



ReICAZ
Real e Ilustre Colegio de
Abogados de Zaragoza



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen con el objeto de analizar la reforma de la ley
en relación con las personas con discapacidad

Autora

Paula Lasauca Heredia

Director

Javier Martínez Calvo

Máster de Abogacía

Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y Universidad de Zaragoza

2024

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS	4
II. INTRODUCCIÓN	5
2.1. ELECCIÓN DEL TEMA	5
2.2. METODOLOGÍA UTILIZADA	6
2.3. NORMATIVA APLICABLE	6
III. ANTECEDENTES DE HECHO	9
IV. CONSULTA JURÍDICA	10
V. FUNDAMENTO TEÓRICOS	11
5.1. NUEVO SISTEMA DE REGULARIZACIÓN DE LA CAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMÚN	11
5.1.1. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS	14
5.1.2. CAMBIO DE PROCEDIMIENTO	16
5.1.2.1. Procedimiento anterior	16
5.1.2.2. Procedimiento actual	17
5.1.3. SUPRESIÓN DE LA TUTELA Y EXTENSIÓN DE LA CURATELA	20
5.1.4. PREVALENCIA DE LAS MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA	22
5.1.4.1. Autocuratela	24
5.1.4.2. Poderes con cláusula de subsistencia y poderes preventivos	25

5.1.5. OTRAS MEDIDAS DE APOYO PREVISTAS EN LA NUEVA NORMA	26
5.1.5.1. Guarda de hecho	27
5.1.5.2. Defensor judicial	29
5.1.6. ¿QUÉ SUCEDE CON LAS MEDIDAS ADOPTADAS CONFORME LA LEY ANTERIOR?	30
5.1.7. UNA CUESTIÓN DISCUTIDA: ¿PREVALECE LA VOLUNTAD O EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD?	31
5.2. ¿QUÉ OCURRE EN DERECHO FORAL ARAGONÉS?	36
VI. ESTRATEGÍA PROCESAL	40
6.1. DEMANDA	40
6.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA	41
6.3. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO	42
6.3.1. MEDIDAS CAUTELARES: EN ESPECIAL, EL POSIBLE INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO	42
VII. CONCLUSIONES	46
VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	52
IX. JURISPRUDENCIA	57

I. ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
CC	Código Civil
CDFA	Código de Derecho Foral Aragonés
Núm.	Número
D./Dña.	Don/Doña

II. INTRODUCCIÓN

2.1. ELECCIÓN DEL TEMA

La elección del tema del presente Trabajo de Fin de Máster se debe a dos razones principales: por un lado, mi experiencia en las prácticas del Máster me ha permitido conocer de primera mano cómo prestar protección a las personas con discapacidad, puesto que, en el despacho en el que las he realizado, llevaban una gran cantidad de este tipo de asuntos; y, por otro lado, me resulta interesante estudiar y abordar la reforma de la ley que regula las medidas para personas con discapacidad.

Tal y como se explicará a lo largo del trabajo, el eje fundamental sobre el que versa la reforma es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -firmada en Nueva York el día 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España en 23 de noviembre de 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 de abril de 2008-, la cual rompe con el planteamiento teórico que se tenía hasta entonces, formando parte del proceso de humanización legislativa que han experimentado los legisladores supranacionales, europeos y nacionales: obliga a los Estados partes a reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna, lo que les obliga a los mismos a prohibir cualquier discriminación por motivos de discapacidad y, asimismo, a garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo¹.

Concretamente, la elección de este caso se debe a que es un caso real que entró en el despacho donde realicé las prácticas y pude seguirlo en primera persona y, porque a mi parecer, es un buen ejemplo para estudiar todas las facetas del cambio legislativo adoptado en nuestro país relativo a la protección de las personas con discapacidad.

¹ Lo mencionado se encuentra recogido en el Art. 5 de la Convención de Nueva York, que reconoce la igualdad y la no discriminación; esto mismo, se relaciona con el Art. 12 del mismo cuerpo legal, que reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, de forma que se garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica (requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona).

