



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS: *EVOLUCION HISTORICA Y PROCESO*

Presentado por:
Andrea Velasco Acebes

Tutelado por:
María José Moral Moro

Valladolid, a 22 de junio de 2023

RESUMEN:

En este trabajo se analizará la evolución histórica, progresiva y gradual que ha tenido la capacidad de las personas hasta la aprobación de la Ley 8/2021. Al mismo tiempo se efectúa un análisis detallado del nuevo proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE:

Capacidad, medidas de apoyo, discapacidad, proceso, incapacitación, curatela, tutela.

ABSTRACT:

This work will analyse the historical, progressive and gradual evolution of the capacity of persons until the approval of the Spanish Law 8/2021. At the same time, a detailed analysis of the new process on the adoption of judicial measures to support persons with disabilities is made.

KEY WORDS:

Capacity, support measures, disability, process, disablement, guardianship, tutelage.

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	CAPACIDAD Y DISCAPACIDAD.....	6
	2.1. La persona y su capacidad.....	6
	2.2. Discapacidad frente a la incapacidad.....	8
	2.2.1. Capacidad limitada completable.....	10
	2.3. Instituciones de guarda o tutelares.....	11
	2.3.1. La patria potestad.....	11
	2.3.2. La tutela, curatela y el defensor judicial.....	14
	2.3.3. Mecanismos no judiciales alternativos a la incapacitación.....	16
III.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	20
	3.1. A nivel interno.....	21
	3.1.1. Redacción originaria del Código Civil de 1889.....	21
	3.1.2. Reforma a través de la Ley 13/1983.....	22
	3.1.3. Reforma a partir de la Ley 41/2003 y de la Ley 1/2009.....	23
	3.1.4. Aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013.....	24
	3.2. A nivel internacional.....	25
	3.2.1. En la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	26
	3.2.2. En el Derecho comparado.....	28
IV.	CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006.....	30
	4.1. Concepto de discapacidad y fines.....	31
	4.2. Reconocimiento de la personalidad jurídica: Artículo 12 Sistema de apoyos y principios inspiradores.....	32
	4.3. Sistema de apoyos y principios inspiradores.....	34
	4.4. Ratificación por España.....	35

4.5. Jurisprudencia a raíz de su entrada en vigor.....	38
4.6. Adaptación de la regulación a partir de la Ley 8/2021.....	42
4.6.1. Modificaciones ocasionadas como consecuencia de la reforma.....	43
4.6.2. Jurisprudencia a consecuencia de la reforma.....	45
4.6.3. Conclusiones.....	51
V. PROCESO SOBRE LA ADOPCION DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	52
5.1. Caracterización.....	54
5.2. Jurisdicción voluntaria.....	55
5.3. Competencia.....	56
5.4. Legitimación e intervención procesal.....	58
5.5. Objeto.....	60
5.6. Tramitación.....	60
5.6.1. Demanda y contestación.....	61
5.6.2. Prueba.....	62
5.6.3. Sentencia.....	63
5.7. Modificación del alcance de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente.....	64
5.8. Medidas cautelares.....	66
VI. CONCLUSIONES.....	66
VII. LEGISLACIÓN.....	70
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	71
IX. JURISPRUDENCIA.....	77

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, se pretende efectuar un estudio pormenorizado de la capacidad, dado que es un aspecto esencial en la vida de las personas, y cuyas modificaciones normativas se ha postergado por parte de los legisladores a lo largo del tiempo. En primer lugar, cabe destacar que la aprobación de la Convención de Nueva York de 2006 supone una alteración sustancial de las premisas instituidas hasta ese momento, por lo que a los Estados que la ratificaron se les impone la labor de adaptación de sus regulaciones a estas nuevas bases.

La voluntad y las preferencias de las personas discapacitadas pasan a ocupar una posición principal a la hora de efectuar la toma de decisiones, sin embargo, en ocasiones colisiona con el interés superior de la persona discapacitada.

Seguidamente, analizando el caso de España, cabe mencionar que la regulación originaria del Código Civil fue reformada en varias ocasiones antes de la aprobación de la Convención. En el año 1983, la inclusión de la institución de la curatela supuso casi una confusión entre la delimitación de la tutela y la curatela.

A esta, le siguieron una serie de reformas que incidieron en aspectos tales como la protección y fijación de fines del patrimonio de la persona discapacitada, el fomento de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, así como alteraciones de cuestiones puntuales como la garantía del derecho de sufragio de las personas discapacitadas. Sin embargo, ninguna de estas alteraciones supuso un avance relevante hacia la defensa de los derechos de las personas discapacitadas.

Pese a su pronta adhesión a la Convención de Nueva York, la necesaria adaptación normativa se retrasó de manera muy prolongada. Por ende, la jurisprudencia ha ido adecuando la interpretación de la regulación existente a los principios instaurados por la Convención. De esta labor surgen Sentencias tan paradigmáticas como la del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

Finalmente, se profundizará en la aprobación de la Ley 8/2021 de 2 de junio 2021 supuso un punto de inflexión en la situación jurídica de las personas discapacitadas en España. Dicha Ley conllevó una reforma significativa de gran parte del ordenamiento jurídico español, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria entre otros. El cambio más destacado fue la desaparición de la figura de la tutela para las personas mayores de edad discapacitadas.

Pese a que el ajuste del Derecho español a las premisas sentadas por la Convención de Nueva York fue ya efectuado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ejerció una labor interpretativa fundamental fijando la adaptación de los antiguos procesos de incapacitación a los nuevos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, un claro ejemplo de ello fue la Sentencia 589/2021, de 8 de septiembre de 2021.

La modificación del proceso de capacidad supuso una alteración integral de las premisas de las que se partía anteriormente. De nuevo, las preferencias del discapacitado vuelven a ocupar un lugar principal en el desarrollo del proceso, brindándole de este modo mayor participación en el proceso.

Todo ello, busca facilitar la inclusión, así como expresión de su voluntad por parte de las personas discapacitadas, tratando de eliminar las barreras existentes.

2.-CAPACIDAD Y DISCAPACIDAD

2.1. La persona y su capacidad

Partiendo de los conceptos que determina ALBALADEJO GARCÍA, podemos decir que la personalidad es *“la condición de la persona”*, mientras que la capacidad es *“la condición de capaz”*¹.

De manera que la personalidad es, por tanto, predicable de todas las personas, mientras que la persona capaz es aquella que va a poder ser titular de derechos y obligaciones.

Asimismo, debemos considerar que hay dos tipos de personas, la persona jurídica y la persona física, esta última es en la que nos centraremos.

En palabras de MORENO JIMENEZ, la denominada como *“atribución de personalidad”* es conforme a la dignidad humana que reconoce la Constitución Española en su artículo 10, y, por ende, es considerada una de las bases de nuestro sistema².

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo reconoció que *“todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular”*³.

Históricamente, se ha venido diferenciando entre dos tipos de capacidad distintos, por un lado, la capacidad jurídica que, tal y como apunta ALBALADEJO, podríamos definirla como *“la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones”*, y por otro, la capacidad de obrar entendida como *“la aptitud que el derecho reconoce para que la persona realice actos jurídicos”*⁴.

Por consiguiente, se ha distinguido entre la capacidad de obrar en sentido general y otras capacidades especiales requeridas para ciertos actos en concreto, como por ejemplo sucede en materia de adopción que se requiere tener más de veinticinco años para ello.

La capacidad jurídica es intrínseca a toda persona desde el momento de su nacimiento hasta su extinción con la muerte, en consecuencia, es general y neutra para todas las personas.

¹ ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil I Introducción y Parte General*, Bosch S.L., Barcelona, 2002, p. 213.

² MORENO JIMENEZ, B., *Las personas y el Derecho de la persona*, en *Curso de derecho civil. I, Parte general y derecho de la persona*, F.J. SANCHEZ-CALERO (Coord.), Tirant lo Blanch, 2019, Valencia, p.117.

³ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

⁴ ALBALADEJO GARCIA, M., op. cit., p. 215.

En cambio, la capacidad de obrar era entendida como la facultad que otorga el Derecho a las personas para poder efectuar actos de modo general. Por tanto, la capacidad de obrar otorgaba validez a los actos celebrados por las personas que la poseían.

Hasta el año 2021, se consideraba que la capacidad de obrar podía no tenerse, por ejemplo, en el caso de un niño, o tenerla de manera efectiva en el supuesto de ser mayores de edad. Todo ello venía considerado en el artículo 322 del Código Civil, que establecía que “*el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*”. Igualmente, debe de considerarse el caso del menor emancipado que contemplaba el artículo 323 del Código Civil, era un ejemplo claro de un caso en el que la capacidad de obrar se encontraba restringida.

En el año 2006, se aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que otorga una visión totalmente renovada acerca de la capacidad de las personas discapacitadas.

Hasta que ha tenido lugar efectivamente la modificación de la regulación española en esta materia ha sido necesaria la interpretación de la legislación tratando de respetar el principio de igualdad de todas las personas consagrado en la Convención en su artículo 12.

Tal y como señala MORENO JIMENEZ cualquier alteración debe de ser llevada a cabo a fin de garantizar los intereses de la persona, ya sea porque por si sola no pueda autogestionarse o por cualquier otro motivo. Consiguientemente, todas las medidas adoptadas, además de ir encaminadas hacia el beneficio de la persona deben de respetar también el principio de proporcionalidad⁵.

La adaptación de la regulación española a las bases que nos pauta la Organización de Naciones Unidas, no se produce hasta el año 2021, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En consecuencia, los artículos anteriormente mencionados del Código Civil quedan derogados, así como otros muchos.

Por último, cabe mencionar que las normas relativas a la persona y su capacidad son normas imperativas, es decir, no se trata de una materia de libre disposición por las partes.

⁵ MORENO JIMENEZ, B., *Las personas y el Derecho de la persona*, op.cit., p. 118.

2.2. Discapacidad frente a la incapacidad

Tradicionalmente, se ha venido utilizando el término incapacidad para referirse a aquellas personas que carecen de aptitud para poder realizar actos al no poder llegar a comprender y manifestar su voluntad de la manera requerida y adecuada, debido, a múltiples causas entre ellas la de que sus facultades psíquicas, a causa de la edad o perturbación mental estén mermadas.

Según dice ALBALADEJO GARCIA, se venían diferenciando dos tipos de incapacidad: incapacidad natural e incapacidad legal. La incapacidad natural tenía lugar cuando hubieran concurrido alguna de las causas mencionadas anteriormente, como por ejemplo que se trate de un menor o una persona con algún trastorno mental. Sin embargo, estaríamos en presencia de una incapacidad legal en el supuesto de concurrir causas diferentes a la falta de aptitud para entender y comprender⁶.

Consecuentemente, los actos celebrados por personas incapacitadas o por personas que, pese a no estar incapacitadas legalmente, en el momento de otorgar su consentimiento en ese acto, no ostentaran la posibilidad de asimilarlo y entenderlo, estarían considerados como actos carentes de validez.

El anterior artículo 200 del Código Civil, determinaba que *“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.”*

En relación con este artículo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado disponiendo que *“para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresa es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma”*⁷.

Asimismo, el Tribunal Supremo en sus resoluciones ha afirmado acerca de la incapacitación que *“no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta”*⁸.

Para poder sustituir la falta de capacidad de dichas personas se contaba con un representante legal, que era la persona a quien se le encomendaba llevar a cabo actos en nombre de la

⁶ ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil I Introducción y Parte General*, cit., p. 230.

⁷ Sentencia 818/1998, del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998.

⁸ Sentencia 421/2013, del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013.

persona incapacitada En el caso de tratarse de la celebración de actos catalogados como personalísimos, éstos no podían ser formalizados ni por el propio incapacitado ni por su representante.

En este sentido cabe destacar una Sentencia del Tribunal Constitucional del año 2000, en ella el Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse ante la posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada pueda presentar una demanda de divorcio en su nombre⁹.

Tras agotar los cauces procesales previos para la interposición del recurso de amparo, se plantea ante el Tribunal Constitucional una posible vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución. La cuestión versa principalmente sobre la consideración o no de acto personalísimo a la interposición de la demanda de divorcio. De ser así, el tutor de la persona incapacitada no podría interponer esta demanda, que es lo que había venido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido había resuelto previamente la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Oviedo disponiendo que *“no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como son la persona capaz y la incapaz”*¹⁰.

Por ende, entendía la Audiencia Provincial de Oviedo que, dadas las diferencias palpables entre las personas incapaces y capaces, no puede permitirse al sujeto incapaz llevar a cabo actos, para los cuales si que se encuentra facultada la persona capaz.

La parte recurrente, alegó la vulneración de tres preceptos constitucionales, los artículos 49, 14 y 24 de la Constitución Española, entendía que la negación de la legitimación activa a la tutora supone la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de la incapacitada, así como una discriminación por razón de su discapacidad. Esta última posible vulneración había sido desestimada por la Audiencia Provincial de Oviedo en sentencia de 23 de febrero de 1998. Todo ello dado que, el no permitirle presentar esa demanda a su tutora, supondría que la persona incapacitada debiera seguir casada en contra de su voluntad, a diferencia que una persona no incapacitada que no se le plantearía ningún problema a la hora de presentar la demanda de divorcio. Asimismo, alegó esta parte que motivaría un incumplimiento de la finalidad de la tutela, que en último término es buscar el beneficio del tutelado.

No obstante, la parte contraria se refirió, por otro lado, a la imposibilidad de casarse que tenían las personas que sufrían una incapacidad total, dado que no podían prestar consentimiento.

⁹ Sentencia 311/2000, del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre del 2000.

¹⁰ Sentencia 105/1998 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 23 de febrero 1998.

En vista de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional falló favorablemente a la parte recurrente, estimando por tanto la vulneración y facultando a la tutora de la incapacitada para poder presentar la demanda de divorcio en representación de su tutelada.

Por consiguiente, esto supuso que se legitimara a la tutora para ejecutar un acto que había sido considerado como personalísimo, como es la presentación de una demanda de divorcio. Otro acto que fue considerado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo como personalísimo, es el otorgar testamento. En este sentido, la Sala Primera del Alto Tribunal se pronunció en los siguientes términos: *“Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento”¹¹*.

Por ende, para comprobar si la persona discapacitada podía otorgar testamento se debía tener en cuenta *“el estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC)”¹²*.

2.2.1. Capacidad limitada completable

Tal y como apunta ALBALADEJO, anteriormente, también se hablaba de la capacidad limitada, pero completable, consistente en que la persona era parcialmente capaz para la celebración de ciertos actos, de modo que para ello requiriera que concurra un apoyo u otra persona que pudiera complementar dicha capacidad¹³.

Dicha capacidad podía considerarse como un paso intermedio entre la incapacidad y la capacidad plena, al necesitar la persona discapacitada de apoyos para realizar ciertos actos. Por tanto, no requería tener un representante legal como sucedía con los incapacitados.

En cierto modo, esta es la premisa de la que se parte a partir de la Convención de Nueva York de 2006, de manera que la persona es capaz, pero habrá ciertos actos para los cuáles requiera apoyos. Por consiguiente, se quiere desechar la llamada hasta este momento “incapacidad”.

¹¹ Sentencia 936/2018, del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018.

¹² Sentencia 936/2018, del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018.

¹³ ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil I Introducción y Parte General*, op.cit., p. 232.

Antes de que se produjera la aprobación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, tal y como señala MORENO JIMENEZ, toda la regulación, tanto del Código Civil como la de la Ley de Enjuiciamiento Civil debía interpretarse teniendo en cuenta los principios impuestos por la Convención de Nueva York de 2006¹⁴. Por ello la jurisprudencia fue sentando las bases interpretativas para poder conciliar la regulación hasta ese momento vigente con la Convención de Nueva York de 2006. Sobre esto, el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de abril de 2009, dispuso que *“hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, sí que determina su forma de ejercicio”¹⁵*.

2.3. Instituciones de guarda o tutelares

La guarda y la tutela, tradicionalmente, tenían como finalidad complementar la falta de capacidad de aquellas personas incapaces, ya fuere por ser menores de edad o por ser declarada la incapacidad por minoría judicialmente.

El sistema seguido por la regulación española ha sido el modelo de sustitución. Este se basaba en la imposición a la persona incapacitada de instituciones tales como la tutela o la guarda, que de modo literal sustituían a la persona cuya capacidad de obrar se consideraba mermada.

El Tribunal Supremo, antes de la reforma de la Ley 8/2021, afirmó que para que estas instituciones sean implementadas *“se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad”¹⁶*.

Esto generaba dos consecuencias principalmente bajo la percepción del Tribunal Supremo: en primer lugar, surgirán múltiples situaciones con diferente gradación y circunstancias; y en segundo lugar, habría de tenerse en cuenta la posibilidad de reversibilidad o no.

2.3.1. La patria potestad

La patria potestad, tal y como asevera RUIZ RICO, trata de proteger y cuidar tanto a la persona como los bienes. En el caso de los menores de edad, la patria potestad recaerá en los padres, que son además los representantes legales de estos. Consiguientemente, los padres

¹⁴ MORENO JIMENEZ, B., op.cit., p.118.

