



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**“La protección de las personas
con discapacidad según la Ley
8/2021 de 2 junio”**

Presentado por:

María Sebal Rodríguez

Tutelado por:

María Esther Muñiz Espada

Valladolid, 20 de Octubre de 2022

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SEGÚN LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO.

ÍNDICE

I. Introducción.

II. El camino hacia la reforma.

La discapacidad desde una perspectiva internacional.

III. Caracterización del modelo social y su conexión con los derechos humanos.

IV. Plasmación del modelo social en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

V. 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.

VI. Modificaciones del Código Civil.

- Supresión de las antiguas instituciones
- Medidas voluntarias.
- Medidas judiciales

VI. Solicitud de las medidas de apoyo.

VII. Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VIII. Modificaciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

IX. Breves notas sobre el impacto de la reforma en otros textos legales.

- Ley del Notariado
- Ley Hipotecaria
- Ley del Registro Civil

X. Aspectos prácticos y problemática de la reforma.

I. INTRODUCCIÓN.

En este trabajo realizaremos un recorrido por los distintos enfoques desde los que se ha abordado el tema de la discapacidad, y que han llevado a la actual 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.

De esta forma, y a modo de introducción , se distinguen dos principales enfoques:

En primer lugar, nos encontramos con *el modelo médico o rehabilitador, que surge a principios del siglo XX. En este predomina la concepción de la discapacidad desde el denominado “modelo médico”, en el que se concibe a la persona con discapacidad como parte de un proceso rehabilitador.*¹ Las primeras pinceladas en cuanto a la regulación de esta materia se dan en la Declaración Universal de Derechos humanos de las Naciones Unidas (1948), la Carta Social Europea (1961) y el Convenio sobre Derechos Humanos (1950). En estos documentos se establece como objetivo a alcanzar la igualdad de condiciones entre personas con y sin discapacidad, por lo que, al concebir la discapacidad como una enfermedad a tratar, las personas de este grupo no son marginadas de la sociedad.

En segundo lugar, se encuentra el modelo social, que tiene sus orígenes en la década de los sesenta en Estados Unidos. *Este modelo se caracteriza por trasladar el foco de lo individual a lo social, es decir, la discapacidad no es una deficiencia- ya sea física o mental- de la persona que la posee, sino que surge de la interacción de esta con el entorno. Entorno en el que predomina el “diseño único universal”, es decir, ha sido construido siguiendo la norma de la mayoría, ignorando, por tanto, a las minorías entre las que se encuentra las personas con discapacidad, y resultando en tratos discriminatorios*². A diferencia de los anteriores modelos, al percibir el origen de la discapacidad en la propia sociedad, las soluciones también irán dirigidas a la sociedad al completo; se considera que la aportación de las personas con discapacidad es la misma

¹ BARRIFFI, F J; PALACIOS , A *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid. 2007. p 15.

² PALACIOS, A , *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* , Universidad Carlos III de Madrid, 2008. pp 103-108.

que las personas sin discapacidad, se parte del igual valor y dignidad de todas las personas.

Este último enfoque ha sido acogido por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, entre cuyos objetivos se encuentran la garantía del ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Este convenio fue aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y ratificado por España el 3 de diciembre de 2007. Es el artículo 12 de esta Convención el que impulsa la reforma 8/2021 de 2 de junio, que establece lo siguiente:

“Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

- *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.*
- *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
- *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica 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, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*
- *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar*

bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

De este modo, nos adentraremos en las modificaciones más significativas en materia de derechos de las personas con discapacidad psíquica, entre las que destacan las siguientes:

- Se llevará a cabo una modificación del ordenamiento jurídico, al reformarse las siguientes leyes: Ley de enjuiciamiento Civil, Ley de Jurisdicción Voluntaria, Código Civil, Ley Hipotecaria, Ley del Notariado, Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley del Registro Civil, Código Penal y Código de Comercio.
- Se eliminarán las antiguas instituciones como son: la tutela (salvo en el caso de los menores), la incapacitación judicial, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, y la prodigalidad.
- Se modificarán instituciones como son: el guardador de hecho, el defensor judicial, y la curatela.
- La Jurisdicción Voluntaria pasará a tener carácter preferente.

De esta forma, el objetivo de este trabajo no es realizar un análisis completo respecto a todos los ámbitos en los que esta ley incide, sino que nos centraremos principalmente en las medidas de apoyo previstas para las personas con discapacidad psíquica, con especial alusión a la guarda de hecho y los problemas que ésta plantea.

II. EL CAMINO HACIA LA REFORMA.

La discapacidad desde una perspectiva internacional: enfoque en los organismos internacionales.

*Tras la finalización de la segunda guerra mundial se produce un aumento significativo en el número de personas discapacitadas, que, junto a una sociedad afectada por constantes violaciones de los derechos humanos, impulsan a los organismos internacionales a incorporar en su foco de atención a las personas con discapacidad.*³

Las primeras menciones a la discapacidad no se producirán hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948), además de los documentos promulgados en el Consejo de Europa que son : la Carta Social Europea (1961) y el Convenio sobre Derechos Humanos (1950).

En la declaración de las Naciones Unidas se establece la igualdad de condiciones entre las personas discapacitadas y no discapacitadas en el ejercicio de sus derechos sociales, políticos, civiles y culturales. De esta forma, con la promulgación de estos textos, durante las décadas de los años 40 y 50, la Organización de las Naciones Unidas, centrará sus esfuerzos en la consecución del bienestar de las personas con discapacidad. *“Su interés por el bienestar y los derechos de las personas con discapacidad se respalda en sus principios, basados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igualdad de todas las personas”*⁴.

De esta forma, basándonos en este artículo, podemos afirmar que, el objetivo de Organización de las Naciones Unidas, y del Consejo de Europa es la mayor recuperación- tanto personal como profesional- posible por parte de las personas con discapacidad, a través de la aplicación de medidas establecidas y dirigidas a ellas.

El consejo de Europa crea en 1959 un marco de protección respecto a la salud de los consumidores, prevención de accidentes y enfermedades laborales y de la integración de las personas con discapacidad, es el denominado “Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública”. Éste actúa por medio del “Comité directivo para la

³ BLANCO EGIDO,E; SÁNCHEZ SALCEDO A M^a “Enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2006 p. 37.

⁴ LÓPEZ MASÍS, R “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”. *Alteridad, Revista de Educación* 2011, p. 103.

rehabilitación e integración de las personas con discapacidad”, cuyas principales resoluciones se centran en la formación, educación, y empleo de este colectivo. ⁵

En definitiva, esta década se caracteriza por tratar la discapacidad desde la óptica del modelo rehabilitador, alejado de los derechos humanos, lo cual es reflejado en las numerosas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Económico Social, que gozan de un claro enfoque asistencialista.

A partir de los años 70 se comienza a abordar la cuestión de la discapacidad desde el modelo médico, esto se refleja principalmente en la promulgación de los siguientes documentos:

En primer lugar, la promulgación en 1971 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Éste se centra especialmente en la protección de los “retrasados mentales” del abuso y la explotación, estableciendo además los procedimientos jurídicos necesarios. Reconoce también la igualdad de derechos civiles, sociales, y políticos, de este grupo y el resto de la sociedad.

Sin embargo, esta Declaración también fue objeto de varias problemáticas. La primera de ellas es relativa al título que lleva, el empleo de la palabra “retrasado mental”, algo que, en la actualidad, es inaceptable. *También fue objeto de problemas el enfoque médico rehabilitador que se percibe en el preámbulo, que hace inciso en la necesidad de la protección y rehabilitación de los desfavorecidos, ya sea física o mentalmente, además hay quienes consideraron que el enfoque de la protección hacia estas personas es contrario al artículo 12 CDPD* ⁶.

En segundo lugar, la promulgación de la Declaración de los Derechos de los Impedidos en 1975. En esta se proclama la igualdad de los derechos civiles, sociales y políticos, entre los denominados “impedidos” y la sociedad en general, además, también establece la igualdad en el acceso a la educación, empleo y formación, asistencia sanitaria y seguridad social.

⁵ BLANCO EGIDO,E; SÁNCHEZ SALCEDO A M^a “enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2006 p 38.

⁶ BARRIFFI, F J *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* . Ediciones Cinca. Madrid. 2007. P. 60.

Sin embargo, como ocurre con el anterior texto, también es objeto de crítica, y por razones similares. En primer lugar, el empleo de la palabra “impedidos”, *refleja una concepción restrictiva de los derechos de los discapacitados, que se centra más en las dificultades que tiene este colectivo para alcanzar una “vida social normal” que, en los obstáculos creados por la propia sociedad, aclamando así la igualdad efectiva de derechos civiles y políticos a través de la instauración de un mínimo nivel para el acceso igualitario de medidas que tienen por objeto alcanzar la integración social de este colectivo.*⁷

De esta forma, se puede afirmar que estos dos documentos han constituido un avance significativo en la consideración de las personas con discapacidad como sujetos plenos de derecho, sin embargo, se encuentran arraigados en la concepción de la discapacidad desde un enfoque puramente médico-rehabilitador.

No es hasta este momento cuando la Unión Europea decide involucrarse en las condiciones de vida de las personas de este grupo, lo que lleva a la aprobación del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos.

La década de los 80 comienza con la declaración en 1981 como el “Año Internacional de los impedidos”, bajo el lema “participación plena”. Como consecuencia de esto, la Organización de las Naciones Unidas, proclamará una serie de resoluciones que culminarán con la proclamación del “Decenio de las Naciones Unidas sobre los Impedidos”, que abarca del año 1983 hasta 1992, y con el primer “Programa de Acción Mundial para los Impedidos”⁸.

Este programa tiene como principal objetivo la integración social de este grupo, en aras de lograr la igualdad de oportunidades, centrándose en la prevención, rehabilitación, e igualdad de oportunidades.

El hecho de que este programa de acción se centre en la consecución de una igualdad real, implica la adopción de una nueva perspectiva en el tratamiento de la discapacidad, en la que, por primera vez, se tiene en consideración el entorno. Nos adentramos en el denominado “modelo social” de discapacidad, el cual considera que, la discapacidad es fruto de la interacción de las personas con discapacidad con un entorno repleto de

⁷ BLANCO EGIDO,E; SÁNCHEZ SALCEDO A M^a “enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2006, p. 39.

⁸ BARIFFI, F J *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid 2007. P.32

*obstáculos que impiden la igualdad de derechos. De esta forma, es el entorno el que debe ser reformado, siendo dirigidas todas las medidas adoptadas, a la sociedad en su conjunto, y no únicamente a las personas con discapacidad, como ocurría anteriormente hasta este momento.*⁹

También se aprovecha este momento, para la modificación de la denominación con la que se refiere a las personas con discapacidad, que tan problemáticas habían sido en las declaraciones anteriores, de forma que asimila los conceptos “discapacidad, deficiencia y minusvalía”, propuestos por la Organización Mundial de la Salud en 1980.¹⁰

En 1980 la Asamblea General y el Consejo Económico y Social emiten un documento que tiene un gran impacto en todas las legislaciones nacionales en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, se trata de la Clasificación Internacional de Deficiencias Discapacidades y Minusvalías. El objetivo es el establecimiento del concepto de discapacidad a nivel universal, en el que se acoja el modelo social de discapacidad, es decir, la discapacidad deja de ser únicamente una enfermedad, se pasa a tener en cuenta el entorno.

