

Trabajo Fin de Grado

La reforma del ejercicio de la capacidad jurídica a la luz de la Convención de Naciones Unidas:

la Ley 8/2021 Ley 8/2021, de 2 de junio

Autora

Loubna El Azami

Directora

María Victoria Mayor del Hoyo

Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza
2020-2021

Agradecimientos

Quiero agradecer enormemente a mi familia y amigas, por su apoyo incondicional, por acompañarme en todo este proceso y no dejar que mi ánimo decayese en ningún momento.

En especial, gracias a mis abuelos, por creer ciegamente en mí, siempre.

También, quiero agradecer a todos mis profesores, que me hicieron el camino más fácil y que me enseñaron lecciones de vida que van más allá de lo meramente académico.

Por último, quiero agradecer a mi tutora, por la paciencia y la implicación que ha tenido conmigo en este trabajo.

“La dignidad humana es la referencia axiológica básica de los derechos, la dimensión moral que les da el sentido”-

Javier Asuátegui, *Derechos Fundamentales y Dignidad Humana*

ÍNDICE

ABREVIATURAS EMPLEADAS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4-6
I. Concepto de capacidad de obrar y capacidad jurídica.....	7
II. Primeras regulaciones y reformas a partir de la democracia.....	8
III. Regulación (todavía vigente) de la modificación judicial de la capacidad de obrar. Presupuestos y figuras de representación y asistencia. Especial referencia a las personas con discapacidad y al «incapaz natural»... 9-13	
IV. Problemas derivados del modelo de protección de las personas con la capacidad de obrar judicialmente modificada.....	14-24
V. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas, de 2006.....	25-35
1. Definición y presupuestos para su creación. Precedentes históricos españoles en derechos y políticas sobre discapacidad.....	25-30
2. Objetivos, estructura y principios.....	31-35
VI. El papel de España: la reforma del ordenamiento jurídico para la adaptación a la Convención.....	36-64
1. Primeros pasos en el plano español para la adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención.....	36

2. 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.....	37--64
2.1.Reformas en el Código Civil.....	37-61
A) Las medidas derivadas de la voluntad de las personas con discapacidad: poderes preventivos, los mandatos y la autotutela.....	42-48
B) El cambio de perspectiva sobre la guarda de hecho: de ser una medida relegada a ser una medida potenciada por el legislador.....	48-53
C) Medidas de apoyo de origen judicial: la tutela y el defensor judicial.....	53-61
2.2.Reformas en el Código Penal.....	61-63
2.3.Otras reformas del ordenamiento jurídico español.....	63-64
VII. Valoración crítica: consecuencias positivas y negativas que se han propiciado por las adaptaciones del ordenamiento jurídico español.....	65-77
VIII. Conclusiones.....	78-80
IX. Bibliografía.....	81- 85

- **ABREVIATURAS EMPLEADAS**

Art./Arts.: Artículo/ Artículos.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CP: Código Penal.

CC: Código Civil.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

CE: Constitución Española.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

CNUDPD: Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

p./ pp.: Página/ páginas.

• INTRODUCCIÓN

La sociedad cambia constantemente y con gran rapidez, y las concepciones jurídicas que se tenían sobre una materia determinada pueden, por ende, variar inevitablemente como resultado del cambio social. En este sentido, la materia referida al reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad ha sido objeto de cambios sociales de enorme envergadura, lo que hace necesario el estudio premeditado y detallado de las implicaciones y consecuencias socio jurídicas que de ello se desprenden.

La regulación en esta materia ha sufrido numerosos cambios a lo largo de los últimos años, aunque, no obstante, la regulación de mayor relevancia en el panorama jurídico actual es la referida a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y que fue ratificada por España el día 23 de noviembre de 2007, publicándose el 9 de abril de 2008 y entrando en vigor el 3 de mayo de 2008.

Esta Convención, creada por la Organización de Naciones Unidas, tiene como principales propósitos la promoción, la protección y el aseguramiento del pleno disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales que son intrínsecos a las personas con discapacidad y que, lamentablemente, les son negados en la cotidianidad de nuestros días.

Consecuencia de lo anterior y con la intención de conseguir el respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad, se plantean unos cambios jurídicos y sociales que los países firmantes, en su condición de Estados parte, se comprometen a elaborar para poder lograr los objetivos fijados y alcanzar una sociedad más igualitaria, más justa y más respetuosa con las personas que padecen algún tipo de discapacidad.

El Estado español, al ser uno de los Estados firmantes de la Convención, ha de llevar a cabo una serie de cambios legislativos que tienen como finalidad conseguir todos los propósitos marcados por la Convención y, por ende, adecuar el ordenamiento jurídico vigente a los términos y exigencias del documento neoyorquino. De todas las actuaciones que el legislador español ha ido tomando desde la entrada a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención, podemos mencionar 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.

Llegados a este punto, el presente Trabajo de Fin de Grado tiene dos objetivos fundamentales. En primer lugar, se pretende presentar una visión global, a la par que crítica, de la citada ley, debido a que la misma supone, claramente, un antes y un después en nuestro ordenamiento jurídico, y ello va a traer consecuencias de vital importancia, ya no sólo en el plano jurídico, sino también en otros planos, como sería el social.

En segundo término, se pretende analizar detenidamente la forma en la que se va a pasar de un sistema clásico cuyo objetivo era la protección de las personas con discapacidad, con la consiguiente la modificación judicial de su capacidad de obrar y la creación de una institución de representación y/o asistencia, a un sistema en el que el apoyo a las personas con discapacidad es el eje que marca el rumbo que ha de tomarse. En definitiva, se pasa a un sistema en el que el respeto a la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad es el elemento clave.

Respecto a la elección del tema objeto de estudio del Trabajo de Fin de Grado, son varias las razones que han conducido a que elija el presente tema. Ello debido a que considero que es una temática de rabiosa actualidad, lo que hace que su análisis sea cuanto menos de sumo interés, ya que es algo cuyo acontecimiento somos testigos el conjunto de la sociedad.

Asimismo, como ya se ha comentado, es una reforma de gran parte del ordenamiento jurídico, lo que hace que el impacto a la sociedad sea muy valioso y notable, lo que convierte su estudio y análisis en algo que, evidentemente, se deba realizar de una forma primordial.

Por último, la transformación de un sistema clásico de protección a un sistema de apoyos rompe todos los esquemas que hasta ahora teníamos al respecto, por lo que, conceptos tan básicos de capacidad que hemos estado estudiando y empleando a lo largo de estos años, van a cambiar radicalmente en cuestión de breves momentos.

En cuanto a la metodología empleada a lo largo del Trabajo de Fin de Grado, son varias las fuentes consultadas para su confección. Desde manuales de autores de gran prestigio, hasta artículos de revistas en materia de Derecho Civil, no sin antes pasar por sentencias del Tribunal Supremo, que nos permitan dilucidar mejor la posición doctrinal al respecto. Todo ello para conseguir una visión global y profunda de la opinión del conjunto de la comunidad jurídica sobre la forma en la que se regula la materia y el modo en el que los expertos reciben la nueva regulación, pues, recordemos, se trata de un

sistema sin precedente alguno en nuestro país, dando lugar a un hito jurídico, cuanto menos.

Una vez habiendo consultado toda la documentación posible, para empaparme en esta materia de tantísima importancia en la actualidad, se procede a la redacción del trabajo, el cual se expone con todo lujo de detalles a continuación.

I. Concepto de capacidad de obrar y capacidad jurídica.

La capacidad de obrar es aquella aptitud para realizar válidamente actos jurídicos, asumir las obligaciones y ejercitar debidamente derechos de los que se es titular¹. Asimismo, conviene mencionar que este tipo de capacidad se adquiere con la mayoría de edad.

Ha de distinguirse necesariamente de la capacidad jurídica, la cual implica la titularidad de derechos y obligaciones, intrínsecamente relacionada con la personalidad jurídica, que se obtiene una vez se cumplen con los requisitos del art. 30 del Código civil².

La capacidad de obrar puede ser objeto de graduación como resultado de una sentencia modificativa de la capacidad de obrar, dictada por el órgano judicial competente, mientras que la capacidad jurídica se mantiene inalterable e inmutable, no siendo posible una modificación judicial de la misma.

Conviene citar que, dentro de las capacidades de obrar, existen capacidades especiales, como la relativa a la adopción, regulada en el art. 175 CC, que ha de diferenciarse de las prohibiciones legales, como la dispuesta en el art. 221 CC, relativa a las prohibiciones que limitan las actuaciones de quien ostenta un cargo tutelar.

Por todo lo dicho, es evidente que, en el sistema tradicional de protección de las personas con discapacidad, el legislador español ha querido hacer una clara distinción entre las capacidades a las que se ha hecho referencia. Ello encuentra su motivación en el hecho de que esta distinción clásica no se concibe desde una perspectiva unitaria, sino desde una perspectiva en la que la capacidad jurídica nada tiene que ver con la capacidad de obrar, sino que ésta última, como ya se ha explicado depende enteramente de las circunstancias personales de la persona en particular a la que hagamos referencia, permaneciendo intacta la capacidad jurídica.

¹O'CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 (parte general)*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, julio de 2020, p.343.

II. Primeras regulaciones y reformas a partir de la democracia.

El Código civil en su redacción originaria disponía que las personas que padecían graves circunstancias que aconsejaban la privación de su capacidad de obrar tenían que estar sujetas a tutela, modificándose, de esta forma, su capacidad de obrar.

Entre dichas circunstancias, se mencionaba a los menores de edad no emancipados legalmente; los locos o dementes, aunque tuviera intervalos de lucidez, y los sordomudos que no supieran leer y escribir; los que, por sentencia firme, hubieran sido declarados pródigos; y, finalmente, los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

Sin embargo, una vez asentada la democracia en España, consecuencia de la Transición, se produjo una modificación mediante la Ley 13/1983, en que se llevó a cabo un profundo cambio de la regulación de la incapacitación. En primer lugar, se estableció la necesidad de sentencia judicial para la declaración de la incapacidad (art. 199), no siendo definidas con exactitud las causas, sino más bien de un modo general y abstracto (art. 200).

Se abrió la posibilidad de declarar la incapacitación de un menor de edad (art. 201) y, al mismo tiempo, se introdujo una nueva figura de tutela, denominada curatela, regulada en el Título X de la citada ley.

Más tarde, y ya en una sociedad en la que los valores democráticos se habían consolidado plenamente, se da una nueva reforma, mediante la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, teniendo lugar una modificación parcial del Código civil y de la LEC.

Se tiende hacia una interpretación mucho más restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar, con la finalidad de preservar el interés del menor y garantizar el desarrollo de éste. Esta reforma encuentra su fundamento en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, ratificada por España en 1990. Es el primer paso en el camino para otorgar al menor de edad el estatus social propio de las sociedades democráticas del siglo XX.

Por último, pero no por ello de menor importancia, conviene recalcar la reforma operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, y que provocó la derogación de gran parte del articulado del CC, que se recogió en la LEC.

III. Regulación de la modificación judicial de la capacidad de obrar. Presupuestos y figuras de representación y asistencia. Especial referencia a las personas con discapacidad y al “incapaz natural”.

La capacidad de obrar puede ser objeto de modificación a partir de una resolución judicial, en la que se expongan las causas que justifican esa modificación, así como las medidas que se van a adoptar para hacer frente a la nueva situación.

De esta forma, se garantiza la intervención judicial en la modificación de la capacidad de obrar, pues sólo en caso de que concurran las circunstancias necesarias contenidas en el anterior art. 200 del Código civil será posible alteración de este tipo de capacidad, y teniendo en cuenta el grado de discernimiento de cada sujeto. Ello debido a que la incapacitación no es una cuestión homogénea y única, sino que es graduable, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Estas causas son las enfermedades o deficiencias permanentes en el tiempo, que pueden afectar en el ámbito psíquico o físico, y que están estrechamente relacionadas con la imposibilidad de autogobierno. Aquel sujeto que las padezca tendrá, por ende, una imposibilidad natural para actuar con plena libertad y no podrá decidir con responsabilidad en los ámbitos personal y patrimonial como lo haría una persona que no adoleciera de dichas causas.

A su vez, en cuanto a los menores de edad, en virtud de lo previsto en el ya derogados art. 201 CC, pueden ser sujetos de modificación de la capacidad de obrar, siempre que concurran en los mismos las causas citadas y se prevea, razonablemente, que éstas persistirán con posterioridad al alcance de la mayoría de edad. En la sentencia en la que se modifique la capacidad, se dará una prórroga de la patria potestad, o bien, se aplicarán las figuras de tutor o curador a las que se ha hecho referencia.

También, la prodigalidad³ es una causa para la modificación de la capacidad de obrar, y, pese a no haber una definición legal, la doctrina la define como aquella conducta irracionalmente malgastadora de un sujeto que llega a poner en peligro la integridad de su patrimonio. Si bien es cierto que no todo sujeto que presente esta conducta puede ser

³ECHEVARRÍA DE RADA, T. “Reflexiones en torno al alcance de la declaración de prodigalidad en el ámbito personal y patrimonial”, *Revista de Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1817, 1998, p.561- 593.

declarado como pródigo, sino sólo aquel que tenga la obligación legal de prestar alimentos a su cónyuge, descendientes o ascendientes (art. 142 y ss. CC).

El objetivo de la modificación de la capacidad de obrar es precisamente la protección y la búsqueda del interés del sujeto en su aspecto patrimonial y personal, por su situación especialmente vulnerable.

En otro orden de cosas, podemos distinguir diferentes figuras que tienen la finalidad de representar o, en su caso, de asistir al incapacitado, según el grado de discernimiento que presente el sujeto.

En caso de que el grado de discernimiento fuera mínimo, la figura que se aplicará, de acuerdo con la regulación clásica, será la del tutor, quien representará al declarado incapaz, por cuanto éste carece de la capacidad suficiente para poder realizar los actos especificados detalladamente en la sentencia.

Sin embargo, incluso en el caso de que se aplicara la figura del tutor, sigue siendo posible la realización de ciertos actos jurídicos por parte del sujeto sin necesidad de representación, como es el caso de los actos personales (por ej., contraer matrimonio en un momento de lucidez, conforme al art. 56.2 CC.) y determinados actos patrimoniales, siempre que se especifique debidamente en la sentencia de modificación de la capacidad de obrar.

En caso de que el grado de discernimiento fuera mayor, se nombrará a un curador, que será el encargado de asistir al sujeto. Esta figura tiene especial incidencia en el ámbito económico, siendo preciso, de nuevo, que en la sentencia se detallen los actos en los que sea necesaria dicha asistencia por el curador.

En cuanto al pródigo, la sentencia declarativa de prodigalidad tiene que establecer los actos patrimoniales que el sujeto no puede realizar por sí mismo, necesitando la intervención del curador para la prestación de asistencia (Art. 286.3 CC).

Por otra parte, tengamos en cuenta que la modificación de la capacidad de obrar tiene su origen en una causa física o psíquica que impide el autogobierno por afectarlo significativamente, pero es susceptible de transformación en el tiempo, cambiando la manera en la que afecta a ese autogobierno. Es decir, en el momento en el que se produzcan nuevas circunstancias en relación con la situación física o psíquica del incapacitado, será preciso una revisión de la sentencia para su modificación, pudiendo

tener como resultado una ampliación o limitación de la capacidad de obrar e, incluso, una devolución de la plena capacidad de obrar que inicialmente fue objeto de limitación.

En lo referido al proceso de incapacitación, el mismo se rige conforme a las disposiciones de la LEC (Arts. 756 a 763), produciéndose una ampliación de las funciones directivas del Juez, no siendo posible actuaciones procesales que sí que son posibles en otro tipo de procedimientos, tales como el allanamiento, por el carácter indisponible de la materia y la relevancia que la modificación de la capacidad de obrar tiene en la vida cotidiana del afectado.

Los legitimados activamente para solicitar la incapacitación son «1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz [...]», así como también el Ministerio Fiscal (art.757 LEC).

Respecto al presunto incapaz, éste también puede promover su incapacitación, y, además, podrá comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, pues recordemos que todavía no se le ha modificado la capacidad de obrar (Arts. 7.1 y 758.1 LEC en relación con el art. 199 CC.).

De no personarse, el presunto incapaz será defendido «[...] por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado» (Art. 758 LEC).

En cuanto a la persona o personas que hayan de representar o asistir al sujeto, será la propia sentencia la que determine quiénes efectivamente serán esas personas, siendo precisa la audiencia de los parientes más próximos, así como al presunto incapaz si tiene el grado de discernimiento suficiente y a las demás personas que el tribunal estime conveniente.

Como ya se ha mencionado, la incapacidad y la discapacidad no son técnicamente la misma realidad, ya que la discapacidad puede definirse como la minusvalía física o psíquica. Esta minusvalía no necesariamente afecta al autogobierno, siendo posible que una persona discapacitada goce plenamente de su capacidad de obrar y tenga la capacidad

plena para actuar y tomar decisiones libremente como lo haría, en principio, una persona que no tuviera ningún tipo de discapacidad⁴.

En cuanto a la declaración de la discapacidad, ésta corresponde a la Administración, y no al Juez, a diferencia de lo que ocurre en los procesos de modificación de la capacidad de obrar. Esta declaración no conlleva una limitación o modificación de la capacidad de obrar, sino que implica el reconocimiento de ciertos derechos económicos, el acceso a servicios públicos y, en su caso, la creación de un patrimonio separado y especialmente protegido a favor del discapacitado.

Además, pueden ser declaradas como discapacitadas aquellas personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

Diferente es el caso del “incapaz natural”, siendo aquel que, pese a no haber sido sujeto de un procedimiento de modificación de la capacidad natural, carece del autogobierno suficiente por padecer una enfermedad persistiendo, no teniendo, por tanto, el entendimiento necesario para realizar determinados actos jurídicos. Es una situación fáctica que produce una enorme inseguridad en el tráfico jurídico, por cuanto no existe una sentencia modificativa de la capacidad de obrar, haciendo necesario probar, caso por caso, la ausencia de ese discernimiento preciso que exigen ciertos actos (Art. 1261.1º CC) si se quieren dejar sin validez. Sólo habiéndose probado la ausencia del entendimiento, dicho acto jurídico se podrá anular, salvo que se pruebe que el sujeto lo ha realizado en un intervalo de lucidez.