2.2. METODOLOGÍA UTILIZADA

El presente trabajo está elaborado en forma de Dictamen, y consiste en un análisis previo del caso cuya finalidad trata de explicar al cliente las posibles opciones de cómo puede desarrollarse el mismo y resolver cualquier cuestión que se pueda plantear, partiendo de una reunión con nuestro cliente donde nos expone la situación en la que se encuentra.

Para comenzar, se examina de forma teórica la cuestión objeto de dictamen, haciendo referencia a la reforma de la ley en relación con las personas con discapacidad. Para hacer un estudio profundo y entender la materia de forma más completa, me he apoyado en la lectura bibliográfica de diversos autores, en el análisis de jurisprudencia y en comentarios de otros documentos relevantes.

A continuación, se expone la estrategia procesal seguida en defensa de mi cliente, empezando desde la interposición a la demanda, pasando por la contestación a la misma y finalizando con su posterior desarrollo judicial.

Por último, y destacando lo aprendido en las prácticas del Máster que realicé, trato de aplicar los fundamentos teóricos al presente caso, con la intención de dar la mejor solución a las cuestiones planteadas por mi cliente.

2.3. NORMATIVA APLICABLE

Como no podía ser de otra manera, ha de comenzarse haciendo referencia a la **Constitución Española**, cuyo artículo 49² contiene un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración del colectivo de personas con discapacidad a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución Española. Respecto al mencionado precepto, cabe traer a colación el artículo 10 del mismo cuerpo legal, referido a los derechos de la persona y, concretamente, a la dignidad

² Hace apenas unos días, dicho artículo ha sido objeto de reforma para adaptar la terminología a la nueva filosofía en materia de discapacidad, sustituyendo la expresión disminuido por personas con discapacidad.

de la persona como valor inherente a la misma, debiendo permanecer inalterada pese a cualquier situación en la que la persona se encuentre, ya que constituye un mínimo invulnerable que todo Estado de Derecho debe asegurar.

El siguiente documento en el que quiero detenerme es la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** (en adelante, Convención de Nueva York), hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo principal propósito, tal y como expresa en su artículo 1, es el de promover, proteger y asegurar el goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. A través de este documento, de obligado cumplimiento, los Estados firmantes, se comprometen a integrar a las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida de la comunidad, con la incorporación de las estrategias necesarias para su eficaz cometido.

Podríamos decir que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 es la causa de la existencia de este trabajo, si bien la misma ha sido el motor que ha propulsado -entre otras cosas- la adopción de la **Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica** (en adelante, Ley 8/2021), siendo esta el eje fundamental del presente trabajo.

La Ley 8/2021 es la continuación y la culminación de un largo proceso de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a las normas dictadas en la Convención de Nueva York. Está formada por ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, destinados a modificar diversas leyes de nuestro ordenamiento jurídico, en especial: **el Código Civil**, la **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil** (en adelante, Ley de Enjuiciamiento Civil) y la **Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria** (en adelante, Ley de Jurisdicción Voluntaria).

La reforma del Código Civil es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con

discapacidad. Destacan los Títulos IX, X y XI del Libro Primero del Código Civil. No obstante, como sabemos, algunas Comunidades Autónomas cuentan con Derecho civil propio, en virtud de lo dispuesto en el Art. 149.1.8 CE; entre ellas Aragón, que aborda esta materia en el Título I Capítulo II del **Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas**³.

Dentro de la modificación llevada a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe hacer mención al Capítulo II del Título I del Libro IV, referido a los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

Por último, no hay que dejar de mencionar la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la cual fue reformada por la Ley 8/2021, que introdujo un nuevo Capítulo III bis relativo al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, donde se explica todo lo relacionado con el nuevo procedimiento para llevar a cabo la adopción de medidas judiciales de apoyo.

³ Actualmente se está tramitando un Proyecto de Ley que pretende modificar el sistema aragonés de protección de las personas con discapacidad para adaptarlo a la Convención.

