridad judicial establezca “las salvaguardias que estime necesarias” sin tener con ello que poner fin a la guarda de hecho.

La nueva ley cambia el papel de los agentes jurídicos implicados. El fiscal por ya no es garante del interés objetivo de la persona con discapacidad, sino del interés subjetivo expresado por la propia persona, de cuya voluntad, deseos y preferencias se convierte el fiscal en custodio conforme al art. 749LEC.

La implantación del nuevo sistema de apoyos y la consecuente supresión del sistema basado en la tutela de autoridad no opera de forma automática, sino durante un tiempo ambos sistemas conviven.

La reforma no rompe completamente con el sistema anterior, pues sigue contemplando figuras de sustitución de la voluntad que no cuentan con la voluntad de la persona. Aunque el principio de autonomía de las personas con discapacidad está colocado en primerísimo plano, prefiriendo las medidas de naturaleza voluntarias a las judiciales, cuando la condición volitiva e intelectual de un sujeto esté gravemente comprometida, la posibilidad de aplicar una institución con carácter representativo, aunque ciertamente

atenuada con respecto a la anterior tutela, es necesaria. La permanencia de la curatela como medida de carácter judicial en nuestro ordenamiento jurídico no es contraria a los principios de la Convención de Nueva York, que no la prohíbe, sino que la reserva para ciertos casos siempre bajo el paraguas de los criterios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad, temporalidad y personalización de la medida. La STS 589/2021, de 8 de septiembre, ha aplicado de forma ejemplarizante los mandatos de la Ley 8/2021, fijando doctrina que ha de servir para que la praxis judicial de los juzgados y tribunales adapten su modo de actuar al nuevo tratamiento de la discapacidad. Esta sentencia, primera del Alto Tribunal tras la entrada en vigor de la reforma, ha de marcar el camino futuro, como en su momento lo hizo la trascendental STS 282/2009, de 29 de abril.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ García, Héctor (2022) Casos prácticos sobre los Derechos Fundamentales. Tirant lo Blanch
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019) Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Madrid: Reus.
- COBAS COBIELLA, ME; GUILLÉN CATALÁN, R; REYES LÓPEZ, MJ; TAMAYO CARMONA, JA; MONFORT FERRERO, MJ; PLAZA PENADÉS, J; MONTES RODRÍGUEZ, P; CHAPARRO MATAMOROS, P; ALVENTOSA DEL RÍO, J; ATIENZA NAVARRO, ML; DE VERDA Y BEAMONTE, JR; SÁIZ GARCÍA, C. 2022. Derecho Civil I (Derecho de la Persona) 3ª Tirant lo Blanch.
- DE SALAS MURILLO, S. (2020), ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 780, julio 2020, 2227-2268.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011), Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 23, 2011-I, 53-81
- FLORS MATÍES, J, 2022 PROCESO CIVIL. Doctrina jurisprudencial y práctica forense 2 Tomos 2ª, Tirant lo Blanch

- GARCIA RUBIO, María Paz, Contenido, significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Artículo monográfico, Ed. Jurídica Sepin 2021, SP/.DOCT/11 4070.
- GONZÁLEZ CAMPO, F. (2019). Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal de Anteproyecto de 2018, En: S. De Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dir.).
- GONZÁLEZ CAMPO, F. (2019). Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. Valencia: Tirant lo Blanch.

JIMÉNEZ CONDE, F; FUENTES SORIANO, O, 2022. Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Tirant lo Blanch

- LINACERO DE LA FUENTE, M (2022). Derecho de la persona y de las relaciones familiares 2ª Edición. Tirant lo Blanch.

LINACERO DE LA FUENTE, M; GÓMEZ LINACERO, A. 2022. Formularios judiciales y notariales comentados de discapacidad y medidas de apoyo. Líneas maestras de la Ley 8/2021, de 2 de jun. Tirant lo Blanch

- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021), Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad. Francis Lefebvre, Madrid.

LÓPEZ ORELLANA, M; DE LA IGLESIA PRADOS, E; LÓPEZ MARTÍNEZ, JC; MARTORELL ZULUETA, P; VILATA MENADAS, S; SÁNCHEZ MARTÍN, C; DE ANDRÉS HERRERO, A; CARUANA FONT DE MORA, G; BANDINO GARRIDO, A; CASTILLO MARTÍNEZ, C; GAITÓN REDONDO, MA; SÁNCHEZ ALCARAZ, E; ESCRIG ORENGA, MC; ORTEGA LLORCA, V; ANDRÉS CUENCA, RM; DE LA LLANA VICENTE, M; GALVÁN GALLEGOS, A. 2021. Código Civil con jurisprudencia sistematizada 4ª Edición actualizado con La Ley 8/2021 de 2 de junio, Tirant lo Blanch.

- LOZANO BLANCO, J., “Rampas jurídicas: El nuevo título XI del Código Civil, tras la reforma que opera la ley 8/2021, de 2 de junio, de provisión de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” Revista Abogados de Valladolid, septiembre 2021, pp. 29-31.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019): Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote. En S. de Salas Murillo, M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), Claves

para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. Valencia: Tirant lo blanch, 253-270.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (2021) Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica, Diario La Ley nº 9851.
- MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, 2021. Derecho Procesal Civil Parte especial 11ª Edición, Tirant lo Blanch
- PALLARÉS NEILA, J., (2020), La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, Actualidad Civil nº 3.
- PAU, A., (2018), De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil, Revista de Derecho civil, vol 5, num. 3, 2018, Estudios.
- PEREÑA VICENTE, M., (2018), La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad, en Pereña Vicente, M., (dir.) La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos: oportunidades, riesgos y salvaguardias, Dykinson, 119-141.
- PEREÑA VICENTE, M; NUÑEZ NUÑEZ, M; HERAS HERNÁNDEZ, MM. 2022. El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio Tirant lo Blanch.

RIBOT IGUALADA, J., (2019), La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento, en De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dir.) Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Valencia: tirant lo Blanch, 215-252.

- SALAZAR VARELLA, CLARA ELISA (2021). El proceso de incapacitación. Tirant lo Blanch.

- SÁNCHEZ ALONSO, M; BELTRÁ CABELLO, C; LINACERO DE LA FUENTE, M, 2021. Tratado de derecho de familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios 3ª Edición 2021 Tirant lo Blanch

VIVAS TESÓN, I., (2021). Curatela y asistencia. En: P. Antonio Munar Bernat (dir.), A. Pau (pr.) Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política, Marcial Pons, págs. 227-302.