En el cuerpo normativo clásico de protección no se especifica si los actos realizados por el incapaz natural fuera de un momento de lucidez son nulos o anulables, pero gran parte de la doctrina actual tiende hacia el régimen de la anulabilidad⁵.

Por otro lado, sobre el internamiento por trastorno psíquico, este implica la privación de libertad, y se debe contar con el previo consentimiento de la persona. Sin embargo, en ciertas ocasiones no es posible obtener ese consentimiento, por lo que se

⁴ M.T. VICENTE HERRERO, M.J. TERRADILLOS GARCÍA, L.M. CAPDEVILA GARCÍA, M.V. RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, E. AGUILAR JIMÉNEZ, y A.A. LÓPEZ GONZÁLEZ, “Minusvalía, discapacidad e incapacidad. Una revisión desde la legislación española”, *SEMERGEN*, núm. 8, octubre de 2010, p. 457-462.

⁵ STS de 14 de febrero de 2006; STS de 10 de enero de 2018. El Código del Derecho Foral de Aragón sí regula expresamente esta cuestión en el art. 37.

prevé el internamiento con autorización judicial (Art. 763 LEC), salvo que, por razones de urgencia, deba adoptarse inmediatamente la medida de internamiento.

En ese supuesto, será precisa la posterior ratificación por el tribunal del lugar donde radique el centro donde se haya producido el internamiento (Art. 757,3 y 763.1.3 LEC).

Será el órgano judicial el que declare hasta cuándo se ha de mantener la medida, pudiendo requerir ciertos informes periódicos (Art. 763.4 LEC).

En resumidas cuentas, la regulación clásica de la incapacidad abarca diversidad de figuras de asistencia o representación, y se tienen en cuenta las necesidades y las circunstancias concretas del sujeto. Será el Juez quien tenga un papel fundamental en este proceso, por tener como principal obligación velar por la seguridad del incapaz y establecer aquellas medidas que sean más favorables a su situación, limitando su capacidad de obrar únicamente en los casos en los que sea estrictamente necesario para su protección.

IV. Problemas derivados del modelo clásico de protección de las personas con la capacidad de obrar judicialmente modificada.

El modelo jurídico en materia de modificación de la capacidad de obrar no se caracteriza por ser de rabiosa actualidad, sino que hunde sus raíces en una regulación que no se ha visto alterada de manera significativa en estos últimos años.

De ello se derivan numerosas problemáticas que han de ser revisadas desde una perspectiva actual y moderna, teniendo en cuenta las circunstancias sociales y jurídicas de nuestros días, pues, en un mundo que avanza a pasos agigantados, conviene asegurarnos que la normativa vigente está preparada para solventar cuestiones que con el paso del tiempo han ido surgiendo.

En este sentido, las principales figuras que se regulan en materia de modificación de la capacidad de obrar se caracterizan, principalmente, por su carácter estático, lo cual, si bien puede suponer un efecto positivo desde una perspectiva de seguridad jurídica, conllevan, a su vez, una serie de supuestos problemáticos que, en opinión de diversos autores como los que se expondrán a lo largo de este apartado, no se han podido solucionar efectivamente, haciendo que el sistema actual resulte incompatible con las exigencias del momento actual que estamos viviendo.

En primer lugar, la figura de la tutela ha supuesto una traba para las operaciones jurídicas, ya que, hoy en día, el tráfico jurídico se caracteriza por su rapidez y por sus ansias de evitar el excesivo formalismo. Esta «lentitud» de la que puede pecar en repetidas ocasiones la tutela encuentra su origen en la necesidad de que se otorgue autorización judicial previa para determinadas actuaciones, entre las cuales podemos mencionar la transmisión o gravamen de bienes inmuebles, derechos reales, acciones o participaciones sociales, etc., la renuncia a créditos, herencias, donaciones, etc.; la adquisición de la condición de socio en sociedades donde la responsabilidad no se vea limitada, entre otros negocios jurídicos.

Los casos en los que se precisa la intervención del Juez para el otorgamiento de la autorización se encuentran recogidos en el Código civil, concretamente en su art. 271.

Recordemos que la figura de la tutela tiene como principal objetivo proteger a la persona cuya capacidad de obrar se modifica, al patrimonio de la misma, o a ambas cosas al mismo tiempo. Este propósito puede verse enormemente afectado desde el momento

en el que el trámite para la obtención de la autorización judicial se ve dilatado en el tiempo, lo que podría suponer la frustración de diversos negocios jurídicos que resultan de un enorme beneficio para el tutelado. En un mundo en el que los operadores jurídicos buscan la rapidez, y huyen del formalismo excesivo, una figura de representación como es la tutela no puede ser víctima de procedimientos dilatados ni entorpecidos por la enorme saturación que sufre nuestro sistema judicial.

Sin opacar la necesidad de supervisión por parte del Juez de aquellas operaciones previstas en el art. 271 del Código civil, no se puede negar que aquellos sujetos que pretendan un procedimiento sin retrasos ni esperas tenderán a no negociar con los sujetos con la capacidad de obrar modificada, por todo lo expuesto.

Al retraso producido por la saturación que sufren los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de este tipo de asuntos, hay que sumarle la saturación que sufren las personas jurídicas, públicas o privadas, que asumen en numerosas ocasiones el cargo de tutela⁶.

Estas personas jurídicas, nombradas como titulares del cargo de tutor por la sentencia modificativa de la capacidad de obrar (Art. 239 bis y 242 del Código civil), pueden tener la forma de Institución o, en su caso, Fundación. En su día a día, la saturación y la burocracia son protagonistas, lo que resulta totalmente incompatible con aquellos negocios jurídicos que buscan una toma de decisiones rápida y agilizada.

Además, esta saturación viene dada también por el número creciente de personas que están siendo sujetos de incapacitación, y cuya tutela es asumida por Instituciones Públicas⁷.

En palabras del ex director gerente del IASS (Instituto Aragonés de Servicios Sociales), ARIÑO, «el envejecimiento poblacional y los cambios sociales en las propias familias, que ya no quieren hacerse cargo a veces de los mayores» son los factores que han provocado que la “Administración se vea sobrepasada” ».⁸

⁶ SANTOS URBANEJA, F. “Fundaciones tutelares públicas”. *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. 5, 2002, p. 911-958.

⁷ TRESSERRAS, J., SUNYER FUTUMAD, M., FERNÁNDEZ, P.M., DE BARRÓN, M., DE LA LLAVE, C., GONZÁLEZ, M., YEPES, I. *Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España Servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica*. Editorial Asociación Española de Fundaciones Tutelares, Madrid, 2020, p. 53-58.

⁸ Oliverosa, A. (2004, 13 de diciembre). Casi 400 mayores incapacitados y solos viven bajo la tutela de la DGA. *El periódico de Aragón*.

En otro orden de cosas, en cuanto al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, éste también plantea numerosas incógnitas que afectan considerablemente a la cotidianidad de aquellos cuya capacidad de obrar ha de modificarse, especialmente de aquellos que, por sus circunstancias, han de realizarse con urgentemente y con todas las garantías posibles.

Este tipo de procedimientos se encuentran regulados en el Libro IV de la LEC, concretamente, en el Título I, Capítulo II (“*De los procesos sobre la capacidad de obrar*”). Por la importancia que poseen, es preciso que se realicen todas aquellas actuaciones que garanticen la solución jurídica más adecuada, atendiendo a las circunstancias de la persona cuya capacidad de obrar se pretende modificar.

En término de plazos, el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar no presenta plazos procesales de larga duración. No obstante, las pruebas a llevar a cabo (Art.759 LEC) son diversas y pueden ser de tipo documental para la acreditación de la falta de capacidad (informes médicos, informes sociales, certificado de minusvalía (de haberlo), etc.), exploración del presunto incapaz por el Médico Forense (con la emisión del informe pertinente); la audiencia de los parientes más próximos o aquellas personas unidos con el presunto incapaz con una especial relación; y, finalmente, examen del presunto incapaz por el Juez, para formación de una opinión sobre su estado y las circunstancias que le caracterizan (Art. 759 LEC); esta variabilidad en las pruebas y la necesidad de constatar al detalle el estado en el que se encuentra el presunto incapaz son motivos que hacen que, en la práctica, la sentencia de la modificación de la capacidad de obrar tarde varios meses en ver la luz.

Estos plazos pueden verse todavía más dilatados en el caso de que el presunto incapaz se persone en el procedimiento para alegar su plena capacidad de obrar e impedir, por tanto, una modificación de su capacidad de obrar, supuesto que se permite de conformidad con el art. 758 LEC. El presunto incapaz podrá hacer valer sus argumentos a través de las pruebas que en derecho se acepten, como los informes periciales.

Lo anterior nos permite apuntar el hecho de que los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar pueden ser, en principio, de una tramitación formal

y material no prolongada en el tiempo, pero que, en la práctica, sucede todo lo contrario, llevándose a cabo un procedimiento dilatado en concepto de tiempo y recursos.

En definitiva, la dilación en el procedimiento, que se ve todavía más acentuada por la excesiva carga de trabajo que soportan nuestros Tribunales, es otro de los problemas que en la actualidad podemos resaltar de la regulación vigente en materia de incapacitación.

A su vez, otro de los dilemas que se plantea la comunidad jurídica sobre el sistema vigente en materia de modificación de la capacidad de obrar encuentra su origen en el hecho de que la tutela ha sido calificada como un régimen que implica un control excesivo, optándose en muchos casos por el régimen de asistencia propio de la curatela, con una determinación clara y precisa de aquellos actos en los que específicamente sea necesaria la asistencia complementaria. También, el sistema vigente no ha de entenderse como un régimen estricto y rígido, sino que debe adaptarse a las realidades diversas que se dan en la cotidianidad.

Teniendo en cuenta lo dicho, y para fundamentarlo, conviene hacer mención a diversas sentencias en las que se aclara cuándo se puede aplicar la tutela y por qué resulta más conveniente el régimen de la curatela para la protección del sujeto que ve modificada su capacidad de obrar.

En primer lugar, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 2015, N.º. 244/2015, con un número de recurso 846/2014⁹. En la misma, en el Fundamento Jurídico Séptimo («Estimación del recurso»), conviene citar lo siguiente:

«[...] la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección. Y para que funcionen estos sistemas de protección se requiere que concurren 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. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor

⁹Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

reversibilidad de la insuficiencia. Por ello la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.»

Por lo dicho, se deduce que la modificación de la capacidad de obrar se ha de hacer teniendo en cuenta la diversidad de circunstancias, lo que implica, indudablemente, una graduación en la alteración de la capacidad de obrar del sujeto. No cabe una aplicación estricta de la normativa vigente, sino que es preciso que se lleve a cabo teniendo en cuenta la multiplicidad de circunstancias que hacen que cada caso sea singular en sí mismo.

La citada sentencia sigue:

« [...] Lo anterior se traduce en lo que argumentábamos al comienzo del fundamento jurídico 5, en relación con que la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida.

Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades. [...]».

Siguiendo esta línea argumental, se defiende por el Tribunal Supremo una postura en la que la protección del sujeto es primordial, pero dicha incapacidad no ha de entenderse necesariamente como una restricción de sus derechos y libertades, sino que esa restricción ha de ser la excepción, constituyendo la graduación de la alteración de la capacidad de obrar un elemento esencial para ello.

Otra sentencia que conviene resaltar es la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (N.º de Recurso 2367/2015, N.º de Resolución: 373/2016)¹⁰.

¹⁰Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Es en esta sentencia donde podemos apreciar un especial hincapié en la necesidad de no aplicar de forma rígida la normativa (como ha ocurrido en el caso), sino hacer depender la modificación de la capacidad de obrar de las circunstancias concretas que acompañan al sujeto. Así, esta idea se manifiesta claramente en el Fundamento Jurídico Tercero que reza lo siguiente

«[...] evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas [...].

2º.- Para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. [...]

[...] medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones. [...]».

Como ya se ha mencionado, uno de los problemas que se plantean en el panorama jurídico actual es la necesidad de no aplicar rígidamente el sistema vigente, sino hacer «un traje a medida», teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Este «traje a medida» no siempre se aplica, y así se ha podido comprobar en la sentencia citada, donde se menciona una privación del derecho de sufragio universal activo y pasivo, sin ningún tipo de prueba que lo fundamente (extracto del Fundamento Jurídico Tercero, en su quinto apartado).

«[...] Ocurre en este caso que la sentencia recurrida confirma la del juzgado la cual, sin razonamiento alguno, priva a doña Angelina del derecho de sufragio universal activo y pasivo, siendo así que ningún dato de prueba autoriza tal pronunciamiento. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre. [...]».

Por otro lado, sobre la tendencia a sustituir el régimen de tutela por el de curatela, son varias las evidencias jurisprudenciales que pueden apoyar esta afirmación. Entre las

mismas, podemos mencionar la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 16 de mayo de 2017 (Recurso: 2759/2016, y N.º de Resolución: 298/2017).¹¹

A lo largo de los fundamentos jurídicos, el TS muestra una postura más favorable sobre la curatela frente a la tutela que inicialmente se había impuesto al sujeto protagonista de la alteración de la capacidad de obrar. Como ejemplo de ello, se dan los siguientes extractos:

«[...] La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

[...] Pero lo cierto es que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse. [...].

[...] La curatela, en primer lugar, no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permitiría creer lo contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del art. 287 CC ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona. [...]».

¹¹ Ponente: MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN.

«[...] Además, la sentencia de primera instancia, confirmada por la sentencia recurrida, excluye el derecho de sufragio pasivo por entender que no puede gestionar asuntos ajenos quien no tiene plena capacidad para gestionar sus asuntos pero, en cambio, a la vista del informe médico forense, reconoce expresamente a D. Leopoldo la capacidad para ejercer el derecho de voto (art. 3.2 LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General). [...]».

Por todos los argumentos expuestos, la necesidad de la existencia de la tutela queda en tela de juicio, especialmente por las tendencias hacia la curatela y por las nuevas exigencias que plantea la Convención de Nueva York de 2006 en materia de derechos de las personas discapacitadas, la cual se analizará con posterioridad.

Para finalizar, son muchos los autores que consideran que la autorregulación de la tutela es de vital importancia para respetar los deseos de la persona que se verá sometida a tal régimen, alejándose de toda concepción clásica que el legislador prevé en el marco jurídico actual y otorgándose, de tal forma, un mayor protagonismo a la persona cuya capacidad de obrar se verá modificada. Es precisamente esta autodeterminación lo que, en palabras de BERROCAL LANZAROT «[...] representa un derecho de toda persona [...]».¹² Esta autorregulación de la tutela «[...] supone una modernización de las estructuras tradicionales de protección, y que, desde la propia autonomía del individuo y su capacidad para autorregular sus intereses, se va a posibilitar que cada uno decida anticipadamente, cuando se tiene plena capacidad de obrar, quien quiere que sea su representante legal o, simplemente, quien no debe serlo, ante una eventual incapacitación judicial. [...]».¹³

Uno de los primeros pasos en este ejercicio de la autonomía del individuo se encuentra recogida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. En su Exposición de Motivos, se establece que la reforma tiene como objetivo permitir que una persona con la capacidad de obrar sin haber sido modificada pueda realizar aquellas previsiones que considere oportunas, en vistas a una futura incapacitación. Entre las modificaciones,

¹² BERROCAL LANZAROT, A.I., “Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela”, *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 9, 2008, p. 32-141.

¹³ Ídem.

podemos mencionar varias, como la autotutela, la alteración del orden de delación de la tutela, prefiriéndose aquel que ha sido previamente designado por el propio tutelado, sin perjuicio de la modificación del orden por el Juez si lo hace en interés del sujeto que ve modificada su capacidad de obrar; se trata de la posibilidad del presunto incapaz de promover su propia modificación de la capacidad de obrar (modificación del art.757.1 LEC). Estas modificaciones se recogen en el Capítulo II (*“Modificaciones del Código civil y de la LEC”*).

Por otra parte, en relación con el apoderamiento preventivo se trata de un mecanismo complementario que ha sido defendido por muchos autores, como es el caso de NOGALES SÁNCHEZ¹⁴, quien afirma que «[...] El proceso de incapacitación de una persona es muy garantista. Ello, unido a la enorme carga de trabajo de la Administración de Justicia, provoca que la duración de dicho procedimiento pueda ser de meses. Durante este tiempo, la persona afectada se encuentra en una especie de limbo jurídico en el que ni puede defenderse de hecho, ni el ordenamiento solventa de modo automático los inconvenientes de la paralización de su vida jurídica. [...]».

Los poderes preventivos se encuentran regulados en el art. 1732 del Código civil y constituyen, en virtud de la mencionada notaria, una solución frente a la situación de lentitud práctica que implica el régimen de la tutela. De esta forma, el poder preventivo permitiría la continuación de un poder previamente dado (si se establece así por el poderdante), o bien, se iniciaría el poder como resultado de la modificación de la capacidad de obrar del poderdante, en los términos previstos por el mismo, con las condiciones y circunstancias especificadas por el poderdante.

Estos dos mecanismos alternativos (poderes preventivos y autotutela) presentan similitudes en cuanto a que buscan huir de los rígidos procedimientos que caracterizan la constitución del régimen de tutela, pero también tienen una serie de diferencias que han de ser tenidos en cuenta.

En lo referido a los poderes preventivos, éstos emanan de la libre voluntad del mandatario, y se emite dicha voluntad ante el Notario¹⁵. Por su parte, la autotutela implica

¹⁴ NOGALES SÁNCHEZ, M. (2020, 24 de junio). *Notarios en Red*. Extraído el 12 de febrero de 2021 desde <https://www.notariosenred.com/2020/06/autotutela-apoderamiento-preventivo/>

¹⁵ Art. 167 del Decreto de 2 de junio de 1944 que aprueba el Reglamento de la organización y régimen del Notariado:

que el que pueda ver afectada su capacidad de obrar puede designar el tutor, aunque ha de confirmarse por el Juez y éste también tendrá que intervenir para todos los actos en los que se requiera por disposición legal¹⁶.

En el poder preventivo, esta intervención judicial (Salvo que se disponga otra cosa por el poderdante) no es preceptiva, lo que resulta atractivo para aquellos sujetos que busquen efectos prácticos que no obstaculicen los negocios en el tráfico jurídico^{17 18}.