*Durante los siguientes ocho años, los Estados Miembros se guiarán en el desarrollo de estrategias y políticas sobre discapacidad a través de un documento de política global creado por el Consejo de Europa, dentro del marco de las naciones unidas.*¹¹

En esta década es conveniente destacar la Resolución sobre la integración social de los minusválidos (1982-1986), que, como su propio nombre indica, pretende alcanzar la integración de este grupo a nivel comunitario, en todos los ámbitos de la vida social. Se instaba a los Estados Miembros a las siguientes actuaciones:

- *“Asegurar que se tuviera debidamente en cuenta la necesidad de eliminar barreras para la participación plena de los minusválidos en la sociedad.*

⁹ BLANCO EGIDO,E; SÁNCHEZ SALCEDO A M^a “enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales”, Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales, pp 38-40.

¹⁰ BARIFFI, F J *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid 2007. P.59.

¹¹ BLANCO EGIDO,E; SÁNCHEZ SALCEDO A M^a “enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales”, Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales, p. 40.

- *Facilitar la coordinación de los servicios relacionados con los minusválidos y fomentar la cooperación a este respecto entre los distintos órganos activos en el sector.*
- *Promover la participación de los minusválidos, sus organizaciones representativas y sus familias en la formulación y aplicación de medidas que les afecten directamente.*
- *Asegurar que los minusválidos puedan llevar una vida tan independiente como sea posible.*
- *Garantizar que los minusválidos no deban soportar una carga injusta de los efectos, tanto en el empleo como en los recursos, de las dificultades económicas.*
- *Promover medidas que permitan preparar a los minusválidos para una vida activa, particularmente mediante la integración, siempre que sea posible, en sistemas de educación y formación normales.*
- *Formular y aplicar medidas relativas a la vivienda y la movilidad de los minusválidos y la mejora de su acceso a los edificios públicos, el transporte y otros servicios públicos.*
- *Fomentar las actividades de información diseñadas para que el público comprenda la contribución que pueden realizar a la integración de los minusválidos, y a las actividades destinadas a ellos;*
- *Promover la mejora y la disponibilidad de ayudas técnicas, la combinación de información y experiencia en el sector y la aplicación de nuevas tecnologías”¹².*

¹² Resolución (CEE) sobre la integración social de minusválidos, 1982-1986. [Resolución \(CEE\) sobre la integración social de minusválidos, 1982-1986 | Programme | EMP | CORDIS | European Commission \(europa.eu\)](#)

El sucesor de este programa es el programa EMP-HELIOS 1 (1982-1992), que establece las consideraciones necesarias para la formación profesional de las personas con discapacidad, con el objetivo de lograr una mayor independencia por parte de este grupo. entre sus objetivos se encuentran los siguientes:

- *“Fomentar, en los sectores de la formación profesional y la rehabilitación, la integración económica y social y una vida normal independiente para los minusválidos, criterio comunitario basado en la mejor experiencia innovadora de los Estados miembros;*
- *Promover las actividades de intercambio y de información no comprendidas en el ámbito del Fondo Social Europeo, pero que puedan contribuir de manera válida a los sectores de la formación profesional y la rehabilitación, a la integración económica y social y a una vida normal independiente para los minusválidos;*
- *Prestar la debida atención a las necesidades profesionales de las mujeres minusválidas y a la promoción de su integración social y de una vida normal independiente de ellas y de quienes tienen responsabilidades especiales en el cuidado de niños y adultos minusválidos en el hogar”¹³*

A su vez, el sucesor de este programa es el EMP-HELIOS 2 (1993-1996). Este programa tendrá los siguientes objetivos, relativos a la educación , formación , empleo, e integración de las personas con discapacidad:

- *“Proseguir y mejorar las actividades de intercambio y de información con los Estados miembros y las organizaciones no gubernamentales (ONG) que puedan contribuir de manera válida y asegurar que reciban una difusión lo más amplia posible.*
- *Promover métodos y medidas eficaces a fin de conseguir una mayor efectividad y una mejor coordinación de las acciones;*
- *Promover el desarrollo de una política comunitaria de cooperación con los Estados miembros y las organizaciones y asociaciones relacionadas con la*

¹³ Segundo programa de acción comunitaria (CEE) para minusválidos (HELIOS), 1988-1991. [Segundo programa de acción comunitaria \(CEE\) para minusválidos \(HELIOS\), 1988-1991 | Programme | EMP | CORDIS | European Commission \(europa.eu\)](#)

integración basada en la experiencia y las prácticas más innovadoras y eficaces de los Estados miembros, con participación de organizaciones de voluntarios de conformidad con las leyes y las prácticas nacionales;

- *Proseguir la cooperación con ONG europeas y ONG consideradas representativas en sus respectivos Estados miembros, a través de consejos nacionales de minusválidos donde existan, y que hayan expresado el deseo de cooperar a nivel comunitario. Se seguirá perfeccionando el sistema de información y documentación por ordenador HANDYNET”.¹⁴*

De esta forma, se puede apreciar un significativo aumento en el número de políticas sociales especialmente en materia de discapacidad, en los últimos años de este siglo.

En la década de los 90 lo más relevante es la creación de las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades” en 1993 por la Asamblea de las Naciones Unidas. Lo característico de estas normas es el enfoque de la discapacidad desde los derechos humanos, además va a representar el compromiso de los Estados Miembros en la asunción de políticas encauzadas a lograr la igualdad real de oportunidades.

Sin embargo, estas normas, como bien se establece en el artículo 14, no son obligatorias: “pueden convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplique un gran número de Estados con la intención de espantar una norma de derecho internacional. Llevan implícito el firme compromiso moral y político de los estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades”.

“En la comisión europea son consideradas como la base para el desarrollo de la política de discapacidad en Europa y en las políticas y programas de relaciones exteriores de la comisión”¹⁵.

Siguiendo esta evolución a lo largo del tiempo, llegamos al siglo XXI. Éste se caracteriza por abandonar el modelo médico predominante en las primeras décadas de la regulación de la discapacidad, y se pasa a un modelo social, con el objetivo de alcanzar la igualdad de derechos entre las personas con y sin discapacidad. Sin embargo, es conveniente

¹⁴ Tercer programa de acción comunitaria (CEE) para minusválidos (HELIOS II), 1993-1996. [Tercer programa de acción comunitaria \(CEE\) para minusválidos \(HELIOS II\), 1993-1996 | Programme | EMP | CORDIS | European Commission \(europa.eu\)](#)

¹⁵ BLANCO EGIDO, E; SÁNCHEZ SALCEDO, A M^a “enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2006, p. 42.

subrayar que no se trata sólo del reconocimiento de esta igualdad de derechos, sino que se pretende lograr la igualdad de condiciones en el ejercicio de estos. Para la consecución de este objetivo, será necesario la actuación coordinada del Consejo de Europa y de la Organización de las Naciones Unidas.

Comenzando por las Naciones Unidas, destacaremos las dos siguientes actuaciones:

En primer lugar, la Organización Mundial de la Salud lleva a cabo en el 2001 una nueva clasificación de la discapacidad, con el mismo objetivo que la anterior clasificación de 1980 : Establecer un entendimiento a nivel internacional de la discapacidad. Pero se distingue de ésta en que el objetivo es lograr la participación en la sociedad por todos sus integrantes, por medio del ejercicio de sus derechos y libertades en igualdad de condiciones.

En segundo lugar, se produce la redacción de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que es aprobado el 13 de diciembre en la sede de las Naciones Unidas. Tiene su origen en la resolución 56/168 de diciembre de 2001, en la que se propone su redacción con el objetivo de incluir un paquete de medidas para que la protección de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectiva, además también incluye acciones para la eliminación de las prácticas discriminatorias.

“Esta convención se convierte en una herramienta jurídica para que los correspondientes gobiernos de los estados miembros introduzcan paulatinamente modificaciones en sus legislaciones en materia del impulso y mejora de la educación y empleo en este grupo.”¹⁶

Este convenio se caracteriza por la adopción del modelo social de discapacidad, centrado en la igualdad de condiciones en el ejercicio de los derechos y libertades, para lograr una plena participación e integración en la sociedad para las personas con discapacidad. Esto conlleva el abandono del modelo de representación y la acogida de un modelo de apoyo, el cual, siempre será proporcional al fin pretendido. De esta forma, la capacidad de obrar sólo será modificada lo justo y necesario.

Las personas con discapacidad pasarán a ser plenos sujetos de derecho, y dejarán de ser meramente el objeto de políticas asistenciales.

¹⁶Ibídem, p 44.

De esta forma, este convenio introduce dos elementos esenciales: por un lado, establece el ejercicio de derechos por parte de este colectivo en igualdad de condiciones por todos los integrantes de la sociedad; y por otro, proporciona apoyos puntuales sin sustituir su voluntad.

Se caracteriza por establecer lo siguiente:

- *“La igualdad ante la ley de todas las personas, regulado en los artículos 2, 3, 4, 5 y 9, siendo ilegal cualquier tipo de discriminación por razón de discapacidad; y la promoción de la equidad, adaptando productos y servicios.*
- *El igual reconocimiento ante la ley y acceso a la justicia, regulado en los artículos 11 y 12. Se establece el igual reconocimiento de toda persona con discapacidad ante la ley, reconociendo su personalidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Y el derecho a no ser excluidos de ningún proceso judicial, pudiendo declarar como testigos.*
- *Libertad de expresión y de opinión y de acceso a la información, regulado en el artículo 21. Derecho a expresarse con total libertad y acceso a la información de forma comprensible.*
- *Vida independiente, inclusión en la comunidad, trabajo y empleo, regulado en los artículos 19 y 27. Pudiendo elegir el lugar donde vivir, así como las personas con las que convivir. Eliminar cualquier tipo de discriminación laboral que puedan sufrir en el ámbito laboral por razón de su condición, así como proporcionar las adaptaciones necesarias, y la misma retribución salarial que el resto. Es fundamental garantizar los derechos tanto laborales como sindicales.*
- *Libertad de decisión, regulado en los artículos 3, 12, 14, 23 y 25. Se establece el derecho a tomar sus propias decisiones a cerca del tratamiento, y aspectos cotidianos de la vida, esto se logra a través de medidas de apoyo no invasivas en la toma de decisiones.*
- *Confidencialidad e intimidad, regulado en el artículo 22. Derecho a su vida privada, a la confidencialidad de la información sobre el diagnóstico, tratamiento e historia clínica.*
- *Protección contra la tortura y otros tratos crueles, regulado en los artículos 14, 15 y 16. Se establece el derecho a la libertad y seguridad, no pudiendo ser*

privadas de libertad por causa no establecida por ley. No podrán ser torturadas ni sometidas a un trato inhumano o humillante. No podrán ser objeto de explotación, abuso o violencia y deben ser protegidos. Esto va a implicar que no podrán ser objeto de prácticas como la medicación forzosa o el ingreso involuntario.