Para dejar constancia de la situación planteada y a la vista de la documentación aportada previamente por Dña. Carmen Sánchez Pérez, vengo a emitir el presente **DICTAMEN JURÍDICO**:

A requerimiento de Dña. Carmen Sánchez Pérez, con DNI 25.254.793-X, mayor de edad, con domicilio en C/Gran Vía nº47 Esc. 5 3º en Zaragoza (C.P.: 50.005), se da contestación, por la Letrada Dña. Paula Lasauca Heredia, a las diferentes consultas jurídicas que se suscitan, al objeto de emitir Dictamen, con los siguientes:

III. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dña. Sofía nació el 25 de enero de 1963 en Zaragoza -por lo que en la actualidad cuenta con 61 años- está soltera y no tiene hijos. Su familia más cercana es su hermana, Dña. Carmen, y la hija de esta, Patricia.

SEGUNDO.- Dña. Sofía ha vivido toda la vida en casa de sus padres junto a ellos, por lo que siempre ha estado atendida y cuidada por los mismos. No obstante, en el año 2019 falleció la madre y en el año 2021 el padre, por lo que, desde entonces, vive sola.

TERCERO.- En el año 1985, Dña. Sofía aprobó una oposición y comenzó a trabajar en el Hospital Provincial de Zaragoza. Pero, tal trabajo, le duró 15 años, dejando de trabajar por decisión propia y sin ningún motivo conocido en el año 2000.

Si bien, antes apenas tenía contacto social más allá de su trabajo, tras dejar el mismo, la situación se agravó, ya que cortó cualquier tipo de relación que tuviera en el exterior de su casa, puesto que desde entonces, al no salir de esta, no se relacionaba con nadie más que con sus padres y de forma muy ocasional con su hermana Dña. Carmen y su sobrina Patricia, a quienes muy rara vez respondía al teléfono y siempre negaba la entrada a la vivienda.

CUARTO.- Dado que Dña. Sofía desde pequeña ya venía presentado un comportamiento peculiar y debido a su negativa de acudir a ningún médico (puesto que, según

la misma, “no tiene ningún problema y todo se lo inventa Dña. Carmen”), en el año 2009, Dña. Carmen trató de instar la antigua declaración de incapacitación de su hermana Dña. Sofía. Como en ese momento Dña. Sofía estaba atendida perfectamente por sus padres, el procedimiento se cerró puesto que los mismos la “cubrieron”.

QUINTO.- Dña. Carmen está muy preocupada por su hermana, pues, tras el fallecimiento de sus padres, vive en condiciones desconocidas, no tiene ningún ingreso, presenta delirios -entre otros, afirma que sus padres no han fallecido, sino que eso es invención únicamente de su hermana Dña. Carmen, como todo-, no acude al médico desde hace más de 40 años y no tiene ningún tipo de contacto con el exterior.

IV. CONSULTA JURÍDICA

En base a los hechos anteriormente explicados, Dña. Carmen acude al Despacho de abogados en busca de información, ya que la misma es conocedora de que la legislación en materia de discapacidad se ha modificado desde que ella trató de promover la incapacitación de su hermana allá por el año 2009 y no sabe cómo abordar esta circunstancia. Para ello, expone una serie de dudas al respecto:

1. Tras la reforma, ¿qué diferencias hay entre el procedimiento anterior y el actual?
2. ¿Existen alternativas a las medidas judiciales de apoyo para la persona con discapacidad?
3. ¿Qué ocurre si su hermana se opone a la adopción de medidas de apoyo?
4. En vista de que los procedimientos judiciales suelen durar varios meses, ¿cabe aplicar alguna medida ante una situación tan extrema como la expuesta?
5. Siendo que en el Código de Derecho Foral Aragonés sigue existiendo la incapacitación, pero en la legislación estatal se ha suprimido, ¿qué se debe hacer si Dña. Sofía vive en Zaragoza?

V. FUNDAMENTO TEÓRICOS

5.1. NUEVO SISTEMA DE REGULARIZACIÓN DE LA CAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMÚN

La reforma del ordenamiento jurídico español es consecuencia de la ratificación de la Convención de Nueva York por nuestro país. España es uno de los Estados parte que reconoce a las personas con discapacidad la misma capacidad que al resto de personas en todos los aspectos de la vida, resultando obligado a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴.