Además, estos poderes notariales gozan de un reconocimiento internacional, a través de un requerimiento administrativo que se denomina apostilla. Esta apostilla es una anotación sobre un documento público de carácter notarial que corrobora la veracidad y autenticidad de los documentos públicos expedidos en otro Estado.¹⁹

Por todo lo detallado, podemos apreciar que se ha producido un aumento de los poderes preventivos y de los mecanismos de la autotutela. Ello debido a que son mecanismos alternativos y más rápidos para hacer frente a situaciones de modificación de capacidad de obrar, que se alejan del régimen de la tutela, con todo lo que esto supone.²⁰

Esta realidad se ha manifestado por el ex Decano del Colegio Notarial de Aragón, ASÍS PIZARRO: «[...] Hay determinados documentos realizados ante notario como los poderes preventivos, la autotutela y clausulas testamentarias que permiten afrontar con tranquilidad estas situaciones antes de que se produzcan. [...]».²¹ Esto da a entender que, en la actualidad, existe una gran parte de la población que tiende hacia la autorregulación,

“El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, **tienen capacidad civil suficiente** para otorgar el acto o contrato de que se trate.”

¹⁶ Art. 271 del Código civil.

¹⁷ BENAVIDES LIMA, J. ¡Más vale prevenir que curar: ¡Haz tu poder preventivo! [Entrada de blog]. <https://www.diagonal550.com/blog/que-son-poderes-preventivos>

¹⁸ Consejo General del Notariado. ¿Qué es y para qué sirve un poder notarial? ¿Y los instrumentos de protección de la persona? El notario le da algunas claves sobre su utilidad: Consejo General del Notariado.

<https://www.notariado.org/portal/documents/176535/0/Folleto+sobre+los+poderes+notariales.+Caracter%C3%ADsticas+y+tipos.+Los+instrumentos+de+protecci%C3%B3n+de+la+persona..pdf/e623ea7e-8eb4-5c29-54b1-cd276588aa3e?t=1565763589037>

¹⁹ Método introducido por el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 (conocido como *Apostille Convention*). En España, se regula en el Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre.

²⁰ Consejo General del Notariado. Informe del Observatorio notarial sobre la realidad socioeconómica de los aragoneses en 2007-2014. http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=10256&groupId=10218&folderId=9544333&name=DLFE-141808.pdf

²¹ Ídem.

sustituyendo, por ende, las figuras clásicas de representación y asistencia en caso de modificación de la capacidad de obrar.

E, incluso, por parte del propio legislador, existen evidencias de esta tendencia que huye de este procedimiento formalista y con notas de falta de celeridad. Un ejemplo de ello es la incorporación de esta figura de la autotutela en la Ley 41/2003.

En este sentido, se dispone²² que «cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor».

Esta tendencia de la inclusión de la voluntad del sujeto al que se le va a modificar la capacidad de obrar también se manifiesta en el art. 234 del Código civil, al disponer²³ que «para el nombramiento del tutor se preferirá: 1º: Al designado por el propio tutelado, conforme al art. 223».

Estas razones pueden conducir a uno a pensar que realmente el sistema tradicional está temblando en sus cimientos, siendo necesario un soplo de aire fresco que permita adecuar este sistema a la realidad de nuestros días, con todas las transformaciones y los cambios sociales que tan a la orden están. Es obvio, a su vez, que el propio legislador ha ido dando pasos en este proceso de cambio del sistema tradicional, aunque, como ya se ha mencionado, son muchos los autores que estiman que el régimen de la tutela está anticuado y carece de la celeridad suficiente para dar respuesta inmediata a situaciones que, por su naturaleza y/o características, la requieren.

²² Art. 9.1 de la Ley 41/2003, que reforma el art. 223 del Código civil.

²³ Art. 9.2 de la Ley 41/2003, que reforma el art. 224 del Código civil.

V. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas, de 2006.

1. Definición y presupuestos para su creación. Precedentes históricos españoles en derechos y políticas sobre discapacidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, confeccionada por Naciones Unidas, recoge grandes innovaciones relativas a los derechos de las personas con discapacidad, obligando a los Estados firmantes a adoptar unos cambios para cumplir los objetivos fijados.

Tanto la Convención Internacional como su Protocolo Facultativo fueron objeto de aprobación el día 13 de diciembre de 2006, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York.

En cuanto a los presupuestos que propiciaron su creación, en el Preámbulo se hace una alusión a los principios que inspiran la Carta de las Naciones Unidas²⁴, los cuales pueden resumirse en los principios de la libertad, la justicia y la paz. Es por ello por lo que este organismo entiende que, para la consecución de estos principios, ha de pasarse necesariamente por el camino del «reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»²⁵.

Este camino del reconocimiento ha de llevarse a cabo «reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación».

No obstante, para poder entender estos puntos expuestos, considero esencial explicar en qué consiste la realidad de una persona con discapacidad. Una persona con discapacidad, según la definición aportada por la Real Academia de la Lengua Española, es una persona que sufre de una «situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad, o el ejercicio efectivo». Es decir, una persona con discapacidad se enfrenta a

²⁴Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945). En los artículos 1 y 2 se habla sobre los principios y propósitos.

²⁵ Apartado a) del Preámbulo de la Convención de Nueva York, de 2006.

una realidad compleja, llena de obstáculos, que se agudizan cuanto más complicada es su propia situación personal.

En una sociedad en la que se aparta, se olvida y se discrimina sistemáticamente a las personas que sufren algún tipo de discapacidad, se hace necesaria la intervención de los poderes públicos para erradicar esta situación de clara injusticia, y permitir, así, una mayor integración de las personas con discapacidad a la sociedad tan diversa que nos caracteriza.

Para ello, han de removerse los obstáculos que impiden que esta actividad de integración se desarrolle en su plenitud, pues de nada sirve tener el ideal de la integración si realmente no se toman medidas efectivas que lo permitan en la práctica.

De esta forma, con este instrumento se pretende dar la visibilidad a las personas con discapacidad, y conseguir esa igualdad efectiva que tanto se ha reivindicado en los últimos años.

Esta discriminación que sufren las personas con discapacidad en nuestra sociedad no se deriva de una mera apreciación personal moral, sino que encuentra su reflejo en numerosos estudios que se han llevado a cabo al efecto. Entre ellos, podemos destacar el Informe Olivenza de 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España, elaborado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad.

Este informe supone un análisis de la situación de la población con discapacidad en España y cómo es el grado de inclusión social que existe en la actualidad. En este informe, se recogen los cambios en el plano normativo referentes a la protección e inclusión de las personas con discapacidad, la forma en la que el mercado laboral se adapta a las circunstancias especiales y particulares de las personas con discapacidad, el gasto público que se destina en los Presupuestos Generales del Estado para sus necesidades, así como un estudio intenso referido a los recursos que efectivamente se utilizan para la inclusión social de este colectivo.

Siguiendo lo anterior, este estudio²⁶ refleja la tasa de desempleo de las personas con discapacidad comprendidas en los años 15 a 44, es de un 33,00% (mujeres) y 30,8%

²⁶ Observatorio Estatal de la Discapacidad. *Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España*. <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/informe-olivenza-2019-sobre-la-situacion-general-de-la-discapacidad-en-espana/>

(hombres), frente a un 16,4% (mujeres) y 14,1% (hombres) referido a las personas que no presentan ningún tipo de discapacidad, de acuerdo con el Eurostat.

Hay que tener en cuenta que, a día de hoy, como es obvio, los datos habrán cambiado, aunque ya antes se podía apreciar una enorme diferencia en las cifras de desempleo de las personas con discapacidad de las que no presentan discapacidad, lo que debería hacer sonar la alarma para poner una solución a esta brecha tan profunda derivada de la discriminación.

Tal es el grado de discriminación que sufren las personas con discapacidad, que, según una proyección realizada por la Fundación ADECCO, «la inclusión laboral de las personas con discapacidad no se producirá hasta el año 2249»²⁷.

Esta discriminación, por desgracia, también encuentra reflejo en el ámbito de la Justicia, concretamente, en el ámbito de acceso a la Justicia. Conviene recordar que el acceso a la justicia constituye un principio básico de todo Estado de Derecho, y, en este sentido, se establece el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de nuestra Constitución, que, a su vez, encuentra refugio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 6.

La discriminación que experimentan cotidianamente las personas con discapacidad aparece también en el plano judicial, y así lo argumentan algunos autores, tales como ARAOZ, Asesora Jurídica de “Plena Inclusión España”, quien, en su obra *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo*, dice lo siguiente:

«Nuestra experiencia acumulada, nos sirve para constatar una falta generalizada del reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad intelectual a apoyos durante los procesos policiales y judiciales adaptados a sus necesidades individuales. Esta falta de reconocimiento afecta directamente al derecho de defensa y a un juicio justo, y supone un ejemplo de discriminación estructural (o sistémica) a la que las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo se enfrentan de forma habitual. [...]»²⁸.

²⁷Fundación Adecco. (3 de diciembre de 2018). <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2018/12/Descargar-NDP-CAMPA%C3%91A-ContraLasEtiquetas-3-de-diciembre.pdf>

²⁸ DE ARAOZ, I. *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo*. Ed. Plena inclusión España. Cuadernos de buenas prácticas, Madrid, 2018 p. 12.

Entiende esta autora que es responsabilidad de la sociedad actuar frente a esta discriminación sistemática que se produce ante nuestros ojos, y llega a afirmar que «Una de las cuestiones que más influye en los apoyos que las personas con discapacidad tienen en su vida está relacionada con la actitud de la sociedad hacia ellas. Esto suele ser determinante en sus oportunidades de participación, calidad de vida y disfrute de derechos.»²⁹

Esta tendencia contemporánea en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad y el análisis de las situaciones de injusticia que se dan con preocupante regularidad, han conducido a afirmaciones como las siguientes:

«La revelación de la discriminación por discapacidad como causal de exclusión remite así mismo a analizar los protagonistas, los mecanismos y las formas que conducen a ella, y también la dimensión personal y subjetiva (la vivencia misma de la exclusión, la interpretación, opiniones y perspectivas que de su propia situación tienen las personas en situación de exclusión)».³⁰

Precisamente para erradicar esa causa de exclusión por razón de discapacidad, entiende el autor GARCÍA VÁSQUEZ que ha de llevarse a cabo a través de «Un diálogo fundado en el respeto y reconocimiento de su voz, de su dignidad y de su existencia como parte de la diversidad humana».

En el plano jurídico español, la protección de las personas discapacitadas no encuentra precedente alguno, a pesar de que en las Constituciones de países vecinos sí que se puede encontrar alguna referencia de protección anterior a la configuración de nuestra Constitución vigente.

Si bien es cierto que en el plano internacional podemos encontrar algunos textos de organismos internacionales relativos a los derechos de las personas que presentan alguna discapacidad, como la Declaración de los Minusválidos (1975), no existen precedentes directos en la historia constitucional española.

²⁹ Ídem. Página 32.

³⁰ GARCÍA-VÁSQUEZ, E. “La discriminación por discapacidad como tema emergente en el contexto de los movimientos sociales contemporáneos”, *Revista Facultad de Medicina*, vol. 63, julio de 2015, p. 160.

Por lo dicho, la protección de las personas con discapacidad comenzó, en el plano jurídico español, con el art. 49 de la Constitución de 1978:

«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».

Si bien es correcto que antes de la creación de la Constitución española no existía régimen alguno de protección de los derechos de las personas con discapacidad, a raíz de este nuevo texto constitucional y con un nuevo ambiente inspirado en los principios propios del Estado de Derecho al que aspiraba ser nuestro país, se llevaron a cabo otras modificaciones en el plano jurídico.

Como consecuencia de ello, uno de los primeros pasos que se dieron en el campo del reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad fue la Ley 13/1982. En palabras del propio legislador, concretamente en el Preámbulo de 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, se dispone lo siguiente sobre esta ley que tan novedosa resultó para la época:

«En este sentido, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los arts. 9, 10, 14 y 49 de la Constitución, y supuso un avance relevante para la época».

Las intenciones de los poderes públicos quedan reflejadas en el art. 3, por cuanto se comprometen a la prestación de todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos inherentes a las personas con discapacidad, «constituyendo una obligación del Estado para la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad social».

Sin embargo, este camino se ralentizó, debido a que no fue hasta años más tarde, concretamente hasta el año 2003, en el que se dio el segundo paso. En este caso, a través

de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad³¹.

En esta ley, actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, se afirma que «Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país».

En opinión del que era Defensor del Pueblo Español (2003), MÚGICA HERZOG, «son cada vez algo más conscientes de que su derecho a la igualdad y a la no discriminación es algo por lo que deben luchar y no una concesión graciable y gratuita de la sociedad en la que viven».³²

Por otra parte, el siguiente paso que se dio fue la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que entró en vigor el 27 de marzo de 2008, a pesar de que, en la actualidad, se encuentra también derogada.

El propósito fue sancionar aquellas «acciones y omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora» (Art. 2).

En resumidas cuentas, fueron algunos pasos los que se dieron en materia de protección de las personas con discapacidad, pero ninguno de tanta envergadura como la Ley 8/2021, que se va a aprobar a raíz de la Convención de 2006.

³¹ Preámbulo del 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.

³² GORBEÑA, V.J., LÁZARO FERNÁNDEZ, Y. *El derecho al ocio de las personas con discapacidad. Análisis internacional, estatal y autonómica del País Vasco*. Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, p. 32-44.

2. **Objetivos, estructura y principios.**

Resultan innegables los avances que en materia de reconocimiento y protección de los derechos de las personas discapacitadas se han llevado a cabo en el marco jurídico español. Empero hay que admitir que en el día a día la discriminación hacia las personas con discapacidad todavía existe y, por ende, hay que buscar mecanismos que nos permitan erradicar de una vez por todas esa discriminación, por ser una lacra social. Ello por constituir una responsabilidad del conjunto de la sociedad el garantizar que la totalidad de sus miembros gocen de igualdad en el ejercicio de sus derechos.

En esta línea, la ONU entiende que la discapacidad es «un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Con esto se evidencia cuál es el objetivo que se pretende alcanzar: la eliminación de todas aquellas barreras que impiden que las personas con discapacidad se interrelacionen con total normalidad con el medio que les rodea y con la sociedad de la que forman parte.

Ello enlaza con el hecho de que, tal y como se expone en el Preámbulo de la Convención, «la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

Los Estados parte se comprometen a cumplir con lo expuesto, adoptando las medidas necesarias que permitan la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de esta parte de la población «en todos los países, en particular en los países en desarrollo».

Me parece importante recalcar que esta Convención reconoce su importancia para que las personas con discapacidad puedan potenciar «su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones».

Por otra parte, la ONU entiende que el beneficio no será exclusivamente para las personas con discapacidad, sino que contribuirá a la mejora del «bienestar general y a la diversidad de sus comunidades», por lo que «la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas

y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza».

Además, se hace especial hincapié en la figura de los niños y las niñas con discapacidad por afirmar que «deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño³³».

También, la perspectiva de género entra en juego, por entender que «las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación».

Esto último resulta de vital importancia, debido a que las mujeres sufren una doble discriminación: por razón de sexo y por razón de discapacidad. Así, RAMIRO COLLAR, coordinadora de minusválidos físicos de la Comunidad de Madrid, afirma lo siguiente³⁴:

«Las mujeres con discapacidad formamos un grupo social aislado e invisible, que se enfrenta a todo tipo de restricciones y limitaciones, que ha estado sometido a una larga historia de tratamientos desiguales y que nos vemos relegadas a una posición de impotencia política, debido a circunstancias que están fuera de nuestro control y que son resultado de estereotipos y prejuicios que merman nuestra capacidad de participar y contribuir a la sociedad en la que vivimos. La existencia continuada de discriminaciones y prejuicios injustos e injustificados priva a las mujeres con discapacidad de la oportunidad de competir en condiciones de igualdad, así como de aprovechar las oportunidades de las que goza cualquier persona.

Consideramos que esto desencadena una situación injusta y de vulneración de los derechos humanos».

³³ Convención sobre los Derechos del Niño es el Tratado Internacional creado por la Asamblea General de Naciones Unidas, concretamente el 20 de noviembre de 1989. Es el reconocimiento a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho. Tiene como 4 principios fundamentales la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y la participación infantil.

³⁴ RAMIRO COLLAR, P. (noviembre de 2010). *Mujer y discapacidad: doble discriminación*. [Presentación de la ponencia]. Conferencia en la Institución del Defensor del Pueblo Vasco, País Vasco.

Una vez habiendo analizado las razones que justifican la creación de la Convención, conviene hacer referencia a la estructura que sigue la Convención y los principios que inspiran a la misma.

En primer lugar, se regulan un conjunto de principios, definiciones, propósitos y obligaciones que acompañan la firma y posterior ratificación de este tratado internacional en forma de Convenio.

En segundo lugar, podemos distinguir un conjunto de arts. que hacen referencia a grupos específicos que, por sus características especiales, se encuentran en una situación todavía más vulnerable que la que generalmente experimentan las personas con discapacidad.

En tercer lugar, se regulan unos compromisos que se reconocen a favor de las personas con discapacidad. No son derechos propiamente dichos, sino mecanismos que permitirían un mejor desarrollo y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Por otro lado, se reconocen derechos fundamentales, los cuales versan sobre los derechos civiles y políticos; se reconocen también derechos económicos, sociales y culturales.

Aunque anteriormente ya se ha hecho una breve referencia a los principios que inspiran la Convención Internacional de las personas con discapacidad, éstos en concreto son los dispuestos en el art. 3 de la Convención:

«Art. 3 Principios generales Los principios de la presente Convención serán:

- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad».

Como ya se ha dicho, el objetivo es que las personas discapacidad ocupen un lugar en el que la visibilidad y la participación activa sean protagonistas, evitando toda situación de discriminación, y garantizando, a su vez, la igualdad y el respeto a su autonomía y a su persona.

Se hace especial mención a la accesibilidad, concretamente, en el apartado f) del citado precepto. La accesibilidad puede definirse, según la RAE, como «aquella condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todos los ciudadanos, incluidas las personas con discapacidad».