- *También se recogen otros derechos como el derecho a la vida (artículo 10), derecho a la educación (artículo 24), derecho a la salud (artículo 25), derecho a la habilitación y rehabilitación (artículo 26), derecho a la protección social (artículo 28), derecho a participación en la política y vida pública (artículo 29)”.*

17

En cuanto a las medidas llevadas a cabo por el Consejo de Europa destacamos principalmente la “Recomendación Rec(2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015”

El plan adaptará los objetivos del Consejo de Europa en materia de derechos, no discriminación, igual de oportunidades, ciudadanía, y participación de pleno derecho. Para conseguir esto, se elaborará un marco flexible para que así pueda ser adaptado por todos los Estados Miembros.

“Se establece que la sociedad tiene la obligación con todos y cada uno de sus integrantes, de procurar que los efectos de la discapacidad se minimicen a través del apoyo activo a modos de sanos, entornos más seguros, asistencia sanitaria apropiada, rehabilitación y solidaridad social”. ¹⁸

Este plan contará con la acción de mecanismos de control que vigilen su seguimiento, además de una evaluación que tendrá lugar regularmente para identificar el progreso a escala nacional.

¹⁷ SOM salud mental 360. La Convención de Nueva York: los derechos de las personas con discapacidad. 29 junio 2021. <https://www.som360.org/es/monografico/dd-hh-salud-mental/blog/convencion-nueva-york>.

¹⁸ “Recomendación Rec(2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015, p. 10.

*Este plan se singulariza por tener como objetivo un cambio de paradigma en la perspectiva desde la que se aborda el tema de la discapacidad, “de paciente a ciudadano”. Nos alejamos de la concepción de la persona con discapacidad como un enfermo al que asistir, sin aportaciones a la sociedad, pasando a concebirse como una persona que, para poder participar plenamente en la sociedad como ciudadano, necesita que se eliminen los obstáculos tales como determinados comportamientos y legislaciones discriminatorias.*¹⁹

Está compuesto por líneas de acción, aspectos transversales (entre los que se encuentran la específica situación de mujeres y niños con discapacidad, personas con elevadas necesidades de atención, personas con discapacidad procedentes de minorías o la inmigración, entre otros), mecanismos de aplicación y seguimiento, y de una serie de principios fundamentales, que son los siguientes:

- *“No discriminación.*
- *Igualdad de oportunidades.*
- *Plena participación en la sociedad de todas las personas con discapacidad.*
- *Respeto a la diferencia y reconocimiento de la discapacidad como componente de la diversidad humana.*
- *Dignidad y autonomía del individuo, incluida la libertad de hacer sus propias elecciones.*
- *Igualdad entre hombres y mujeres.*
- *Participación de las personas con discapacidad en todas las decisiones sobre su vida, tanto a nivel individual como a nivel de la sociedad en su conjunto, a través de sus organizaciones representativas.*”²⁰

¹⁹ Recomendación Rec(2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015, p. 20.

²⁰ Recomendación Rec(2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015, p. 27.

Los Estados miembros, deben tener en cuenta lo siguiente a la hora de elaborar sus políticas nacionales:

- *Los principios fundamentales en los que se basan el plan de acción.*
- *Los aspectos transversales que hemos mencionado anteriormente.*
- *El importante papel que pasan a ostentar las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en todos los elementos de aplicación, seguimiento, y evaluación del plan a nivel nacional, regional y europeo.* ²¹

En este momento juega un papel importante la denominada “responsabilidad sectorial”, que constituye una de las bases del Plan de Acción. Ésta consiste en evitar la segregación de la sociedad en grupos a la hora de establecer medidas que separan los servicios dirigidos a las personas con discapacidad de los dirigidos al resto de la sociedad, con el objetivo de alcanzar la tan deseada integración social de esta minoría. *Sin embargo, esto no implica que no se permita la existencia de políticas específicamente destinadas a este colectivo cuando sea en su interés superior.* ²²

La Unión Europea también ha realizado actuaciones en este ámbito y dirige sus políticas en dos direcciones: por un lado, la integración, y, por otro la lucha contra la discriminación y desigualdad. Este objetivo queda reflejado en la Carta de Derechos Fundamentales (2000), y para que pueda ser real y efectivo, se crea una herramienta, “El Plan de Acción Europea; igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (2004-2010).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es el “ *instrumento jurídico que protege y promueve os derechos y libertades de los ciudadanos europeos, a la luz de los cambios en la sociedad, el progreso social, y los avances científicos y tecnológicos* ”²³.

Constituye el primer documento en el que se recogen los derechos que antes se repartían en los siguientes instrumentos legislativos: legislaciones nacionales, convenios

²¹ Recomendación Rec(2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015, p. 81.

²² Recomendación Rec(2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015, pág 83.

²³ [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - EUR-Lex \(europa.eu\)](http://eur-lex.europa.eu).

internacionales del Consejo de Europa, Naciones Unidas y Organización Internacional del Trabajo.

*Con el objetivo de promover la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo, en el Consejo Europeo se aprueban unas directrices comunitarias que deberán ser aplicadas por los Estados Miembros, consiguiendo así un marco general para la coordinación de las distintas políticas nacionales en materia de empleo. Para la aplicación de tales directrices se crean los Planes Nacionales de Empleo a los que se apoya económicamente desde los fondos estructurales. El contenido de estos planes consisten en la promoción del empleo no sólo de este colectivo, sino de todos aquellos grupos con dificultades para lograr la integración en el mercado laboral, y además se controlará la aplicación de estos planes por medio de informes que los estados miembros deben elaborar.*²⁴

Finalmente nos encontramos con el plan de acción europeo 2004-2010: igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

El objetivo de este plan es “ *definir un enfoque duradero y operativo de la dimensión de la discapacidad en la Europa ampliada* ”.²⁵

Sus políticas giran en torno al reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad, debiendo eliminarse todo tipo de obstáculos del entorno, tanto de carácter técnico como jurídico que no permitan la plena participación de este grupo en todos los aspectos de la vida social.

La primera fase de este plan abarca del 2005-2005: tendrá por objeto la “ *creación de las condiciones necesarias para la promoción del empleo de las personas con discapacidad* ”.²⁶

Este plan también tiene como objetivo garantizar la participación e igual acceso por parte de las minorías desfavorecidas a servicios públicos, aprendizaje electrónico, servicios de salud en línea, la creación de un entorno accesible, etc.

²⁴ BLANCO EGIDO, E; SÁNCHEZ SALCEDO, A M ^a “enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2006,p 47.

²⁵ Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (2004-2010). [EUR-Lex - c11414 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#).

²⁶ Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (2004-2010). [EUR-Lex - c11414 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#).

La segunda fase del plan de acción abarca del 2006 al 2007 : “*se centra en la integración y fundamentalmente la autonomía de las personas con discapacidad, garantizando su independencia y participación en la sociedad. Se caracteriza por tener cuatro prioridades:*

- *Fomentar la actividad profesional.*
- *Promover el acceso a una asistencia y a servicios de ciudadanos de calidad.*
- *Promover el acceso de todos a los bienes y servicios.*
- *Incrementar la capacidad de recogida y análisis de la unión”*²⁷

La comisión alentará a la cooperación de la Unión Europea con otras organizaciones, como son por ejemplo las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, entre otros, con el objetivo de “*lograr el desarrollo de relaciones beneficiosas para todos, aprovechando su experiencia y trabajo de sus grupos de reflexión”*.”²⁸

También se encargará de vigilar el cumplimiento de tales directrices establecidas en el plan de acción, para ello elaborará cada dos años un informe en el que figuren las contribuciones específicas de los Estados Miembros, asegurándose así la consecución de la igualdad de oportunidades entre las personas con discapacidad y el resto de la sociedad.

III. CARACTERIZACIÓN DEL MODELO SOCIAL.

El denominado “modelo social” se basa en dos premisas fundamentales:

La primera de ellas afirma que la discapacidad no tiene origen en el ámbito de la religión o de la ciencia, sino en las limitaciones establecidas por la propia sociedad a la hora de prever servicios para suplir las necesidades de las personas con discapacidad.

La segunda premisa considera que las aportaciones de todas las personas a la sociedad serán las mismas, no existiendo diferencia entre personas con discapacidad y sin discapacidad. Por tanto, si partimos de la consideración de que toda vida humana es igualmente digna, nos damos cuenta de que las contribuciones de las personas con

²⁷ Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (2004-2010). [EUR-Lex - c11414 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#).

²⁸ Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (2004-2010). [EUR-Lex - c11414 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#).

discapacidad a la sociedad, estará condicionado por la inclusión social y aceptación de este colectivo en la sociedad. ²⁹

Como ya he mencionado en el apartado anterior, el anterior modelo de discapacidad se basaba en la rehabilitación de la persona con discapacidad, al contrario que el modelo actual, en el que, al partir de la consideración del origen de la discapacidad en la propia sociedad, esto llevará a adoptar medidas en las que se aboga por la normalización de la discapacidad en la sociedad.

Como consecuencia de lo expuesto, podemos inferir las siguientes características de este modelo:

En primer lugar, partiendo de la igual dignidad de todas las personas, con y sin discapacidad, para que las personas con discapacidad puedan llevar a cabo sus contribuciones en la sociedad, resulta indispensable y fundamental la *aceptación de la diferencia en la sociedad.* ³⁰

En segundo lugar, las soluciones previstas consistirán en la inclusión social de este colectivo por medio de la igualdad de oportunidades. Por este motivo hablamos del diseño para todos también mencionado en el apartado anterior.

Este modelo se caracteriza por la defensa de los siguientes postulados:

- *“Se aborda la discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos.*
- *La discapacidad no es un rasgo individual y personal, sino que es una situación en la que se encuentran las personas.*
- *La discapacidad tiene un origen social, por lo que las medidas destinadas a a satisfacer los derechos de las personas con discapacidad deben tener como principal destinataria a la sociedad en general.*
- *La política normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad debe moverse en el plano de la igualdad y la no discriminación”.*³¹

²⁹ PALACIOS, A ,*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* , Universidad Carlos III de Madrid, 2008. P.104.

³⁰ *Ibíd.*p.104.

³¹ DE ASÍS, R , *Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito*, Universidad Carlos III de Madrid, 2014.p.2.

1) El origen del modelo social

Los orígenes del modelo social se remontan en Estados Unidos e Inglaterra a finales de los años sesenta del siglo XXI. En este momento había una consideración de la discapacidad como un cuerpo o mente defectuoso, concibiéndose también como una tragedia a nivel personal, y un lastre para la familia, pues, toda diversidad funcional implicaba una dependencia en la misma.

Las acciones llevadas a cabo por activistas y organizaciones de personas con discapacidad impulsarán un cambio en materia de derechos civiles y de legislación antidiscriminatoria. Estos grupos arremetieron contra su clasificación como “ciudadanos de segunda clase”, y se centraron en la denuncia de las barreras sociales, y actitudes discriminatorias.

En Inglaterra, los esfuerzos se centraron en materia de política social y derechos humanos, concretamente en torno a los sistemas establecidos por el Estado de bienestar, el cual es considerado en Inglaterra como el instrumento para superar las barreras sociales que impiden la igualdad de oportunidades entre personas con y sin discapacidad y que, por tanto, son causa de la discriminación hacia este grupo. Los partícipes de este movimiento denunciaron su clasificación como grupo vulnerable, necesitado de protección y reivindicaron su derecho a tomar sus propias decisiones y ser dueños de su propia vida, denunciando la dominación a la que están sometidos por parte de los proveedores de servicios.³²

Mike Oliver, en su obra “The politics of disablement” extrae cuatro características para que un movimiento social sea considerado como tal.