El hecho de contar con una norma internacional de Derecho uniforme y vinculante se ha visto reflejado en diversas normas de Derecho español interno⁵. Concretamente, podemos diferenciar tres etapas dentro del proceso de adaptación de nuestro Derecho a tal norma⁶:

1. La reforma se inició con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷, la cual supuso la modificación de diecinueve leyes internas en cuestiones muy diversas. Asimismo, dentro de esta primera etapa, cabe mencionar el Real Decreto Legislativo

⁴ Art. 12 párrafo 3 Convención de Nueva York.

Tal y como se establece en los Apartados 16 y 17 de la Observación general N°1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo. se reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica, pero no especifica como debe ser ese “apoyo”, englobando dicho término una amplia diversidad de tipos e intensidades.

En este mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 2362/2009, de 29 de abril de 2009, afirmando que la discapacidad engloba situaciones muy diversas a las cuales no se les puede dar una respuesta única.

⁵ Conforme al artículo 96 de la Constitución Española, al formar parte del ordenamiento interno, se deben adaptar y modificar las diversas normas para hacer efectivo lo recogido en el tratado internacional.

⁶ Ruiz-Calderón, M. S., & Langelaan Osset, F. D. B. (2023). La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 15(2), 920-941. <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8084>

⁷ BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011. Referencia: BOE-A-2011-13241.

1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁸.

2. En la segunda etapa de la reforma encontramos la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁹.
3. En lo que podríamos denominar como tercera etapa, encontramos 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 jurídica¹⁰, que supone un hito fundamental en la adaptación de nuestro ordenamiento¹¹ a la Convención de Nueva York.

Gracias a la Convención de Nueva York se modifica lo que se ha venido entendiendo por discapacidad, acercando dicho termino a la dignidad de todas las personas, en cuanto a la necesidad de promover las condiciones adecuadas de accesibilidad para su plena participación en la vida de la comunidad¹². De esta forma, tal y como se indica en el apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2011, se impone el cambio de un sistema en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones; dicho con otras palabras, se pasa de un modelo de discapacidad médico o rehabilitador a un modelo de discapacidad social¹³, abandonando la visión de la persona con discapacidad como el objeto a tutelar y volcando todos los esfuerzos en priorizar la autonomía de la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, sin dejar de tener en cuenta su mejor interés.

⁸ Asimismo, cabe mencionar el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Referencia: BOE-A-2013-12632.

⁹ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-7391.

¹⁰ Publicada en el BOE, número 132, de 3 de junio de 2021.

¹¹ Concretamente, la Ley 8/2021 opera una reforma sobre ocho normas: Ley del Notariado, Código Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley del Registro Civil, Ley de la Jurisdicción Voluntaria y Código de Comercio.

¹² Sánchez Ballesteros, V. «*La discapacidad en España tras la reforma de la Ley 8/2021: las competencias de los estados como garantes de su eficaz inclusión*» p. 32.

¹³ Velarde Lizama, V. «*Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico*», Revista Empresa y Humanismo, vol. XV, núm. 1, 2012, p. 132.

El nuevo panorama normativo, fruto además de la nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, ha consolidado un sólido cuerpo jurisprudencial asentado en los principios derivados de la ratificación de la Convención de Nueva York, siendo estos los siguientes¹⁴:

- Principio de presunción de capacidad de las personas: se presume *iuris tantum* la capacidad para autogobernarse de toda persona, si no se demuestra lo contrario.
- Principio de flexibilidad: el sistema de protección no ha de ser rígido ni estándar, sino que las medidas de protección de la persona con discapacidad deberán adoptarse atendiendo a las necesidades concretas e individuales de cada caso.
- Principio de aplicación restrictiva: las medidas para las personas con discapacidad únicamente se adoptarán en caso de existir una verdadera necesidad de protección.
- Principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales: es importante hacer un inciso sobre que, el hecho de tener una discapacidad y que se hayan adoptado medidas de apoyo para la persona, no significa que cambie la titularidad de los derechos fundamentales; la titularidad no cambia, solo se determina su forma de ejercicio
- Principio del interés superior de la persona con discapacidad: la finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros.
- Principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad: se trata de una manifestación del derecho de autodeterminación, el cual exige para su realización la consulta a la persona. Se deberá asegurar que la voluntad manifestada no esté condicionada por la propia situación que justifica la necesidad de apoyos.
- Principio de fijación de apoyos: es el resultado del paso de un sistema de sustitución en la toma de decisiones a otro basado en el establecimiento de apoyos para que la persona pueda decidir. Se deben fijar apoyos y no sustituir la voluntad respetando los principios de *in dubio pro capacitas* y de intervención mínima.