¹⁵ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

¹⁶ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009

podrán celebrar actos en nombre de sus hijos, ya que estos por sí solos no serían capaces de adoptarlos, tal y como dispongan las leyes para cada caso¹⁷.

En relación con el menor emancipado, se extingue la patria potestad de sus padres, con lo cual ya no necesitan de la misma, sin embargo, estos menores cuentan con una capacidad limitada por lo que esta debe ser completada con el consentimiento de sus padres en aquellos actos que la ley lo requiera, y en este sentido lo determinan los artículos 323 y 324 del Código Civil.

Anteriormente, la patria potestad también estaba prevista para las personas incapacitadas una vez alcanzada la mayoría de edad, se hablaba de patria potestad prorrogada y rehabilitada. El artículo 171 del Código Civil, en su redacción a partir de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, determinaba en relación con la patria potestad prorrogada que *“la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad.”* A continuación, contemplaba la posibilidad de rehabilitar la patria potestad en el supuesto en que resultara incapacitado el hijo, siendo ya mayor de edad y cuyo estado civil fuera soltero, de modo que sería atribuida a quien hubiera correspondido siendo este menor de edad, que correspondería, en la mayoría de los casos, a los padres. Quedaba redactado en los siguientes términos: *“Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad.”*

En relación con la posibilidad de que se produjera la rehabilitación de la patria potestad cabe mencionar que los tribunales han ido reconociendo cierto espacio a la autonomía que alcanzaba el incapacitado. De modo que, tal y como expone DE SALAS MURILLO, nos encontramos con que los jueces y tribunales elaboran unas *“figuras mixtas que tienen aspectos tanto de tutela como de curatela”*¹⁸.

Un ejemplo claro es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2011, la cual falla disponiendo que la *“incapacitación parcial de D. Salvador alcanzando la misma al aspecto patrimonial de su autogobierno y especialmente a los actos de administración patrimonial extraordinarios entendiendo por tales los enumerados en el artículo 271 del CC”*¹⁹.

¹⁷ RUIZ-RICO, J., “Las personas y el Derecho de la persona”, en *Curso de derecho civil. I Bis, Derecho de familia*, F.J. SANCHEZ-CALERO (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 103.

¹⁸ DE SALAS MURILLO, S., “Repensar la curatela”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 27, 11- 48, 2013, p. 35.

¹⁹ Sentencia 47/2011, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 11 de febrero de 2011.

Lo relevante de este fallo era que contemplaba la posibilidad de producirse una incapacidad “parcial”, lo cual suponía que el reconocimiento a la persona discapacitada de la posibilidad de regir los actos relativos a la “administración patrimonial” extraordinarios.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo implantó la aplicación del artículo 162 del Código Civil a aquellas personas a las que se les ha prorrogado o rehabilitado la patria potestad o a los incapacitados, este dispone la excepción de representación por los padres en *“los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”²⁰*.

Asimismo, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de *“rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención [...]”²¹*.

Antes de comenzar a enunciar las causas de extinción, mencionaba la subsidiariedad de las reglas que se incluían en el título frente a la resolución de incapacidad, tanto en la patria potestad prorrogada como en la rehabilitada.

Finalmente, hacía alusión a las causas de extinción de la patria potestad prorrogada:

1.º *Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.*

2.º *Por la adopción del hijo.*

3.º *Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.*

4.º *Por haber contraído matrimonio el incapacitado.*

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacidad, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

Este último inciso propiciaba que se considerara a la prórroga o rehabilitación de la patria potestad como un paso intermedio para que finalmente se constituyera la tutela o curatela, en caso de persistencia de la causa.

²⁰ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

²¹ Sentencia 544/2014, del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014.

No obstante, la entrada en vigor de la Ley 8/2021 dio lugar a la derogación de esta previsión que queda hoy únicamente previsto para menores de edad y menores emancipados.

2.3.2. La tutela, curatela y el defensor judicial

Junto a la patria potestad se venían reconociendo, de igual modo, una serie de instituciones de guarda o tutelares, éstas iban dirigidas a poder proteger tanto a menores como a las personas incapacitadas, siempre y cuando no se pudiera recurrir a los padres por motivos materiales o jurídicos. Es por este motivo por el que se contemplaban de modo subsidiario a la patria potestad.

La atribución de alguna de estas instituciones tutelares suponía para la persona a la que se la reconocía, estar facultada para ejercitar los derechos de la persona incapacitada, ahora denominada discapacitada, o el menor, así como sobre sus bienes. No obstante, este reconocimiento iba encaminado siempre a que tratar de garantizar el interés superior de la persona que requiera esa protección.

En palabras de RUIZ RICO, debemos entenderlo como potestades más que como derechos, el artículo 216 del Código Civil, antes de ser reformado por la Ley 8/2021, las denominaba “*funciones*” y contemplaba que debían de ejercerse “*en beneficio del tutelado*”. Estas instituciones tutelares no precisan que exista algún tipo de relación de parentesco entre los sujetos participes en esta relación²².

Por su parte, la tutela era constituida a fin de tratar de remplazar esa falta de capacidad de obrar tanto de menores como de personas incapacitadas que no se encontraran sometidos a patria potestad, de modo que la persona que se contemplara como tutor iba a tener atribuidas funciones generales y continuadas que ejercerá sobre el tutelado, así como sobre sus bienes, y por consiguiente su representación.

La curatela, al contrario que la tutela, no le otorga poderes de representación al curador por lo que su finalidad esencial es tratar de completar aquellos actos en que se precise acorde a la ley.

Antes incluso de que se produjera la aprobación de la Convención de Nueva York, nuestro Tribunal Supremo había venido aseverando que “*el curador no supe la voluntad del afectado sino*

²² RUIZ-RICO, J., op.cit., p. 103.

que la refuerza, controla y encauza, completando la deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial²³”.

Y, por último, la función que desempeñaba la figura del defensor judicial era la de tratar de colmar la falta esporádica ya sea por un conflicto de intereses en una cuestión específica entre el tutor o curador y el menor o incapacitado, por lo que el representante legal o curador no va a poder ejercer las obligaciones que se le habían atribuido.

La redacción dada al artículo 215 del Código Civil a partir de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, venía a enumerar dichas instituciones en los siguientes términos:

La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:

- 1. La tutela.*
- 2. La curatela.*
- 3. El defensor judicial.*

Por su parte, el artículo 222 del Código Civil, a partir de la reforma instaurada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, recoge que personas quedaban sujetas a la tutela disponiendo:

Estarán sujetos a tutela:

- 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.*
- 2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.*
- 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.*
- 4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo.*

El apartado segundo de este artículo se refería a situaciones en las que la sentencia judicial determinara la tutela para el sujeto incapacitado, debido a que el juez considerara que el sujeto no era capaz de discernir por sí solo, que podría deberse por ejemplo a enfermedad.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo 995/1991, de 31 de diciembre de 1991.

Seguidamente, el apartado tercero del artículo 222 del Código Civil hacía alusión a las personas que habiendo sido declaradas incapacitadas judicialmente en dos momentos, o bien cuando aún eran menores de edad, o alcanzada ya la mayoría de edad.

Lo característico de este supuesto puede apreciarse en la denominada prórroga o rehabilitación de la patria potestad de los padres de acuerdo con lo que venía a disponer el artículo 171 del Código Civil, hoy suprimido.

De manera, que si finalizaba la prórroga de la patria potestad sin que hubiese desaparecido la causa de incapacidad, o que se debiera a que el discapacitado no ha logrado el nivel de discernimiento esperado, ambas situaciones conllevaban la constitución de la tutela.

Hoy en día, tanto la redacción del artículo 215 como 222 han quedado modificados por completo a partir de la Ley 8/2021, de manera que desaparece la tutela como institución aplicable a los llamados como incapacitados que pasan a ser denominados como discapacitados. Esto se debe a que el objetivo final es tratar de abandonar la representación para las personas discapacitadas.

Tal como expone MORENO JIMENEZ la Convención de Nueva York de 2006 supone que deban renovarse y acomodarse las instituciones que habían sido empleadas hasta el momento, elaborando las nuevas medidas de apoyo requeridas²⁴.

En consecuencia, el artículo 199 del Código Civil, en su redacción actual determina por tanto que solo quedarán sujetos a la tutela:

1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo.

2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

Pero en ningún caso se refiere a las personas discapacitadas.

2.3.3. Mecanismos judiciales alternativos a la incapacitación

Cabe destacar la existencia de una serie de instrumentos que eran empleados de modo sustitutivo a la incapacitación, y así evitar el proceso de modificación de la capacidad de obrar. A partir de estos mecanismos, la persona discapacitada tenía posibilidades de intervención a través de un negocio jurídico.

²⁴ MORENO JIMENEZ, B., *Las personas y el Derecho de la persona*, cit., p.119.

En primer lugar, destaca el poder preventivo que venía regulado en el artículo 1732 del Código Civil disponiendo que *“El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*.

Tras la reforma de 2021 el artículo 1732 del Código Civil se ha visto modificado, desapareciendo del citado artículo el párrafo final ha desaparecido para dar lugar a dos apartados más:

4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición.

5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos.

En el ámbito de los derechos forales también se encontraba regulado, por ejemplo, en el Código Civil de Cataluña. El poder preventivo se basa en la autonomía de la voluntad, de modo que debe respetarse lo dispuesto por el sujeto.

En segundo lugar, cabe mencionar a la autotutela que venía siendo regulada en el artículo 223 del Código Civil:

“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacidad, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”.

El primer párrafo se refería a la posibilidad de que fueran los padres los que determinaran los mecanismos de protección para aquellos hijos menores de edad o incapacitados. Estos podían hacerlo a través de su testamento o de documento público notarial.

Seguidamente, aludía a la facultad de que cualquier persona que tuviera capacidad de obrar bastante, ante la posibilidad de que en el futuro pudiera resultar incapacitada estaba facultada para disponer en documento público notarial sus preferencias en relación con sus bienes o su persona en sí misma, incluso cabía la posibilidad de que determinara a su tutor.

De acuerdo con la Convención de Nueva York de 2006, esta figura debería de recibir la denominación de *“Autonombramiento de los sistemas de apoyo para sí o para sus hijos menores o con discapacidad, en los extremos determinados para el desarrollo de la plena autonomía”*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo contempló sobre este particular la posibilidad de que la ahora persona incapacitada hubiere previsto un tutor, ante la eventualidad de que se produjera en el futuro su incapacitación, en cuyo caso considera que ésto no vincula al juez cuando se pueda demostrar que pueda ser nocivo para los intereses de la propia persona incapacitada²⁵.

En este mismo sentido se habían venido pronunciando las Audiencias Provinciales, avalando la posibilidad de que el juez de primera instancia pudiera escoger un tutor diferente al escogido por la hoy persona incapacitada dado que *“[...]debe primar el interés superior del incapacitado, procurando designar a la persona más idónea”*, para dispensar protección a sus bienes *“de la posible influencia de terceras personas ajenas con intereses espurios, que podrían administrar su patrimonio de forma no conveniente a sus intereses y en su claro perjuicio, razones que avocan ratificar la decisión de instancia en orden a la designación de tutor”*²⁶.

Sin embargo, Ley 8/2021 modifica el artículo 223 del Código Civil, conteniendo ahora menciones en relación con la remoción y excusa de la tutela.

En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aclarado recientemente que *“las previsiones de autotutela se entenderán ahora referidas a la autocuratela y se regirán por lo dispuesto en la nueva ley”*, basándose en lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 8/2021²⁷.

El artículo 271 del Código Civil es el que contiene tras la reforma de 2021 la posibilidad de emplear la denominada ahora autocuratela:

²⁵ Sentencia 504/2012, del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012.

²⁶ Sentencia 483/2010 de la Audiencia Provincial de Gijón, sección 7, de 29 marzo 2011

²⁷ Sentencia 305/2021, del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2021

“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

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

Finalmente cabe resaltar la figura del guardador de hecho, éste concurre siempre y cuando una persona ejerce las funciones tutelares típicas, ya sea con respecto de un menor o de una persona discapacitada, habiendo asumido tales funciones *de facto*. Por consiguiente, esta figura se caracteriza por tener una facultades definidas y no constituirse tampoco de modo informal.

El artículo 304 del Código Civil establecía que *“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”*. A partir de la reforma de 2021 el citado precepto fue derogado, aunque, en el Preámbulo de dicha ley, se observa la existencia y labor de los guardadores de hecho.

Por consiguiente, admite la variabilidad de las funciones de los guardadores de hecho dependiendo de cada caso en concreto. De modo, que de nuevo se incide en el jurisprudencialmente denominado como el “traje a medida”.

La regulación de la guarda de hecho se encuentra actualmente en los artículos 263 y siguientes del Código Civil. Afirma el artículo 263 que *“quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”*.

Consiguientemente, tras la citada reforma la regulación contiene una serie de derechos y obligaciones que recaen sobre la figura del guardador de hecho. Por ejemplo, el artículo 265 del Código Civil impone la obligación al guardador de hecho de rendir cuentas en cualquier momento; o el artículo 266 otorga al guardador de hecho el derecho al reembolso de gastos justificados e indemnización de daños sufridos.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A lo largo del tiempo, ha habido múltiples conceptos vinculados a la idea de discapacidad, tal y como apunta APARICIO AGREDA verdaderamente las personas que sufrían dichos tipos de discapacidades eran más bien consideradas como diferentes²⁸.

Esta idea tiene también una vinculación muy estrecha con el momento histórico en el que nos situemos, ya que nos mostraran la forma de pensar que primaba en ese momento. Por tanto, denotan un evidente miedo a lo distinto lo que conlleva que las personas con discapacidad han sido tratadas a lo largo del tiempo de manera desigual al resto de personas que no sufren una discapacidad.

Asimismo, cabe mencionar que sobre este particular han existido tres modelos principalmente: a) el modelo médico, b) el modelo social, y c) el modelo caritativo. El primer modelo, el modelo médico, también llamado modelo de rehabilitación, se caracteriza, según CASTRO-GIRONA, por ser aquel en el que la discapacidad es tratada como una “*enfermedad, deterioro físico o psíquico de la persona*” y, por ende, se ve necesario tratar de alcanzar como fin último la curación del sujeto que lo padecía²⁹.

Cabe destacar que a lo largo del tiempo este método únicamente se encargaba de dejar al sujeto discapacitado en manos de su familia, o de la caridad pública en caso de faltar esta. Se usaban instituciones como la tutela, o la incapacitación, pero con el objetivo de dispensar protección al patrimonio de la persona discapacitada.

En segundo lugar, el llamado modelo social es el empleado por la Convención de Nueva York de 2006. Este se define por orientarse principalmente sobre la sociedad, dado que es esta la que otorga un tratamiento discriminatorio a las personas con discapacidad, dado que las decisiones, hasta ahora han sido tomadas sin tener en consideración a la persona discapacitada.

²⁸ APARICIO AGREDA, M. L.,” Evolución de la conceptualización de la discapacidad y de las condiciones de vida proyectadas para las personas en esta situación,” en *El largo camino hacia una educación inclusiva la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009*. M.R. Berrueto (Coord.), (Vol. 1, pp 129.-138). Universidad Pública de Navarra, p. 129.

²⁹ CASTRO-GIRONA, J.L., *El artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2018, p. 18.

Por consiguiente, para CASTRO-GIRONA, la finalidad es beneficiar “*la integración de las personas discapacitadas en la vida social*”, a fin de que estas personas desarrollen su vida del mismo modo que lo haría una persona sin discapacidad. Esto supone tratar de eliminar las barreras existentes para las personas discapacitadas³⁰.

Finalmente debe aludirse al modelo caritativo, cuyos principales rasgos son la solidaridad de las personas hacia aquellos más desprotegidos, este sistema es anterior a los otros dos previamente explicados. Se considera necesario apartar a los sujetos que sufren una discapacidad de aquellos espacios comunes y públicos, ya que el fin deseado por ellos era el de protección.

Examinaremos la evolución a través de los diversos tratamientos recibidos por las personas con discapacidad, tanto a nivel nacional como internacional, así como en el Derecho comparado.

3.1. A nivel interno

3.1.1. Redacción originaria del Código Civil de 1889

El Código Civil de 1889 en su redacción originaria incluía en el artículo 200 un listado de aquellas personas que consideraba que debían estar sujetas a tutela. Entre ellas se encontraban los menores de edad no emancipados, junto con otros tres casos: los que denominaba como locos o dementes (entre los que incluye a los sordomudos que no fueran capaces de leer o escribir), los declarados pródigos por sentencia judicial, así como los que sufrieran la pena de interdicción civil. Esta última causa se refiere a una serie de penas accesorias a ciertas condenas de índole penal, este cuarto apartado fue retirado a causa de la Ley 8/1984, de 31 de marzo.

Todo este listado, tal y como considera LASARTE ÁLVAREZ, se trataba de un *numerus clausus*, es decir, una serie de causas determinadas. La denominación que se les atribuía a todo este elenco de motivos era la de “*causas de incapacitación*”³¹.