"La primera de ellas es que los movimientos sociales tienden a estar en la periferia de los sistemas políticos tradicionales, llegando a estar completamente marginados. Esto se debe a que el movimiento de la discapacidad no tiene la misma relación con el Estado que las organizaciones para discapacitados, ya sea en términos de procedimientos de consulta, o la obtención de recursos.

³² PALACIOS A, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* Universidad Carlos III, Madrid, 2008, pp 106-108

Sin embargo, esto no quiere decir que sus resultados también estén marginados , y que, por tanto, carezcan de fuerza y relevancia.”

En segundo lugar, los movimientos sociales ofrecen una evaluación crítica de la sociedad como parte de un conflicto entre un sistema de dominación en declive y las nuevas formas de oposición emergentes

En tercer lugar, hay un predominio de valores post-materialistas sobre aquellos relacionados con la satisfacción de necesidades materiales y seguridad social, esto se debe a importantes cambios en la constitución de la agenda política.

La última característica de los nuevos movimientos sociales es que tienden a centrarse en problemas que alcanzan las fronteras nacionales, por lo que adquieren un carácter internacional.³³ .

IV. LEY 8/2021 POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

El preámbulo de la Ley 8/2021 de 2 de junio, entendido como aquella parte que explica su contenido, de forma expresa indica que “Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”.

Esta reforma llevará a cabo una ampliación del alcance subjetivo de esta normativa, que será aplicable a toda persona necesitada de este tipo de protección, independientemente de la obtención o no de un reconocimiento administrativo.

No sólo abarca los aspectos patrimoniales, sino la toma de decisiones en el ámbito personal, vicisitudes de la vida ordinaria de las personas con discapacidad.

Es una cuestión de derechos humanos que las personas con discapacidad puedan tener derecho a tomar sus propias decisiones. Sin embargo, no podemos dejar de lado el hecho

³³ OLIVER. M “The politics of disablement”. New Social Movements. In: The Politics of Disabling. Critical Texts in Social Work and the Welfare State. London, 1990. pp 112-131

de que no todas las personas con discapacidad psíquica tendrán la capacidad suficiente para tomar sus propias decisiones, es decir, se debe siempre tener en cuenta el grado de discapacidad psíquica que éstas posean.

Como se establece en el preámbulo “está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. 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.”

Uno de los aspectos que más llaman la atención es el empleo del término “apoyo”. Por este podemos entender un auxilio o colaboración que no implica desplazamiento. Sin embargo, no es definido en esta ley. Se trata de un término ambiguo.

El origen de esta reforma se da en el seno de las naciones unidas donde se adopta la convención NY 2006, ratificada por España dos años más tarde. El artículo 12 dispone lo siguiente:

“Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

- *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.*
- *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
- *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica 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, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

- *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”*

V.MODIFICACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL

Se lleva a cabo una nueva redacción del Título XI del Libro primero del Código Civil, bajo la rúbrica” De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Las medidas de apoyo contenidas en este título son medidas voluntarias, es decir, diseñadas por las personas con discapacidad.

Junto con la previsión de las medidas de apoyo, se encuentran las instituciones modificadas por esta reforma, que son las siguientes: la guarda de hecho, curatela y el defensor judicial.

Esto supone la eliminación de antiguas instituciones como la tutela (salvo para el caso de los menores de edad), patria potestad prorrogada, patria potestad rehabilitada, prodigalidad, y la incapacitación judicial. Como se establece en la exposición de motivos, “son figuras demasiado rígidas, y poco adaptadas a la autonomía de las personas con discapacidad que se pretende alcanzar con la reforma”.

Supresión de las antiguas instituciones:

Incapacitación judicial:

La incapacitación judicial es una medida de protección jurídica que limita, o anula la capacidad de obrar de una persona.

La sentencia podrá declarar, bien una incapacidad total, cuando la persona con discapacidad no tenga la capacidad suficiente para cuidar de su persona, o administrar sus bienes; o parcial, cuando pueda realizar determinados actos por sí mismo, pero, necesitado de auxilio para realizar actos de mayor trascendencia.

No implica pérdida de derechos, sino que estos son ejercidos, con el apoyo, o, a través de otra persona.

La incapacitación judicial implicaba el reconocimiento, por medio de sentencia judicial, de las “actividades” que la persona con discapacidad puede realizar por sí misma, y de las que deben ser realizadas por medio de un representante legal.

Con la reforma 8/2021 de 2 de junio, es sustituida por medidas de apoyo a la persona con discapacidad, pudiendo ejercer así su capacidad jurídica. Las personas con discapacidad tendrán los mismos derechos y obligaciones que el resto de las personas de la sociedad, como bien se establece en el artículo 249 del Código Civil:

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

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

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

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

Una sentencia del Tribunal Supremo del 14 de Febrero de 2006 establece la presunción de capacidad “*Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia.*”.³⁴

Tutela :

Es la institución jurídica conferida para cuidar de una persona, ya sea por causa de minoría de edad o por no tener capacidad civil completa. El tutor adquiere autoridad y responsabilidad del tutelado. Antes de la entrada en vigor de la Ley 24 de noviembre de 1983, el Código Civil establecía en su artículo 204 distintos tipos de tutela: por testamento, por ley, (era la legítima), y por el Consejo de Familia (la denominada tutela legítima). Con la entrada en vigor de esta ley, desaparecen estos tres tipos por la pérdida de su esencia, pasando a regularse bajo el Título IX del Libro II del Código Civil “de la tutela en general”.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 8 noviembre de 2017 lo define de la siguiente manera: “*La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su*

³⁴ Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 14-02-2006, nº 145/2006, rec. 2694/1999.

incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el [art. 267 CC](#) que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten.”³⁵

Con la reforma de la 8/2021 de 2 de Junio, se sustituye la tutela por la curatela, sin embargo, se mantiene la expresión “tutela” para designar a “los menores de edad que carecen de patria potestad”, de forma que con la palabra “curatela” aludirá al “apoyo prototípico de los mayores de edad”.³⁶

Patria potestad prorrogada y rehabilitada:

Antes de la reforma, el artículo 171 del Código Civil establecía dos tipos de patria potestad:

- La patria potestad prorrogada, son aquellos casos en los que los hijos incapacitados alcanzan la mayoría de edad;
- La patria potestad rehabilitada se aplica sobre los hijos mayores de edad y solteros, que viven en compañía de sus padres y son declarados incapaces.

Ambas tienen en común el ejercicio de la patria potestad sobre un hijo mayor de edad incapaz, la diferencia estriba en que, en el caso de la patria potestad prorrogada, es judicialmente incapacitado siendo menor de edad; y en la patria potestad rehabilitada, el hijo ya es mayor de edad, soltero, convive con los padres cuando es declarado incapaz, debiéndose cumplir en todos los casos estas tres características. Una sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 2012 declara lo siguiente “*los hijos discapacitados deben ser equiparados a los hijos menores de edad, algo que también se establecía en el artículo 96.1 del Código Civil*”³⁷.

³⁵ Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 08-11-2017, nº 597/2017, rec. 516/2017.

³⁶ SERRANO GARCÍA, I “proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad” *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*. Dir MUÑIZ ESPADA, E. Ediciones Wolters Kluwer, Madrid, 2020. Pp 80

³⁷ Tribunal Supremo (Civil), sec 1º, S 30-05-2012, nº 325/2012, rec 1132/2011.

En la exposición de motivos, se establecen las siguientes consideraciones respecto a la eliminación de la patria potestad rehabilitada: “las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”.

Prodigalidad:

Es calificado como pródigo aquel sujeto que dilapida su fortuna, no siendo capaz de controlar los límites de sus gastos. La prodigalidad es una medida de carácter judicial que permite limitar la capacidad de obrar de quien malgasta de forma injustificada su patrimonio. Se encontraba regulado en los artículos 297 del Código Civil, y 756 a 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A tratarse de un complemento de la capacidad en determinados aspectos patrimoniales, se equiparaba a una curatela.

El objetivo era la protección de aquellos que dependen del pródigo, a través de la limitación de autonomía patrimonial de este. Los efectos eran delimitados por la propia sentencia, que establecerá en qué casos será necesaria la asistencia de una tercera persona, como se establecía en el artículo 760.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a la sentencia, no solo afectaba a aquellos negocios posteriores a esta, sino a todos los actos y negocios posteriores a la demanda de prodigalidad, que podrá ser anotada de forma preventiva en el Registro Civil.

Como señala una sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 1 de marzo de 2017, “*la prodigalidad se encuentra desaparecida del catálogo de las causas de incapacidad ya que quien incurre en tal situación será sometido a curatela, y así lo establece el artículo 268.3 ° del Código Civil* ”. “*La Ley 13/1983, de 24 de octubre., de*

reforma del Código Civil en materia de tutela, vino a transformar, que no suprimir, la naturaleza de la prodigalidad, pasando de ser causa de incapacitación a una específica limitación de la capacidad, y cuya declaración dará lugar al sometimiento del pródigo a curatela. Se pretende con ello conciliar el principio de libertad de actuación en el ámbito patrimonial con el interés familiar, cifrado hoy, no en una expectativa de los legitimarios, como antes se entendía, sino en un derecho a alimentos, entendidos en el sentido amplio de artículo 147 del Código Civil “. “desde 1983 la prodigalidad no defiende más que el derecho a alimentos actual, o que esté en situación de pasar a ser actual, del cónyuge, descendientes o ascendientes”³⁸.

En la exposición de motivos se establece lo siguiente : “Finalmente, se suprime la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”.

Medidas voluntarias:

La Ley 8/2021 de 2 de junio establece una clara prevalencia de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Como su propio nombre indica, al ser voluntarias, son establecidas por las propias personas con discapacidad, quienes determinan quién les prestará apoyo, y con qué alcance, esto se establece en el artículo 250 párrafo III de esta ley. Como consecuencia de esto, las medidas de carácter judicial son relegadas a un segundo plano, pasando a tener carácter subsidiario, pues como bien dice el artículo 249 párrafo I del Código Civil: “ *Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate*”.

Son medidas de carácter voluntario las siguientes:

Autocuratela:

Se encuentra regulado del artículo 271 hasta el 274 del Código Civil”.

Esta institución es la denominada autotutela de la antigua legislación, que se regulaba en los artículos 223 y siguientes del Código Civil.

³⁸ AP Guadalajara, sec. 1ª, S 01-03-2017, nº 44/2017, rec. 28/2017.

Como bien se establece en el artículo 271 del Código Civil, la curatela podrá ser solicitada por cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, quienes, mediante escritura pública, podrán determinar tanto la inclusión como la exclusión de una o varias personas para ejercer la función de curador, también podrán determinar el contenido, funcionamiento y alcance de la curatela. Respecto al contenido, el otorgante, podrá solicitar, bien una curatela asistencial, representativa o mixta.