En este sentido, no solamente este derecho se recalca en la Convención, sino que ya en nuestra Constitución española se reafirma, en el art. 9.2, que reza lo siguiente:

«2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Esta falta de accesibilidad ha sido manifestada por numerosos autores, como VICTORIA MALDONADO³⁵, quien afirma lo siguiente:

«[...] no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad para prestar los servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. [...]».

En definitiva, los principios plasmados en la Convención buscan el respeto a la autonomía y a la dignidad de las personas con discapacidad, y a esta idea se han unido otros autores como FRANCISCO DE ASÍS ROIG, quien considera que:

³⁵ VICTORIA MALDONADO, J.A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, (vol. 46, número 138). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008

«[...] Como ya fue señalado antes, es posible hablar de una vida humana digna cuando el ejercicio de las capacidades que definen la idea de dignidad humana se lleva a cabo de manera satisfactoria para el sujeto en cuestión. Y esto implica que, aunque el logro de una vida humana digna sea algo eminentemente subjetivo e individual, existen una serie de condicionantes objetivos, representados precisamente por el respeto y el valor de las capacidades (independientemente de su calidad) que definen la idea de dignidad humana, sin los cuáles ésta no podrá alcanzarse. [...]».

Esta misma postura se defiende por GASPAR³⁶, al alegar que:

«[...] En la actualidad, la lucha por los derechos de las personas con discapacidad ya no está en manos exclusivas de los familiares y profesionales preocupados por esta temática; es el momento de que las personas con discapacidad participen en la toma de decisiones que les conciernen y en el que tomen un papel protagonista propiciado por razones de índole política, ideológica y social. [...]».

En resumidas cuentas, los propósitos de esta Convención son básicamente conseguir una sociedad en la que la discriminación hacia las personas con discapacidad no tenga cabida, y la igualdad de oportunidades brille en su máximo esplendor, respetando la autonomía y la dignidad inherentes de todas las personas, independientemente de las capacidades de las mismas y permitiendo que participen de forma activa en la toma de sus decisiones vitales³⁷.

³⁶ ELOY GASPAR, J. “Participación social y personas con discapacidad psíquica”, *Revista de Educación Social*, núm. 3, 2005, p. 15.

³⁷ GEVA LÓPEZ, E. (2011). *XII Congreso Internacional de Teoría de la Educación*. [Presentación de ponencia]. Congreso en la Universidad de Barcelona, Barcelona. “[...] Así pues, para conseguir una ciudadanía activa, será necesario un sentimiento de pertenencia a la comunidad, que se conseguirá con la participación y el reconocimiento por parte de la sociedad, y el compromiso y responsabilidad por parte de los ciudadanos y ciudadanas, todo ello bajo un marco legal que proporcione equidad en las oportunidades. Desde esta posición, queremos pasar de la concepción de ciudadano y ciudadana como destinatario de unos derechos, a coautor de esos derechos, con una responsabilidad de acción y de cambio. Podemos decir, que el objetivo de trabajar hacia esta ciudadanía es que las personas con discapacidad intelectual sean responsables, críticas, activas y comprometidas con su entorno, bajo un alto grado de autonomía personal. [...]”.

VI. El papel de España: la reforma del ordenamiento jurídico para la adaptación a la Convención.

1. Primeros pasos en el plano español para la adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención de Naciones Unidas de 2006.

El Estado español firmó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad el 30 de marzo de 2007, ratificándose el 23 de noviembre de 2007. Posteriormente, se publicó en el BOE el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008.

A través de la firma de esta Convención, España adquirió el compromiso de adoptar aquellas medidas que permitieran cumplir los propósitos expuestos, con la consiguiente creación de nueva normativa, así como la modificación y/o derogación de la normativa interna ya existente en esta materia. El primer paso en el camino legislativo para la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención tuvo lugar con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en el BOE el 2 de agosto de 2011, y que entró en vigor el día 3 del mismo mes y mismo año.

Tal y como se dispone en su Preámbulo, «La modificación normativa objeto de la presente Ley encuentra su fundamento en el art. 4 de la Convención, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad».

Otro ejemplo de adaptación del ordenamiento jurídico a las exigencias derivadas del tratado firmado es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

En este Decreto, se quiere conseguir que la discriminación a la que se ven sometidas las personas con discapacidad cese de una vez por todas, potenciando la autonomía y el respeto a la dignidad inherente de las mismas, y configurando un sistema de prestación de servicios, promoción de actividades de toma de conciencia e información, promoción de la igualdad de oportunidades, etc.

2. 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.

España todavía sigue en ese proceso legislativo de cambios y transformaciones, debido a que ha de adecuar su ordenamiento en su totalidad a las obligaciones de la Convención. Uno de los elementos claves que quedaban en el tintero es el relativo al art. 12 de la Convención («Igual reconocimiento como persona ante la ley»):

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

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente art., los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de

condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

Este artículo implica una modificación profunda del ordenamiento jurídico español, y ello debido a que se hace referencia en la Convención a la capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, pero, también, como la aptitud para ejercitar esos derechos adecuadamente. Es decir, mientras que en el ordenamiento jurídico español se distinguen claramente dos tipos de capacidades (capacidad jurídica y capacidad de obrar), en el Convenio se hace referencia a la capacidad jurídica de una forma genérica.

Por ende, es este art. 12 en su integridad el que servirá de guía a la hora de llevar a cabo la reforma que se materializa con 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 esta línea, CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ considera que en la Convención «se reconoce la capacidad de obrar aunque sin mencionarla expresamente con esta terminología latina, pero como sabemos, no es otra cosa que "el ejercicio de la capacidad jurídica" imponiendo a los Estados la obligación de adoptar las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo que les permita su ejercicio, lo que supone en palabras de Cayo Pérez Bueno una "verdadera carga de profundidad" a los sistemas latinos de sustitución»³⁸.

También, PÉREZ BUENO afirma que el art. 12 «requerirá de los Estados, de los legisladores, de los operadores jurídicos y de los tejidos sociales un enorme esfuerzo de creatividad e imaginación para establecer normativamente nuevas instituciones, basadas en otros valores, principios y conceptos»³⁹.

³⁸CASTO-GIRONA MARTÍNEZ, A. (2011) *La Convención de los Derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario "Ombudsman social"*. http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=2823dc01-e493-48c0-95cc-56a8b4de0c7a&groupId=10228

³⁹CAYO PÉREZ BUENO, L. *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*, Ed. CERMI, Madrid, 2010, p. 73.

En resumen, supone «un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno».

Esta regulación nueva tendrá como propósito la adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias que se derivan de la firma y posterior ratificación del instrumento internacional objeto de estudio, tal y como ya se ha explicado.

Para conseguir el reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, así como el correspondiente ejercicio de la misma, la principal medida que se va a implantar es el paso de un sistema de sustitución a un sistema de apoyo, en el que «se englobará todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad⁴⁰». Ello, sin duda alguna, va a suponer un antes y después en el plano jurídico de nuestro país.

⁴⁰Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental. (2021). *Aprobada la Ley que regulara el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. <https://www.faisem.es/aprobada-la-ley-que-regulara-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica/>

2.1.Reformas en el Código civil.

La principal transformación que trae la Ley 8/2021 viene referida a la legislación contenida en el Código civil, por cuanto es la que sufre la mayor de las modificaciones, con un cambio radical de conceptos básicos del Derecho Civil sustantivo.

El Código civil va a sufrir una alteración en la mayoría de su estructura. Los apartados que se van a ver afectados van a ser los arts. 9 al 171; parte de los Títulos IX al XIII del Libro I; el Título IX; el Título X; el Título XI; el Título XII; y, finalmente, los arts. 443 al final, así como también la Disposición Adicional 4ª.

El principal cambio que se va a dar es la entrada de un nuevo enfoque, consistente en que la discapacidad (a diferencia de lo que sucedía con la modificación de la capacidad de obrar de las personas) no tiene la consideración de estado civil⁴¹.

El art. 12 va a ser el eje principal del cambio legislativo, por cuanto en el mismo se hace referencia al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y a la adopción de medidas que permitan hacer un uso efectivo de la misma, sin trabas que lo impidan en modo alguno. Ello resulta novedoso desde la perspectiva del Derecho civil español, debido a que, tradicionalmente, se ha hecho una separación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

De este modo, la capacidad jurídica, antes de la entrada en vigor de la Ley, era la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar era entendida como la aptitud que tenían determinadas personas para ejercitar debidamente los derechos y las obligaciones de las que eran titulares, teniendo las facultades necesarias para actuar en el tráfico jurídico por sí mismos⁴².

Sin embargo, la reforma implica que esa diferenciación dejará de existir en el sistema español, siendo la prioridad de los poderes públicos adoptar aquellas medidas que permitan un desarrollo efectivo de esa capacidad jurídica que tienen reconocida las personas con discapacidad por el mero hecho de ser personas.

⁴¹ PAU, A. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, p. 6.

⁴² GONZÁLEZ PIANO, M., ALANIS, W. H., VIDAL, K., BELLÍN SILVEIRE, C. (2010). *Manual de Derecho Civil*. Editorial Universidad de La República, Uruguay, 2010, p. 138-139.

Esta transformación de conceptos conlleva, por ende, una transformación del sistema clásico. El tradicional sistema de representación y asistencia que venía existiendo en España desde hace décadas y que era susceptible de graduación a través de la intervención del órgano jurisdiccional, pasa a ser un sistema de apoyos, en el que la voluntad de la persona con discapacidad, cuya capacidad de obrar ya no puede ser modificada ni alterada en ningún sentido, es protagonista absoluta.

En el sistema clásico de modificación de la capacidad de obrar era precisa la intervención del Juez, y se hacía por unas causas legalmente tasadas en el antiguo art. 200 del Código civil, siempre ajustándose a las circunstancias concretas de cada caso.

Lo dicho resulta incompatible con los principios que proclama la Convención, ya que la misma entiende que el desarrollo de la autonomía y la no discriminación de las personas con discapacidad hace que ese clásico sistema de representación y/o sustitución deje de tener sentido.

Siguiendo con esto, no solamente se produce un cambio del tipo de sistema, sino también del principio que inspira al mismo. Es decir, el sistema de representación y sustitución se entendía desde un principio fundamental, que era el principio de supremacía de interés de la persona con la capacidad de obrar modificada⁴³, mientras que, con el nuevo sistema de apoyos, el principio que ha de guiar las actuaciones de todos los intervinientes es el principio de respeto absoluto a las decisiones personales que toma la persona con discapacidad.

Así, la tutela queda únicamente relegada a los supuestos contemplados expresamente en el nuevo art. 199:

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

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

Como consecuencia, según la Exposición de Motivos, «[...] No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la *toma de*

⁴³ LÓPEZ AZCONA, A. (2018). *Derecho Civil: persona y bienes: cuaderno de trabajo*. Ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2017, p. 55-61.

sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. [...]».

El nuevo sistema de apoyos, que viene a reemplazar el clásico sistema de representación y sustitución, trae como novedad el reconocimiento de un amplio ámbito de autorregulación para que sea la persona con discapacidad la que decida, y convertirse así en la «protagonista de su propia existencia⁴⁴». Es su voluntad, sus preferencias y sus deseos los que han de regir el sistema de apoyos.

No obstante, el interés supremo de la persona con discapacidad también ha de tenerse en cuenta, pues recordemos que los Estados Partes de la Convención habrán de asegurarse de que las medidas adoptadas se hagan desde una posición de igualdad en la que el conflicto de intereses no tenga lugar.

En particular, para saber si existe o no ese conflicto de intereses, ha de llevarse a cabo un análisis del caso en concreto, y uno de los criterios a ponderar es precisamente ese interés supremo, pero siempre y cuando se produzca un respeto absoluto, al ser dicho respeto el eje principal de la reforma y ser una manifestación de esa voluntad de autodeterminación de la persona con discapacidad.

A) Las medidas derivadas de la voluntad de las personas con discapacidad: poderes preventivos, los mandatos y la autocuratela.

Esa configuración del sistema de apoyos que se deriva de la propia voluntad de la persona con discapacidad tiene como objetivo hacer frente a su discapacidad, ya sea en la actualidad o en un futuro, si se considera que es posible padecerla eventualmente⁴⁵.

Una de las manifestaciones de esa autorregulación son los poderes y mandatos preventivos, a los que el legislador español otorga una prioridad absoluta, por así expresarse en la Exposición de Motivos («[...] Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. [...]»).

⁴⁴ PETIT SÁNCHEZ, M. “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm.5, octubre-diciembre, 2020, p. 289- 295

⁴⁵PAU, A. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, p. 13.

Si bien es cierto que los poderes preventivos y los mandatos ya formaban parte del entramado jurídico español, con esta regulación se quiere cambiar el enfoque tradicional y otorgar esa relevancia que antes no tenían estas figuras de autorregulación. En lo que se refiere a los poderes preventivos, éstos serán de dos tipos.

El primero de ellos adquirirá eficacia en el momento en el que efectivamente se produzca esa discapacidad. Este poder preventivo detallará, si así se deriva de la voluntad de la persona con futura discapacidad, los criterios y las medidas que se adoptarán, pudiendo regular todo lo relativo a las mismas, en cuanto a su contenido, vigencia, intensidad, etcétera.

El segundo de ellos es el poder preventivo que tiene eficacia en la actualidad y que mantendrá dicha vigencia incluso en el caso de que exista una discapacidad sobrevenida. Esta vigencia se recoge en una cláusula de subsistencia, cuyo régimen será el de la curatela, salvo que otra sea la voluntad del poderdante (art. 259 de la ley 8/2021).

Asimismo, el poderdante podrá establecer todas aquellas medidas de control que considere pertinentes para que se respete en su plenitud ese poder otorgado, así como sus deseos y preferencias, pudiendo prever los requisitos para la extinción del poder (art. 258 de la Ley 8/2021).

Además, este nuevo papel protagonista de las personas con discapacidad en la toma de decisiones encuentra su reflejo en el art. 261 («el ejercicio de las facultades representativas será personal»). Aunque ello no imposibilita que intervengan terceras personas, cuando así se quiera por la persona con discapacidad.

En cuanto a los requisitos que han de cumplir estos mandatos y poderes, únicamente, se requiere intervención notarial, puesto que han de otorgarse en escritura pública, de conformidad con lo reflejado en el art. 260, en su primer apartado.

Mención especial conviene hacer al poder preventivo que se otorgue, por así ser la voluntad del poderdante, a favor del cónyuge o de la pareja de hecho de la persona con discapacidad. Este tipo de poder se extinguirá automáticamente cuando se produzca el cese de la convivencia (art. 258). Esto podría conducirnos a pensar que el legislador, al establecer esta condición de extinción automática del poder otorgado, pensó en el interés supremo de la persona con discapacidad, debido a que se pretende evitar los conflictos de

interés, cosa que puede ocurrir en caso de que se produzca esa situación de cese de convivencia.

Empero ese interés supremo de la persona con discapacidad queda desplazado porque ese cese automático no se producirá si esa no es la voluntad de la persona con discapacidad.

Aunque hay que hacer mención a lo previsto en el apartado cuarto del art. 258, que dispone que «[...] Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador».

En cuanto a los requisitos que ha de cumplir la persona designada por el poderdante, nada se dice al respecto, por lo que será la persona con discapacidad la que decida de conformidad con su voluntad, aunque, normalmente, las personas designadas por el poderdante serán de su círculo cercano, unidos por una relación personal o profesional.⁴⁶

Como resultado, estas funciones habrán de desarrollarse siguiendo las condiciones dictaminadas por la persona con discapacidad. Sólo así se lograrán los objetivos que se han marcado, eliminando de una vez la discriminación a la que se sometido diariamente este colectivo.

Podrán ser objeto de regulación por parte de la persona con discapacidad (o con futura discapacidad) aspectos de su vida cotidiana, tales como los cuidados que habrá de recibir, la forma en la que haya de gestionar su hogar, entre otras cuestiones personales, pero, también, podrá hacerse referencia, si resulta de conformidad con su voluntad, a aspectos relativos a la gestión de su patrimonio. También se podrá regular el momento de entrada en vigor, y para ello, se podrán utilizar diferentes medios, entre los cuales podemos nombrar los informes periciales, o un acta notarial en la que se recoja el juicio del notario por entender éste que se cumplen las condiciones establecidas por el poderdante para que pueda tener lugar la entrada en funcionamiento del poder otorgado⁴⁷.

⁴⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 32-58.

⁴⁷ Ídem.

Este informe pericial es un documento elaborado por un perito médico que evalúa aspectos de la condición de salud de la persona⁴⁸, y será el que determine, en el supuesto de que se incluya por la propia persona con futura discapacidad, cuándo será el momento a partir del cual entrarán en juego aquellos actos preventivos que se hayan establecido en caso de que se prevea una discapacidad.

Hay que añadir que estas medidas voluntarias que permiten la autorregulación de la situación de las personas con discapacidad (o, en su caso, con futura discapacidad), habrán de ser inscritas en el Registro Civil.

De este modo, y tal y como reza la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, en su apartado IV, «[...] El Registro Civil se convierte en una pieza central de la materia, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial. La consulta al registro individual permitirá a esta conocer las medidas preventivas, que habrán de figurar inscritas, así como velar por su aplicación y eficacia».

Es decir, de esto se deriva la necesidad de que los poderes preventivos, así como toda aquella medida prevista voluntariamente por la persona con discapacidad, estén contenidas en un documento público, con todo lujo de detalles, si así se quiere por la persona en cuestión, pudiéndose, a su vez, establecer aquellas limitaciones en el desarrollo de las funciones encomendadas que se estimen acordes con su voluntad.

Esta intervención notarial ha sido considerada por algunos autores como una «una fuerte limitación al modo de expresar la genuina voluntad de una persona para definir sus eventuales apoyos futuros, limitación que puede estar injustificada. [...]» (María Paz García Rubio, 2018, p. 46).

Finalmente, conviene hacer mención al hecho de que la existencia de medidas voluntarias en forma de autocratela, poderes preventivos y mandatos no impide su coexistencia con otro tipo de medidas de apoyo.