El mecanismo jurídico tutelar que otorgaba esta redacción del CC a dichos sujetos era la *tutela de familia*, compuesta ésta por: un tutor, un protutor, y un Consejo de familia. Tratándose de menores de edad no emancipados la tutela se preveía únicamente para el caso en el que sus

³⁰ CASTRO-GIRONA, J.L, op.cit., p. 19.

³¹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la persona. Principios de derecho civil*, Editorial Marcial Pons, Barcelona 2019, p. 204.

progenitores hubieran perdido la *patria potestad*, ya fuera porque hubiesen fallecido, o porque se les hubiere retirado.

Cabe mencionar que, en el año 1947, la Sala Primera del Tribunal Supremo reconoció una posibilidad de gradación de la incapacidad acorde con las necesidades de cada persona, pese a que en este momento se tratara de un sistema muy rígido.

Sin embargo, una parte de la doctrina de la época se opuso a esta postura, lo cual no fue determinante y por ello la evolución ha puesto de manifiesto el interés jurisprudencial en llevar a cabo una interpretación flexible. Dicho criterio fue mantenido por las resoluciones posteriores.

3.1.2. Reforma a través de la Ley 13/1983

En el año 1983 se aprueba la Ley 13/1983, de 24 de octubre, produciendo un cambio muy significativo en la regulación del artículo 200 Código Civil vigente hasta este momento. La necesidad de actualizarlo a la situación de la época fue el principal motivo de dicha reforma.

En palabras de LASARTE ÁLVAREZ, podríamos afirmar que existen verdaderamente cuatro cuestiones principales que se extraen de dicha reforma³²:

- El *numerus clausus*, al que nos referíamos anteriormente que contenía el artículo 200 CC, desaparece, para dar paso a una denominación genérica bajo el siguiente enunciado “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.
- Es en este momento en el que se decide incluir la institución de la curatela, la cual había sido rehusada intencionadamente por el legislador en el momento de elaboración del Código Civil. Esta, sin embargo, ya era conocida desde el Derecho Romano. Su introducción difumina los límites entre tutela y curatela que quedan en su mayor parte al arbitrio del juez.
- En tercer lugar, se retira la anteriormente mencionada *tutela de familia*, dando paso así a la denominada como *tutela judicial o de autoridad*, de modo que es el juez quien va a ejercer control sobre esos cargos tuitivos. Pese a que el funcionamiento del sistema de tutela

³² LASARTE ÁLVAREZ, C., op.cit., p. 204.

familiar era muy deficiente, en este momento la Administración de Justicia española contaba con múltiples carencias también.

- Finalmente, en el artículo 201 Código Civil se incluía la posibilidad de incapacitar a un menor, cuando quepa prever que la causa de incapacitación va a mantenerse para después de que alcance la mayoría de edad. Esto daría lugar a la *patria potestad prorrogada*, en caso de no poder tener lugar esta se constituiría la tutela.

El Tribunal Supremo admitió que esta reforma supuso la introducción de “*un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida*”. En consecuencia, se mantuvo la postura de que “*la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección*”³³.

3.1.3. Reforma a partir de la Ley 41/2003 y de la Ley 1/2009

La aprobación de la Ley 41/2003 supuso tratar de dotar de regulación al patrimonio de las personas discapacitadas entendiéndolo como un patrimonio debía de estar especialmente protegido y cuyo principal destino debería de ser el de complacer las exigencias necesarias para vivir.

Asimismo, incluye la autotutela consistente en posibilitar que el propio discapacitado pueda decidir aspectos relativos a su propia incapacidad.

Nuestro Tribunal Supremo ha sostenido que, a causa de esta reforma de 2003 se ha incluido un “*nuevo sistema de protección, sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil*”³⁴.

Esto supuso que se exigiera un coeficiente igual o mayor al 33% en aquellas personas afectas por una minusvalía psíquica y en cuanto a los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Por consiguiente, no se tuvo en cuenta ni el estado civil ni la posible incapacidad de la persona.

Esta ley, asimismo, preveía la necesidad de que se aprobara un régimen concreto de sanciones aplicables en caso de vulneración de dichas disposiciones, por ello, en el año 2007 se aprueba la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y

³³ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

³⁴ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Este régimen se encuentra hoy derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

La aprobación de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, supuso la trasposición de la Directiva 2000/43 y 2000/78,

En el año 2009 se aprueba la Ley 1/2009, de 25 de marzo, con la cual se pretende tratar de despejar aquellas dudas que hubiere podido producir la aprobación de la Ley 41/2003. Sobre todo, cabe destacar, de acuerdo con LASARTE ÁLVAREZ, la adecuación de la notificación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal, así como la clarificación de la idea de acto de disposición³⁵.

En este momento la concepción que se manejaba de los términos discapacidad e incapacidad era la siguiente: una persona puede sufrir distintos grados de discapacidad lo cual no quiere decir que necesariamente deba recaer sobre este una incapacitación a través de la declaración judicial pertinente. Todo ello es aclarado por Exposición de Motivos de la Ley 41/2003.

3.1.4. Aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013

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

Con la aprobación de dicha norma se consigue derogar una serie de disposiciones que vulneran el contenido del Texto Refundido y, en especial, las leyes mencionadas con anterioridad (Ley 13/1982, de 7 de abril; Ley 51/2003, de 2 de diciembre; y Ley 49/2007, de 26 de diciembre).

Su Exposición de Motivos aclara que este Texto Refundido vino a mejorar la situación en la que se encuentran las personas con discapacidad, dado que la regulación anterior no les permitía vivir en igualdad de oportunidades al resto de personas. Afirma también que con ello, se producía una lesión de los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad de dichas personas.

La ley habla de la exclusión social que las personas discapacitadas sufren, ya sea porque no se hayan considerado las necesidades que pudieran tener o porque directamente se les limita la participación en ello.

³⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C., op.cit., p. 205.

En su artículo 1 se establece el objeto de la ley, en el que se dispone que trata de asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, también el ejercicio real y efectivo de derechos de nuevo en igualdad de condiciones en relación con el resto de los ciudadanos. Asimismo, insta a la elaboración de un régimen de sanciones e infracciones.

En el ámbito penal, el Código Penal de 1995 seguía aludiendo a la “incapacitación” y al “incapaz”, sin embargo, a partir de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo se entiende la discapacidad como *“aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”*.

Cabe destacar que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, relativa a los contratos del sector público, estipula en su disposición adicional decimotercera que debe de asegurarse que los medios que se utilicen por el sector público para la elaboración de dichos contratos deben de facilitar el acceso de las personas con discapacidad, ya sea a través de medios específicos o su diseño.

Otro ejemplo más de modificaciones en otras materias es la aprobación de la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho del sufragio de todas las personas con discapacidad. Dicha modificación supuso tratar de adaptar la legislación en materia electoral a la Convención de Nueva York de 2006, eliminando de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General las limitaciones al ejercicio del derecho electoral por personas discapacitadas cuando una resolución judicial fundamentada así lo dispusiera.

De modo que desde el año 2008, cuando entra en vigor en España la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ha sido necesaria la realización de reformas en el régimen dispuesto por nuestro Código Civil, así como por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha reforma llegó en el año 2021 de manos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

3.2. A nivel internacional

Al igual que lo visto a nivel interno, a nivel internacional el desarrollo de la legislación en relación con las personas con discapacidad ha sido también tardía. De manera que, es a

principios de los años ochenta cuando la Organización Mundial de la Salud sitúa en su manual clasificatorio de las enfermedades a discapacidad como tal.

Lo relevante de ello es que la Organización Mundial de la Salud dispuso en dicho manual las consecuencias que acarrea para las personas discapacitadas el ser tratadas de manera desigual a las personas que no sufren una discapacidad. De manera que la Organización Mundial de la Salud propuso ciertas soluciones encaminadas, principalmente, a la sociedad, dado que son un conjunto de propuestas encaminadas a tratar de alcanzar la igualdad, así como el incremento de la participación de las personas con discapacidad en la sociedad.

En junio de 1993 se aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena por parte de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena. En su párrafo 63 hizo alusión a la afirmación de que *“todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades”*.

De acuerdo con GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA lo que se pretendía era *“evitar la estigmatización que representaba la categoría del incapacitado y la restricción indiscriminada de facultades y decisiones que sufrían muchos incapacitados por sentencia judicial tras un proceso en que eran meros espectadores pasivos”³⁶*.

En el año 2000 se aprobó el Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos de 13 de enero de 2000. Sin embargo, no fue hasta el año 2006 cuando fue elaborada y aprobada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por la Asamblea General de Naciones Unidas, la concepción que acoge esta convención supuso un punto de inflexión en la consideración que se tenía hacia las necesidades de las personas con discapacidad.

3.2.1. En la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

La pertenencia de España a la Unión Europea supuso una cesión de competencias muy importante, desde sus organismos, la Unión Europea trata de crear un marco legislativo común para sus estados miembros.

La primera alusión a las personas con discapacidad la desarrolla el Tratado de Ámsterdam, ya que menciona la necesidad de tener en consideración a las personas discapacitadas.

³⁶ GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, A., “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, nº10006,2022.

Posteriormente, tanto en la Carta Europea de Derechos Humanos como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se han tenido en consideración a las personas discapacitadas.

Por su parte la Carta Europea contiene en su artículo 26 una referencia al reconocimiento del *“derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*. El origen de esta mención en relación con las personas con discapacidad proviene esencialmente de la Carta Social Europea elaborada en Turín el 18 de octubre de 1961.

En su artículo 15 se hacía referencia al *“Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social”*.

El artículo 21 de la Carta Europea prohíbe, asimismo, la discriminación, y al hacer referencia a los diversos motivos que acarrearán la misma, hace referencia a la discapacidad. En este mismo sentido también lo menciona el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 19.

En el año 2000 la Unión Europea aprueba la Directiva 2000/78/CE, que es la Directiva marco sobre la igualdad, menciona la discapacidad como causa de discriminación en el ámbito laboral, a la que se suma la Directiva 2000/43/CE.

Finalmente, en el año 2009, la Unión Europea se adhiere a la Convención de Nueva York de 2006, a través de la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, esta fue presentada ante la ONU el día 23 de diciembre de 2010. En consecuencia, tanto la Unión Europea como sus Estados Miembros forman parte de la Convención.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado el carácter “programático” con el que cuenta la Convención, de modo que no le reconoce efecto directo, sin embargo, sí que cuenta con un evidente carácter interpretativo.

La jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo se ha basado en las discriminaciones sufridas por las personas discapacitadas en el ámbito laboral. En este sentido, cabe hacer alusión a la Sentencia de 18/1/2018 del TJUE (asunto c-270/16), que de acuerdo con CABRA DE LUNA podría suponer una cuestión prejudicial, dado que sienta el criterio de *“que la condición de discapacidad a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva, debiendo el Juez español comprobar si la incapacidad que presenta se corresponde con «una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar*

con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»³⁷”.

España se adhirió al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa en el año 1977, lo que supuso el reconocimiento de todo el catálogo de derechos que se contiene en el convenio, así mismo se somete al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Convenio no contiene una alusión expresa a las personas con discapacidad, por lo que puede extraerse de manera implícita del artículo 14 de Convenio, en el cual se prohíbe la discriminación.

Por consiguiente, cabe destacar la actividad jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos humanos en esta materia.

En el año 2009, el Tribunal reconoció por primera vez que debe de entenderse que el anteriormente mencionado artículo 14 es aplicable también a la discriminación por motivos de discapacidad. Esta interpretación fue utilizada al resolver el asunto “Glor contra Suiza”, asimismo también hizo alusión por primera vez a la Convención de Nueva York de 2006.

Desde ese momento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentó esa interpretación jurisprudencial del artículo 14 que ha ido aplicándose en muchos más casos similares a este. Asimismo, tal y como afirma GARCIA RUBIO la defensa del interés superior de las personas con discapacidad ha sido asumida por el Tribunal de Estrasburgo en STDH de 23 de marzo de 2017, A-M.V. v. Finland³⁸.

3.2.2. En Derecho comparado

El tratamiento que se les ha dado a las personas con discapacidad no ha sido uniforme en los distintos países. En los cuáles, al igual que lo ha hecho el derecho español en este campo, ha ido evolucionando, tratando de adaptar sus regulaciones estatales a lo establecido, sobre este particular, en el Convenio de Nueva York de 2006.

En primer lugar, tomando como referencia a dos países latinoamericanos: Chile y México, podemos señalar que el Código Civil chileno del año 1855, recogió, en su artículo 1446 una redacción similar a la redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889. De modo que indicaba como regla general, la de que todas las personas tenían capacidad, salvo aquellas que

³⁷ CABRA DE LUNA, M. Á., “Comentario sobre la Sentencia de 18/1/2018 del TJUE (Asunto C-270/16) discriminación por razón de discapacidad en el caso de despido de un trabajador por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitente”. *Anales de derecho y discapacidad*, nº3, 2018, pp. 265-267.

³⁸ GARCÍA RUBIO, M.^a P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad,” *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 8,2018, pp. 143-191.

la ley determinara como incapaces en el artículo 1447. Entre los declarados como incapaces se encontraban los dementes, los sordos o sordomudos.

Por su parte, México contaba con el Código Civil Federal de México del año 1928, que en su artículo 450, determinaba a aquellas personas que consideraba incapaces, entre las que se encontraban los menores de edad, así como los mayores de edad disminuidos en su capacidad cognitiva, pese a que puedan contar con los denominados como intervalos lúcidos.

En el Continente Europeo tomaremos por ejemplo a Italia y Reino Unido. En el caso del Código Civil Italiano, este se refería en su artículo 414 tanto a los menores de edad como aquellas personas que, pese a ser mayores de edad, tienen algún tipo de enfermedad mental que les genere incapacidad. Completa este precepto en el siguiente- art. 415-, disponiendo que aquel mayor de edad que sufra una enfermedad mental, de gravedad no muy intensa, puede ser incapacitado en vez de inhabilitado. Añade que también podrán ser incapacitados aquellos por ejemplo que padezcan prodigalidad o, así como personas con problemas con las sustancias alcohólicas o los estupefacientes

Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de abril de 2009, alude a la reforma sufrida por el Código Civil Italiano, a partir de su reforma de 9 enero 2004, a través de la cual se *“distingue dos sistemas de protección: la denominada “amministrazione di sostegno” (artículo 404 Codice civile) y la incapacitación (artículos 414 y ss). La primera se trata de una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; [...] mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses³⁹”*.

Tal y como lo expone ROLDÁN MELCHOR, esta reforma supuso que *“la persona vulnerable deja de ser el sujeto pasivo de los procedimientos relativos a la capacidad pues ella misma puede acudir ante el juez tutelar para ser escuchada [...], para pasar a ser su protagonista⁴⁰”*.

En este sentido, MANGA ALONSO considera que la regulación del Código Civil español guarda grandes similitudes con la regulación contenida en el Codice civile italiano, por ejemplo, el artículo 410 del Codice civile y los 216 y el artículo 269.3 de nuestro CC⁴¹.

³⁹ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

⁴⁰ ROLDÁN MELCHOR, N., *Un año después de la Ley 8/2021: Conclusiones de derecho sustantivo y procesal*. Colex, A Coruña 2022. p. 19.

⁴¹ MANGA ALONSO, M.T., “Incidencia de la convención sobre derechos de las personas con discapacidad en el derecho español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 49,,2019, p.144.

En el caso de Reino Unido se aprobó en el año 2005 la Ley sobre Capacidad Mental, que tiene aplicación en Gales e Inglaterra. Dicha ley trata de aportar las personas mayores de edad que no tienen la capacidad requerida, seguridad a la hora de tomar decisiones. Para ello toma como base cinco principios legales esenciales, entre los que podemos destacar: se presume la capacidad de las personas a menos que se demuestre lo contrario, y las decisiones deben tomarse siempre teniendo en consideración el mejor interés de la persona discapacitada.

Considerando otros ejemplos en Europa, Francia aprobó la Ley “*por igualdad de derechos y oportunidades, participación y ciudadanía de las personas con discapacidad*” de 11 de febrero de 2006 (*Loi 2005-102*), reformada a su vez en el año 2007 por la *Loi 2007-308* de 5 de marzo a través de la cual se modifican ciertos preceptos del Código Civil francés. En Bélgica, la aprobación de la Ley de reforma de los regímenes de incapacidad de 17 de marzo de 2013 supone la adecuación de la legislación belga a los principios dispuestos por la Convención de Nueva York.

En general podemos afirmar que hay países que aún mantienen una regulación poco inclusiva para las personas que sufren discapacidad, como es el caso de México y Chile. Mientras que por su parte Reino Unido, se adelantó con la aprobación de la Ley sobre Capacidad Mental del año 2005, a las bases que un año más tarde se sentarían con la Convención de Nueva York de 2006.

4. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006

En el año 2001 comienza un proceso a fin de elaborar lo que sería la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el día 13 de diciembre de 2006. Dicho proceso se caracterizó porque fue sorprendentemente rápido, tal y como afirma CASTRO-GIRONA, además, se tuvo en consideración en él a las asociaciones de personas discapacitadas⁴².