Esta propuesta vinculará al juez, quien podrá prescindir total o parcialmente de tales disposiciones mediante resolución motivada, si existen causas graves desconocidas o alteradas expresadas por la persona que las ha establecido, (artículo 272 Código Civil). En estos casos, el juez podrá actuar de oficio, o a instancias del Ministerio Fiscal, o de los curadores. De esta forma, a sensu contrario, cuando no se den tales circunstancias, el juez deberá respetar la voluntad del otorgante, sea o no lo más conveniente para él.

“La curatela también podrá ser solicitada a través de la vía testamentaria, siempre que sea notarial, esto lo permitió una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019, en cuyo caso el notario deberá expedir copia autorizada parcial exclusivamente de lo que afecte al nombramiento del curador, a menos que el testador la solicite total”³⁹.

En el caso en el que se haya nombrado a varias personas sustitutas, se seguirá el orden establecido por el propio otorgante (artículo 273 Código Civil). También se permite la delegación en el cónyuge o en otra persona de la elección del curador de ente los relacionados en escritura pública por el otorgante (artículo 274 Código Civil).

La autocuratela es un derecho personalísimo, esto quiere decir que corresponde exclusivamente a la persona necesitada de medidas de apoyo. Sin embargo, esto no es incompatible con la delegación del nombramiento del curador de entre los designados por ella misma en el documento público.

En cuanto al nombramiento del curador, según el artículo 276 Código Civil, el juez nombrará curador a la persona seleccionada por el otorgante, que podrá ser más de una siempre que las necesidades de la persona lo justifiquen, y en este caso, será el juez quien determine el funcionamiento de la curatela, respetando la voluntad del otorgante (artículo 277 Código Civil).

³⁹ HIJAS CID, E. “Novedades en la regulación de la autocuratela”, *Revista El notario*, núm 104,2022

Respecto al ejercicio de la curatela, resulta conveniente destacar el artículo 287 del Código Civil, en este se dispone la necesidad de una autorización judicial para que el curador pueda representar a la persona que precisa el apoyo en las siguientes actuaciones: actos de trascendencia personal o familiar; enajenar bienes inmuebles, establecimiento mercantiles o industriales, o derechos de significado especial o familiar; disponer a título gratuito de bienes o derechos del otorgante; renunciar a derechos; aceptar sin beneficio de inventario o repudiar cualquier herencia; hacer gastos extraordinarios en los bienes; interponer demanda en su nombre; dar y tomar dinero a préstamo; y celebrar contratos de seguro de vida y otros análogos.

Según el artículo 290 del Código Civil, antes de aprobar cualquiera de estos actos, el juez oirá al Ministerio Fiscal y al otorgante.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Noviembre de 2021 establece las características de la autocuratela:

“i) Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral, pues proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada, al tiempo de su otorgamiento.

ii) Es personalísimo, pues pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considera más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirle o incluso excepcionalmente representarla, con la confianza que ejercerá dicho cargo con respeto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital. in perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones.

iii) En un negocio jurídico inter vivos, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester.

iv) Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (art 271 CC).

v) Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador, sin perjuicio de que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada, por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación, en los términos del art 272.2 CC.

vi) Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada.

vii) Inscribible en el Registro Civil (art 4-10 Ley 20/2011 de Registro Civil).

viii) Por último, las facultades de la persona interesada no sólo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones de curador, incluso sus sustitutos (art 273 CC), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo(art 271.2 CC).⁴⁰

Poderes y mandatos preventivos:

Se regula del artículo 256 hasta el 262 del Código Civil. Sección 2ª “ de los poderes y mandatos preventivos”.

*Los poderes preventivos son un poder notarial en el que una persona (poderdante) autoriza a otra (apoderado), para que actúe en la esfera de sus intereses. En nuestra doctrina se concibe como un negocio jurídico, en el que, en previsión de una pérdida de su capacidad futura, faculta a otra persona (podrá ser una o varias) para que actúe en su nombre en distintos ámbitos.*⁴¹

Se convierte, por tanto, en una herramienta para la protección de los intereses tanto personales como patrimoniales.

Una sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de 26 de noviembre de 2019 establece que los poderes preventivos son “ una solución arbitrada por la ley para velar por los intereses de quien, llegado el momento, no puede gobernarse por sí mismo”, señalando además que “el poder preventivo resuelve fundamentalmente los problemas

⁴⁰ Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 02-11-2021, nº 734/2021, rec. 1201/2021.

⁴¹ García Fernández, J “ La especial importancia de los poderes preventivos en el nuevo régimen de protección a las personas con discapacidad”. 2021. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/especial-importancia-poderes-preventivos-nuevo-regimen-proteccion-personas-discapacidad.

*que tienen lugar mientras se tramita el proceso de incapacitación, así como los que se plantean en esa línea intermedia, cada vez más habitual, en la que una persona se encuentra transitando de la capacidad hacia la incapacidad, dado que la incapacidad, más que una situación, es un proceso*⁴².

En la actual Ley 8/2021 de 2 de Junio se establece la siguiente distinción:

- Los poderes que son otorgados por el poderdante sólo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad (artículo 257 Código Civil), en este caso estamos ante un poder de protección. Para garantizar el cumplimiento de las previsiones establecidas por el poderdante, se otorgará acta notarial que además incorpore un informe pericial.
- Los poderes que tienen cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise en el futuro de apoyo en el ejercicio de su capacidad (artículo 259 Código Civil), en este caso estamos ante un poder prorrogado.

En ambos casos, los poderes habrán de otorgarse en escritura pública, el notario autorizante los comunicará de oficio al Registro Civil, para que figure en el registro individual del poderdante. (artículo 260 Código Civil).

De esta forma, tanto la autocratela, como los poderes preventivos, *“son instrumentos jurídicos a través de los cuales se establece la posibilidad de ejercicio de nuestra autonomía de la voluntad en cuanto a la gestión de una posible situación de incapacidad futura”*.⁴³.

Medidas judiciales

Guarda de hecho:

Esta institución se recoge en nuestro ordenamiento jurídico del 1983. Proveía de protección a aquellas personas que, necesitadas de ella, no habían iniciado un procedimiento de incapacitación judicial, por lo que no gozaban de un representante. La reforma introduce importantes cambios en esta figura, pues, en el apartado III del

⁴² Audiencia Provincial Barcelona, sec 18, S 26-11-2019, nº 801/2019, rec 873/2019.

⁴³ ANCIONES FERRERAS MA^º “ instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotuela y poderes preventivos”. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* . Dir MUÑIZ ESPADA, E. Ediciones Wolters Kluwer, Madrid, 2020. Pp 91.

preámbulo de la ley 8/2021 de 2 de junio establece que uno de los objetivos de la reforma es *“destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad”*.

Esta figura no precisa de una investidura judicial formal, sin embargo, sí será necesario una autorización judicial cuando el guardador realice actuaciones de representación, *“ será suficiente con una autorización para el caso, no siendo necesario abrir un procedimiento general de apoyos”*.

Se encuentra regulada de los artículos 263 a 267 del Código Civil, bajo la rúbrica del capítulo II *“De la guarda de hecho de las personas con discapacidad”*.

En el artículo 263 del Código Civil se puede apreciar que se trata de una figura de carácter subsidiario, pues establece que sólo se ejercerá esta *“siempre que las medias de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, no se estén aplicando eficazmente”*. Esto implica que, antes de la designación del guardador de hecho, será necesario realizar las investigaciones oportunas para conocer si ya se ha establecido alguna medida de apoyo.

Como ya establece el preámbulo de esta ley, se trata de una medida de carácter informal, y asistencial, pues, el artículo 264 lo reitera afirmando que *“ cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa, el guardador de hecho deberá obtener la autorización judicial”*. Si la excepción es la representación, entonces, la asistencia será la norma general.

En cuanto a las actuaciones del guardador de hecho, la regulación actual no las determina de forma específica, por lo que abarcarán todo el ámbito tanto personal como patrimonial de la persona a la que presta el apoyo, necesitando autorización judicial para realizar aquellos actos contenidos en el artículo 287 del Código Civil, (artículo 264 Código Civil).

“La ampliación de las facultades del guardador es la mayor aportación de esta nueva regulación porque va a permitir llevar a cabo labores de representación sin necesidad de acudir a ningún procedimiento general de determinación de apoyos”⁴⁴.

⁴⁴ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., *“La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021 de 2 de Junio, Revista El Notario, núm 104, 2022*

Defensor judicial

Esta institución se encuentra regulada de los artículo 295 a 298 del Código Civil, Capítulo V “Del defensor judicial de la persona con discapacidad”.

Se trata de una figura formal del apoyo, pero, como establece el artículo 295 del Código Civil, “ *sólo se aplicará en los casos en los que las medidas de apoyo se necesiten de forma ocasional, aunque sea recurrente*”. Siguiendo este artículo, el defensor judicial será nombrado en los siguientes casos:

- Cuando, el que quiera prestar apoyo, no pueda hacerlo.
- Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y el que presta el apoyo.
- Cuando la autoridad judicial lo estime necesario durante la tramitación de la excusa del curador.
- Cuando se haya promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo y la autoridad judicial considere necesario.
- Cuando la persona con discapacidad lo requiera, aunque sea recurrente.

Ademas de estos casos, el artículo 278 del Código Civil establece que se nombrará a un defensor judicial “ *durante la tramitación del expediente de remoción para suspender al curador de sus funciones*”.

Cuando se haya encomendado a más de una persona, no se nombrará defensor judicial, a excepción de que ninguna de las personas encomendadas pueda actuar (artículo 296 Código Civil).

Siguiendo el artículo 297 del Código Civil, los defensores judiciales estarán sometidos a las causas de remoción e inhabilitación de la curatela, contenidas en el artículo 278 del Código Civil.

En cuanto al nombramiento, el artículo 298 del Código Civil establece que “*se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo,*

y de la aprobación judicial posterior de los actos. El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.”

Curatela:

Se encuentra regulada en el artículo 268 y siguientes del Código Civil, en el Capítulo IV “De la curatela”.

Con esta reforma, la curatela se convierte en la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. Como bien establece el preámbulo de la Ley 8/2021 de 2 de junio, la curatela será primordialmente asistencial, y sólo para casos excepcionales, se atribuirá al curador funciones asistenciales. De esta forma, se distingue dos tipos de curatela : curatela asistencial y curatela representativa, que encarnará las funciones de la antigua tutela.

El artículo 268 Código Civil establece que la provisión de las medidas de apoyo, serán siempre proporcionales a las necesidades de la persona con discapacidad. El apartado dos establece el plazo de revisión de estas medidas por parte de la autoridad judicial, que será de tres años, sin embargo, el juez podrá- de manera excepcional y motivada- extender este plazo, pero que no podrá exceder de los seis años.

El artículo 269 afirma que el juez constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no haya otras medidas de apoyo posible, debiendo delimitar los actos del curador, pero sólo en casos excepcionales, determinará mediante resolución motivada, los actos en los que el curador deberá representar a la persona necesitada de apoyos. El curador deberá actuar siguiendo las disposiciones del artículo 249 Código Civil. Es fundamental resaltar el último párrafo de este artículo, que establece que, en ningún caso, la resolución judicial podrá incluir la privación de derechos, esto también se establece en la Disposición Transitoria 1º Ley 8/2021 de 2 de junio.