⁴⁸ BLOG DAS (2018). *¿Qué es un Informe pericial médico y qué contenido tiene?* <https://www.das.es/blog/que-es-un-informe-pericial-medico-y-que-contenido-tiene/#:~:text=Un%20informe%20pericial%20m%C3%A9dico%20es,de%20tr%C3%A1fico%20secuelas%20etc.>

En cuanto a las causas de extinción, éstas están tasadas legalmente, entre las que se encuentran las causas de remoción, previstas en el anterior art. 247 (en relación con el art. 291 CC). Estas últimas se refieren a las causas legales de inhabilidad, al mal desempeño del cargo por quien ha sido nombrado para ello, por el incumplimiento de los deberes del cargo, ineptitud, graves problemas surgidos entre el curador y la persona asistida, etc. En este aspecto, podemos considerar que el objetivo de proteger el interés supremo de la persona con discapacidad (antes únicamente referido a las personas cuya capacidad de obrar había sido objeto de modificación judicial) todavía tiene cabida, evitando a toda cosa cualquier situación de conflicto de intereses o abuso de poder.

No obstante, hay que advertir que la extinción de las medidas de apoyo depende en gran parte de la voluntad de la persona con discapacidad, lo que nos evidencia un cambio radical en la figura del Juez, ya que, en el sistema tradicional era quien tomaba las decisiones vitales en virtud del principio de interés superior, y ahora ve reducido su ámbito de actuación.

Otra de las novedades que conviene sacar a la luz es la eliminación de la autotutela que hasta ahora venía existiendo en nuestro régimen de sustitución y/o asistencia a las personas con la capacidad de obrar modificada.

En esta línea, la autotutela se define como la posibilidad de que la persona que tiene la previsión de que su capacidad de obrar se modifique judicialmente en el futuro, disponga en un documento público notarial cualquier disposición relativa a su persona o a sus bienes, incluida la designación del tutor⁴⁹. Esta posibilidad, recogida en el art. 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, queda relegada, puesto que, al eliminarse la figura de la tutela, no tiene sentido mantener la posible autodelación del tutor.

De esta forma, la autorregulación permitirá a la persona con discapacidad ordenar su situación, sin necesidad de someterse a un régimen de tutela, y todos los implicados habrá de actuar, como ya se ha dicho, siempre respetando las limitaciones y condiciones que se deriven de la libertad absoluta del poderdante⁵⁰.

⁴⁹ DURÁN, E. *La autodelación de la tutela* (2003). Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, p. 129-147.

⁵⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 32-58.

En resumidas cuentas, es la autonomía de la voluntad, las preferencias y deseos de la persona con discapacidad los que han de considerarse en todo momento a la hora de tejer este sistema de reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Esta mayor relevancia que se le pretende otorgar a la autorregulación por la propia persona que presenta una discapacidad se deriva, a su vez, de una Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2017, que contiene recomendaciones sobre la protección de los adultos vulnerables.

En este documento, el Parlamento Europeo recuerda a los Estados Miembros de la Unión Europea, entre los que forma parte España, que han de velar por la protección de los adultos vulnerable, incluidas las personas con discapacidad⁵¹. Así se refleja en el apartado tercero de este documento orientativo.

Además, se pide por esta institución europea que los Estados miembros, incluido nuestro país, «[...] velen por que las medidas de protección previstas en su Derecho interno sean suficientemente adaptables a las circunstancias de cada adulto vulnerable, de forma que las autoridades nacionales competentes puedan adoptar las correspondientes medidas de protección individuales proporcionadas, evitando así que algunos ciudadanos de la Unión sean privados de derechos cuando todavía tienen capacidad para ejercerlo; señala que, en la mayor parte de los casos que afectan a personas con discapacidad, la incapacidad jurídica se debe a la discapacidad y no a la edad; [...]».

Por último, pero no por ello menos importante, después de recordar que los Estados miembros han de tomar medidas para «[...] reforzar la protección jurídica y los derechos no solo de los adultos vulnerables de edad avanzada, sino también de los adultos que son o han llegado a ser vulnerables que no están en condiciones de proteger sus propios intereses debido a una grave discapacidad mental o física; considera, en este sentido, de gran utilidad introducir formas de intercambio y comparación de buenas prácticas entre los Estados miembros, incluso a partir de los diferentes tipos de protección y salvaguardia; [...]», se pide que los Estados miembros fomenten «[...] la autodeterminación de los adultos mediante la introducción en su Derecho interno de una

⁵¹ Parlamento Europeo (2017). *Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables*. Extraído el 5 de marzo desde: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0235_ES.html

legislación sobre los mandatos por incapacidad, inspirándose en los principios contenidos en la Recomendación CM/Rec (2009)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; [...]».

B) El cambio de perspectiva sobre la guarda de hecho: de ser una medida relegada a ser una medida potenciada por el legislador.

Corresponde a los Estados establecer un sistema que permita a las personas con discapacidad organizar todos los aspectos de su vida de acuerdo con su voluntad, sus preferencias e intereses, de forma que esta voluntad habrá de ser absolutamente respetada, trasladando el antiguo interés supremo de la persona con la capacidad de obrar modificada por un principio de respeto absoluto por la voluntad de la persona con discapacidad cuya capacidad de obrar ya no puede ser objeto de alteración. Ello teniendo en cuenta que es posible, como ya se ha explicado, establecer otras medidas de apoyo complementarias.

En otra línea, es probable que no siempre se haga uso de la posibilidad de establecer un régimen autorregulado en el que se prevean detalladamente una serie de medidas de apoyo. Pero, por las circunstancias de la persona con discapacidad, en muchas ocasiones sí será precisa la existencia de un sistema que otorgue ese apoyo fundamental, pero siempre partiendo del respeto absoluto a la voluntad de la persona con discapacidad.

Es por ello por lo que en la Exposición de Motivos se afirma que «conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad».

Podemos apreciar un claro cambio en el ordenamiento jurídico, por cuanto la guarda de hecho, en el sistema clásico, se concebía como una situación provisional, y ahora se convertirá en una medida que ha de ser impulsada por el propio Estado español, con las particularidades previstas legalmente, claro está.

Esta renovada perspectiva se justifica en el hecho de que, en muchos supuestos, «[...] la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho — generalmente un familiar [...]».

Antes que nada, ha de precisarse que la guarda de hecho es «aquella situación en la que una persona física o jurídica presta espontáneamente a otra, por su edad, condición física, etc., unos cuidados que requiere, sin que exista una sentencia o resolución judicial que así lo establezca» (Santos Urbaneja, F. 2004, p. 2).

Es un cuidado fáctico, cuya regulación se encontraba recogida previamente en el Capítulo V del Título X del Libro I del Código civil, en los arts. 303, 304 y 306.

En el régimen clásico, existía una presunción general de validez para aquellos actos llevados a cabo por el guardador, siempre que éstos se hubieran realizado en beneficio de la persona que está bajo esa guarda.

Esa presunción, empero, podía ser impugnada y, por ende, anulada si se probaba que no se había realizado en beneficio del guardado. Esto conllevaba en la práctica numerosos problemas, especialmente para la realización de aquellos actos con notas de mayor relevancia. Ello por cuanto era la acreditación del acto lo que podía salvaguardar al mismo, y, en la cotidianidad, muchas veces se presentaban problemas para poder acreditar esa intención de búsqueda de beneficio del guardado, lo que conducía a una cierta inseguridad jurídica que había sido calificada, incluso, como una sensación de abandono por el ordenamiento jurídico respecto a los guardadores⁵².

La solución que se había alcanzado en el sistema anterior era la obtención de una sentencia en la que se declarara la modificación de la capacidad de obrar, con el establecimiento de la figura de la guarda, pasando de ser una mera situación fáctica a una situación con resguardo jurídico. Esta solución, sin embargo, había sido calificada de «inadecuada», por la tardanza de nuestros tribunales, lo que conllevaba el entorpecimiento del tráfico jurídico; así como «excesiva e innecesaria», debido a que se abogaba por mecanismos alternativos que no conllevaran la judicialización de la causa⁵³.

Pero, el régimen clásico, en los aspectos referidos a la guarda, sufrirá un cambio de 180 grados. Primeramente, hay que mencionar que el nuevo régimen de la guarda de hecho se contiene en el Capítulo III (*“De la guarda de hecho de las personas con discapacidad”*), del Título XI, en los arts. 263 a 267. En dichos arts., se prevé como

⁵² FÁBREGA RUIZ, C.F. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 52.

⁵³ SANTOS URBANEJA, F. (2004). *La guarda de hecho*. [Entrada en blog]. <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com/>

finalidad principal el propulsar este tipo de situaciones fácticas, en el caso de que no existan medidas derivadas de la voluntad de la persona con discapacidad o derivadas de una resolución judicial.

Se recalca la importancia de respetar la voluntad de la persona con discapacidad, al afirmar que el guardador, al realizar los actos relativos, tendrá que hacerlo siguiendo la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. La impugnación ya no pasa por la falta de acreditación, si se ha realizado el acto siguiendo las instrucciones de la persona con discapacidad. Asimismo, sí que será necesaria la intervención judicial para determinados actos en los que se requiera, por la naturaleza de los mismos, contar con una autorización del Juez para la acreditación de la representación. Ello encuentra su reflejo en el art. 264. Esta autorización judicial habrá de solicitarse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la parte interesada y su concesión dependerá de la necesidad del acto y de las circunstancias concretas de cada caso.

Esta necesidad de autorización judicial se podrá referir también a actos de trascendencia personal en los que se requiera un consentimiento, «a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento».

Por último, el art. 264.3 recuerda que «No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar».

Por todo lo expuesto, se trata de un régimen en el que, para recabar la autorización judicial, no será precisa la apertura de «todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias», tal y como se nos argumenta en la Exposición de Motivos.

La intervención judicial, además, extiende sus funciones al control de las funciones que realiza el guardador, ya sea de oficio, por así solicitarlo el Ministerio Fiscal, o bien a instancia de cualquier interesado. Esta intervención judicial implica, de conformidad con la nueva legislación, que el guardador habrá de informar, de ser requerido, sobre sus actuaciones, pudiendo la autoridad judicial «establecer las salvaguardias que estime necesarias» (Art. 265).

Sigue el nuevo régimen reconociendo el derecho del guardador «al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo» (Art. 266; precepto similar al actual 306 del CC en relación con el 220), y estableciendo las causas de extinción de la guarda de hecho, contenidas en el art. 267 del mismo texto legal.

Con todo lo dicho, podemos apreciar una serie de novedades en este régimen.

En primer lugar, el problema de la acreditación ahora se intenta solucionar dando prioridad absoluta a la voluntad de la persona con discapacidad que está bajo la guarda de hecho, de forma que ese interés que legitimaba las actuaciones del guardador en el anterior sistema, ahora se sustituye por las actuaciones de conformidad con la voluntad de la persona con discapacidad, independientemente de que resulte, o no, acorde con su propio beneficio.

En segundo lugar, la intervención judicial en el sistema clásico tenía como finalidad juridificar esa situación fáctica de la guarda de hecho, mientras que, con el sistema de apoyos, se persiguen dos finalidades: controlar las actuaciones del guardador, si se solicita o de oficio; y otorgar autorización judicial para actos en los que se requiera, por su trascendencia jurídica.

Si bien es cierto que, en el régimen clásico, la guarda de hecho era objeto de control, pero era un control temporal, hasta la constitución de la tutela o la curatela; mientras que la reforma hace que ese control no sea en vísperas a la constitución de un régimen de protección, sino para garantizar que esa situación fáctica funcione correctamente.

Al mismo tiempo, he de hacer hincapié en las causas de extinción de la guarda de hecho. En el régimen clásico, la extinción de la guarda de hecho venía contemplada en el art. 303 CC, con la constitución de la medida de protección, pudiéndose, al mismo tiempo, darse la declaración de situación de desamparo, de reunirse los presupuestos objetivos de falta de asistencia de los arts. 172 y 239 bis.

También, dejará de existir en caso de que desaparezcan las circunstancias que motivaron esa guarda, o por renuncia del guardador, siempre que lo avise a las entidades públicas para que sean éstas las que presten apoyo a la persona con discapacidad.

Y, por último, podrá dejar de existir por decisión de la autoridad judicial. En este caso, no se aclara si la intervención judicial para la eliminación de la guarda de hecho se hará con el fin de establecer otras medidas de apoyo como la curatela, o, si, por el contrario, se hará sólo para eliminar esa situación fáctica, sin más decisiones al respecto.

En resumidas cuentas, la guarda de hecho sufre un cambio radical, pasando de ser una mera situación fáctica ignorada casi por completo a ser una figura que se potencia, siendo la intervención judicial lo mínima posible, y pudiendo coexistir la guarda de hecho con otro tipo de medidas de naturaleza voluntaria o judicial⁵⁴. Al igual que ocurre en la ejecución de los actos derivados de la voluntad de la persona con discapacidad, el guardador, habrá de estar a lo que dictamine la persona con discapacidad, centrándose, como consecuencia, en su voluntad, sus deseos y sus preferencias⁵⁵.

Hay que añadir que la discapacidad, según la Convención, es «un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Es por ello por lo que muchos autores entienden que la guarda de hecho es una institución que puede hacer justicia a los objetivos fijados, por ser un sistema menos formalista que el actual, más humano, más eficaz y, sobre todo, más respetuoso con los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad o trastornos mentales, actuando al propio tiempo como un estímulo positivo para su autonomía y su autoestima. Esta falta de excesivo formalismo también se entiende como una forma de agilización de las actuaciones en el tráfico jurídico, con todo lo que ello implica⁵⁶.

Por último, la guarda de hecho podrá ser de carácter personal, siendo la familia, allegados, etc., los que normalmente hayan estado ejerciéndola fácticamente en la práctica; o bien podrá tratarse de una guarda de hecho de carácter institucional, por ser una Institución la que ejerza en la habitualidad esta guarda de hecho.

⁵⁴ ALBA FERRÉ, E. “La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo” *Revista. Boliv. De Derecho*, Vol. 30, 2020, p. 168- 172.

⁵⁵ GARCÍA RUBIO, M.P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 53.

⁵⁶ PEREÑA VICENTE, M. “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, julio septiembre, 2018, p. 66-77.

La Ley 8/2021 otorga una mayor preferencia a la guarda de hecho que se viene ejerciendo por parte de la familia, los allegados, personas cercanas al sujeto con discapacidad en cuestión, etc., y así se refleja en la propia Exposición de Motivos, al establecer que «La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea».

Esta guarda de hecho institucional tendrá como finalidad la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad por parte de la entidad pública competente, pero sólo a partir de que la guarda de hecho que existía termine por desistimiento del guardador.

En definitiva, «debe servir para que la persona con discapacidad vea subsanada su crisis de autogobierno, cubierta su necesidad, neutralizado su peligro... [...] » (Fernando Santos Urbaneja, 2017, p. 17).

C) Medidas de apoyo de origen judicial: la curatela y el defensor judicial.

Hasta ahora, se han analizado aquellas medidas de autorregulación que tienen su origen en la voluntad de las personas con discapacidad, o que se han estado produciendo fácticamente, como es el caso de la guarda de hecho.

Otra de las novedades que se aportan con el sistema basado en los apoyos es la eliminación de la figura de la tutela, como ya se ha mencionado, así como la erradicación de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada.

Estas dos figuras en el sistema clásico de protección de las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente tenían como finalidad la restauración o prórroga de la patria potestad, a favor, como es evidente, de aquellos que eran (o que habían sido) titulares de la misma, entendiendo su idoneidad para el ejercicio de las funciones que con el cargo venían incluidas. Estas dos figuras son calificadas por el legislador como «rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone», y se pone en duda «que los

progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible».

Esta idea viene reforzada en el hecho de que, en muchas ocasiones, las limitaciones a las que se veía sometida la persona con discapacidad provenían de su propio entorno, por lo que esa postura de protección paternalista es lo que se quiere eliminar definitivamente⁵⁷.

Pero, surge la duda de qué ocurrirá con los menores de edad que padecen de algún tipo de discapacidad. La respuesta es clara en este sentido: el legislador español propone que se le aplique el mismo sistema de apoyos que se le va a ofrecer a la persona adulta con discapacidad. Así, afirma el legislador español que «se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».

Por todo lo detallado, la intervención del Juez en el sistema de apoyos se dará a través de un procedimiento de provisión de apoyos, y en la resolución final tendrá que especificar los actos para los que la persona con discapacidad necesite apoyo, pero sin declarar una modificación de la capacidad de obrar.

El papel clásico del Juez se modifica, pasando a ser una figura cuya intervención únicamente se dará cuando sea estrictamente necesario. Si bien hasta ahora el beneficio de la persona cuya capacidad de obrar se modificaba era el eje que guiaba al Juez en sus actuaciones, ahora pasa a ser el respeto absoluto hacia la voluntad, preferencia y deseos de la persona con discapacidad lo que ha de guiar la conducta del Juez.

Siguiendo esta línea, existen personas con discapacidad que no hagan uso de la posibilidad de autorregular su régimen de apoyos, y no estén en situación de guarda de hecho, lo que hará necesaria la intervención del Juez con la finalidad de establecer ese sistema de apoyos por requerirse así de las circunstancias que rodean a las personas afectadas.

En este caso, la nueva ley dispone dos mecanismos de apoyo que serán de vital importancia: la curatela y el defensor judicial.

⁵⁷ CUENCA GÓMEZ, P. “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 38, diciembre, 2018, p. 82-99.

Primeramente, la curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, por cuanto tiene una finalidad de «asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica», tal y como se explica en la Exposición de Motivos.

En segundo lugar, la intervención del Juez para la provisión de un sistema de apoyos podrá hacerse con la finalidad de establecer la figura del defensor judicial, designado específicamente para cierto tipo de situaciones.

La curatela toma un giro radical con esta nueva normativa, por diversos motivos, pero, para poder entender el porqué de este cambio, resulta conveniente hacer referencia a la regulación tradicional que tenía la figura de la curatela.

En el sistema clásico, la curatela encontraba su regulación en los arts. 215 y ss., y se definía como la «institución civil que complementa la capacidad del sujeto a la misma, que no la tiene plena⁵⁸».

De lo anterior, se desprende la idea de que la curatela es una institución menos limitativa que la tutela, por cuanto el curador no representa, sino que asiste a la persona afectada por la curatela; complementa su capacidad para ciertos actos jurídicos que la persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente no puede realizar por sí misma, y los cuales se hallan determinados específicamente en la sentencia.