En palabras de MAYOR FERNÁNDEZ, se trata de una norma jurídica internacional cuyo fin principal es la protección de los Derechos Humanos. De hecho, en el preámbulo se establece que los Estados parte evocan a la Declaración Universal de Derecho Humanos, así

⁴² CASTRO-GIRONA, J.L., *El artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 17.

como a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, ya que en ellos se hace referencia a que dichos derechos y libertades son predicados de todas las personas sin diferenciación⁴³.

De modo que tal y como lo califica CASTRO-GIRONA, se trata de un reconocimiento de los derechos idéntico al que se hace respecto de otras personas, sin embargo, la aplicación que se hace de éstos no es igual, ni tan siquiera con las mismas garantías, a la que se emplea en el caso del resto de personas⁴⁴.

Según MARCOS MARTIN en el preámbulo de la Convención de Nueva York *“se parte de una importante premisa, y que va a ser uno de los hilos conductores de esta Convención que es la existencia de barreras⁴⁵”*.

4.1. Concepto de discapacidad y fines

El artículo 1.1. de la Convención de Nueva York expone los objetivos que se pretenden alcanzar con su aplicación disponiendo que se quiere *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*.

En palabras de MARÍN VELARDE, ésto genera un cambio en el modelo que se venía siguiendo, ya que se comienzan a defender los derechos humanos de la discapacidad, y, por tanto, se despoja del sistema que excluía a las personas a causa de la discapacidad que sufrían. Consecuentemente, esta premisa supone tratar de eliminar todas las barreras existentes para las personas discapacitadas⁴⁶.

La visión de la que parte esta concepción consiste, por tanto, en posicionar a la persona discapacitada en el centro de las decisiones relacionadas con su persona.

El artículo 1.2. de la Convención referido a las personas que se considerarán discapacitadas, establece que son *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo*

⁴³ MAYOR FERNANDEZ, D., . *La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006* (Boletín del Ministerio de Justicia No. 2133, 2011, Ministerio de Justicia. www.mjusticia.es/bmj), p. 3.

⁴⁴ CASTRO-GIRONA, J.L., op.cit., p. 24.

⁴⁵ MARCOS MARTIN, M.T., “La convención internacional sobre Los derechos de las personas con Discapacidad como nuevo prescriptor de las legislaciones internas. Examen y Análisis del artículo 19 de la convención y su alcance, extensión e intensidad en España. Correspondencias y carencias, *Revista de derecho UNED*, nº9, 2011, p.168.

⁴⁶ MARIN VELARDE A., “La discapacidad: su delimitación”, en, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, MUÑIZ, E. (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid 2020 p. 44.

plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

MARÍN VELARDE califica este artículo de restrictivo, dado que limita el ámbito de consideración de las personas que deben entenderse como discapacitados, asimismo considera que la definición de discapacitado que nos ofrece está compuesta por dos dimensiones, una biológica que es la deficiencia, y otra social que es la barrera⁴⁷. De modo, que la postura que se mantenía antes obviaba la separación entre las dos dimensiones.

Por consiguiente, el fin último de la Convención es tratar de eliminar las barreras existentes para las personas discapacitadas. Asimismo, el modelo que implementa la Convención es el social.

Las herramientas que propone la Convención para alcanzar los objetivos son: los ajustes razonables y el diseño universal. Ambos términos son definidos en el artículo 2 de la Convención, Así, entiende por ajuste razonable aquellas: *“modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.*

Mientras que, por diseño, aquel *“diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. [...] no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”.*

Tal y como asevera CASTRO-GIRONA, mientras que los ajustes razonables aluden a un sujeto de manera individualizada, es decir, a ese caso en particular, el diseño de universal se dirige a todas aquellas personas discapacitadas, y que por ende se les dote de los apoyos necesarios⁴⁸.

4.2. Reconocimiento de la personalidad jurídica: Artículo 12

El artículo 12 de la Convención de Nueva York, estipula el derecho de las personas discapacitadas a que se les reconozca su personalidad jurídica, así como la correlativa imposición a los Estados parte de legislar a fin de que las personas discapacitadas puedan llevar a cabo el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre con respeto a sus preferencias, así como deseos.

⁴⁷ MARIN VELARDE A., op-cit., pp. 45.

⁴⁸ CASTRO-GIRONA, J.L., op.cit., p.26.

Sin embargo, en ningún momento la Convención menciona el interés de la persona discapacitada, lo cual no supone que quede relegado por detrás de sus deseos o preferencias, pese a no ser coincidentes con su interés.

El artículo 12 en su apartado segundo dispone que los Estados parte deberán de reconocer *“que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*. Este artículo despertó ciertas dudas al referirse a “capacidad jurídica”, en sentido estricto cualquier persona independientemente de sus circunstancias posee capacidad jurídica. Esto es algo admitido de manera general, por lo que, tal y como señala SERRANO GARCÍA, debemos entenderlo en el sentido que ha venido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es decir, que la incapacitación suponía *“la muerte civil y social de la persona incapacitada”*⁴⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional había hecho mención ya a la capacidad jurídica, así como la capacidad de obrar, antes incluso de que se produjera la elaboración de la Convención de Nueva York de 2006.

En este sentido, el Tribunal Constitucional se ocupó de estos dos términos precisando que *“el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”*⁵⁰.

Por ende, la incapacitación de una persona solamente podía ser determinada por sentencia judicial y siempre que concurriera una de las causas dispuestas por el Código Civil, y respetando rigurosamente el proceso establecido.

Consiguientemente, como ya es sabido la personalidad supone que el sujeto posee capacidad jurídica desde que nace hasta que fallece. De manera, que cuando la Convención de Nueva York hace referencia a la “capacidad jurídica”, se refiere tanto a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar.

⁴⁹SERRANO GARCÍA I, “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad,” en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, MUÑIZ ESPADA, E. (Dir.) Wolters Kluwer, Madrid 2020, p. 75.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 octubre de 2002.

El apartado cuarto del artículo 12 menciona las medidas que deben tomar los Estados parte para alcanzar los fines dispuestos, necesariamente, estas serán en todo caso proporcionadas y aplicadas con la mayor brevedad posible. Además, se requiere la ejecución de exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial con total independencia e imparcialidad.

En todo caso, la Convención parte de que la persona discapacitada posee capacidad plena, pese a esto, puede que en ciertas ocasiones requiera de apoyos para ejercer dicha capacidad. Consiguientemente, se desecha cualquier modelo restrictivo para la persona discapacitada.

Asimismo, la Convención impone a los Estados parte la disposición de mecanismos para tratar de respetar que la toma de decisiones se realice, verdaderamente, primando la voluntad del discapacitado. No obstante, surgirán casos en los que la persona discapacitada no pueda expresar sus preferencias, o su voluntad, como sucede en el supuesto de una persona que se encuentre en coma, debiéndose proteger su voluntad tomando en consideración las preferencias que hubiese expresado con anterioridad a terceros, o su trayectoria vital.

4.3. Sistema de apoyos y principios inspiradores

La Convención no ofrece un sistema de apoyos predeterminado, sino que atribuye a los diferentes países la facultad de disponer este sistema en cada una de sus legislaciones. No obstante, cabe destacar que el artículo 4.3. de la Convención, así como la letra o) del Preámbulo, imponen a los Estados la participación de personas discapacitadas en aquellos *“procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afecten directamente”*.

En palabras de CASTRO-GIRONA, el sistema de apoyos debe de caracterizarse por ser *“gradual, complejo, diverso, respetuoso con los deseos, preferencias y voluntad de las personas con discapacidad, abierto, amplio y presidido por los derechos”⁵¹*.

Asimismo, deben de garantizarse una serie de cautelas para evitar que puedan perpetrarse abusos o imposiciones a las personas discapacitadas en el momento de la toma de decisiones. Estas precauciones deben ir indudablemente unidas a las medidas de apoyo para así conseguir que se respete la voluntad de la persona.

En relación con los principios que incorpora la Convención, cabe destacar en primer lugar los contenidos en el apartado 4 del artículo 12 cuando dispone *“los derechos, la voluntad y las*

⁵¹ CASTRO-GIRONA, J.L., op.cit., p. 32.

preferencias de la persona, que estén libre de conflictos de intereses e influencias indebidas, sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”.

El artículo 3 de la Convención por su parte, insta, en su letra a), “los principios generales”: *“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”*. Asimismo, incluye otra serie de principios como *“la no discriminación”* en la letra b), o *“el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”* en la letra d).

De igual modo, en el artículo 5 de la Convención, desarrolla el principio de igualdad y no discriminación *“Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”*.

A través del sistema de apoyos, y del conjunto de principios que le inspiran, se pretende lograr la igualdad efectiva de las personas con discapacidad. Por consiguiente, el artículo 12 de la Convención, en su párrafo tercero, exige a los Estados parte facilitar a las personas discapacitadas aquellos apoyos que requieran para poder ejercitar su capacidad jurídica.

Este “apoyo”, al que se refiere el artículo 12, puede graduarse con diferente intensidad, así como diversos tipos y variantes. Esto supone que el apoyo se transformará dependiendo de la persona a la que se refiera y sus necesidades.

4.4. Ratificación por España

El 21 de abril de 2008 España firma la Convención de Nueva York de 2006, así como el Protocolo facultativo de la misma, entrando en vigor el día 3 de mayo de 2008.

En consecuencia, una vez ratificada y publicada en el Boletín Oficial del Estado, ésta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico español, lo que implica que las normas en ella contenidas deben de aplicarse directamente en España, tal y como dispone el artículo 96 de la Constitución Española de 1978.

Este instrumento sirve como criterio interpretativo para los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución Española de 1978, de acuerdo con el artículo 10.2. de la misma. La aprobación de la Convención supuso un debate por parte de la doctrina acerca de las disposiciones contenidas en ella.

De igual modo, debe de tenerse en cuenta que la Constitución de 1978 contiene en su artículo 49 un mandato a los poderes públicos *“realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación*

e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Dicho artículo podemos enlazarlo, tal y como plantea MAYOR FERNÁNDEZ, con el artículo 1.1. de la Constitución de 1978, que fija los llamados valores superiores del ordenamiento jurídico, como son: la libertad, igualdad justicia y el pluralismo político, todos ellos dan lugar a nuestro Estado Social y Democrático de Derecho⁵².

No obstante, debemos de reconocer que, antes incluso de la aprobación de la Convención de Nueva York de 2006, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ya había aceptado, en el año 1999, el principio de la dignidad de la persona así como el principio de protección del presunto incapaz, al disponer que *“implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial”*⁵³.

Con posterioridad a la Convención, nuestro Tribunal Constitucional asumía que *“el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”*⁵⁴.

Cabe mencionar que, asimismo, la Unión Europea se adhirió en el año 2009 al Convenio de Nueva York de 2006, con lo cual sus Estados Miembros se adhirieron de igual manera. No obstante, España ya lo había ratificado con anterioridad.

De acuerdo con CASTRO-GIRONA, la ratificación de la Convención produce un doble efecto, por una parte, se genera un efecto de índole interpretativa, dado que los operadores jurídicos deben llevar a cabo la interpretación del ordenamiento jurídico de acuerdo con lo dispuesto por la Convención. Mientras que, por otra, se impone a los Estados parte la exigencia de llevar a cabo una adecuación de sus normas a lo previsto en la Convención⁵⁵.

⁵² MAYOR FERNÁNDEZ, D., op. cit., p. 4.

⁵³ Sentencia 738/1999 del Tribunal Supremo, de 16 de septiembre de 1999.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011, de 14 de febrero de 2011.

⁵⁵ CASTRO-GIRONA, J.L., op. cit., p. 18.

En este sentido, el artículo 4 de la Convención, impone una serie de obligaciones a los estados parte de la misma, entre las que se encuentra la revisión de la legislación de los Estados parte que contraríen la Convención.

La jurisprudencia ya aludida del Tribunal Supremo consideró, refiriéndose a la incapacitación que *“no es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas.”* Por consiguiente, el Alto Tribunal afirma que *“en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad”*⁵⁶. No obstante, en el año 2011, se elabora un Informe sobre España por el Comité de las Naciones Unidas, en él los resultados arrojados suponían que las personas discapacitadas seguían encontrándose discriminadas. En consecuencia, la legislación española en esta materia era manifiestamente inadecuada.

Ya en ese momento el Comité de las Naciones Unidas expresaba su preocupación ante la falta de adecuación de la legislación española a los requerimientos de la Convención. Aún se seguía manteniendo un sistema de sustitución en vez del sistema de apoyos, que fuese respetuoso con la autonomía, la voluntad, así como las preferencias de la persona discapacitada.

Es cierto que se han sucedido distintas leyes a fin de tratar de conseguir una mayor adaptación de la regulación, por ejemplo, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad; o el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención de Derechos de Personas Discapacitadas.

De igual manera, se han sucedido una serie de reformas en relación con normas en concreto, entre ellas cabe aludir a la Ley Orgánica 1/2017, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin excusiones; la Ley 4/2017, en relación con el derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, conforme a la nueva redacción dada al art. 56.2 del Código Civil; la Ley Orgánica 3/2018, de protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales; o la Ley 2/2020, de eliminación de la esterilización

⁵⁶ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009

forzosa o no consentida de personas con discapacidad con grave trastorno psíquico previamente incapacitadas.

Estas normas resultan ser, sin duda alguna, los primeros pasos para tratar lograr la armonización de la regulación española a los principios de la Convención, no obstante, ninguna de ellas, se encargó de modificar el régimen vigente.

4.5. Jurisprudencia a partir de su entrada en vigor

Tras la ratificación de la Convención de Nueva York de 2006 por España, la regulación tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debían ser aplicadas teniendo en consideración los principios de los que partía la Convención.

Dado el retraso legislativo en la elaboración de una ley que adaptara la regulación a los nuevos principios implantados, los tribunales fueron elaborando jurisprudencia a fin de adecuar la legislación española al régimen instaurado por la Convención.

Una de las resoluciones más paradigmáticas fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, que parte de la idea de que la regulación española en ese momento era conforme a los principios concretados con la Convención de Nueva York de 2006. Los hechos de esta sentencia versan principalmente acerca del caso de una mujer, Victoria, ya de entrada edad, la cual poseía un patrimonio de relevante valor, ella fue persuadida por tres de sus hijos para abandonar la finca. Cabe destacar que dicha mujer había otorgado un poder general a sus hijos, el cual les habilitaba para llevar a cabo actos de administración y disposición sobre el patrimonio de su madre. Sus otras dos hijas, a la vista de que su madre no era apta para encargarse de su propio autogobierno, decidieron instar ante los tribunales un proceso de incapacitación disponiendo una serie de limitaciones, así como proponiendo a otra de sus hijas, Flor o aquella persona que se pudiera considerar como más adecuada, como representante legal de su madre.

Los tres hijos que contaban con el poder general se opusieron a la demanda en nombre y representación de su madre, por consiguiente, pidieron la desestimación de las pretensiones de sus hermanas y que por tanto no se declarara la incapacitación, o que se designara como representante de su madre a cualquiera de los tres hijos con poder general.

La sentencia en primera instancia señaló que Doña Victoria era *“incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio”*, y en ese sentido dispuso como tutoras de modo solidario a su hija Flor y a Ariadna, otra de

sus hijas la cuál era apoderada de su madre, asimismo nombró tutor de sus bienes a un tercero no interviniente en el proceso⁵⁷.

Frente a dicha sentencia, Doña Victoria a través de sus tres hijos apoderados, interpuso un recurso de apelación, a su vez su hija Flor también planteó el citado recurso. Ambos fueron resueltos y desestimados por la Audiencia Provincial, confirmando, así, la sentencia dictada en primera instancia.

Por consiguiente, los tres hijos apoderados de Doña Victoria decidieron en nombre de su madre, interponer un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cuál decidió determinar la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en la que desestimaba las pretensiones de los recurrentes y confirmaba la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, el Tribunal Supremo ordenó restaurar las actuaciones al momento antes de que fuera dictada la sentencia por la Audiencia Provincial, y así imponer el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 759.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, llevar a cabo la práctica en apelación de las pruebas necesarias para poder decidir acerca de la incapacidad o no de Doña Victoria.

Una vez practicadas las pruebas, la Audiencia Provincial decidió confirmar su fallo inicial, pero suprimir del mismo la consideración de “solidariamente”. Es decir, declaró a Flor y Ariadna, hijas de Doña Victoria, como tutoras de esta para su ejercicio de manera conjunta.

Finalmente, los tres hijos que contaban con poder general decidieron plantear en nombre de su madre, los recursos de infracción procesal y de casación ante el Tribunal Supremo, el cuál falla desestimando ambos.

En esta sentencia, la Sala primera del Tribunal Supremo en pleno determinó los criterios de interpretación de la legislación tras la ratificación de la Convención, por consiguiente, dispuso en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia 282/2009 de 29 de abril de 2009: *“Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacidad”*

Antes de entrar a examinar los diversos motivos del recurso de casación esta Sala debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el Código civil, a partir de la

⁵⁷ Sentencia 2362/2009 del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2009.

reforma de 1983. La cuestión interpretativa que plantea la Convención se centra en su Art. 12.⁵⁸. De modo, que el objeto del presente recurso se refería a la validez de las normas dispuestas en el Código Civil relativas a la incapacidad, tras la ratificación de la Convención de Nueva York de 2006.