Durante todo este proceso, se garantizará la toma de decisiones por la propia persona con discapacidad, proporcionándole la ayuda necesaria para su comprensión, razonamiento y entendimiento. El objetivo a alcanzar es el ejercicio de su capacidad jurídica en el futuro por sí misma, es decir con menos apoyos, facilitando los mecanismos para que pueda expresar sus preferencias.

Además, el juez establecerá las medidas de control que considere oportunas para garantizar el respeto a la voluntad y creencias de la persona necesitada de ayuda, y también podrá exigir en cualquier momento al curador, informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona a la que asiste o represente.

El Ministerio Fiscal también podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria para garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

Una vez expuesto lo anterior, se puede afirmar que, las medidas de apoyo se caracterizan por lo siguiente:

- *Parten del libre desarrollo de la personalidad, y se fundamentan en el respeto a los derechos y dignidad de la persona. Estas características ya formaban parte de los planteamientos de anterior ley (ley 13/1982 de 7 de abril, de integración social de los minusválidos).*
- *Se parte de la propia persona, y cuando no se pueda determinar su voluntad, ésta debe ser construida.*
- *Subsidiariedad de las medidas legales, lo preferente son las medidas voluntarias, acudiendo al notario. El juez, si tiene que adoptar unas medidas, debe investigar si hay ya alguna medida voluntaria establecida, en el caso en el que ya la haya, no dispondrá nada, pues ya está regulado.*
- *Proporcionalidad de la medida, es necesario establecer el ámbito de las medidas de la persona.*
- *Respeto a la voluntad, deseos y preferencias. Antes de la reforma, lo principal era el superior interés, por encima de la voluntad. El respeto de la voluntad, deseos y preferencias es el principio rector de las medidas de apoyo.*
- *Respecto a la tutela o representación, la sustitución de la persona va a ser excepcional.⁴⁵*

⁴⁵ JORNADA “ LA NUEVA LEY 8/2021 DE LA INCAPACITACIÓN AL SISTEMA DE APOYOS”. FEDERACIÓN SALUD MENTAL MADRID, 14 NOVIEMBRE 2021. Ponentes: Angélica García, Responsable de la Oficina de la Defensa de las personas con problemas de Salud Mental de la Federación Salud Mental Madrid, y de Javier Pallarés, Director del Servicio de Apoyo a la Capacidad Jurídica y Plan de Ámbito Penitenciario de Fundación Manantial.

VI.SOLICITUD DE LAS MEDIDAS DE APOYO

Las medidas de apoyo son siempre voluntarias, incluso las impuestas judicialmente. En un procedimiento de jurisdicción voluntaria no hay contradicción entre las partes ni conflicto de intereses, como en el procedimiento contencioso.

Este proceso de jurisdicción voluntaria puede ser iniciado por la propia persona con discapacidad, un pariente cercano, o el Ministerio Fiscal. Al igual que antes, se celebra una audiencia, el juez se entrevista con la persona para determinar las medidas de apoyo oportunas para su atención, si después de esa entrevista personal resuelve que no necesitan ninguna medida de apoyo o que, está bien apoyada, se archiva la causa. Si resuelve lo contrario, determina la medida más necesaria, bien una medida de apoyo, o bien una curatela, ya sea esta para venta de bienes, hipotecar, hacer una herencia, etc. Después se dicta un auto, que será revisado por un juez cuando éste lo determine.

Puede ocurrir que no se llegue a un acuerdo en el caso en el que juez determine la conveniencia de unas medidas de apoyo y la persona con discapacidad se niegue, o que prefiera un defensor judicial en lugar de una curatela, en este caso, se pone fin al proceso de jurisdicción voluntaria y se inicia un procedimiento judicial, el procedimiento contencioso. Consta de la demanda, contestación a la demanda, y juicio, finalmente se dicta sentencia que contiene las medidas de apoyo.

Siguiendo el artículo 12 del Convenio de Nueva York, las resoluciones sobre capacidad jurídica deberán ser revisadas, tendrán una duración de tres años, excepcionalmente cada seis, si la propia resolución lo motiva, como podría ser el caso de una demencia senil, que no tiene sentido su revisión cada tan poco tiempo, pues no va a haber recuperación.

¿Qué ocurre entonces con las tutelas, curatelas y patria potestad rehabilitada anteriores a la reforma? La curatela se mantiene, pero conforme a los principios de la nueva ley, las tutelas se convierten en curatelas representativas, y las patrias potestades, continúan con efecto hasta ser revisadas. Desde el 3 de septiembre ya se pueden revisar todas las sentencias, a petición de parte, por el curador, la persona con discapacidad, y por la

autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

VII. MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Una de las primeras modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil es su artículo 7 bis, que regula la capacidad de la persona necesitada de apoyo, para comparecer en juicio. En el apartado primero se afirma que “*se realizarán las adaptaciones necesarias para garantizar su participación en condiciones de igualdad*”. Estas adaptaciones podrán ser solicitadas por cualquiera de las partes, el Ministerio Fiscal, y el propio Tribunal de oficio, pudiendo llevarse a cabo en cualquiera de la fases y actuaciones procesales en las que sea necesario.

Siguiendo el apartado segundo, en este se establece la posibilidad de que la persona con discapacidad designe ella misma el profesional que le asistirá durante el proceso, así como la participación de un profesional a modo de facilitador, que realice las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad pueda tanto entender, como ser entendida.

Es también importante destacar la modificación del artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se regula la competencia. En este se establece que el Tribunal competente para conocer las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad es el del lugar de residencia de la persona necesitada de apoyo. En el caso en que se produjese un cambio de residencia habitual, entonces será competente el Tribunal de la nueva residencia, siempre y cuando no se haya celebrado la vista.

El artículo 757 LEC regula la legitimación procesal, que es también modificado. El apartado uno establece que el proceso puede ser iniciado por el interesado, su cónyuge no separado, ascendientes, descendientes o hermanos. El apartado dos establece que el proceso podrá ser promovido por el Ministerio Fiscal cuando las personas del apartado anterior no existieran, o no hubieran presentado la demanda.

Los apartados tres y cuatro son modificados por la ley 8/2021 de 2 de junio. En el apartado tres se permite que la persona propuesta como curador, pueda realizar las alegaciones que estime conveniente, lo que supone la disponibilidad de más información sobre su voluntad en el ejercicio de este cargo. Y en el apartado cuatro se establece la

posibilidad de que los legitimados para iniciar el proceso, intervengan a su costa en el mismo.

El artículo 759 LEC establece la regulación de las pruebas preceptivas en primera y segunda instancia. La ley 8/2021 incluye el apartado dos de este artículo, en el que establece la posibilidad de, en aras de proteger la intimidad de la persona necesitada de ayuda que inicia el procedimiento, no practicar las audiencias preceptivas, si esta así lo solicita.

A pesar de todo esto, es importante resaltar que, a nivel procesal, la modificación más importante, es el hecho de que el proceso de proporción de apoyos a las personas con discapacidad sustituye al -anterior a la reforma- proceso de modificación de la capacidad.

VIII.MODIFICACIONES DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

“Las modificaciones de este texto se deben principalmente a la introducción del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, y por la necesidad de que no haya discrepancia entre los diversos textos legales”⁴⁶.

Esta reforma implica la introducción de un nuevo capítulo, el Capítulo III bis “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”. Esto se producirá en aquellos supuestos en los que no exista oposición a la previsión de una medida judicial de apoyo de carácter estable. El expediente podrá ser expedido, por la propia persona necesitada de apoyo, cónyuge no separado, ascendientes, descendientes, o hermanos (artículo 42 bis a). 3 LJV).

Se modifica el artículo 51 LJV, que regula el procedimiento de rendición de cuentas del tutor o curador. Según el apartado dos de este artículo, la comparecencia ante el juez sólo se producirá cuando el interesado lo solicite, “*con lo que se evita la actual proliferación de vistas que en la mayoría de las ocasiones carecen de sentido ante la ausencia de complejidad y oposición a las cuentas presentadas*”⁴⁷. Además, el juez podrá ordenar de oficio, a costa del patrimonio tutelado o asistido, una prueba pericial contable o de auditoría aun cuando nadie haya solicitado la comparecencia, si en el informe se

⁴⁶ TERREIRO BUSTO,E., “Incapacitaciones judiciales: reforma efectuada por la ley 8/2021 de 2 de junio”, *Revista Iberley*, 2022.

⁴⁷ TERREIRO BUSTO,E., “Incapacitaciones judiciales :reforma efectuada por la ley 8/2021 de 2 de junio”, *Revista Iberley* , 2022.

describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica, (artículo 51.2 párrafo dos). Esto tiene su justificación en una mayor protección de las personas con discapacidad.

También se modifica el artículo 62 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que regula la competencia, legitimación y postulación del expediente de autorización o aprobación judicial de actos de enajenación o gravamen de bienes pertenecientes a menores o personas con discapacidad. El apartado tres de este artículo, establece que no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador cuando el valor del acto no supere los 6000 euros, y cuando se supere esta cantidad, no será preceptivo si no lo requiera la complejidad de la operación. La razón de esto es el ahorro de costes a la persona con discapacidad y al menor.

IX. BREVES NOTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA REFORMA EN OTROS TEXTOS LEGALES.

Modificaciones en la Ley del Notariado

La reforma 8/2021 de 2 de junio lleva a la modificación de los siguientes artículos -entre otros- de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.

Comenzando por el artículo 23 de la Ley del Notariado, éste establece cuáles son los medios supletorios de identificación de las partes. Antes de la reforma, en el apartado a) simplemente se establecía que las partes debían ser mayores de edad, de forma que, cuando se produce la reforma, el requisito de la mayoría de edad, se sustituye por la capacidad civil, dando resultado a la siguiente redacción:

“Los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del Notario, los siguientes:

- a) *La afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo aquéllos responsables de la identificación”.*

En el artículo 25 de la Ley del Notariado se introduce un nuevo párrafo en el que se garantiza la accesibilidad por parte de las personas con discapacidad que comparezcan ante el Notario permitiendo la utilización de *“los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”*. Constituyendo así un instrumento más para alcanzar la igualdad de oportunidades entre personas con y sin discapacidad, y favoreciendo su integración social.

Modificaciones en la Ley Hipotecaria

Esta reforma también implicará la modificación de la Ley Hipotecaria. Algunos de los cambios más destacables será los siguientes:

En el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, que establece los títulos sujetos a la inscripción del Registro, se modifica el apartado cuarto, que anteriormente a la reforma, establecía la inscripción en el Registro de las resoluciones judiciales en las que se declara ser la incapacidad legal para administrar. Al eliminarse la incapacitación judicial con la reforma 8/2021 de 2 de junio, se debe dar una nueva redacción a este artículo:

“Las resoluciones judiciales en que se declaren la ausencia o el fallecimiento o afecten a la libre disposición de bienes de una persona, y las resoluciones a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles.”

En el artículo 42, que se encuentra bajo la rúbrica del Título III *“De las anotaciones preventivas”*, se modifica el apartado quinto como consecuencia de la modificación del artículo 2 apartado cuarto. Se establece la posibilidad de la anotación preventiva por parte de *“El que instare ante el órgano judicial competente demanda de alguna de las resoluciones expresadas en el apartado cuarto del artículo 2, salvo las relativas a medidas de apoyo a personas con discapacidad”*.