Llegados a este punto, podemos evidenciar un cambio notorio en la curatela: antes, el cargo de la curatela había de desempeñarse según el beneficio de la persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente (antiguo art. 216 CC), pero, con el nuevo sistema, el régimen de la curatela se ejercerá teniendo en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad, independientemente de si resulta o no conforme a su beneficio (art. 268 de la Ley 8/2021).

A su vez, si bien la curatela era un régimen que se aplicaba con asiduidad, a partir de la nueva normativa, pasará a ser un régimen cuya aplicación se dará «cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad» (art. 269.1).

Asimismo, se dispone la posibilidad de que el curador asuma la representación de la persona con discapacidad, por la excepcionalidad de las circunstancias y sólo para

⁵⁸ O'CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 4 (Derecho de familia)*. Ed. EDERSA, Madrid, julio de 2004, p. 219.

casos concretos. La excepcionalidad encuentra su razón de ser en el respeto a la autonomía.

En otro orden de cosas, al igual que sucedía con el anterior régimen de la curatela, se puede exigir un control periódico por la autoridad judicial, para garantizar el buen funcionamiento de este sistema. No obstante, este control también cambia su sentido, ya que antes se concebía desde el prisma del beneficio y mejor interés de la persona con la capacidad de obrar modificada, mientras que, con esta regulación novedosa, el control se referirá al respeto a la voluntad, preferencia y deseos de la persona con discapacidad sometida a la curatela (Art. 270 de la Ley 8/2021).

En cuanto a la determinación de los actos, en el régimen anterior, la autorización judicial tenía que especificar los actos para los cuales se necesitaba asistencia del curador (antiguo art. 289 CC), haciéndose una interpretación extensiva, con el establecimiento de la asistencia del curador para aquellos actos en que los tutores necesitan autorización judicial, si fuera necesario (antiguo art. 290 CC).

En este punto, ha habido un cambio de 180 grados, debido a que, si bien antes se tendía a la protección y a la interpretación extensiva de los actos en los que se necesitaba la intervención del curador, con el nuevo sistema de apoyos esto ya no es así, por cuanto se elimina la interpretación extensiva y la intervención del curador se limita específicamente a los actos que se reflejan en la sentencia (art. 269 de la Ley 8/2021).

Por todo lo anterior, se entiende que la curatela se ajusta a las exigencias que se derivan de la Convención, concretamente, del art. 12 de la misma⁵⁹. Ello debido a que se trata de una curatela reconfigurada, que se aplica cuando no exista una medida, y se requiera un apoyo continuo, y que estará sujeto a una revisión y control periódicos.⁶⁰

Conviene mencionar la posibilidad de configurar una autocuratela por parte de la persona con discapacidad. En esta línea, el art. 271 de la Ley 8/2021 dispone que «Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en

⁵⁹ CUENCA GÓMEZ, P. “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 38, diciembre, 2018, p. 82-99.

⁶⁰ MUNAR BERNAT, P. “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 128- 135.

igualdad de condiciones con los 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».

Esta posibilidad no se refiere únicamente al nombramiento, sino que extiende sus raíces, pudiéndose regular otros aspectos, tales como «el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control» (art. 271, segundo apartado), y podrá proponer la persona con discapacidad a las personas que hayan de realizar esas medidas citadas.

Esta autorregulación se fundamenta en el principio de libertad de desarrollo de la autonomía, puesto que hace que la persona con discapacidad participe activamente en la toma de decisiones que resultan vitales para su cotidianidad.

Existe, por tanto, una vinculación para con el juez respecto del nombramiento de un curador por voluntad de la persona con discapacidad, pero esta vinculación, empero, tiene una limitación, por lo que «la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones».

Al mismo tiempo, en el art. 274 de la Ley 8/2021 permite que esa elección del curador se realice por el cónyuge o por otra persona, de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada.

Una de las principales novedades podemos apreciar es que, en el régimen de protección, el nombramiento del curador a propuesta de la persona afectada no estaba entre las opciones prioritarias (anterior art. 234.4 CC), mientras que, en el régimen de apoyos, la voluntad de la persona con discapacidad es la clave a la hora de nombrar al curador.

En el anterior régimen, el criterio determinante para la elección del curador era su adecuación para conseguir el mejor interés de la persona afectada, mientras que ahora se busca la promoción de la autonomía y el respeto absoluto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, sin entrar a juzgar acerca de si es o no

beneficioso. Tal es el respeto por esta voluntad de la persona con discapacidad que queda prohibido el nombramiento como curador a una persona que ha sido objeto de exclusión por dicha persona afectada, como se dispone en el art. 275 de la Ley 8/2021.

Asimismo, en el sistema de apoyos, si esa voluntad no resulta clara, el Juez acordará el nombramiento conforme a la interpretación de lo que considera como la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad, y no según el interés supremo de la persona afectada.

En el caso que no exista una propuesta por parte de la persona con discapacidad, el Juez podrá nombrar como curador a las personas dispuestas en el art. 276 de la Ley 8/2021, pudiendo alterar el orden, después haber oído a la persona protagonista que necesite apoyo, para así hacerle partícipe de forma activa. Pero, de no ser posible esa interpretación de la voluntad, se nombrará a la persona más idónea para «comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias».

Otra novedad que se incorpora con este sistema de apoyos es en lo referido a las causas de excusa que pueden alegar los nombrados como curadores. En este sentido, en el antiguo art. 251 CC se disponía como causas de excusa las «razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre el tutor y tutelado, o por cualquier causa resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo».

Por su parte, el nuevo régimen de apoyos únicamente admite como excusa si el desempeño de la curatela «resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo» (Art. 279 de la Ley 8/2021).

En otro orden de cosas, en el nuevo sistema, se prevé una novedad, la cual consiste en el ejercicio de la curatela, debiendo mantener el curador un contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo. Hasta ahora, este contacto personal no se exigía, bastando únicamente el desempeño diligente de las funciones encomendadas en beneficio de la persona sujeta a curatela.

Por otro lado, aquellos actos que precisen de autorización judicial se concederán si resultan conformes con la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad (Art. 288 de la ley 8/2021), cuando, hasta ahora, se concedía teniendo en cuenta si resultaba beneficioso al interés de la persona con la capacidad de obrar

modificada judicialmente. Es la necesidad de que se convierta en protagonista de la toma de decisiones de su vida lo que hace que se produzca este cambio de perspectiva en nuestra legislación.

En cuanto a las causas de extinción del régimen de curatela como medida de apoyo, podemos encontrarlas en el art. 291 de la nueva ley.

En este sentido, entre las causas de extinción, podemos apreciar que esta medida de apoyo se extinguirá en el momento en el que ya no sea precisa. Esta causa, en el régimen de protección, se encontraba regulada en el art. 277.2 CC, si bien con un cambio que resulta determinante. Este cambio se centra en la declaración judicial que modifique la capacidad de obrar, circunstancia que ya no se dará con la nueva regulación, mientras que con la que hasta ahora se venía aplicando sí que era preciso, con la consiguiente recuperación de la capacidad de obrar, o bien limitándola todavía más, consecuencia de un cambio significativo de las circunstancias del caso concreto que propiciaron esa modificación de la capacidad de obrar.

Como resultado de lo expuesto, se entiende que la curatela es una medida de apoyo que permitirá a la persona tomar decisiones de forma activa, en aspectos como los ámbitos personales, la administración de los bienes, y la celebración en general de actos jurídicos. De este modo, se considera por el legislador español que la curatela, como medida ya con menos prioridad, permitirá promover la autonomía de la persona con discapacidad y el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica, según el art. 12 de la Convención⁶¹.

Ese cambio significativo en el papel del curador es lo que permitirá el ansiado desarrollo de la autonomía, puesto que se pasa de una figura de protección que busca el beneficio e interés de la persona bajo curatela, a ser una figura que ha de tener contacto personal directo con la persona con discapacidad y cuya voluntad habrá de respetar en todo momento. Sólo así, desde la perspectiva de la Convención de 2006 y del legislador español, por ende, se conseguirán los propósitos perseguidos y una plena adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias derivadas del art. 12.

⁶¹ PAGANO, L. M. “El rol de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción de la capacidad”, *Revista de Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2016, p. 2-14.

En otro orden de cosas, la segunda medida de apoyo de origen judicial es la figura del defensor judicial, el cual es aquella persona que ha sido designada por el Juez, con la finalidad de representar, asistir y proteger a los intereses de un menor o de una persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente, en el caso de que exista un conflicto de intereses entre este sujeto y su representante legal o curador. También, este defensor judicial puede nombrarse en caso de que este representante legal o curador no desempeñe adecuadamente las funciones que le han sido encomendadas⁶².

En el sistema de protección, esta figura del defensor judicial se encuentra recogida en diversa normativa civil, pero especialmente, en los antiguos arts. 299 a 302 del Código civil, aunque podemos encontrar referencias en otra normativa, como la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 8, 758, o 783, entre otros).

Su nombramiento se da en un expediente de Jurisdicción Voluntaria, ya sea de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del tutor, del curador, o de cualquier otra persona con la capacidad de obrar suficiente para comparecer en juicio. A esta figura se le aplica el mismo régimen de causas de inhabilidad, remoción y excusas que se le aplica a los tutores y curadores, debiendo rendir cuentas al órgano que lo nombró una vez haya terminado la función que le fue inicialmente encomendada. En lo referente a la figura del defensor judicial en el sistema de apoyos que se quiere instaurar, ésta se haya regulada en los arts. 295 a 298 de la Ley 8/2021.

En este nuevo régimen, el defensor judicial, al igual que venía haciendo hasta la actualidad, también interviene de forma puntual. Aunque ahora ya no intervendrá para proteger los intereses de la persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente, sino que lo hará como medida de apoyo a la persona con discapacidad. Adquiere un rol importante en el proceso de provisión de apoyos, y actuará siguiendo la voluntad y deseos de la persona con discapacidad (Art. 295 de la Ley 8/2021).

Una novedad que resalta, además, es que el nombramiento del defensor judicial, al igual que la curatela, no es prioritario, por cuanto, de existir otras medidas de apoyo derivadas de la voluntad de la persona con discapacidad, se aplicarán éstas antes que la

⁶² Defensor judicial. (11 de mayo de 2021). En *Enciclopedia jurídica*.
<http://www.enciclopedia-juridica.com/d/defensor-judicial/defensor-judicial.htm>

relativa al defensor judicial, salvo que no se puedan aplicar esas medidas o si se considera necesario ese nombramiento por parte de la autoridad judicial (Art. 296 de la Ley 8/2021).

En resumidas cuentas, el defensor judicial dejará de ser una figura que intervenía puntualmente para la protección de los intereses del incapacitado, para ser una figura que actúe teniendo en cuenta exclusivamente la voluntad de la persona con discapacidad, sin esas notas de protección que hasta ahora se venían aplicando en el sistema clásico.

Finalmente, esta falta de priorización de las medidas de apoyo de origen judicial es un intento de respetar esa autonomía de la voluntad y de hacer que la persona con discapacidad ocupe un papel protagonista y activo en la toma de decisiones, al mismo tiempo que se intenta “desjudicializar” toda esta materia, “con el consiguiente ahorro económico y de tiempo”⁶³ que de ello se deriva.

2.2.Reformas en el Código Penal.

Las transformaciones del ordenamiento jurídico español no se limitan únicamente al plano civil, sino que se extienden más allá, llegando a trastocar la parte penal del ordenamiento jurídico. Como consecuencia de ello, se produce una modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Concretamente, la modificación, contenida en la Disposición final primera del Proyecto, se refiere al art. 118 y al art. 120. En primer lugar, el art. 118 reza lo siguiente:

« 1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del art. 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1.^a En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

⁶³ MERINO HERNÁNDEZ, J.L. Nuevo tratamiento de la discapacidad en el Código civil español. *Standum est chartae. La revista digital del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*. <http://revista.reicaz.es/numeros-antiores/n-010/nuevo-tratamiento-de-la-discapacidad-en-el-codigo-civil-espanol/>

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos. [...]».

Con la modificación del Código, la redacción quedaría de la siguiente forma:

«1. Se modifica el primer párrafo de la regla 1.a del art. 118 en los siguientes términos:

1ª. En los casos de los números 1.o y 3.o, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables».

Con esta modificación, se suprime el segundo inciso del apartado 1ª del art. 118 CP, referido a la graduación de la responsabilidad de los sujetos responsables por parte de los Jueces o Tribunales. Además, en el apartado 1ª, en su primer inciso, se produce también un cambio, por cuanto, como consecuencia de la eliminación de los sistemas de sustitución y de guarda, tanto legal como de hecho, ahora las personas que resulten estar exentas de responsabilidad criminal por concurrir los requisitos descritos en los apartados 1º y 3º del art. 20 compartirán, si así se da por las circunstancias del caso concreto, responsabilidad con las personas que les presten su apoyo. Es decir, esa responsabilidad solidaria ya no se comparte con los tutores/curadores y/o guardadores legales o de hecho, sino que será con aquellos sujetos que presten apoyo a las personas con discapacidad. Se mantiene la necesidad de que concurra negligencia o culpa en estos sujetos para que respondan también de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo.

Por otro lado, la modificación del Código Penal incluye el art. 120:

«Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. [...]».

A partir de la modificación, el citado art. quedará de la siguiente:

« 2. Se modifica el número 1o del art. 120 en los siguientes términos:

1º. Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia».

Para terminar, esta modificación deriva principalmente de la desaparición de la figura del tutor, dando prioridad a las personas que han de prestar de apoyo, no representación ni asistencia.

2.3.Otras reformas del ordenamiento jurídico español.

La transformación objeto de estudio va a suponer un antes y después en el plano jurídico español, por no afectar solamente al Código civil o al Código penal, sino a otras leyes.

Entre estas leyes, podemos mencionar la Ley Hipotecaria, con la creación de un Libro único informatizado, con el fin de que se publiciten las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, para que sean conocidas por la totalidad de los registradores y usuarios del Registro de la Propiedad que ostenten un interés calificable como legítimo. Entre los objetivos de esta publicidad se centra la de otorgar validez a los actos inscribibles en el Registro y proteger a los usuarios ante la posible anulabilidad del negocio celebrado sin requisitos previstos en la resolución judicial pertinente.

En segundo lugar, la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil se verá afectada, pasando a tener el Registro Civil un papel fundamental para la publicidad de las medidas de apoyo preventivas. A su vez, en la Exposición de Motivos se nos recuerda que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, también va a experimentar importantes cambios, optándose por los procedimientos de Jurisdicción de manera preferente, para permitir una participación activa de la persona con discapacidad. Aunque el legislador que ello «sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio». Además, se opta por una mayor participación de la persona que se propone como curador de la persona con discapacidad, con la finalidad de que se dispongan de más datos para conocer su perfil y la posible idoneidad del mismo.

Se aboga por la intervención de cualquiera de los legitimados, para acabar con esa desigualdad procesal que existía en el anterior régimen, «donde unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte», mientras que otros «sólo podían ser oídos en fase de prueba». Se ha de pasar de un sistema tradicional a un sistema en el que

la colaboración de diferentes especialistas de los ámbitos social, sanitario, psicológico, etc., sea algo de vital importancia, para que el sistema de apoyos se ajuste lo mejor posible a las circunstancias de la persona en particular.

En cuanto a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, ésta también va ser objeto de transformaciones de gran envergadura. Se introduce un nuevo expediente para la provisión de medidas de apoyo. Este expediente podrá promoverse por el Ministerio Fiscal, la persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente, o quien esté en situación análoga, así como sus descendientes, ascendientes, o hermanos.

La modificación extiende sus ramificaciones hasta alcanzar el procedimiento de rendición de cuentas del curador, que también se modifica, así como otros aspectos, tales como la necesidad de intervención (o no) de abogado y procurador en los expedientes de autorización o aprobación judicial de actos de enajenación o gravamen de bienes.

Por lo expuesto, es evidente que vamos a ser testigos de un enorme cambio en nuestro panorama jurídico actual, por considerarse preciso para que España cumpla con sus obligaciones como Estado parte de la Convención neoyorquina de 2006.

VII. Valoración crítica: consecuencias positivas y negativas que se han propiciado por las adaptaciones del ordenamiento jurídico español.

España, como Estado firmante que es, ha de realizar todas aquellas actuaciones que sean necesarias para que su ordenamiento jurídico se adapte a las exigencias derivadas de la Convención de 2006.

Las actuaciones que España haya tomado, o esté en trámites de ello, serán objeto de un informe dirigido al Comité creado al efecto. Este informe, tal y como dispone el art. 35.1 de la Convención, ha de detallar todas las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones de la Convención y los progresos que se han estado dando en el plazo de 2 años, contados a partir de la entrada en vigor de dicha Convención.

Estos informes que España debe presentar se remiten al menos cada cuatro años, y, además, siempre que así lo solicite el Comité, por ser quien dirigirá directrices sobre cómo debe actuarse en esta materia. Es este procedimiento, que debe caracterizarse con las notas de transparencia y agilidad, el que debe seguirse por España y los demás Estados firmantes, con el objetivo de informar de su situación y tomar en cuenta aquellas indicaciones que se les presenten.

A modo de ejemplo, el día 29 de marzo de 2019, el Comité aprobó las Observaciones Finales al Estado Parte Español, referidas a los informes periódicos segundo y tercero combinados que España debía presentar en 2018. En estas observaciones, el Comité estimó que España debía abolir totalmente los sistemas de sustitución en lo que se refiere a la adopción de decisiones, con el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en virtud del art. 12 de la Convención⁶⁴.

Y, por tanto, ello es lo que ha justificado esta profunda reforma, siendo un intento del legislador español por seguir esas directrices marcadas por el Comité.

Alcanzado este punto, considero que es preciso analizar detenidamente las consecuencias que se derivan de esta profunda reforma, porque, sin duda, va a ser un

⁶⁴ Observatorio Estatal de la Discapacidad. *Informe Olivenza de 2019 sobre la situación general de la discapacidad en España*. Extraído el 14 de mayo de 2021. www.observatoriodeladiscapacidad.info

antes y un después en el panorama jurídico español tal y como lo hemos conocido hasta ahora.