Igualmente, el Tribunal Supremo fija dos premisas para poder interpretar la regulación del Código Civil a la luz de los principios dispuestos por la Convención de Nueva York de 2006:

“1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”⁵⁹.

En palabras de MORENO JIMENEZ, dos son los puntos fundamentales que sentó esta sentencia, por un lado *“el reconocimiento de la capacidad jurídica de todo sujeto, en régimen de absoluta igualdad”*, y por otro lado *“la incapacitación total como medida de carácter extraordinario siempre en protección de la persona y siempre revisable”⁶⁰.*

A partir de esta sentencia del año 2009, todas las demás del Tribunal Supremo han seguido este planteamiento, así, la Sentencia de 24 de junio de 2013, cuando dispone que *“procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12⁶¹”*.

En palabras de MANGA ALONSO, esta sentencia supone determinar *“la curatela como el medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención”⁶².*

⁵⁸ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

⁵⁹ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

⁶⁰ MORENO JIMENEZ, B., op. cit., pp. 117-119.

⁶¹ Sentencia 421/2013, del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013,

⁶² MANGA ALONSO, M.T., op. cit., p.144.

De igual manera, el Tribunal Supremo ha admitido en consonancia con los principios dispuestos por la Convención, que debe de tenerse en consideración las preferencias de la persona discapacitada, dado que *“voluntad y preferencia de la persona que constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate”⁶³*.

En consecuencia, si ese sujeto previamente había dispuesto una persona para que ejerciera el cargo de curador, debe de respetarse su voluntad y por consiguiente cumplir sus preferencias.

Por otra parte, SANCHEZ GOMEZ considera que el Tribunal Supremo ha sufrido una evolución en sus pronunciamientos a partir del año 2016, dado que ha evolucionado hacia el novedoso sistema de protección que disponía la Convención. Por ende, desecha sus afirmaciones contenidas en la sentencia de 29 de abril de 2009, y, en consecuencia, opta *“de una manera palmaria por los términos «apoyo» o «sistemas de protección», frente al de incapacidad y dando prioridad a la curatela, salvo para los actos personalísimos”⁶⁴*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha defendido el denominado “traje a medida”, consistente en tener *“un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones”⁶⁵*

En relación con la idea de el “traje a medida”, también se había pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias anteriores, aseverando que *“la incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas”⁶⁶*.

Consiguientemente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado las bases interpretativas de nuestra regulación en esta materia hasta la reforma del año 2021.

⁶³ Sentencia 337/2014, del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014.

⁶⁴ SANCHEZ GOMEZ, A.,” Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil* n.º. 5,2020, p.410.

⁶⁵ Sentencia 2573/2016, del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016

⁶⁶ Sentencia 244/2015, del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015.

4.6. Adaptación de la regulación a partir de la Ley 8/2021

En el momento en el que se ratifica la Convención de Nueva York de 2006, surgen tres posturas acerca de la necesidad, o no, de adecuar la legislación española a las exigencias de la Convención.

En primer lugar, cabe mencionar la perspectiva que considera que la regulación española es adecuada a los principios de la Convención, y, por consiguiente, no se precisa modificación alguna. Esta postura fue abogada por el nuestro Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia 282/2009, de 29 de abril de 2009, dado que consideraba que la curatela podría emplearse como herramienta para lograr aplicar los principios de la Convención.

No obstante, el Tribunal Supremo también mencionaba que, en caso de que se precisara la adaptación de la regulación a los nuevos principios impuestos por la Convención, debía ser el legislador quien se encargara de ello, estableciendo que: *“cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección”*⁶⁷.

Seguidamente, cabe mencionar una segunda tendencia, que es la relativa a la posibilidad de aplicar directamente la Convención de Nueva York y por encima del resto del ordenamiento jurídico. De acuerdo con esta postura, no se precisa reforma alguna porque se salva aplicando la Convención de manera directa, por consiguiente, todas aquellas normas hasta el momento vigentes que contraríen los principios de la Convención se deben de entender derogadas.

En consecuencia, los tribunales debían de resolver e interpretar las normas de acuerdo con los principios dispuestos por la Convención.

Y finalmente, la tercera y última postura, relativa a la necesidad de reformar nuestra regulación, para así poder sortear las restricciones emergentes del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, así como los sistemas sustitutivos como la tutela. En base a esta tendencia, en el año 2021 se aprueba la reforma de la regulación a fin de alcanzar su adecuación.

Sin embargo, antes de la aprobación de la Ley 8/2021, la jurisprudencia venía admitiendo el uso de la tutela en caso de que se tratara de una incapacitación total, mientras que la curatela se percibe con mayor flexibilidad, y se consideraba idónea para aquellas incapacitaciones

⁶⁷ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

parciales. Esta postura ha sido defendida por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia 341/2014, de 1 de julio de 2014.

El retraso legislativo para poder adaptar la regulación a las exigencias dispuestas por la Convención de Nueva York de 2006, fue resuelto por la jurisprudencia, pero solo de modo temporal. Esto fue debido a que la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo instauró la necesidad de que el Gobierno remitiera a las Cortes un proyecto de ley *“reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención”*.

En consecuencia, el día 3 de junio de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado 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. El periodo de *vacatio legis* se fija en su Disposición final tercera, donde se establece que su entrada en vigor se producirá tres meses después de su publicación. Por ello esta Ley entró en vigor el día 7 de septiembre de 2021.

Cabe destacar, tal y como afirma SANCHEZ GÓMEZ, que los criterios pautados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sirvieron de base para la elaboración de dicha ley⁶⁸.

Desde ese momento se produce una profunda reforma, consistente en adaptar el régimen contenido en los títulos IX (“De la incapacitación”) y X (“De la tutela y curatela de los menores e incapacitados”) del Código Civil, así como la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria, y la Ley del Registro Civil. Estas alteraciones suponen una serie de consecuencias como alteraciones terminológicas, o la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

En palabras de ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, esta reforma se sustentó sobre la premisa de *“que todas las personas no solo tienen la misma capacidad jurídica, sino que también han de tener la posibilidad de ejercerla”*⁶⁹.

4.6.1. Modificaciones ocasionadas como consecuencia de la reforma

En primer lugar, la mención de “tutela” pasa a estar reservada únicamente para los menores de edad, de modo que cuando se aplique a personas mayores de edad recibirá la denominación de “curatela”. Sin embargo, cabe mencionar que el Tribunal Supremo en

⁶⁸ SANCHEZ GOMEZ, A., op.cit., p.412.

⁶⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)” *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 102, pp. 24-29.

sentencia de 4 de noviembre de 2015, ya había descartado la posibilidad de emplear la rehabilitación de la patria potestad dado que se trataba de una institución que por su gran alcance entraba en conflicto con los principios de la Convención.

De modo que, en palabras de SERRANO GARCIA, *“el instituto protector por autotutela”* va a ser la curatela⁷⁰.

La curatela va a ser precisada de modo subsidiario a las posibles medidas de apoyo que hubiesen sido designadas con anterioridad por la persona ahora discapacitada. Esta mención a la auto curatela puede ser considerada en sentido positivo en cuyo caso el sujeto habrá determinado que con que apoyos quiere contar, o en sentido negativo, aclarando cuales son los apoyos de los cuales quiere prescindir.

No obstante, cabe mencionar que nuestro Tribunal Supremo había tenido ocasión de pronunciarse acerca de la denominada anteriormente “autotutela”, hoy “autocuratela”, entendía que se trata de *“una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad de las personas, [...], que consagra el art. 223 párrafo segundo del CC, que permite a una persona, con capacidad, notarialmente aseverada, al exigirse el otorgamiento de documento público notarial, que designe expresamente a quien ha de velar por su persona y bienes, ante la eventualidad de que se vea imposibilitada de hacerlo por sí misma, requiriendo los apoyos correspondientes propios de la curatela, o, en su caso, el sometimiento al mecanismo más severo de la tutela; es decir exteriorizar su preferencia sobre la concreta persona o personas que se encargarán de su cuidado, excluir expresamente a otras, o refutar la tutela institucional”*⁷¹.

Además, tras la modificación del artículo 271 del Código Civil, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 2 de noviembre de 2021.

Asimismo, se cambia el nombre del “proceso de capacidad” por “procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”.

En relación con la regulación anterior a la reforma del año 2021 del proceso, autores como ALVENTOSA DEL RIO, se hicieron eco acerca de los problemas que planteaba esta

⁷⁰SERRANO GARCÍA, I., “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, MUÑIZ ESPADA, E. (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid 2020, p. 82.

⁷¹ Sentencia 2820/2019, del Tribunal Supremo, de 17 de septiembre de 2019.

regulación afirmando que *“tiene vacíos legales pues son muchas las cuestiones que se plantean en la práctica y al que el procedimiento no da respuesta”*⁷².

Sin embargo, la consecuencia más paradigmática de la reforma es la eliminación de la incapacitación, ésta supone que ya no se denomine “incapacitados” a los sujetos sino “personas con discapacidad”. Sin embargo, tal y como afirma SERRANO GARCIA, antes de la reforma del año 2021, ya se había desechado la mención de “incapacidad” e “incapacitación” por “modificación judicial de la capacidad”. Consiguientemente, se produce la supresión del estado civil de incapaz. En este sentido se pronunciaban los informes elaborados por el Consejo de Estado, así como por el Consejo General del Poder Judicial⁷³.

Fruto de esta modificación, también se ha producido la desaparición de la patria potestad prorrogada, así como la rehabilitada, por ende, si el menor requiere apoyos debido a que se trate de una persona discapacitada, un año antes de que cumpla la mayoría de edad, se debe requerir que se le adjudiquen aquellos apoyos que precise.

En relación con la guarda de hecho, esta nueva regulación le atribuye facultades representativas, sin que se requiera hacer uso del procedimiento de provisión de apoyos.

En cuanto a los sujetos a los que se les va a aplicar, la reforma no menciona expresamente quienes son, de modo que surgen dos posibilidades para tratar de solventar esta laguna: a) la de quienes, como SERRANO GARCIA, consideran que probablemente se refiera a aquellas personas que lo requieran; y b) acudir a la especificación de estos sujetos que especifica el art. 1 de la Convención de Nueva York de 2006.⁷⁴

4.6.2. Jurisprudencia a consecuencia de la reforma

La primera sentencia emitida por el Tribunal Supremo, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, fue la Sentencia 589/2021 de 8 de septiembre de 2021. En un primer momento, a la Sala Primera del Tribunal Supremo se le presenta una duda bastante problemática relacionada con el momento en el que se debe dictar la sentencia. Cabía la posibilidad de sentenciar en la fecha que había sido fijada primeramente para la votación y fallo del recurso, el día 27 de mayo de 2021; o postergarlo a la fecha en que finalmente se falló, el día 14 de julio de 2022. La diferencia entre optar por una u otra fecha estriba en que, si se hubiese

⁷² ALVENTOSA DEL RIO, J., “Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 10, 2019, p. 244.

⁷³ SERRANO GARCÍA, I., op.cit., p. 80.

⁷⁴ SERRANO GARCÍA, I., op.cit., p. 83.

escogido la primera fecha, el fallo se debería haberse basado en la normativa del Código Civil, que en aquel momento se encontraba en vigor. No obstante, de acuerdo con la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 8/2021, a fin de garantizar la incorporación del nuevo régimen de provisión de apoyos, requiere que sea efectuada la revisión de todas las tutelas y curatelas que se encontraran vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley.

Por consiguiente, tal y como afirma MORENO FLOREZ, *“carecía de sentido resolver de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sabiendo que, necesariamente, lo resuelto iba a ser revisado en breve tiempo y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos”*⁷⁵.

En este mismo sentido se ha pronunciado BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO afirmando que en esta sentencia el Tribunal Supremo *“aprovecha la oportunidad única de contrastar el resultado de la nueva regulación con el de la anterior sobre un mismo supuesto, al tiempo que ofrece una primera lectura jurisprudencial del nuevo sistema de provisión de apoyos previsto para garantizar la igualdad de las personas discapacitadas en el ejercicio de sus derechos con respecto a las personas no discapacitadas”*⁷⁶.

En la primera fecha en la que se reúne la Sala Primera del Tribunal Supremo, la Ley 8/2021 se encontraba finalizada la tramitación parlamentaria, asimismo la Disposición Transitoria 6ª era relativa a los procesos en tramitación y establecía que *“Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”*. Por consiguiente, la decisión que debía tomar el Tribunal Supremo se encontraba condicionada.

La sentencia muestra el contraste entre la regulación anterior y la nueva a partir del caso en concreto que le concierne. El Juzgado de Primera Instancia falla imponiendo al sujeto discapacitado la institución de la tutela, recayendo esta sobre la Comunidad Autónoma del principado de Asturias. Posteriormente, ésta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Oviedo ante la interposición de un recurso de apelación. No obstante, afirma MORENO FLOREZ, que la interposición de la tutela a posteriori se aprecia como excesiva,

⁷⁵ MORENO FLOREZ R.M., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, 2022, pp. 149.

⁷⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 118, 2022, pp. 315-126.

por lo que la curatela hubiese sido la opción más acertada, tal y como había requerido el Ministerio Fiscal, basándose en los principios de necesidad, flexibilidad, temporalidad⁷⁷.

En consecuencia, el Tribunal Supremo podía decantarse por dos opciones distintas: a) escoger una serie de apoyos puntuales para la persona; b) u optar por la curatela a la que aludía el Ministerio Fiscal. Las instituciones de tutela y curatela que habían sido empleadas hasta el momento han sido desplazadas por la curatela, por ende, debe ser la resolución judicial la que fije su contenido, así como la amplitud, de acuerdo con el supuesto en concreto, considerando las circunstancias y los requerimientos de apoyo de la persona con discapacidad.

Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO alude a que a la hora de tener que escoger entre una u otra medida entran *“en juego la inviolabilidad del domicilio y la intimidad cuando se permite que el curador pueda proceder en la forma necesaria para entrar en la vivienda de la persona discapacitada sin contar con su consentimiento con el fin de limpiarla y ordenarla”*⁷⁸. Es el juez quién debe escoger la medida más adecuada para la persona, salvo que esta hubiese designado previamente los apoyos, a través de la ahora denominada *“autocuratela”*. En palabras de MORENO FLOREZ, *“desaparecida de la normativa vigente la capacidad de obrar, debemos centrarnos en el ejercicio de la capacidad como reflejo de la capacidad jurídica y como sinónimo, en muchas ocasiones, de capacidad de tomar decisiones por la persona con discapacidad”*⁷⁹.

El Tribunal Supremo asumió en el caso concreto que *“hay que evaluar si las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona y están proporcionadas a esas necesidades; si respetan la máxima autonomía de Dámaso en el ejercicio de su capacidad jurídica; y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias”*⁸⁰.

En el presente caso, cabe mencionar que la persona discapacitada había manifestado su rechazo a la medida impuesta, por consiguiente, se presentaba ante el Tribunal Supremo la duda de si debía respetarse la negativa de la persona discapacitada, y por ende no imponer apoyos, o si, pese a ello, se debía adoptar las medias que fueran precisas basándose en el interés superior de esta persona. Los argumentos a favor de la postura de respetar el derecho de la persona discapacitada a rechazar los apoyos se fundan en la Observación General núm.

⁷⁷ MORENO FLOREZ R.M., op.cit., p. 150.

⁷⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021”, cit., pp. 315-126.

⁷⁹ MORENO FLOREZ R.M., op. cit., p. 152.

⁸⁰ Sentencia 589/2021 del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021

1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dispone de manera rotunda que: *“la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”⁸¹*.

Sin embargo, la Ley 8/2021 no reconoce a las personas discapacitadas el derecho a rechazar apoyos, pero deberá en todo caso atenderse a las circunstancias cognitivas concretas de cada persona.

En relación con la posibilidad de expresar las preferencias o deseos por parte de la persona discapacitada, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA afirma que para expresar *“una verdadera voluntad es necesario comprender la información relevante para la decisión, retener esa información, utilizar o sopesar dicha información como parte del proceso de toma de decisiones, y comunicar la decisión”⁸²*. Asimismo, denomina esta posibilidad de tomar en consideración las preferencias de la persona discapacitada, como el “derecho a equivocarse”.

Por otra parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO defiende que *“en muchas ocasiones la medida de protección tendrá que adoptarse contra la voluntad de la persona discapacitada a la que se quiera proteger, o incluso prescindiendo totalmente de ella por no ser posible conocerla o conocerla con certeza, o en las condiciones adecuadas, anteponiendo siempre a todo lo demás el propósito de protección que se pretende”⁸³*.

En este sentido ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, hace alusión al artículo 42 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, el cual hace referencia a la posibilidad de acudir a un juicio verbal especial en caso de que la persona discapacitada se oponga y en consecuencia se deba poner fin al expediente. Por ende, “la oposición no excluye en todo caso el establecimiento de medidas de apoyo”⁸⁴.

Finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo falla determinado que, pese a la negativa vertida por la persona discapacitada, el tribunal debe aplicar los apoyos que considere oportunos argumentando que *“no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”⁸⁵*.

⁸¹Observación General núm. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

⁸² ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., op. cit., pp. 24-29.

⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., op. cit., pp. 315-126.

⁸⁴ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., op. cit., pp. 24-29.

⁸⁵ Sentencia 589/2021 del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021

Seguidamente, la sentencia se dedica a determinar el alcance, así como la amplitud que poseen la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad en aquellos casos en los que no ha determinado previamente los apoyos, por lo que será el juez quien deba fijarlos. No obstante, hay personas que sufren una discapacidad psíquica, las cuáles en ciertas ocasiones no van a poder conformar su voluntad o preferencias, a diferencia de aquellas personas que sufran una discapacidad física.

Cuando el juez competente tiene que decidir sobre que apoyos imponerle a una persona, debe valorar la necesidad concurrente para adoptar esas medidas en ese caso en concreto. Tal y como afirma MORENO FLOREZ, *“la medida de apoyo no viene determinada tanto por la necesidad de proteger a esa persona, como de facilitarle el ejercicio de su capacidad”⁸⁶*.

En el caso que concierne a la Sala Primera, esta determina en su Fundamento Jurídico cuarto, ajustándose al Informe aportado por el Ministerio Fiscal, que *“en realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».*

«Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, [...] puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. [...] pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos [...] existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación”⁸⁷.

⁸⁶ MORENO FLOREZ R.M., op.cit.,p. 155.

⁸⁷ Sentencia 589/2021 del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021

En relación con este argumento ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA afirma “*que se trata de un argumento teleológico interpretando que la Ley pretende la protección de la dignidad de la persona con discapacidad*”⁸⁸”.

Todo lo expuesto en este Fundamento Jurídico, puede considerarse la aseveración más polémica de la sentencia, dado que el Tribunal Supremo ofrece una interpretación novedosa al anteponer el interés de la persona, a sus preferencias o su voluntad en ciertos casos.

Asimismo, debe considerarse el artículo 249 CC cuando se refiere a que en el desempeño de las funciones representativas se debe de tener en consideración “*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*”.

En palabras de ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, la aplicación de este artículo al caso que nos concierne significa que “*si antes de sufrir ese trastorno la persona tenía costumbres de higiene ordinarias y habría tenido conciencia de los olores y los riesgos, la decisión a tomar por el curador -o defensor judicial- representativo es la aplicación de esas reglas ordinarias de higiene*”⁸⁹”.

Por consiguiente, esto supone que el Tribunal Supremo tendrá en consideración la decisión que hubiese sido acertada para la persona discapacitada en caso de que no sufriera ese trastorno que le impide decidir.

En relación con la auto curatela, nuestro Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de 2 de noviembre de 2021, precisando cuales son los rasgos que sirven para definir de modo jurídico la auto curatela:

- i) [...] un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral;*
- ii) Es personalísimo, pues pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce [...];*
- iii) Es un negocio jurídico inter vivos, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad [...]*
- 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);*

⁸⁸ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., op.cit., pp. 24-29.

⁸⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., op. y loc., cit.

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 párrafo segundo del art. 272 del CC;

vi) Es revocable [...];

vii) Inscribible en el 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 cargo⁹⁰.

El apartado v) de la sentencia del Tribunal Supremo alude la posibilidad de que el juez decida la elección de otro curador, distinto al designado previamente por la persona discapacitada obviando así la auto curatela siempre y cuando sea llevado a cabo “mediante resolución motivada, por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias”.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia ha cumplimentado este requisito de especial motivación en su sentencia de 16 de septiembre 2021, contraviniendo de manera justificada así la voluntad manifestada por la persona discapacitada.

En consecuencia, cabe apreciar que la jurisprudencia ha ido determinando el alcance de la nueva reforma y tratando de aclarar las dudas surgidas como consecuencia de su entrada en vigor y del cambio de paradigma que supone.

4.6.3. Conclusiones

Transcurrido un año y medio, tras la aprobación de la Ley 8/2021 tanto la doctrina como los operadores jurídicos se han manifestado acerca de la efectividad de esta ley, así como si se han alcanzado los objetivos pretendidos. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO afirma que la ya expuesta sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 “es prueba concluyente de que con la regulación de la tutela y de la curatela introducida en el Código por la Ley 13/1983, vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se podía alcanzar la misma protección de dichas personas⁹¹”.

⁹⁰ Sentencia 734/2021, del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2021

⁹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., op. cit., pp. 315-126.

Sin embargo, hay otras posturas al respecto como ROLDÁN MELCHOR que considera necesaria la reforma, dado que con ella *“se pretenden eliminar restricciones a las facultades procesales de las personas con discapacidad, para así dejar de ser meros espectadores y pasar a ser sujetos activos en un proceso que afecta directamente a su capacidad”*⁹².

Pese a ello, ROLDÁN MELCHOR también enuncia una serie de fallos que, según su parecer, presenta la nueva reforma: en primer lugar, alude a la necesidad de que se lleve a cabo una *“formación de las entidades públicas y privadas para que las diversas figuras de apoyos no judiciales puedan actuar eficazmente”*; y, en segundo lugar, menciona que el interés profesado en que los procesos para la provisión de apoyos se tramiten preferentemente *“cboca con la alta probabilidad estadística de que la persona con discapacidad que acude al juzgado muestre su oposición a la entrevista”* lo cual supone que se dilate el proceso, dado que lo convierte en contencioso⁹³.

5. PROCESO SOBRE LA ADOPCION DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La regulación relativa al procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad se encuentra en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los denominados procesos especiales. Estos procesos tienen por finalidad tutelar derechos determinados, a diferencia de los procesos generales que protegen la totalidad de derechos.

El Título primero de este Libro IV, se venía denominando *“De proceso de capacidad, filiación, matrimonio y menores”*, sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, su artículo 4.6., lo ha renombrado bajo la siguiente rúbrica: *“De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”*.

Haciendo un inciso diremos que La jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo entendió sobre este particular que *“el juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva*

⁹² ROLDÁN MELCHOR, N., op. cit., p. 81.

⁹³ ROLDÁN MELCHOR, N., op.cit., p. 82.

*protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica*⁹⁴”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional consideró que *“la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidas legalmente que, [...], se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contraria al art. 24.2 CE*⁹⁵”.

El primer Capítulo de los que se compone este Título comprende las disposiciones generales de este tipo de procesos. El Capítulo segundo denominado *“De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”* está dedicado a los procesos sobre la capacidad de las personas cuyo encabezado ha resultado modificado por el artículo 4.12. de la Ley 8/2021.

El Capítulo segundo recoge los artículos del 756 a 763 de la LEC, referidos a aquellas personas que, por distintas circunstancias, requieran de los apoyos precisos para poder llevar a cabo ciertos actos. No obstante, cabe recordar que tras la citada reforma ya no se les denomina incapacitados sino discapacitados, reconociéndoseles, así, en virtud, del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006, plena “capacidad jurídica” a las personas discapacitadas.

Asimismo, en la LEC, se incluye el artículo 7 bis de la LEC el cuál hace alusión a los *“ajustes para personas con discapacidad”*, estos deben ser llevados a cabo a fin de salvaguardar su intervención *“en condiciones de igualdad”*. Deben de poder ser requeridos tanto de oficio como a instancia de parte, siendo irrelevante el momento procesal en el que se encuentren, estas adecuaciones irán principalmente encaminadas a garantizar que se produce adecuadamente la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

En relación con la inclusión de este precepto, LÓPEZ JIMÉNEZ alude a *“la especial importancia puesto que para que las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas es necesario que toda la administración de justicia se adapte a sus necesidades”*⁹⁶.

⁹⁴ Sentencia 1945/2015, del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011, de 14 de febrero de 2011

⁹⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso”, *Cuadernos de derecho transnacional*, (14), 2022, pp. 589.

Como se mencionaba anteriormente, la figura de la tutela desaparece por completo para las personas discapacitadas, y, por consiguiente, se limita sólo a los menores de edad. Esto supone que la curatela, entendida como medida de apoyo a la persona discapacitada, tome mayor protagonismo.

En consecuencia, el proceso sobre la capacidad sobre las personas, vigente tras la reforma de 2021, tal y como apunta MORAL MORO, en consonancia por lo dispuesto por el Tribunal Supremo, no puede entenderse como un conflicto de intereses privados y de contraposición entre las partes, sino como la vía adecuada para alcanzar *“la real y efectiva protección de una persona discapacitada”*, empleando los apoyos que esta pueda requerir⁹⁷. Por consiguiente, habrá de valorarse las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, en consonancia con las mismas, aplicar las medidas de apoyo que resulten necesarias. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo disponiendo que *“precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en que medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa a alguien que lo haga por ella, para algunas de las facetas de la vida o para todas, hasta que punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa un complemento o de una representación, para todas o determinadas actuaciones”*⁹⁸.

En palabras de PAU PEDRÓN *“el procedimiento de determinación de apoyos debe alejarse del esquema tradicional, y debe orientarse a un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo idóneas”*⁹⁹.

5.1. Caracterización

Todos los procesos especiales con carácter contencioso se caracterizan por ser plenarios, lo que significa que el órgano jurisdiccional, a pesar de la especialidad, no tendrá una cognición limitada, sino que podrá conocer de todo el conflicto en su plena amplitud y en consecuencia producir el efecto de cosa juzgada material, no pudiendo, por ello, surgir ulterior proceso que verse sobre este mismo objeto y con las mismas partes.

⁹⁷ MORAL MORO, M.J., “Aspectos procesales del Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, MUÑIZ, E. (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid 2020 p. 466.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 341/2014, de 1 de julio.

⁹⁹ PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil” *Revista de Derecho Civil*, nº. 5, 2018, pp. 5-28.

De igual manera, debe de tenerse en consideración que en estos procesos no opera ni el principio dispositivo, ni el de aportación de parte. Si no que dichos principios son sustituidos por otros, como el inquisitivo o el de investigación de oficio de modo absoluto.

El motivo por el cual el principio dispositivo no rige en estos procesos es porque la voluntad de las partes no puede suponer un condicionante para la decisión tomada por el juzgador sobre el objeto que se plantee. Esto significa que no van a poder llevar a cabo actos procesales, los cuáles manifiestan la disposición como puede ser la transacción o la renuncia entre otros.

Asimismo, aludíamos a la falta de operatividad del principio de aportación de parte en estos procesos, lo que supondría considerar al juez como un *index statutor*. En palabras de MORAL MORO esto significa que se le consideraría un “*mero espectador de la actividad procesal*”, en consecuencia, no podrían traer ningún tipo de medio de prueba al juicio¹⁰⁰.

Por el contrario, en este caso el juez pasa a ser entendido como un *index investigador*, lo cual significa que el juez va a poder llevar a cabo las indagaciones que considere oportunas o que sean necesarias, a fin de determinar si son concurrentes las circunstancias que la ley dispone.

Por su parte, CALAZA LÓPEZ en relación con la causa petendi, entiende que esta nueva regulación del proceso “*deja en nebulosa la causa petendi, pues no se expone qué tipo de discapacidad puede originar una pretensión de provisión de apoyos [...] esta omisión ha sido consciente ante la ductilidad, dinamismo y variabilidad de la discapacidad*”¹⁰¹.

5.2. Jurisdicción voluntaria

A partir del año 2021, se crea un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria contenido en el Capítulo III bis del Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. La voluntad del legislador ha sido dar preferencia al expediente de jurisdicción voluntaria, por ende, siempre se debe acudir previamente a la jurisdicción voluntaria, y en caso de que exista oposición, o no se pueda resolver este expediente, se abrirá la vía contenciosa.

El artículo 42 bis de la LJV alude a la tramitación del expediente, contando con dos fases distintas, como afirma LÓPEZ JIMÉNEZ, “*una fase escrita, y otra relativa a la comparecencia con la persona con discapacidad prevista para informarle de medidas de apoyo alternativas distintas a las judiciales*”

¹⁰⁰ MORAL MORO M.J., op.cit., pp. 464.

¹⁰¹ CALAZA LÓPEZ, S., “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión de apoyos a las personas con discapacidad”, *Diario La Ley*, n° 9939, 2021, pp. 88-105.

*y acordarlas una vez practicada la prueba*¹⁰². Para conocer de este expediente es competente “*el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad*”.

La legitimación, tal y como dispone el artículo 42 bis a) LJV, recae sobre “*el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos*”. Asimismo, alude a la posibilidad de que cualquier persona, distinta a las ya mencionadas, se encontraría facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El procedimiento comienza con la presentación de la solicitud junto con un informe pericial elaborado por profesionales, como prueba documental, a continuación, se cita para comparecer tanto a los que estando legitimados no presentaron la solicitud, como a aquellos que la presentaron. La tramitación se finaliza con la oposición de alguna de las partes, lo que abre la vía del proceso contencioso, o bien con auto a través del cual se adoptarán las medidas de apoyo, el cual podrá ser revisado en el plazo que se especifique en el propio auto. Esta resolución puede ser impugnada a través del recurso de apelación

5.3. Competencia

El artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuya rúbrica es “*Ámbito de aplicación y competencia*”, determina como competentes funcional y objetivamente para conocer de este proceso a la “*autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria*”. En consecuencia, remite al artículo 42 bis a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 dispone en su apartado segundo que “*será competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad*”.

En relación con esta remisión a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, LÓPEZ JIMÉNEZ considera que la reforma “*ha apostado por una solución intermedia en la elección de la Jurisdicción Voluntaria como vía preferente para encauzar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, y ello porque a diferencia de lo que ocurre en el resto de los procedimientos que se siguen por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la oposición en el expediente de jurisdicción para acordar medidas de apoyo conlleva el inicio de un proceso contencioso*”¹⁰³.

En el caso de que “*la persona a la que se refiera la solicitud*” altere su residencia ulteriormente, deberá de conocer el Juez de primera instancia del lugar en el que radique su residencia ahora. Si a su vez, se produce otra modificación más de la residencia habitual de la persona a que se

¹⁰² LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso”, *Cuadernos de derecho transnacional*, nº14, p. 593.

¹⁰³ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., op.cit., p. 592.

refiera el proceso previamente a que se celebre la vista se deben trasladar *“las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen”*. Este criterio ya había sido fijado previamente por la Sala Primera del Tribunal Supremo en Auto de 11 de enero de 2008 entre otros.

No obstante, la regulación anterior a la reforma del año 2021 determinaba como competente objetivamente a los juzgados de primera instancia, y territorialmente el juez de la residencia de la persona que precise de la declaración requerida. Dicha se caracterizaba por ser imperativa, lo que suponía que no cabía sumisión tácita ni expresa.

En caso de que concurrieran más de un Juzgado, la Ley Orgánica del Poder Judicial faculta al Consejo General del Poder Judicial en su artículo 98, para determinar cuál de esos Juzgados debía de asumir el conocimiento del asunto. Empero, con la regulación actual este problema no se plantea, dado que, pese a que el lugar de domicilio cuente con varios Juzgados la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, aclara que le compete a aquella autoridad judicial que había sido competente respecto del previo expediente de jurisdicción voluntaria.

Sino se hubiese tramitado el previo expediente de jurisdicción voluntaria, el art 52.1. 5º de la LEC dispone que *“será competente el Tribunal del lugar en que resida la persona con discapacidad”*.

La presentación de la demanda supone un efecto fundamental, la denominada litispendencia, que provoca que un asunto que se encontraba en el plano privado pasa ahora al plano público. Tal y como expone MORAL MORO la litispendencia aspira a que *“la situación a que la situación objetiva y subjetiva con que se inició el proceso se mantenga a lo largo del mismo”¹⁰⁴*.

Una de las consecuencias principales que emerge de la litispendencia es la llamada *perpetuatio iurisdictionis*, lo que significa que, pese a que se produzcan cambios en el domicilio de las partes, el objeto del proceso o la cosa litigiosa, el juez competente en el momento en el que se produce la litispendencia debe seguir siéndolo, así se contiene en el artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La *perpetuatio iurisdictionis* se origina desde la admisión de la demanda.

Sin embargo, el cambio de competencia es factible dada la previsión recogida en el artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hace alusión a una serie de casos especiales en los que cabe la posibilidad de que se produzca una alteración de la competencia territorial. En el apartado 5º de dicho artículo, se contiene una mención relativa a las personas con discapacidad fijando que *“será competente el Tribunal del lugar en que resida la persona con discapacidad, conforme se establece en el apartado 3 del artículo 756”*.

¹⁰⁴ MORAL MORO M.J., p. 467.

Nuestro Tribunal Supremo ya destacó en el año 2011, que la fijación de la residencia del discapacitado como criterio de competencia territorial era acorde con el artículo 13 de la Convención de Nueva York, dado que se simplifica la accesibilidad del discapacitado a la justicia¹⁰⁵.