En el artículo 165, que regula las reglas para constituir una hipoteca legal, se añadirá el apartado sexto, en el que se regula la especial situación de aquellos sometidos a tutela :

“Tratándose de hipoteca legal por razón de la fianza de tutores, la competencia para decretar la hipoteca legal y la tramitación de la misma corresponderá al Juzgado en el que se tramite el nombramiento de los tutores, conforme a lo dispuesto en el artículo 192, aplicándose lo dispuesto en las reglas anteriores en lo que no se opongan a dicho precepto”.

En el artículo 168, que establece quienes podrán exigir hipoteca legal, se sustituye la anterior redacción del apartado cuarto de este artículo que aludía a los “menores o incapacitados”, y se da una nueva redacción en la que hace referencia a las personas con discapacidad como “ *los menores de edad sujetos a tutela sobre los bienes de los tutores, por razón de la responsabilidad en que pudieran incurrir, siempre que la autoridad judicial considere necesario que presten fianza y sin perjuicio de los casos en que se ofrezca otra garantía real o personal que sea suficiente a juicio de la autoridad judicial*”.

Modificaciones en la Ley del Registro Civil

En el artículo 4 de la Ley del Registro Civil se establecen los hechos y actos inscribibles. Se modifican los puntos del diez al quince, que pasarán a establecer lo siguiente:

- El número diez contiene “*los mandatos y poderes preventivos, a propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes*”. Mientras que antes de la reforma en este se establecía “*la modificación judicial de la capacidad de las personas*”.
- En el número once se contiene “*Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*”. Antes de la reforma contenía “*la tutela, curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones*”.
- En el número trece establece “*La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado*”, antes de la reforma establecía “*la autotutela y los apoderamientos preventivos*”.
- Se añade el apartado dieciséis que establece “*la defunción*”.

El artículo 71, que regula la inscripción de la patria potestad y sus modificaciones, es modificado en su apartado dos, que anteriormente establecía la inscripción de la prórroga y rehabilitación de la patria potestad, instituciones eliminadas con la reforma 8/2021 de 2 de junio, dando lugar a una nueva redacción de este apartado: *“También se inscribirá la extinción, privación, suspensión y recuperación de la patria potestad.”*

El título del artículo 72 se modifica, dejando de ser “la modificación judicial de la capacidad y declaración del concurso de persona física”, y pasando a regular “la resolución judicial de provisión de apoyos y declaración del concurso de persona física”.

Como consecuencia de esta modificación, se modifica también el artículo 73, que contiene la “oponibilidad de las resoluciones”, y antes de la reforma se regulaba la “inscripción de la tutela, curatela y sus modificaciones”.

Con esta reforma, el artículo 77 dejará de regular la “inscripción de la autotutela y apoderamientos preventivo”, pues, se sustituye por la regulación de la “inscripción de las medidas de apoyo voluntarias”.

En el Capítulo segundo “Datos sometidos a régimen de protección especial”, el artículo 83 se modifica para incluir en su apartado b “la discapacidad y las medidas de apoyo” como dato con publicidad restringida, protegiendo la privacidad e intimidad de las personas con discapacidad.

Modificaciones en la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad

El artículo 2 establece los beneficiarios del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. En su apartado dos, como consecuencia de la reforma 8/2021 de 2 de junio, se eliminará el término “minusvalía psíquica” y se sustituye por “personas con discapacidad psíquica”.

El artículo 5 regula la administración del patrimonio protegido:

El apartado uno establece lo siguiente: *“Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución”.*

El apartado dos, anterior a la reforma, establecía la obligatoriedad de la autorización judicial, lo que es eliminado con la reforma, y además incluye la posibilidad de “ *los apoyos o salvaguardas que se consideren convenientes, ya sea por el propio constituyente o aportante o por la autoridad judicial, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal o de aquellas personas legitimadas para promover la adopción de medidas de apoyo respecto del titular del patrimonio protegido*”.

Se elimina el apartado siete que decía lo siguiente : “ *el administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requeriría el concurso de los padres o tutor para su validez*”.

En el artículo 7 establece la supervisión de la administración del patrimonio. El apartado uno dice lo siguiente: “ *la administración del patrimonio protegido corresponde al ministerio fiscal, quine instará al juez lo que proceda respetando la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad*” esto último se añade como consecuencia de la reforma.

X.ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA REFORMA Y SU INCIDENCIA Y APLICACIÓN EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE VALLADOLID.

“La opinión mayoritaria de los profesionales y especialistas en la materia sobre la última reforma en Valladolid, jueces de familia, fiscales y abogados especializados es positiva, reconocen el esfuerzo del legislador para intentar crear mayor seguridad jurídica y facilitar , en la medida de lo posible, el desenvolvimiento en la vida diaria y tráfico jurídico de los incapaces y de las personas y familiares que les prestan ayuda, si bien estiman que en su literalidad podría plantear importantes problemas prácticos en los juzgados”⁴⁸.

⁴⁸ JORNADA DE FORMACIÓN ICAVA: CUESTIONES PRACTICAS DEL SISTEMA DE APOYOS A LA DISCAPACIDAD (LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO). PONENTES: Doña Sonsoles de la Hoz Sánchez (Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Valladolid). Don José Miguel Barrigón Gervás (Fiscal de la A.P. de Valladolid y Coordinador de Familia y Discapacidades).

En las Jornadas de formación citadas a pie de página, se expresa que, la aportación con la solicitud, demanda promovida ante el Juzgado de Familia, de una prueba documental suficiente que permita al estimación de la demanda sin mayores incidencias y sin la oposición del Ministerio Fiscal, comporta para el letrado una dedicación y trabajo previo fundamental para el buen fin del proceso. Al iniciar el procedimiento, se requiere el principio de prueba que justifique las pretensiones de la demanda. Es necesario la aportación con la demanda de un informe pericial médico y un informe de un trabajador social.

En la misma conferencia citada, se expresaba que los Juzgados de familia de Valladolid valoran la aportación de CEAS que cada diputación tiene, si bien laguna de Duero y Medina del Campo en Valladolid tiene independientes, y SACYL, cada uno en cada hospital e incluso en residencias. En cualquier lugar en el que haya un trabajador social, estará en condiciones de emitir el informe. El dictamen pericial del profesional especializado del ámbito sanitario se confunde con el documento que acredita la necesidad de la adopción de las medidas de apoyo, informe médico que debe recoger un diagnóstico. En la práctica, los Juzgados de Familia consideran que, en los supuestos más habituales, personas de edad avanzada, si el informe médico indica un deterioro cognitivo suele constituir prueba suficiente de la incapaz y necesidad de intervención.

Esta misma ponente señala que uno de los problemas principales que se encuentra la familia que solicita la intervención o el profesional que debe cursar la solicitud es conseguir, más allá del informe médico , el informe social.

“Para ello la reforma prevé en el art. 42 bis B la posibilidad de acudir a Asociaciones sin ánimo de lucro, que, a nivel local, presenta un serio problema, pues en Valladolid NO existen”. ⁴⁹

En estas jornadas, citadas a pie de página, se pusieron de manifiesto los problemas relativos a la obtención del informa social ; Si los familiares o incluso el letrado acuden a un CEAS y no le emiten ni entregan el informe social- algo que suele ocurrir- , deben hacer constar expresamente al Juzgado, debe manifestar que no ha sido posible, porque lo han rechazado. La trascendencia es obvia, la aportación del informe social es un requisito de procedibilidad de la demanda, y en consecuencia, si se alude a la literalidad de la reforma, no podría adiararse la demanda. El criterio de los juzgados de familia en

⁴⁹ Íbidem.

Valladolid tiende a la flexibilización en su interpretación, pues si no se flexibiliza no se admitirían un buen número de demandas.

GUARDA DE HECHO Y SU PROBLEMÁTICA.

Es la medida más informal, esto quiere decir que hay muchas familias con miembros con discapacidad, que no iniciaron ningún procedimiento para incapacitarlo y legalmente carecen de un documento que acrediten que son sus representantes legales.

En opinión de la magistrada juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Valladolid Doña Sonsoles de la Hoz Sánchez, considera lo siguiente *“En cuanto a los primeros, el objetivo practico de los Juzgados es conceder el mayor número posible de guardas de hecho, en el supuesto en el que los problemas continuaran , pues, es necesario una resolución judicial que acredite la guarda de hecho, así como las medidas de apoyo”*⁵⁰.

Siguiendo la opinión de esta ponente, considera que, en principio sería suficiente y estaría suficientemente acreditado con un informe del director del centro en el que se encuentra, o a través del empadronamiento, pero al acudir a la administración a hacer cualquier tipo de gestión, o incluso al médico, los guardadores de hecho ven rechazadas sus pretensiones y - la administración, centros de salud y entidades bancarias - no les facilitan la información que solicitan o la gestión que precisan so pretexto de precisar una sentencia judicial de incapacitación. En definitiva, no le permite realizar ninguna actuación porque consideran que no acredita la representación legal sin una Sentencia.

Continuando con los planteamientos de esta conferencia, se considera que, problemas retardos, existen y existieron en tanto no se tome conciencia social, es el proceder habitual de las entidades bancarias y el bloqueo de cuentas al alcanzar la mayoría de edad a pesar de ser guardadores de hecho los padres, hasta que una resolución judicial recoja la guarda

⁵⁰ JORNADA DE FORMACIÓN ICAVA: CUESTIONES PRACTICAS DEL SISTEMA DE APOYOS A LA DISCAPACIDAD (LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO). PONENTES: Doña Sonsoles de la Hoz Sánchez (Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Valladolid). Don José Miguel Barrigón Gervás (Fiscal de la A.P. de Valladolid y Coordinador de Familia y Discapacidades).

de hecho y se recoge la entidad bancaria. Se necesita la resolución judicial de la guarda de hecho.

En esta jornada se señala la notable importancia de la entrevista (antigua exploración), pues es necesaria la intermediación, el juez debe tener un conocimiento directo antes de resolver, por supuesto es necesario acudir al especialista a través del informe del forense y del trabajador social, pero también es necesaria la entrevista. Es cierto que en ocasiones no pueden expresar su voluntad y preferencias (desgraciadamente la mayoría de los casos que son personas mayores con enfermedades como Parkinson o Alzheimer, es decir con notable deterioro cognitivo o personas con enfermedades mentales graves), por eso consta de un informe del médico forense. La ley no habla del interés del incapaz y debería.

“El espíritu y finalidad de la ley tras su última reforma es la tendencia a la guarda de hecho, la intención del legislador es claramente la desjudicialización. No cabe duda de que falta trabajo institucional, es necesario desarrollo normativo con el INSS y con las entidades bancarias, se deben habilitar herramientas de colaboración. La reforma, no cabe duda, es importante, se da un vuelco al sistema, pero también es incompleta”⁵¹.

La ley establece que el guardador de hecho lo es por habilitación legal, es decir “ope legis”, no necesita habilitación judicial, el artículo 264 del Código Civil así lo establece: “No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.”.