En primer lugar, en lo que se refiere a la intensificación de los poderes preventivos y de los mandatos y la priorización de los mismos, con el objetivo de conseguir la autorregulación, es clara la consecuencia positiva que se deriva de ello. Hacer que la persona con discapacidad sea la protagonista absoluta de la regulación la convierte en una parte activa de la toma de decisiones que le afectan en su cotidianidad, en aspectos tan fundamentales de su esfera personal, como es la forma en la que quiere que se le trate médicamente, si padece de alguna discapacidad que la requiera, o cómo ha de gestionarse su hogar. Pero, también le permite formar parte activamente de la toma de decisiones referida a la manera en la que ha de gestionarse su patrimonio.

Para ello, tanto los poderes preventivos como los mandatos se convierten en los instrumentos que permitirían esa regulación de la situación por el propio discapacitado.

Una vez llegados a este punto, estimo conveniente traer a colación lo previsto en el anterior art. 167 del Reglamento del Notario. En el mismo se dispone que «El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

Esta revisión de la capacidad por parte del Notario se repite en diversos artículos del citado Reglamento, y a modo de ejemplo, el art. 197 quáter, en su apartado c) dispone que el control del juicio de capacidad de los otorgantes es una manifestación del control de legalidad por parte del Notario.

En definitiva, una persona ha de contar con la capacidad natural suficiente para poder entender y comprender las implicaciones que se derivan del otorgamiento de un poder preventivo o de un mandato, siendo ello una circunstancia necesaria que ha de controlarse por los Notarios, como hasta ahora se venía haciendo.

En este sentido, estimo que es necesario refrescar la memoria y definir, de nuevo, lo que significa la incapacidad natural. La incapacidad natural es una situación física o

psíquica en la que se encuentra un sujeto y que le impide su entendimiento y voluntad, por no poder entender, valga la redundancia, el acto que realiza⁶⁵.

Es innegable que la diversidad de capacidades es algo que caracteriza a la especie humana. Y es, por ende, esa existencia de circunstancias variadas lo que hace que ciertas personas no dispongan, por su propio estado, de ese autogobierno, afectando considerablemente a su capacidad natural para querer y entender.

Si bien es cierto que muchas personas con discapacidad sí que poseen ese autogobierno y podrían hacer uso de los poderes preventivos y los mandatos para la autorregulación de su situación, parece utópico afirmar que la totalidad de las personas con discapacidad disponen de esa facultad. El reconocimiento en el plano jurídico no conlleva, de por sí, la posibilidad de que se pueda ejercitar en la práctica, por esas condiciones fácticas que afectan al autogobierno.

Esta falta de capacidad natural de querer y entender no puede ignorarse por parte del ordenamiento jurídico español, pues, de hacerse, se produciría una enorme inseguridad jurídica. Es decir, ¿cómo habremos de reaccionar jurídicamente ante un poder cuyo otorgante no conoce ni entiende la magnitud de su contenido, de sus efectos y de sus consecuencias? Es un «suicidio» en términos de seguridad y de tranquilidad en el tráfico jurídico, ya no sólo para las personas con discapacidad que carecen de esa capacidad natural (que, recordemos, no son la totalidad), sino, también, para los demás sujetos que operan en ese tráfico jurídico.

Además, esa capacidad natural implica que se cuentan con unas aptitudes psicológicas internas que hacen que una persona pueda gobernar efectivamente su vida, de manera que las decisiones que toma son conscientes y abarcan el conocimiento de las posibles consecuencias que se derivan de las mismas.

En este sentido, son muchos los estudios científicos que corroboran que la toma de decisiones implica cierto control por parte del individuo, por ser un proceso que conlleva ciertas complicaciones, dependiendo de las situaciones a las que en particular nos refiramos⁶⁶.

⁶⁵ PICATOSTE BOBILLO, J. “La incapacitación: el marco jurídico”, *Revista de la Asociación Gallega de Psiquiatría*, núm. 8, 2006, p. 30-36

⁶⁶ García Higuera, J.A. (2014). La toma de decisiones. *Psicoterapeutas*.

Esta postura es defendida desde una perspectiva científica, al estimar que el incapaz natural muchas veces no puede tomar ciertas decisiones, por constituir un riesgo para sí mismo. Existe, por ende, una obligación de que participe en sus decisiones, pero siempre en la medida de lo posible y teniendo en cuenta sus propias condiciones⁶⁷.

En otras palabras, no es que no tengan derecho a equivocarse, puesto que las personas que no tienen ninguna discapacidad muchas veces toman decisiones que les perjudican; sino que, por sus propias circunstancias, no pueden tener ese proceso de formación de decisiones, impidiendo el autogobierno en general.

He de recalcar que la discapacidad no conlleva necesariamente la falta de capacidad natural, porque ello depende del grado de afectación sensorial o psíquica o de la limitación física que la persona a la que en particular nos refiramos⁶⁸. Es decir, una persona con discapacidad puede tener una plena capacidad natural y este tipo de instrumentos podrán serle de gran utilidad, pero eso es algo ya que se podía ejercer antes de la reforma.

Otro de los puntos relativos a los poderes preventivos y los mandatos es el referido a la generalidad de los mismos. Si bien es cierto que los poderes y mandatos pueden permitir que la persona con discapacidad ordene aspectos de su cotidianidad de vital importancia, a nivel económico y personal, será necesario que se detalle específicamente qué es lo que se pretende abarcar. De no hacerlo, se producirá una situación de enorme incertidumbre, siendo preciso que en esa fase de elaboración del poder preventivo o del mandato se cuente con un apoyo técnico o especializado que permita dilucidar lo que se pretende abarcar por la persona con discapacidad en su régimen autorregulado⁶⁹.

En el plano teórico, ello parece una posibilidad palpable, pero, en la práctica, no todas las personas con discapacidad podrán tener acceso a ese apoyo técnico, por sus circunstancias socioeconómicas. E, incluso teniendo esa asistencia técnica, se plantea el problema de hasta qué punto dicho apoyo influirá en las decisiones de la persona con

<https://www.cop.es/colegiados/m-00451/tomadecisiones.htm>

⁶⁷ LORDA, P.S, RODRÍGUEZ SALVADOR, J.J, MARTÍNEZ MAROTO, A., LÓPEZ PISA, R.M, y JÚDEZ GUTIÉRREZ, J., “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones”, *Bioética para clínicos.*, vol. 117, núm. 11, 2001, p. 419- 425.

⁶⁸ GALIANO MARITÁ, G. (Mayo, 2012). La curatela como institución protectora a las personas con discapacidad. Análisis conceptual y de derecho comparado. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Extraído el 22 de mayo de 2021 desde <https://www.eumed.net/rev/cccs/20/ggm3.html>

⁶⁹ GARCÍA RUBIO, M. P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 23-32.

discapacidad, siendo el técnico el que finalmente pueda tomar las decisiones por la persona con discapacidad, corrompiéndose ese principio de autonomía de voluntad y autorregulación que inspira esta reforma.

La vaguedad y/o generalidad de los poderes preventivos y mandatos unidos a la falta de asistencia técnica, o una asistencia negligente, pueden ser el germen de numerosos problemas en el tráfico jurídico y la priorización de estos instrumentos puede conducir, inevitablemente, a una situación donde la seguridad jurídica brilla por su ausencia.

Esta situación de inseguridad jurídica puede todavía exaltarse más si se dispone por la persona con discapacidad la exclusión del control por parte de las autoridades judiciales, o en general de cualquier tipo de control, lo que dificultaría, incluso más, el garantizar un espacio seguro dentro del tráfico jurídico.

A su vez, ese control que se daba hasta ahora por parte de los Notarios respecto a la capacidad de las partes intervinientes permitía crear un ambiente de seguridad jurídica, porque se garantizaba la formación de libre de la voluntad de la persona en concreto, así como la fehaciencia derivada de la fe pública⁷⁰. Este punto, con la nueva reforma, ya no formará parte de la cotidianidad jurídica.

Así, la generalidad de los instrumentos de autorregulación, la falta de asistencia técnica (o la asistencia malintencionada o distorsionada) y la indudable falta de capacidad natural que caracteriza a muchas personas con discapacidad hace que nos preguntemos hasta qué punto resulta factible la reforma de nuestro ordenamiento jurídico.

Además, a todo esto, hay que añadir que la reforma insiste en la necesidad de que los poderes preventivos y los mandatos se interpreten por todos los sujetos involucrados de acuerdo con los deseos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Como consecuencia de ello, existen ocasiones en las que esta interpretación puede hacerse sin problema alguno, pero hay que tener en cuenta la inseguridad jurídica que se dará de no poderse hacer dicha interpretación por no quedar clara la voluntad o, simplemente, por no haber voluntad.

Todo esto nos conduce a pensar que es cierto que los poderes preventivos y los mandatos son instrumentos cuya utilidad es indiscutible, pero no resultaría viable

⁷⁰ GARCÍA RUBIO, M. P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 43-47.

aplicarlos en todos los casos, por las lagunas que podrían surgir a la hora de interpretar esa voluntad, sobre todo si la misma es contradictoria o brilla por su ausencia.

Por otro lado, respecto a la priorización que se quiere hacer de la guarda de hecho, considero oportuno que, también, pueden plantearse una serie de cuestiones.

Primeramente, la guarda de hecho, en la inmensa mayoría se desarrolla suponiendo un enorme beneficio para la persona que está sujeta a la misma, aunque existen ocasiones en las que esta institución fáctica puede conllevar un enorme perjuicio para la persona con discapacidad, en especial si se está desarrollando causando daño a la misma.

A esto hay que sumarle el hecho de que el guardador ha de realizar las actuaciones de conformidad con la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad. Si bien es cierto que ello puede darse con facilidad, existen ocasiones en las que no es posible dilucidar la voluntad de la persona en particular, lo que conduce a una situación inevitable de inseguridad jurídica, tal y como ocurre en el caso de los poderes preventivos y mandatos a la hora de interpretar su contenido. Si no se puede saber cuál es la voluntad de la persona con discapacidad, y el guardador ha de actuar conforme a esa voluntad, ¿cuál es la alternativa disponible, y cómo podrá legitimar sus actuaciones?

De nuevo, hay que recalcar ese cambio que se da con el nuevo régimen, por cuanto la actuación del guardador se venía haciendo buscando el beneficio para la persona interesada, mientras que ahora se hará de conformidad con la voluntad. Es cierto que, como consecuencia de ello, se respetará la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, pero podría producirse, también, un enorme perjuicio para la misma si ésta no tiene esa capacidad natural a la que se ha hecho referencia previamente.

En cuanto a la intervención judicial para la concesión de autorización para ciertos actos, se establece que se hará de conformidad con esa voluntad de la persona implicada, pero, de nuevo, aparece el problema sobre la forma en la que ha de interpretarse esa voluntad, provocando una situación de ambigüedad que para nada resulta beneficioso.

Esta inseguridad jurídica aparece también en el art. 264.3 de la Ley 8/2021, al estimar que no será necesaria la autorización para la solicitud de una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que no se dé un cambio

significativo en la vida de la persona. Este concepto indeterminado de «cambio significativo» contribuye también a esa situación de incertidumbre e inseguridad jurídico.

Además, la falta de autorización judicial para aquellos actos que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal también puede crear problemas en el ámbito de seguridad jurídica. Es decir, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado también, se hará difícil delimitar qué es lo que se considera como actos con escasa relevancia económica, y, sobre todo, si se ha de interpretar conforme a una voluntad que no queda clarificada. Este problema de interpretación, he de recalcar, está estrechamente vinculado con aquellas ocasiones en las que la voluntad, deseos y preferencias no son indudables, sino que, más bien todo lo contrario, lo que dificultará enormemente la seguridad dentro del plano jurídico. E, incluso, se desprenden dudas acerca de cómo se va a controlar que un determinado acto llevado a cabo por el guardador de hecho.

Esto último debido a que, en el régimen clásico de protección, el acto tenía que suponer un interés para la persona en particular, cosa que objetivamente se podía apreciar, pero la voluntad es algo que puede presentar complicaciones respecto a su prueba, especialmente si ese acto, a pesar de haberse hecho conforme a la voluntad, resulta perjudicial para la persona con discapacidad.

En lo que se refiere al control judicial respecto del sistema de guarda de hecho, esa inseguridad jurídica se hace eco, especialmente si hay problemas para interpretar la voluntad de la persona con discapacidad. Concretamente, en el art. 265 de la ley 8/2021, se dispone la posibilidad de establecer, por parte de la autoridad judicial, las salvaguardas que considere necesarias para el buen funcionamiento de esta institución. Sin embargo, no se dispone qué tipo de salvaguardas se podrán establecer y en base a qué criterio. Es decir, el establecimiento de estas medidas se hará, ¿conforme al interés supremo de la persona con discapacidad, o bien se hará buscando la satisfacción de la voluntad, preferencia y deseos de esa persona?

A priori, la respuesta parece sencilla: la voluntad prima por encima de cualquier interés, por ser el principal objetivo marcado por la Convención de 2006. Ello, empero, en algunas ocasiones podrá conducir a situaciones en las que el interés superior se verá perjudicado en pro del respeto de la voluntad, sobre todo en aquellas situaciones en las

que sea protagonista una persona que carece, o bien tiene muy limitada, su capacidad natural.

En este sentido, el Juez verá seriamente limitada sus funciones, sobre todo en los momentos en los que el control judicial se haya limitado o, en su caso, prohibido por parte de la persona con discapacidad, por desprenderse así de su voluntad.

Por todo lo expuesto, es bastante probable que se den situaciones de abusos y malos tratos, en los que la autoridad judicial no podrá poner solución si no se desprende así de la voluntad de la persona afectada. Se respetará la voluntad de la persona con discapacidad, es cierto, pero, ¿a qué precio?

Otra fuente de incertidumbre e inseguridad jurídicas se refleja en el apartado 4º del art. 267 de la Ley 8/2021, que reza lo siguiente: «Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente». Se nos plantea el problema de la interpretación de lo que se considera como conveniente. Hasta ahora, se venía interpretando conforme al interés supremo de la persona afectada, aunque, a partir de la reforma, habrá de hacerse conforme a la voluntad, una voluntad que en muchas ocasiones no es posible dilucidar.

Asimismo, se habla de la importancia de esta institución fáctica, e, incluso, se reconoce por el propio legislador que es la familia la que muchas veces se hace cargo de la persona afectada a través de la guarda de hecho. No obstante, si lo que pretende es la promoción de la autonomía, esto podría verse en ocasiones dificultado por la presencia de la familia y la intervención de la misma en la toma de decisiones.

La capacidad de influencia que tiene la familia es algo innegable, y especialmente, cuando nos referimos a aquellas personas que, por sus circunstancias concretas, carecen o tienen limitada la capacidad natural de querer y entender.

Por lo dicho, aunque superficialmente pudiera parecer que cierta decisión la toman siguiendo la voluntad de la persona con discapacidad bajo guarda, puede ocurrir que esa decisión se haya tomado por la influencia, muchas veces indirecta, de la familia, corrompiendo así el espíritu que motiva la reforma. Y, a esto hay que añadir la falta de control que puede caracterizar la mayoría de las situaciones de guarda de hecho a raíz de esta reforma.

Esa falta de control unido a las posibles influencias a las que se pueden ver sometidas ciertas personas con discapacidad constituye una bomba de relojería, que conduce a situaciones de incertidumbre que afectan, ya no sólo a las personas con discapacidad en concreto, sino al resto de los operadores jurídicos. Ello sin negar que la guarda de hecho sí que puede traer, también consecuencias positivas que permitan el desarrollo de la autonomía y de la persona con discapacidad, pero teniendo en cuenta que esas situaciones de inseguridad jurídica son una posibilidad que puede hacerse realidad.

En otras palabras, si se pretende convertir la situación fáctica de la guarda de hecho en una institución consagrada y protegida por el ordenamiento jurídico, el legislador ha de prever las salvaguardias necesarias para que la misma sea suficiente y se ajuste debidamente a las exigencias que se derivan de la Convención. De no hacerse, se estará abocando hacia situaciones en las que la inseguridad jurídica y la desprotección referida a las personas afectadas se harán más que evidentes.

Por último, en lo referido a la supresión de la tutela y la priorización de la curatela como medida de apoyo de origen judicial, considero oportuno destacar algunos puntos al respecto.

El punto principal de crítica es el mismo que ya he mencionado previamente.

En este sentido, y a modo de ejemplo, podemos señalar lo previsto en el art. 270 de la ley 8/2021, en el que se establece la posibilidad de que se recabe información sobre la curatela, para garantizar el buen funcionamiento de esta institución. Se plantea la duda de a qué se refiere el legislador español al hablar de «buen funcionamiento». Si se ha de entender el buen funcionamiento desde una perspectiva de que se respeten la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, con independencia del posible perjuicio que de ello se derive, o, en su caso, desde el prisma del interés de la persona con discapacidad. La solución a esta duda no aparece regulada como tal, por lo que hemos de concluir que ha de observarse ese buen funcionamiento desde una perspectiva meramente de respeto a la autonomía a la voluntad de la persona con discapacidad, sin entrar a valorar las consecuencias derivadas.

Otro problema de interpretación encuentra su reflejo en el art. 272 de la Ley 8/2021. En este precepto se dispone la posibilidad de que el Juez prescinda de lo declarado por la persona con discapacidad, si las causas así lo requieren, y presumiendo lo que hubiera hecho la persona con discapacidad de haber conocido esas circunstancias que

motivan el cambio. Es esa presunción de la voluntad de la persona con discapacidad lo que tiene notas de inseguridad jurídica, debido a que, en muchas ocasiones es difícil interpretar la voluntad de una persona, e incluso hay casos en los que ni siquiera es posible esa interpretación, lo que complica todavía más las relaciones dentro del tráfico jurídico. Pasar de algo objetivo como la búsqueda del interés superior a algo de tan íntimas características como la voluntad puede pasar factura a los operadores jurídicos.

Siguiendo con esto, esta inseguridad puede apreciarse también en el art. 274 («Se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada»). Se plantea la duda de qué hacer en aquellos casos en los que no sea posible la elección del curador si las personas designadas no son capaces de dilucidar la voluntad de la persona que les designó.