5.4. Legitimación e intervención procesal

Cabe recordar que se trata de un proceso no dispositivo, lo que supone que no se deja al libre arbitrio de las partes, dado que lo relevante es que se produzca la efectiva aplicación de las normas y las especialidades con las que cuenten estas. Sin embargo, se trata de un proceso contradictorio con dualidad de posiciones lo que acarrea que este proceso solo pueda ser incoado a instancia de parte, y no de oficio.

La legitimación activa se contiene en el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera legitimados a *“la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano”*.

La enumeración de personas legitimadas que se lleva a cabo en este apartado es taxativa, de modo que no se concede la posibilidad de que se incluyan otros sujetos diferentes pese a que se entiendan como cercanas a la persona requerida de apoyos.

La regulación anterior a la reforma de 2021, simplemente se diferenciaba de la actual en cuestiones terminológicas, así como precisiones, como por ejemplo agrega la aclaración de que el cónyuge debe de ser aquel que se encuentre *“no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable”*. Esta matización fue calificada por MORAL MORO como *“novedoso y de gran interés, al mismo tiempo que un acierto”*¹⁰⁶.

En el apartado segundo de este mismo artículo se contiene como legitimado subsidiariamente al Ministerio Fiscal, ya que su legitimación únicamente concurre en el caso de que *“las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda”*. A ello se debe sumar una salvedad en la cual tampoco se encontraría legitimado, el caso de que *“concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa”*. Este inciso final aparece por primera vez a partir de la reforma de 2021, sin embargo, el resto del apartado únicamente ha sufrido alteraciones terminológicas.

El tercer apartado alude a la necesidad de dar traslado a la persona propuesta como curador en la demanda con la cual se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las

¹⁰⁵ Auto del Tribunal Supremo de 2011.

¹⁰⁶ MORAL MORO M.J., p. 469.

medidas de apoyo correspondientes, para que así pueda *“alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión”*.

Finalmente, el último apartado del artículo 757 LEC hace alusión a que los legitimados *“podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el artículo 13”*, referido la *“Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados”*.

Esta aplicación del artículo 13 LEC había sido admitida de modo previo a la reforma de 2021 por nuestro Tribunal Supremo asumiendo que *“el procedimiento seguido lo es en interés del discapaz cuya situación oscila entre el respeto debido a su persona y el derecho a su intimidad, al menos relativo en cuanto referido al círculo de sus familiares más directos o allegados (a los que la ley confiere legitimación primaria) y la protección de los intereses sociales que confía al Ministerio Fiscal (como legitimado por sustitución), según el artículo 757 LEC. Es cierto que [...] a la parte ahora recurrente, como padre, podía asistirle un interés directo en una cuestión de tanta trascendencia para el estado civil de su hijo como es la relativa a su capacidad, y ello pudiera haber aconsejado su intervención al amparo del artículo 13 de la LEC¹⁰⁷”*.

Sin embargo, con la nueva redacción del artículo 757 LEC, desaparece la referencia a que cualquier sujeto cuenta con la facultad *“de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación”*. Asimismo, imponía la ley la obligación a los funcionarios públicos que *“por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona”*, de comunicarlo al Ministerio Fiscal.

En relación con la legitimación pasiva, ésta recae únicamente en el sujeto contra el que se dirige la demanda, por ende, la persona que se crea que requiere de medidas de apoyo judicial, sin que pueda ocupar esta posición ninguna otra persona pese a ser familiar, por ejemplo. Puede suceder que la legitimación activa y la pasiva recaigan sobre la misma persona, dado que el artículo 757 legitima a la propia persona interesada, empero esto no provoca un allanamiento, sino que se trata de una *“dualidad de posiciones meramente formal”*.

El requerimiento de la postulación queda recogido en el artículo 750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a ello, jurisprudencialmente se había reconocido la asistencia letrada para las personas discapacitadas, así lo asume el Tribunal Constitucional en sentencia de 14 de febrero de 2011 *“el derecho a la asistencia letrada y a la defensa (art. 24.2. CE) [...] es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de*

¹⁰⁷ Sentencia 4505/2015, del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2015

incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento¹⁰⁸”.

Además, hace mención al artículo 13 de la Convención el cual alude a la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Esta postura ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional también en sentencia de 27 de febrero de 2017. Entendiendo, así, que la postulación en los procesos sobre la capacidad de las personas es *“una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento”*, por ende, asume el Tribunal Constitucional que en el caso de que el titular del derecho no desee ejercitarlo, será el órgano judicial quien deba ofrecerle la posibilidad de restaurarlo. Por consiguiente, si el legitimado no lo ejercita será el Ministerio Fiscal quien deberá de ejercer la defensa de la persona requerida de apoyos, siempre y cuando el Ministerio Fiscal no se hubiese personado ya en el proceso.

5.5. Objeto

El objeto del proceso versa sobre la provisión de apoyos para la persona que lo requiera, a diferencia del objeto de dicho proceso antes de la reforma de 2021, el cual se centraba en la obtención de una declaración judicial que constituyera al presunto incapaz en uno de los estados de restricción de capacidad.

Los apoyos que se otorgan pueden ser diversos y dispares, dado que deben de adaptarse a las necesidades de cada sujeto, asimismo su gradación e intensidad también será heterogénea. Con la nueva regulación el órgano judicial competente puede identificar en su resolución los actos para los cuales precise apoyos la persona discapacitada, a diferencia de la anterior regulación ahora no puede en ningún caso determinar privaciones de derechos.

5.6. Tramitación

El artículo 753 dispone que debe de sustanciarse por el cauce del juicio verbal, además en su apartado tercero se fija la preferencia de estos dado que interviene una *“persona con discapacidad con medidas judiciales de apoyo en las que se designe un apoyo con funciones representativas”*. Asimismo, el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene una regla especial relativa a que se debe seguir el mismo procedimiento en el caso de un proceso matrimonial, en el cuál concurrieran hijos comunes mayores de dieciséis años que requirieran medidas de apoyo por razón de su discapacidad.

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011, de 14 de febrero de 2011

En palabras de LÓPEZ JIMÉNEZ, que el legislador haya optado por el juicio verbal *“nos lleva a pensar que quiere darse a este procedimiento la mayor agilidad posible siendo un procedimiento con una tramitación más ágil que el ordinario¹⁰⁹”*.

5.6.1. Demanda y contestación

En la demanda debe de incluirse la petición de iniciación del procedimiento de provisión de apoyos, así como las medidas que se consideraran necesarias y en su caso la propuesta de nombramiento de un curador. Una vez admitida la demanda, el artículo 758 LEC impone al Letrado de la Administración de Justicia que obtenga la certificación del Registro Civil, así como, de otros Registros públicos a fin de consultar las medidas de apoyo que se encuentren inscritas.

Seguidamente, el artículo 753 LEC exige que el Letrado de la Administración de Justicia de traslado al Ministerio Fiscal, así como a aquellas personas que deban de ser parte de acuerdo con la ley, sean demandadas o no, instándoles a contestar a la demanda en un plazo de veinte días, de acuerdo con el artículo 405 LEC. El artículo 757 LEC en su apartado tercero impone dar traslado al curador en caso de que se hubiese propuesto en la demanda, para que así este pueda realizar las alegaciones que considere oportunas.

El apartado segundo del artículo 758 LEC dispone que una vez notificado y expirado el plazo determinado para efectuar la contestación a la demanda, si la persona interesada no concurre ante el Juzgado con su postulación, el Letrado de la Administración de Justicia debe atribuirle un defensor judicial, salvo que ya se hubiese encomendado o deba recaer su defensa sobre el Ministerio Fiscal. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en otros procesos, si el demandado no compareciera esto no supondría la determinación de la rebeldía, ya que su defensa recaerá sobre el Ministerio Fiscal, o el defensor judicial.

Por otro lado, en caso de que el demandado contestara a la demanda este puede hacerlo oponiéndose a lo hechos alegados lo que implica que se conviertan en hechos controvertidos, y por ende requerirán prueba. No obstante, puede que el demandado asuma los hechos. Empero, tanto se les admite como si no debe de ser desarrollada la práctica de la prueba, ya que la asunción de los hechos por parte del demandado no es vinculante para el juez, y, por ende, deben de ser probados los hechos igualmente.

¹⁰⁹ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., op.cit., p. 597.

5.6.2. Prueba

El artículo 759 LEC hace alusión a las *“Pruebas preceptivas en primera y segunda instancia”*, en este se contiene una correlación de pruebas específicamente determinadas para los procesos de determinación de apoyos, que se añaden a las recogidas por el artículo 752 LEC de manera general, como son los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes.

El mencionado artículo 752 LEC enuncia una serie de reglas generales, entre las cuáles se encuentra que únicamente vincularán al tribunal los hechos que se consideren probados, o que *“la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal”*.

Por su parte, el artículo 759 LEC añade a aquellas que se hubiesen practicado en virtud del artículo 752 LEC, las siguientes pruebas:

- 1.º *Se entrevistará con la persona con discapacidad.*
- 2.º *Dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad.*
- 3.º *Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. [...]*

Estas pruebas deberán ser desarrolladas en el periodo ordinario al margen de que los litigantes muestren su conformidad con los hechos o pese a que no se haya llevado a cabo una proposición de prueba.

Este artículo en su apartado segundo alude a la posibilidad de que no se desarrollen las audiencias preceptivas, en el caso en que sea la persona discapacitada quien haya presentado la demanda y así lo hubiere pedido, a fin de evitar que sus familiares puedan llegar a tener consciencia de aquellos datos más íntimos de la persona discapacitada. Asimismo, en siguiente apartado hace mención a aquella situación en la que no se hubiera propuesto aún ningún curador, por ende, se escuchará a la propia persona discapacitada, así como a sus familiares y otras personas que el Tribunal discrecionalmente crea necesarias. En este caso resulta de aplicación la misma regla ya mencionada del apartado segundo, es decir, la facultad de eludir el desarrollo de las audiencias preceptivas.

A modo de conclusión, cabe afirmar que se trata de un proceso regido por el principio de investigación de oficio y no de aportación de parte, además el tribunal no tiene vinculación

alguna con la admisión de los hechos tanto en su vertiente expresa como tácita, la denominada *ficta confessio*.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la inobservancia de las pruebas preceptivas contenidas en el artículo 752 LEC afirmando que *“las consecuencias legales derivadas de la falta de observancia de dichos requisitos, de imperativo acatamiento, tanto en primera como en segunda instancia, son concebidos como expresión de orden público procesal. De esta manera, la jurisprudencia, de la que es expresión la sentencia 185/2000, de 4 de marzo, anuda a la falta de práctica de tales pruebas, la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones”¹¹⁰*.

Seguidamente, afirma que debe fallar imponiendo la nulidad de actuaciones pese a que la parte recurrente *“no hubiera impugnado la diligencia de ordenación, que fijaba el día y hora para deliberación y fallo, dado que se trata de una norma imperativa, ajena al comportamiento procesal y disposición de la recurrente, que es de orden público y de relevancia constitucional, con las únicas causas de exención del actual 759.2 LEC, que no concurren”¹¹¹*.

5.6.3. Sentencia

Tras la práctica de la prueba, el tribunal conferirá a las partes la posibilidad de emitir oralmente sus conclusiones. Finalmente, el tribunal fallará en sentencia, la cual dispondrá los apoyos que precise la persona con discapacidad. Esta resolución judicial se caracteriza por tener naturaleza constitutiva ya que constituye una situación jurídica o un estado que no existía con anterioridad a la sentencia, por ende, tiene efectos *ex nunc* o desde la sentencia.

El artículo 760 LEC prevé que las sentencias *“deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables”*, en consecuencia, deben de tenerse presente los artículos 268 y siguientes del Código Civil. El mencionado artículo 268 del Código Civil afirma que *“las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”*.

Seguidamente, hace mención a la posibilidad de que se lleve a cabo una revisión de modo regular con un plazo máximo de tres años, pudiendo prolongar este plazo hasta que alcance los seis años de manera *“excepcional y motivada”*. Por otro lado, debe de desarrollarse la revisión ante cualquier alteración en la situación de la persona discapacitada.

¹¹⁰ Sentencia 940/2022, del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2022

¹¹¹ Sentencia 940/2022, del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2022

En caso de que esta sentencia fuera apelada, el apartado cuarto del artículo 759 LEC impone al tribunal competente para conocer en apelación la práctica de las pruebas preceptivas contenidas en el primer apartado del artículo 759 LEC. En palabras de MORAL MORO, esta imposición pretende garantizar el principio de inmediación dado que carecería de sentido que las pruebas fueran practicadas por el juez de primera instancia, pero finalmente el tribunal de segunda instancia modificara su decisión sin tan siquiera estar presente durante la práctica de las pruebas¹¹².

Finalmente, el artículo 755 LEC alude a la posibilidad de que el Letrado de la Administración de Justicia lleve a cabo una comunicación *“de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asuntos que correspondan”*. Asimismo, a instancia de parte puede requerirse que se ponga en conocimiento de otros registros tales como el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, o el Registro de Bienes Muebles.

5.7. Modificación del alcance de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente

Una vez dictada sentencia acerca de las medidas de apoyo requeridas, ésta produce el efecto de cosa juzgada cuando devenga firme. Sin embargo, puede suceder que las circunstancias en las que se dictó la sentencia resultaran alteradas o surgieran nuevos escenarios, esto supone que dichas medidas puedan requerir de una adaptación a la nueva situación. El artículo 761 LEC dispone que dicha revisión de las medidas de apoyo debe ser llevada a cabo de acuerdo con lo dispuesto *“en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”*.

La LEC remite en consecuencia a lo dispuesto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su artículo 42 bis c). En este, se prevé que el Juzgado que falló las medidas deba ser competente para conocer también de la revisión, salvo que la persona con discapacidad ya no resida en la misma circunscripción, en cuyo caso, *“el Juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud”*.

El tribunal competente tiene la posibilidad de obtener un dictamen pericial si así lo considera oportuno, valorando las circunstancias del caso, asimismo, conversará con la persona con discapacidad y finalmente podrá disponer otras actuaciones pertinentes. Tras su práctica, debe comunicarle los resultados obtenidos *“a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan*

¹¹² MORAL MORO M.J., op.cit., p. 476.

alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días”. Finalmente, una vez recogidas las alegaciones y desarrollada la práctica de la prueba, el tribunal deberá de dictar un nuevo auto con las nuevas medidas de apoyo oportunas.

La LEC completa la regulación relativa a la revisión ordenando acudir a un proceso contencioso, siempre y cuando *“se produjera oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria de revisión a que se refiere el párrafo anterior, o si dicho expediente no hubiera podido resolverse”*.

Antes de la reforma del año 2021, nuestro Tribunal Supremo había asumido que *“el hecho de que sea posible la mejora de la situación de la recurrente no afecta a la declaración de incapacidad atendiendo a las circunstancias actuales”¹¹³*. Esto suponía que la previsión de una evolución adecuada de la persona discapacitada en el momento de adopción de medidas no puede usarse como justificación para no adoptar las medidas requeridas en este momento preciso. Sin embargo, si en un momento ulterior variaran las circunstancias, se podría acudir, sin ningún tipo de problema, a la revisión contemplada en el artículo 761 LEC.

El Anteproyecto de la Ley 8/2021 denominaba a esta revisión “incidente”, cuestión que no es baladí dado que el incidente puede tener lugar cuando surja algún suceso insólito o inusual mientras se tramita un proceso, asimismo puede tratarse de un aspecto problemático que tiene que ser resuelto para poder continuar con el proceso. El fin que quería alcanzar el legislador implementando esta denominación, era establecer una relación entre el primer proceso y esta seguida actuación procesal, evitando así que se incoara un nuevo proceso.

Sin embargo, era una clara imprecisión terminológica dado que no puede hablarse de incidente cuando el proceso de adopción de medidas ya haya finalizado, por haberse dictado una sentencia y esta, además, hubiese devenido firme al haberse agotado los recursos pertinentes, y por ello haberse producido el efecto de cosa juzgada, lo que supone que es inatacable e invariable, sólo cabría su impugnación por motivos excepcionales.

La LEC, solo contempla tres motivos de impugnación de sentencias firmes, contenidos en el artículo 510 LEC; la revisión civil, la audiencia del rebelde del artículo 501 LEC; y, por último, el incidente de nulidad de actuaciones, cuya denominación es errónea, se encuentra regulado en el artículo 228 LEC. Empero, ninguno de estos modos de atacar la cosa juzgada puede operar ante este tipo de proceso especial. Esto se debe a que, en los procesos de adopción de medidas de apoyo, la producción de una alteración en las circunstancias de la

¹¹³Sentencia 2319/2018, del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2018

persona acarrearía un nuevo proceso, dado que la cosa juzgada requiere paridad entre procesos en cuanto a los sujetos, *petitum* y *causa petendi*.

En relación con la posibilidad o no de revisión de la sentencia, ya había tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Supremo, en la paradigmática sentencia de 29 de abril de 2009, afirmando que *“el sistema de protección debe [...] constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección”*¹¹⁴.