Como se explicó en estas conferencias, los bancos, INSS y entidades privadas piden la acreditación de ser guardador de hecho, es decir, se obliga a judicializar, en contra del espíritu de la ley. Basta para ello acudir a la Exposición de motivos de esta ley: *“La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con*

⁵¹ Íbidem.

discapacidad tampoco desea.”. La Subdirección general de ordenación de la asistencia jurídica del INSS, el 30 de Noviembre de 2021, emitió un documento interno que tenía por asunto “ la competencia para solicitar y recibir prestaciones del sistema de la seguridad social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, a partir de la entrada en vigor de la ley 8 /2021.

En opinión del Fiscal coordinador de familia y discapacidades de la Fiscalía de Valladolid, Sr, Barrigón, las disposiciones de los artículos 263 y 264 del Código Civil respecto a las actuaciones del guardador de hecho, no son suficientes.

“Como ejemplos prácticos podemos citar dos recientes Autos de los Juzgados de Primera Instancia ,números tres y cinco, de Córdoba ,de fecha 22 de enero y 22 de febrero de 2022, en las que entidades bancarias como Caja Sur, aseguradoras como Mapfre e incluso el INSS reconocen la capacidad de actuar en nombre de x como guardadora de hecho, que no necesita investidura judicial para los actos descritos. Es una evidente contradicción, puesto que, si la investidura es por ley, no resulta necesario que una sentencia judicial lo reconozca”. ⁵²

En estas conferencias también se expuso como aspecto importante los medios de acreditar la guarda de hecho:

Los habituales son Empadronamiento, informe residencial, informes testificales, sociales y sanitarios. También se admite el acta notarial, que supone problemas en la práctica dado que el notario solicitará también una serie de documentación de la que en ocasiones no se dispone Sin duda el acta notarial es el instrumento que podrá ser utilizado, tanto en el ámbito público como privado, para evitar acudir al juzgado.

Así mismo, el informe social, por su esencia y contenido, tampoco deberá plantear problemas con INNS.

Insistimos en que, el objetivo que el legislador persigue con esta reforma es desjudicializar, pero la actitud de entidades bancarias e institucionales obliga a familiares

⁵² JORNADA DE FORMACIÓN ICAVA: CUESTIONES PRACTICAS DEL SISTEMA DE APOYOS A LA DISCAPACIDAD (LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO). PONENTES: Doña Sonsoles de la Hoz Sánchez (Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Valladolid). Don José Miguel Barrigón Gervás (Fiscal de la A.P. de Valladolid y Coordinador de Familia y Discapacidades).

a acudir al juzgado para obtener un reconocimiento por sentencia judicial de la guarda de hecho, y así evitar los problemas con los que en la práctica se encuentran.

“Es una incongruencia pretender desjudicializar la guarda de hecho, cuando ni siquiera la administración la reconoce si no hay una sentencia judicial de por medio”.⁵³

Se apela al juzgado para conseguir una autorización para actuar, por ejemplo, en el banco. No tiene ningún sentido.

Actualmente, como indica la Sra. Magistrada juez del Juzgado de Primera Instancias Tres de Valladolid, Dra. De la Hoz, más de 700 sentencias son revisadas por cada juzgado de familia Valladolid, más las de primera instancia, que constituyen otras 100 para cada juzgado de familia. La mayoría tutelas reconvertidas en guardas de hecho.

CURATELA Y DEFENSOR JUDICIAL

La actual curatela es la antigua tutela, que puede ser representativa o asistencial.

Curatela representativa:

En la práctica, los juzgados otorgan más guardas de hecho que curatelas. Es una previsión subsidiaria.

Hay supuestos donde es necesaria porque esa persona tiene una discapacidad permanente, casos muy claros como el síndrome de Down, parálisis cerebral, se les hace la entrevista, pero en la mayoría de los casos no interactúan, y, por tanto, no se conoce su voluntad y preferencias como la reforma indica. En estos casos se suelen conceder curatelas representativas para que los familiares la puedan ejercer permanentemente.

La ley establece que éstas deben ser revisadas, a pesar de su carácter permanente cada tres años, con un máximo de seis. *“En la mayoría de los casos, estas personas con patologías permanentes, no tienen tutela, porque eran los padres con una patria potestad prorrogada o rehabilitada, y no tenían la obligación de rendir cuentas, sin embargo, conforme a la nueva ley, estas personas sí deben realizar inventario y rendir cuentas, esto es judicializar la vida de estas familias, pues, encontrándonos ante patología permanentes que la propia ley establece que en casos excepcionales, se otorgarán esas*

⁵³ Ibídem.

curatelas representativas. La revisión es algo desmesurado, pue no va a haber una mejora de la patología, más bien lo contrario, seguramente haya un retroceso.

En otros juzgados de instancia diferentes a Valladolid , se han dictado resoluciones, como por ejemplo en Zamora, en los casos en los que fallece el tutor de una persona sometida a una tutela y – por ejemplo, su hija- quiere desempeñar su cargo, pero con la modificación de la ley desaparece la figura del tutor, de manera automática se convierte en el curador, porque es la figura más similar, sin ni siquiera revisar si tiene antecedentes penales, etc. Por este motivo, Zamora ya ha realizado más de 150 “revisiones”. En estos casos, sería necesaria una revisión de la sentencia, pues hay que ver estas situaciones de forma jurídica. Es decir, no está habiendo revisión. Solo cuando el curador hace inventario, es cuando le piden el certificado de antecedentes penales”⁵⁴.

Curatela asistencial:

En algunas resoluciones se conceden ambas curatelas a la vez. O se concede las asistenciales, pero en caso de que se oponga, representativa.

No se pueden imponer a las fundaciones la curatela asistencial, si no pueden llevarla a cabo. Si el incapaz se opone por ejemplo a residir en un piso tutelado, no se le puede obligar.

Esta curatela asistencial carece de desarrollo normativo.

⁵⁴ Íbidem.

CONCLUSIÓN

Una vez expuestas las principales modificaciones que esta ley supone respecto a la anterior regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en mi opinión, se puede afirmar que ha sido una reforma bien recibida por algunos autores, de la doctrina, siendo considerada por algunos, una reforma necesaria y positiva. Pero no es, ni mucho menos, una opinión unánime.

En este sentido, algunos profesionales han considerado que la anterior ley no adaptaba las directrices que establece el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas en materia de derechos de las personas con discapacidad, al implementar un sistema de incapacitación judicial que suponía en la mayoría de los casos una restricción de los derechos de las personas con discapacidad.

“Lo cierto es que en España se ha abusado del procedimiento de incapacitación judicial total. No había instituciones intermedias para salvar actos jurídicos aislados, obligando a los familiares a iniciar procesos judiciales de incapacitación donde realmente no era necesario. Reformar la ley era coherente tanto con el artículo 10 de la Constitución como con el artículo 3 de la Convención que fija el principio al respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad.”⁵⁵

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico-analítico, es necesario destacar que la reforma 8/2021 se basa en los mismos principios que la anterior regulación, como son los siguientes:

- Se parte del libre desarrollo de la personalidad
- Se fundamenta en el respeto a los derechos y dignidad de la persona.

A pesar de tener los mismos planteamientos, en la práctica no ocurrió lo mismo, motivo por el cual fue derogada y se promulgó la ley 8/2021 de 2 de junio.

Esta nueva ley ofrece la posibilidad de que todas las personas con discapacidad puedan tener un “traje a medida” de sus propias capacidades. Supone, un paso adelante hacia el

⁵⁵ VELILLA ANTOLÍN, N “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad” Revista *El notario*, 2022.

pleno reconocimiento de la igual capacidad jurídica de todas las personas, y acceso a la justicia.

Sin embargo, si nos centramos en los aspectos prácticos de la reforma, empiezan a surgir problemas y contradicciones en la propia ley. El objetivo práctico de esta reforma es la desjudicialización, esto ha presentado numerosos problemas respecto a la figura de la guarda de hecho, como por ejemplo, es el caso de su relación con las entidades bancarias, que no permiten realizar ningún tipo de actuación a los guardadores de hecho sin una sentencia judicial de por medio que lo acredite como tal, contradiciendo así el artículo 264 del Código Civil, y obligando a judicializar en contra del espíritu de la ley.

RESUMEN

En este trabajo se abarcará la evolución de la legislación en materia de discapacidad hasta la promulgación de la Ley 8/2021 de 2 de Junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; planteando las principales modificaciones y problemática en nuestro Ordenamiento jurídico sobre esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

ABBERLEY, P (1987) : “*The concept of opresion and the development of a social theory of disability, Disability, Hnadicap and Society*”.

BLANCO EGUIDO, E ; SÁNCHEZ SALCEDO, A M^a(2006) “*Enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales*” Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales, núm. 65, pp 37-47.

DE ASÍS ROIG, R (2004) “*La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidades, educación, derecho y poder*”.

FERREIRA, M (2008) “*Una aproximación sociológica a la discapacidad desde el modelo social: apuntes caracterológicos*”. Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis) núm. 124, pp. 141-174.

FERREIRA M, (2008)” *Prácticas sociales, identidad, y estratificación: tres vértices de un hecho social, la discapacidad*”. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico. Vol. 1 (2). pp. 1-14

FERRANTE, C ; DUKUEN, J (2017) “ *Discapacidad y opresión*”. Revista de Ciencias Sociales, núm. 40, pp 151-178.

HIJAS CID, E (2022) “*Novedades en la regulación de la autcuratela*”, Revista El notario, núm 104, 2022.

JIMÉNES LARA, A ; HUETE GARCÍA, A (2022) “*La discriminación por motivos de discapacidad*”.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M ,.“*La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, Revista El Notario , núm. 104,2022.

LÓPEZ MASÍS, R (2011) *“Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”*. Alteridad, Revista de Educación 6 (2).

MARTÍNEZ DE CARNERO GARCÍA, R, (2014)” *Percepción de la autonomía en el ámbito de la discapacidad: Autonomía, autodeterminación y discapacidad”*. Universidad Autónoma de Madrid, facultad de psicología, Madrid.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C; DE PABLO CONTRERAS, P, PÉREZ ÁLVAREZ, MA; (2016) *“Derecho de Familia”* Curso de Derecho Civil IV. Madrid. Editorial Edisofer.

MORENO MOLINA. J A (2013) *“Derechos humanos y protección de las personas con discapacidad”* Revista Derechos y garantías fundamentales, núm. 2, pp 353-366.

MUÑIZ ESPADA, E (2020) *“Contribuciones para una reforma de la discapacidad”*. Madrid. Editorial Wolters Kluwer.

OLIVER. M (1990) *“The politics of disablemet”*. New Social Movements. In: The Politics of Disabelment. Critical Texts in Social Work and the Welfare State. London, 1990.

PALACIOS, A (2008) *“El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*. Madrid. Ediciones Cinca.

PALACIOS, A; BARIFFI, F (2007) *“La discapacidad como una cuestión de derechos humanos”*. Madrid. Ediciones Cinca.

TERREIRO BUSTO,E., *“Incapacitaciones judiciales: reforma efectuada por la ley 8/2021 de 2 de junio”*, Revista Iberley, 2022.

VELILLA ANTOLÍN, N *“Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”* Revista El notario,2022.

YOUNG, I.M, (2000) *“La justicia y la Política de la diferencia”*. Madrid: Ediciones Cátedra.