Esta mejor interpretación conforme a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad ha de ser objeto de precisión por parte del legislador español⁷¹, puesto que, de lo contrario, nos estaríamos enfrentando a una situación donde la incertidumbre de las actuaciones será la mayor protagonista.

Conviene traer a colación lo previsto en art. 291 («Asimismo, se extingue por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo»). De nuevo, el legislador español no especifica cuándo no será precisa esta medida, dejando sitio a la incertidumbre. Sigue el artículo diciendo que se extinguirá dicha figura cuando «se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela».

En este sentido, podemos tener problemas a la hora de interpretar lo que se considera como «más adecuado»; pero, ¿desde qué perspectiva se tiene que interpretar, desde el prisma del mejor interés o del respeto a la autonomía y voluntad de la persona con discapacidad?

Esta técnica generadora de inseguridad jurídica se repite, otra vez, en el art. 296, al disponer que la autoridad judicial podrá procurar el nombramiento de un defensor judicial cuando lo considere necesario. Esa necesidad no queda clara si ha de interpretarse

⁷¹ CUENCA GÓMEZ, P. “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 38, 24 de diciembre de 2018, p. 82- 101.

de conformidad con la voluntad de la persona con discapacidad, o si ha de hacerse buscando el interés supremo de esa persona en particular.

Asimismo, muchos son los autores que opinan que, realmente, la tutela no desaparece, sino que la misma se transforma en una curatela con notas representativas.⁷² Ello por cuanto en ciertas ocasiones de rigurosa excepcionalidad, se podrá asumir por el curador funciones representativas, lo que puede entenderse desde una doble perspectiva. Esta representación, aunque excepcional, puede entenderse como una contradicción frente a los principios de autonomía de la voluntad y desarrollo de la personalidad que inspiran esta transformación legislativa de enorme trascendencia, pues, en el momento en el que se produce una representación en la toma de decisiones, la persona afectada pasa a un segundo plano y adopta un papel más pasivo. Justo lo que con la Convención se pretendía evitar.

En segundo lugar, puede entenderse como una especie de «último intento» del legislador español de hacer frente a esas situaciones en las que no es posible el autogobierno por parte de la persona en particular, siendo preciso que sea otra persona la que tome las decisiones, y evitar una situación de incertidumbre y de parálisis de actuaciones. Empero esa toma de decisión deberá realizarse conforme a la mejor interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad, lo cual no siempre será posible.

Esta reforma también encuentra críticas en el ámbito procesal. Ello debido a que se considera que se han introducido reformas procesales que no han encontrado su reflejo en el ámbito civil. De este modo, se entiende que hay una falta de perspectiva global del sistema jurídico español, por cuanto la norma procesal y la norma material de protección de los derechos de las personas con discapacidad han de estar unidas, no por cuestiones formalistas, sino porque el ordenamiento jurídico constituye un todo que no puede corromperse en sus entrañas.⁷³ Se critica por algunos autores que estas transformaciones

⁷² PEREÑA VICENTE, M. “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, julio septiembre, 2018, p. 61-83.

⁷³ DE SALAS MURILLO, S., MAYOR DEL HOYO, M.V (directoras). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p.

en el ámbito procesal siguen respondiendo al tradicional modelo asistencialista⁷⁴, lo que puede chocar con los principios que inspiran la nueva regulación.

Una vez llegados a este punto, es innegable que la Convención neoyorquina de 2006 en materia de derechos de las personas con discapacidad ha supuesto un antes y un después, ya no sólo en el plano español, sino en el plano mundial. Ello debido a que se ha producido un cambio radical en la forma en la que se trataba la materia, con un cambio de perspectiva; se pasa de un tratamiento puramente formalista a uno más humano, más visible, y con aspiraciones de conseguir la igualdad, independientemente de las condiciones de cada persona en particular. Se aboga por el desarrollo de la autonomía y el respeto absoluto a la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad.

Uno de esos cambios de perspectiva podría resumirse en el cambio de la postura que se adopta por parte de los ordenamientos jurídicos involucrados, por cuanto se pasa de un modelo basado en la protección de la persona a un modelo de apoyos, basado en la idea de que sea la propia persona afectada la que tome un rol activo. Es decir, que sea la voz cantante a la hora de ordenar cuestiones de su propia vida⁷⁵.

Empero las transformaciones legislativas, aunque no están «en pañales» por haberse recorrido un camino más que extenso durante los últimos años, no han previsto muchas de las consecuencias negativas que se derivan⁷⁶. Es un avance innegable, pero cuyo contenido no resulta del todo completo, por no establecerse los mecanismos jurídicos necesarios para hacer frente a esas situaciones de abuso, incertidumbre e inseguridad jurídica que, por desgracia, podrían darse en un futuro más que cercano.

Empezando por el hecho de que no todas las personas con discapacidad tienen, como es lógico, las mismas características. Es decir, no es posible hacer oídos sordos a la falta de capacidad natural que caracteriza a determinadas personas, afectándose de una forma más que evidente a su capacidad de autogobierno y de toma de decisiones.

A esto, hay que unir la falta de apoyos que podrán sufrir muchas de las personas que conforman el colectivo, ya que la diversidad no sólo hace referencia a las capacidades

⁷⁴ CUENCA GÓMEZ, P. “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 38, 24 de diciembre de 2018, p. 82- 101.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem.

de cada uno, sino también a los recursos de los que se dispone. La discriminación que se quiere erradicar encuentra cabida, aunque en otro sentido, en la nueva regulación.

En otro orden de cosas, la negatividad de las consecuencias tiene su reflejo en los problemas que giran en torno a la interpretación. Es cierto que el lenguaje jurídico se caracteriza por su textura abierta, y que los problemas de interpretación no son algo novedoso, pero, mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sólo se añade más inseguridad a la que ya existía con el régimen anterior. Especialmente, si se trata de interpretar una voluntad con notas de intimidad y subjetividad, o cuando ni siquiera es posible realizar esa interpretación.

Se hace una crítica por, incluso, considerar que la reforma no resulta suficiente para hacer frente a esas exigencias de la Convención, debido a que, al mantener parte de las figuras que tradicionalmente formaban parte del sistema que hasta ahora se venía aplicando, se puede caer en la tentación de aplicar las nuevas medidas, pero siguiendo los patrones anteriores, haciendo que todo esfuerzo en este campo no cobre sus frutos.

En resumidas cuentas, esta reforma plantea enormes expectativas y son muchas las dudas que giran alrededor de la misma, lo que hace que se cuestione en su integridad sobre si es la medida adecuada para hacer frente a las obligaciones que se derivan de la ratificación de la Convención.

VIII. Conclusiones.

La reforma objeto de estudio es evidente que va a suponer un antes y después en el ordenamiento jurídico español, un hecho histórico del que vamos a ser testigos y del que no toda la comunidad jurídica espera aspectos puramente positivos, por cuanto ha sido cuanto menos controvertida.

A través del análisis detallado que se ha hecho a lo largo de este trabajo, se ha hecho uso de un método comparativo, para recalcar las diferencias y similitudes entre la forma en la que estaba regulada esta materia hasta hace poco, y la forma en la que va a quedar regulada en breves. El cambio es más que evidente: se pasa de un sistema en el que la protección de la persona con discapacidad (cuya capacidad de obrar, si se daban las condiciones necesarias, quedaba judicialmente modificada) resultaba lo primordial, a un sistema en el que la clave es convertir en protagonistas a las personas con discapacidad, las cuales han sido históricamente apartadas y dejadas en un plano secundario.

En otras palabras, «se trata de sustituir un proceso de imposición por parte de un tercero, el Juez, por un proceso de decisión en el que se manifiesta la voluntad de la persona necesitada de apoyo y que se produce de dentro hacia fuera⁷⁷».

Teniendo en cuenta las reivindicaciones sociales que tanto eco han producido en los últimos tiempos, considero que es un cambio más que necesario, un soplo de aire fresco y de renovación del ordenamiento jurídico, porque son las personas afectadas las que deben formar parte activamente en la toma de decisiones vitales en las que se vean envueltas, pudiendo convertirse en protagonistas absolutos de su propia existencia.

Es cierto que el sistema tradicional debía ser objeto de revisión y actualización, para adecuarse a las transformaciones que continuamente está experimentando la sociedad y por así exigirse por la Convención de la que España forma parte, al ser un Estado que la ha firmado y ratificado.

Siguiendo esa línea, esa posición de paternalismo había de quedarse en el pasado, pues no es sino otra manifestación de la discriminación a la que se ven sometidas las personas con discapacidad, convirtiéndolos en meros sujetos pacientes, sin voz ni voto en

⁷⁷ VALLS XUFRE, J.M. (9 de noviembre de 2020). *La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España*. Extraído el 12 de mayo de 2021 desde <https://elderecho.com/la-abolicion-de-la-incapacitacion-el-notario-y-los-apoyos-a-la-discapacidad-i-la-convencion-de-nueva-york-y-su-incumplimiento-en-espana>

la toma de decisiones que precisamente les conciernen a ellos. Hacer que formen parte es algo de vital importancia para que la sociedad en la que nos hallamos pueda avanzar y mejorar, pudiendo estas personas adoptar una posición de igualdad, en la que no encuentren ninguna traba, perjuicio ni prejuicio que les impida sentirse parte, al igual que lo son las personas que no tienen ninguna discapacidad.

Empero, estimo oportuno hacer hincapié en el hecho de que la interpretación que se venía haciendo del interés superior de la persona en particular no siempre se hacía desde un pedestal paternalista, sino pensando precisamente en el beneficio de dicha persona, y teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Para ejemplificar esta idea, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2017, que señala la necesidad de que se ponderen muchos factores a la hora de determinar qué es lo que resulta acorde al interés superior de la persona mayor con discapacidad. Entre esos factores, el Tribunal Supremo menciona el estado y grado de su estado físico, mental, intelectual o sensorial; la correcta evaluación del mismo, etc., y adoptando una postura de respeto a su derecho a formar su voluntad, siempre que sea ello posible. Es decir, ya incluso antes de la reforma, en la doctrina del Tribunal Supremo, se hacía hincapié en la necesidad de tener en cuenta la voluntad de la persona involucrada, porque ello es una manifestación del respeto a esa dignidad inherente de las personas y una muestra, sin ir más lejos, de humanidad⁷⁸.

Por ello, he de romper una lanza a favor del sistema previo, debido a que, si bien es innegable que muchas decisiones eran tomadas sin tener en cuenta la opinión de la persona afectada, otras muchas se tomaban buscando el interés de la persona, pero también desde una postura de empatía y escucha activa hacia la misma.

Sin embargo, a pesar de que verdaderamente considero que el sistema tradicional había de ser objeto de revisión activa por parte del legislador y del conjunto de los operadores jurídicos para poder adecuarse a las nuevas realidades que cambian con asiduidad, también es cierto que la nueva reforma peca en muchos aspectos.

La seguridad jurídica, consagrada constitucionalmente en el art. 9.3, es un elemento clave de nuestro sistema, que hace que los operadores puedan actuar tranquilos

⁷⁸DE SALAS MURILLO, S., MAYOR DEL HOYO, M.V (directoras). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 134-170.

en la cotidianidad del tráfico jurídico. Conocer la dimensión y magnitud de las consecuencias que se derivan de nuestras actuaciones es fundamental, pero la nueva reforma no contribuye a conseguir este objetivo que tanto había costado alcanzar.

La interpretación de una voluntad que no está clara, la falta de capacidad natural que caracteriza a ciertas personas con discapacidad (aunque no a la totalidad de las mismas, he de añadir), así como una asistencia técnica que puede pecar de negligente (o la falta de asistencia en general por no disponer de los recursos suficientes), unido a otros factores que ya han sido objeto de previo análisis, contribuyen a generar una situación en la que la inseguridad jurídica va a aparecer inevitable. A la inseguridad jurídica creada por los elementos anteriores, hay que sumar el cambio radical que se produce en cuanto a las funciones del Juez, debido a que el mismo no podrá ejercer sus funciones de control si así se deriva de la voluntad de la persona con discapacidad, debiendo la autoridad judicial respetar la autonomía de la persona en todo momento, incluso en aquellos casos en los que el perjuicio hacia la misma sea más que palpable.

En resumidas cuentas, es cierto que el régimen había de revisarse, pero el nuevo sistema que se nos presenta contiene enormes deficiencias que han de tomarse en cuenta, precisamente porque un sistema que venía a solucionar no puede aportar más problemas que los que ya existían en el pasado.

Para concluir, creo que es necesario hacer hincapié en la idea de que aceptar que existen personas con capacidades diferentes no está ligado intrínsecamente con el cuestionamiento de su dignidad en absoluto, por cuanto es un dato objetivo que muchas personas carecen de autogobierno, pero ello no implica que las mismas hayan de ser cuestionadas en cuanto a su dignidad, porque sí la tienen, sin duda alguna, por su condición de personas.

Para concluir el presente trabajo, esta reforma, una vez habiéndola analizado, es un paso adelante en la lucha contra la discriminación que siguen sufriendo, desafortunadamente, las personas con discapacidad, pero ha de revisarse en algunas cuestiones, las cuales han sido señaladas, para evitar esas situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica que tan malos estragos hace pasar al conjunto de los operadores jurídicos en sus actuaciones dentro del tráfico jurídico cotidiano.

- **BIBLIOGRAFÍA**

- I. Referencias bibliográficas.**

- **Libros y manuales.**

O'CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 (parte general)*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, julio de 2020, p.343.

DE SALAS MURILLO, S., MAYOR DEL HOYO, M.V (directoras). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p.

TRESSERRAS, J., SUNYER FUTUMAD, M., FERNÁNDEZ, P.M., DE BARRÓN, M., DE LA LLAVE, C., GONZÁLEZ, M., YEPES, I. *Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España Servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica*. Editorial Asociación Española de Fundaciones Tutelares, Madrid, 2020, p. 53-58.

DE ARAOZ, I. *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo*. Editorial Plena inclusión España. Cuadernos de buenas prácticas, Madrid, 2018 p. 12-32.

GORBEÑA, V.J., LÁZARO FERNÁNDEZ, Y. *El derecho al ocio de las personas con discapacidad. Análisis internacional, estatal y autonómica del País Vasco*. Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, p. 32-44.

CAYO PÉREZ BUENO, L. *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*, Editorial CERMI, Madrid, 2010, p. 73.

FÁBREGA RUIZ, C.F. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 52.

O'CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 4 (Derecho de familia)*. Editorial

EDERSA, Madrid, julio de 2004, p. 219.

▪ **Revistas.**

ECHEVARRÍA DE RADA, T. “Reflexiones en torno al alcance de la declaración de prodigalidad en el ámbito personal y patrimonial”, *Revista de Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1817, 1998, p.561- 593.

M.T. VICENTE HERRERO, M.J. TERRADILLOS GARCÍA, L.M. CAPDEVILA GARCÍA, M.V. RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, E. AGUILAR JIMÉNEZ, y A.A. LÓPEZ GONZÁLEZ, “Minusvalía, discapacidad e incapacidad. Una revisión desde la legislación española”, *SEMERGEN*, núm. 8, octubre de 2010, p. 457-462.

SANTOS URBANEJA, F. “Fundaciones tutelares públicas”. *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. 5, 2002, p. 911-958.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela”, *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 9, 2008, p. 32-141.

GARCÍA-VÁSQUEZ, E. “La discriminación por discapacidad como tema emergente en el contexto de los movimientos sociales contemporáneos”, *Revista Facultad de Medicina*, vol. 63, julio de 2015, p. 160.

ELOY GASPAR, J. “Participación social y personas con discapacidad psíquica”, *Revista de Educación Social*, núm. 3, 2005, p. 15.

PAU, A. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, p. 6-13.

PETIT SÁNCHEZ, M. “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm.5, octubre-diciembre, 2020, p. 289- 295.

ALBA FERRÉ, E. “La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo”, *Revista. Boliv. De Derecho*, Vol. 30, 2020, p. 168- 172.

GARCÍA RUBIO, M.P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 32-58.

PEREÑA VICENTE, M. “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, julio septiembre, 2018, p. 66-83.

MUNAR BERNAT, P. “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 128- 135.

PAGANO, L. M. “El rol de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción de la capacidad”, *Revista de Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2016, p. 2-14.

LORDA, P.S, RODRÍGUEZ SALVADOR, J.J, MARTÍNEZ MAROTO, A., LÓPEZ PISA, R.M, y JÚDEZ GUTIÉRREZ, J., “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones”, *Bioética para clínicos*, vol. 117, núm. 11, 2001, p. 419- 425.

PICATOSTE BOBILLO, J. “La incapacitación: el marco jurídico”, *Revista de la Asociación Gallega de Psiquiatría*, núm. 8, 2006, p. 30-36.

CUENCA GÓMEZ, P. “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 38, diciembre, 2018, p. 82-101.

▪ Conferencias.

RAMIRO COLLAR, P. (noviembre de 2010). *Mujer y discapacidad: doble discriminación*. [Presentación de la ponencia]. Conferencia en la Institución del Defensor del Pueblo Vasco, País Vasco.

GEVA LÓPEZ, E. (2011). *XII Congreso Internacional de Teoría de la Educación*. [Presentación de ponencia]. Congreso en la Universidad de Barcelona, Barcelona.

▪ **Tesis doctorales.**

DURÁN, E. *La autodelación de la tutela* (2003). Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, p. 129-147.

II. Referencias normativas.

Carta de las Naciones Unidas, de Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.

Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961.

Declaración de los Minusválidos, de la Organización de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1975.

Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, ratificada por España en 1990.

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2017.

Constitución Española, de 1978.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

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

Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Decreto de 2 de junio de 1944 que aprueba el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

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.

III. Referencias jurisprudenciales.

STS, de 14 de febrero de 2006, N.º de Resolución 2397/1999 (*N.º. de Recurso 96/2006*).

STS, de 13 de mayo de 2015, N.º. de Resolución 244/2015 (*N.º. de Recurso 846/2014*).

STS, de 3 de junio de 2016, N.º de Resolución 373/2016 (*N.º. de Recurso 2367/2015*).

STS, de 16 de mayo de 2017, N.º de Resolución 298/2017 (*N.º. de Recurso 2759/2016*).

STS de 10 de enero de 2018, N.º de Resolución 2/2018 (*N.º. de Recurso 2111/2015*).