5.8. Medidas cautelares

El artículo 762 LEC alude a las medidas cautelares a adoptar en los procesos adopción de medidas de apoyo, facultando al Tribunal competente para adoptar medidas cautelares *“cuando tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio”*, y deberá de comunicárselo al Ministerio Fiscal, a fin de que incoe, si lo considerara necesario, un expediente de jurisdicción voluntaria.

A continuación, en el segundo párrafo habilita al Ministerio Fiscal para que pueda requerir al Tribunal competente *“la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior”*. Estas medidas pueden emprenderse de oficio o a instancia de parte, siendo irrelevante el estado en el que se encuentre el procedimiento.

Finalmente, alude a la necesidad de celebración de una audiencia de las personas con discapacidad de manera preliminar a la adopción de las medidas, salvo en el que caso de que por razones de urgencia no pueda ser mantenida. Para regular el desarrollo de la mencionada audiencia, la LEC remite a los artículos 734, 735 y 736 LEC.

6. CONCLUSIONES

1.- La regulación de la capacidad de las personas ha sufrido un claro proceso evolutivo hacia un mayor reconocimiento de sus preferencias y decisiones, despejando así las ideas basadas en la sustitución de la persona discapacitada en la toma de sus decisiones. Esta premisa en la que se basaba la concepción de las personas con discapacidad era una suerte de despotismo ilustrado, todo para el pueblo, pero sin el pueblo, es decir, todo para la persona discapacitada, pero sin tener en consideración sus preferencias u opiniones. Este cambio de paradigma ha tenido lugar tanto a nivel interno como a nivel internacional.

¹¹⁴ Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

2.- En la legislación española, esta evolución ha sido paulatina y, en ciertos casos, tardía. Comenzando con las disposiciones originarias del Código Civil, que enumeraban una serie de situaciones necesitadas de tutela. Seguidamente, la primera reforma efectuada en el año 1983 fue un punto de inflexión en la regulación, dado que incluía la institución de la curatela, la cual había sido obviada por el legislador en el momento de confección del Código Civil.

Las ulteriores reformas, desarrolladas tanto en 2003 como en 2009, tuvieron como finalidad primordial tratar de incluir, gradualmente, las preferencias y necesidades de la persona discapacitada. Por su parte, la modificación del año 2003 incidió en el patrimonio de las personas discapacitadas, basándose en la protección especialmente requerida, así como destinar dicho patrimonio a satisfacer las necesidades vitales de la persona discapacitada. Posteriormente, la reforma de 2009 intentó disipar las dudas surgidas como consecuencia de la aprobación de la ley de 2003. Cabe mencionar que, ya en ese momento, se había producido la adhesión de España a la Convención de Nueva York del año 2006.

Para fomentar la mejora en la situación de las personas con discapacidad, en el año 2013 es aprobado el Real Decreto Legislativo 1/2013. Dicho Decreto reconoció los diferentes ámbitos de exclusión social y trató de promover la igualdad de oportunidades para las citadas personas. Empero, no ejecutó la reforma precisada de acuerdo con la Convención.

2.-La jurisprudencia del Tribunal Supremo vino desempeñando un papel fundamental en la interpretación de la legislación inadaptada vigente, acorde en la medida de lo posible, con los principios impuestos por la Convención. Un claro ejemplo es el denominado “traje a medida”, es decir, la toma de medidas de apoyo en cada proceso se haría depender de las necesidades de cada persona discapacitada.

3.-La Convención de Nueva York de 2006 supuso una transformación sustancial de las premisas aceptadas hasta ese momento, su pretensión era otorgar a las personas discapacitadas un reconocimiento eficaz e idéntico de derechos que a las personas que no sufren discapacidad. Su artículo 12, resulta ser el más significativo, dado que es el que reconoce a las personas discapacitadas personalidad jurídica. No alude, sin embargo, al interés de la persona discapacitada, lo que supone su relegación tras la voluntad, preferencias o intereses de dichas personas. La mención que efectúa el citado artículo a la capacidad jurídica conllevó ciertas dudas conceptuales, no obstante, la definición de capacidad jurídica manejada por la Convención incluye también a la capacidad de obrar.

La Convención no impone un sistema de apoyos concretos, tan solo implanta una serie de principios, para que sean los Estados los encargados de elaborar su propio sistema, surgiendo, así, para los mismos la obligación de incluirlos en sus legislaciones. Cosa que tenía que efectuar España tras su ratificación a la Convención de Nueva York. El retraso en dicho cometido supuso la elaboración de un informe por el Comité de la Organización de Naciones Unidas en el año 2011, poniendo de manifiesto las carencias de la regulación española.

4.- Por todo ello, la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, supuso un hito fundamental en la regulación de la situación de las personas con discapacidad, tanto en el ámbito civil como en el procesal. Dicha Ley conllevó una modificación en las normas que no se encontraban adaptadas a las exigencias de la Convención, muchas de las cuales se desarrollaron en sintonía con las interpretaciones arrojadas anteriormente por nuestro Tribunal Supremo.

La desaparición de la tutela junto con la dotación de gran protagonismo a la curatela son las novedades más trascendentales de la citada reforma. Además, en estos casi dos años de vigencia, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ciertos aspectos controvertidos de la misma, tratando de aclararlos, como sucede en la destacada sentencia de 8 de septiembre de 2021, en ella el Tribunal Supremo aclara el alcance de los deseos o voluntades de la persona discapacitada.

5.-En el plano procesal, la nueva regulación instaura un nuevo proceso de provisión de medias judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, inspirado en la protección de estas personas, dotándolas de los apoyos precisos, en atención a sus circunstancias concretas.

La competencia objetiva y territorial en este tipo de procesos corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde tenga fijada su residencia la persona con discapacidad, si se alterara la residencia de esta, deberá ser el Juez de primera instancia del lugar en el que radique su residencia ahora el que conozca. En cuanto a la legitimación, reside en el propio interesado, junto con su cónyuge y ascendientes, descendientes o hermanos, los cuáles requieren postulación. A ello se suma la inclusión del Ministerio Fiscal como legitimado siempre y cuando los sujetos anteriores no hubiesen presentado la demanda o no existieran,

La práctica de la prueba en este tipo de proceso está compuesta por un conjunto pruebas preceptivas, de modo que, pese a que las partes tengan conformidad sobre los hechos, esto no vinculará al tribunal. El Tribunal Supremo, por su parte, ha aclarado las consecuencias derivadas de la inobservancia de la práctica de la prueba, atribuyéndole la nulidad.

Finalmente, el tribunal sentenciará y frente a esta sentencia cabe revisión en el caso de que las circunstancias que la motivaron, esta podrá solicitarse en un plazo de tres años, o seis siempre y cuando exista motivación suficiente y de modo excepcional.

6.- La Ley 8/2021, tras casi dos años de vigencia, ha sido considerada por los operadores jurídicos como eficaz para alcanzar sus objetivos. En este sentido cabe aludir a las utilidades de dicha ley, entre las que destaca la supresión de las barreras existentes en relación con las facultades procesales, dado que las personas discapacitadas eran simples observadoras. Tras la citada Ley, se les ofrece un papel más activo en la fijación de los apoyos requeridos a través del proceso de provisión de apoyos, así como las modificaciones terminológicas requeridas.

No obstante, también ha sido objeto de críticas, así, una minoría de la doctrina la ha estimado innecesaria, al considerar que reforma efectuada en el año 1983 ya era suficiente y válida para proteger a las personas discapacitadas. Asimismo, se ha hecho mención a la carencia formativa existente en las entidades tanto públicas como privadas para que el sistema de apoyos pueda tener una operatividad efectiva.

De todo lo expuesto, consideramos que hasta momento no se había producido una reforma de tal calibre y extensión como la que es objeto de este trabajo. No obstante, solo tras la puesta en marcha de la citada, es cuando han surgido las deficiencias o carencias de la misma.

LEGISLACIÓN

Normas internacionales y comunitarias

- Código Civil de Chile de 14 de diciembre de 1855.
- Código Civil Federal de México de 1928.
- Código Civil italiano de 16 de marzo de 1942.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950.
- Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos de 13 de enero de 2000.
- Ley sobre la capacidad mental de 2005, de Reino Unido.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Carta Europea de Derechos Humanos de 12 de diciembre de 2007
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE, num.83, de 30 de marzo de 2010.

Normas nacionales

- Constitución Española de 1978.
- Código Civil español de 1889.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho del sufragio de todas las personas con discapacidad.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil I Introducción y Parte General*, Bosch S.L., Barcelona, 2002.

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 100, 2021.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)”, *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº. 102, 2022.
- ALVENTOSA DEL RIO, J., “Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerable”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº. 10, 2019.
- APARICIO AGREDA, M. L., “Evolución de la conceptualización de la discapacidad y de las condiciones de vida proyectadas para las personas en esta situación”, en *El largo camino hacia una educación inclusiva la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009*, M.R. Berruezo (Coord.), Universidad Pública de Navarra, 1, 2009.
- BARIFFI, F. J., *Capacidad jurídica, discapacidad: y derechos humanos: un nuevo paradigma a la luz de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* [Diapositivas de PowerPoint] Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba", Universidad Carlos III de Madrid, 2010, disponible en <http://hdl.handle.net/10016/9897>
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº118,, 315-126, 2022.
- BOTELLO HERMOSA, P. I., (2015) La sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, como prueba de la eficiente adaptación del artículo 12 a través de la curatela. *Actualidad civil*, nº9, 2015.
- CABRA DE LUNA, M. Á. (2018) “Comentario sobre la Sentencia de 18/1/2018 del TJUE (Asunto C-270/16) discriminación por razón de discapacidad en el caso de

despido de un trabajador por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes”. *Anales de derecho y discapacidad*, nº3, 2018.

- CABRA DE LUNA, M. Á., *Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad*, 11 de septiembre de 2020, Obtenido de <http://semanal.cermi.es/noticia/derecho-discapacidad-Hacia-delimitacion-jurisprudencial-discapacidad.aspx>.
- CALAZA LÓPEZ, S., “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión de apoyos a las personas con discapacidad,” *Diario La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 9939, 2021.
- CASTRO-GIRONA, J.L., *El artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2018.
- CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DE PABLO CONTRERAS, P., “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,” *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, 2009.
- DE SALAS MURILLO, S., “Repensar la curatela,” *Derecho Privado y Constitución*, nº 27, 2013.
- DE SALAS MURILLO, S., ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 780, 2020.
- DOLZ LAGO, M. J., “El nuevo paradigma de la discapacidad, de la tutela al apoyo”, *Diario La Ley*, nº 9413, 2019.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, *Diario La Ley*, nº 9961, 2021.

- GANZENMÜLLER ROIG, C., “Antecedentes, gestación y contenido de la convención internacional de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad,” *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 17, 2009.
- GARBERÍ LLOGREGAT, J., *Derecho procesal civil*, Wolters Kluwer. Madrid. 2019.
- GARCÍA CANTERO, G., “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad,” *Revista Jurídica del Notariado*, nº 82, 2012.
- GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 66,2013.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 8 .
- GARCIA RUBIO, M.^a P., Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *Revista de Derecho Civil*, nº 5, 2018,
- GARCIA RUBIO M. P., Y MORO ALMARAZ M.J. (Dir.) *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Civitas, Pamplona, 2022.
- GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, A., “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, nº. 0006, 2022.
- GUILARTE MARTIN-CALERO, C., (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Aranzadi. Pamplona, 2021.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la persona. Principios de derecho civil*, Editorial Marcial Pons, Barcelona 2019.
- LÓPEZ CÁNOVAS, A., “¿Se ha de seguir siempre la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, o se pueden prever aún en contra de su voluntad? (comentario de la sentencia del tribunal supremo, sala de lo civil (pleno) nº 589/2021, de 8 de septiembre)”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, nº2,2022.

- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso”, *Cuadernos de derecho transnacional*, nº 14, 2022.
- MANGA ALONSO, M.T., “Incidencia de la convención sobre derechos de las personas con discapacidad en el derecho español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº49, 2019.
- MARCOS MARTIN, M.T., “La convención internacional sobre Los derechos de las personas con Discapacidad como nuevo prescriptor de las legislaciones internas. Examen y Análisis del artículo 19 de la convención y su alcance, extensión e intensidad en España. Correspondencias y carencias”, *Revista de derecho UNED*, nº9 ,2011.
- MARIN VELARDE A., “La discapacidad: su delimitación,” en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, En MUÑIZ, E. (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid 2020.
- MAYOR FERNÁNDEZ, D., “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2133, Ministerio de Justicia, 2011- Disponible en www.mjusticia.es/bmj
- MORAL MORO, M.J., “Aspectos procesales del Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, (MUÑIZ, E. (Dir.) Wolters Kluwer, Madrid 2020 pp. 461-481.
- MORENO FLOREZ R.M., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, 2022.
- MUNAR BERNAT P.A., “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 2018.
- MUÑIZ ESPADA, E., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2020.

- PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil”. *Revista de Derecho Civil*, nº 5, 2018.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C., “Sentencia de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9713). Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 92, 2013.
- ROLDÁN MELCHOR, N. *Un año después de la Ley 8/2021: Conclusiones de derecho sustantivo y procesal*, Colex, A Coruña 2022.
- RUIZ-RICO, J., “Las personas y el Derecho de la persona”, en *Curso de derecho civil. I Bis, Derecho de familia* F.J. SANCHEZ-CALERO (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SANCHEZ-CALERO F.J. (Coord.) *Curso de derecho civil. I, Parte general y derecho de la persona*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- SANCHEZ-CALERO F.J. (Coord.) *Curso de derecho civil. I Bis, Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- SANCHEZ GOMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil*, 2020.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M., “Análisis de la adaptación al derecho civil español del art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 34, 2022.
- SEGARRA CRESPO, M.J. y ALÍA ROBLES, A., “Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021”, *Actualidad Civil*, nº 10, 2021.
- SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

- SERRANO GARCÍA, I., “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, (MUÑIZ ESPADA, E. (Dir.)), Wolters Kluwer, Madrid, 2020 .
- VIVAS TESÓN, I.,” Discapacidad y consentimiento (o disenso) informado el derecho de la persona a ser dueña de su propia vida”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº. 82, 2012.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 30 de abril de 2009, Glor v. Suiza
- STEDH de 23 de marzo de 2017, A-M.V. v. Finland

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia de 18/1/2018 del TJUE (asunto c-270/16)
ECLI:EU:C:2018:17

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre del 2000
- Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 octubre de 2002
ECLI:ES:TC:2002:174
- Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011, de 14 de febrero de 2011
ECLI:ES:TC:2011:7
- Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2017, de 27 de febrero 2017
ECLI:ES:TC:2017:31

Tribunal Supremo

- Sentencia 995/1991 del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1991
ECLI:ES:TS:1991:16390
- Sentencia 818/1998, del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998

ECLI:ES:TS: 1998: 5022

- Sentencia 738/1999 del Tribunal Supremo, de 16 de septiembre de 1999
ECLI:ES:TS: 1999: 5565
- Sentencia 282/2009, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009
ECLI:ES:TS:2009:2362
- Sentencia 504/2012, del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012
ECLI:ES:TS: 2012: 5676
- Sentencia 6810/2012, del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012
ECLI:ES:TS:2012:6810
- Sentencia 3441/2013, del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013
ECLI:ES:TS:2013:3441
- Sentencia 3852/2014, del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014
ECLI:ES:TS:2014:3852
- Sentencia 3168/2014, del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2014
ECLI: ES:TS: 2014:3168
- Sentencia 3908/2014, del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2014
ECLI:ES:TS:2014:3908
- Sentencia 4075/2014, del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014
ECLI:ES:TS:2014:4075
- Sentencia 4797/2014, del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2014
ECLI:ES:TS:2014:4767
- Sentencia 1945/2015, del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2015
ECLI:ES:TS:2015:1945
- Sentencia 4505/2015, del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2015
ECLI:ES:TS:2015:4505
- Sentencia 2573/2016, del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016
ECLI:ES:TS:2016:2573

- Sentencia 1901/2017, del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017 -
ECLI:ES:TS:2017:1901
- Sentencia 3535/2017, del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2017
ECLI:ES:TS:2017:3535
- Sentencia 3923/2017, del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017
ECLI:ES:TS:2017:3923
- Sentencia 936/2018, del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018
ECLI:ES:TS:2018:936
- Sentencia 2319/2018, del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2018
ECLI:ES:TS:2018:2319
- Sentencia 2820/2019, del Tribunal Supremo, de 17 de septiembre de 2019
ECLI:ES:TS:2019:2820
- Sentencia 589/2021 del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021
ECLI:ES:TS:2021: 589
- Sentencia 706/2021, del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2021
ECLI:ES:TS:2021:706
- Sentencia 734/2021, del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2021
ECLI:ES:TS:2021:734
- Sentencia 940/2022, del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2022
ECLI:ES:TS:2022:940

Audiencias Provinciales

- Sentencia 105/1998 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 23 de febrero 1998
- Sentencia 483/2010 de la Audiencia Provincial de Gijón, sección 7, de 29 marzo 2011
- Sentencia 47/2011, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 11 de febrero de 2011
ECLI:ES: APSS:2011:1

- Sentencia 440/2021, de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de septiembre de 2021

ECLI:ES: APV: 2021:3274