La reforma gira entorno a que las personas con discapacidad puedan decidir libremente y se garantice la autonomía de la voluntad dando preferencia a los deseos de las mismas,

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 269/2021, de 6 de mayo. RJ 2021\2381. ARANZADI.

proporcionándoles para ello una serie de medidas de apoyo que, como regla general, no supongan sustitución sino asistencia a la persona.

Los cambios que encontramos entre el sistema anterior y el vigente son, especialmente, tres; la supresión del término incapacidad, la eliminación de la tutela como medida de protección, así como un cambio en el procedimiento de adoptar medidas para una persona con discapacidad.

5.1.1. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Como ya he apuntado *ab initio*, la Convención de Nueva York es un tratado internacional que protege los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo que tengan todos los derechos y libertades, sean respetadas como el resto de personas y participen plenamente en la sociedad. Concretamente, en su Art. 1 se dispone que el propósito de dicha Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

De acuerdo con la profesora López Azcona¹⁵, pese a que el cambio que se produce va mucho más allá de un mero cambio de terminología, una de las modificaciones sustanciales es que ya no se habla de “incapacidad” e “incapacitación”, sino de personas con discapacidad sujetas a medidas judiciales de apoyo. Si bien el simple uso de un nuevo término no es un cambio relevante, tampoco hay que pasarlo por alto, puesto que el mismo constituye prueba de que el sistema vigente trata de ser más respetuoso que el sistema anterior.

La Ley 8/2021 modificó por completo el Título IX del Código Civil, empezando por el propio nombre del Título (antes «*de la incapacitación*» y ahora «*de la tutela y de la guarda de los menores*») y terminando por el articulado recogido en el mismo. En el régimen jurídico anterior a la última reforma del Código Civil y, concretamente, en el que era su Art. 222 CC, se establecía que “*Estarán sujetos a tutela: 1º Los menores no emancipados que no estén bajo*

¹⁵ López Azcona, A. «*Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad*», trabajo realizado en el marco del Grupo S15_R20 de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés (2022), p. 1613.

la patria potestad. 2° Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. 3° Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. 4° Los menores que se hallen en situación de desamparo”. Por su parte, del actual régimen jurídico podemos destacar el Art. 200 CC, donde se aprecia como se suprime el término incapacitación en relación con las personas que sufren alguna discapacidad, estableciendo que los únicos sujetos sometidos a tutela son los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

Por tanto, tras comparar cómo en la legislación anterior se establecía como causa de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes -de carácter tanto físico como psíquico- que impidieran a una persona autogobernarse, y el cambio legislativo por el que actualmente se desprende que los únicos incapaces son aquellos menores de edad no emancipados, se dimana uno de los principios fundamentales de esta reforma: el respeto del derecho a la dignidad de las personas con discapacidad¹⁶.

En este mismo sentido, el vigente Art. 249 del Código Civil -que inicia el Título XI *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad*¹⁷- dispone que las medidas de apoyo se establecerán en favor de las personas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, teniendo como finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, debiendo estar las mismas inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, puesto que ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la denominada capacidad de obrar, sino desde uno positivo, en base a que se propugna la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad que les permite el ejercicio por sí mismas de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica¹⁸.

¹⁶ El Art. 3 de la Convención de Nueva York establece como uno de los principios generales de dicha Convención el respeto de la dignidad inherente de las personas.

¹⁷ El Título XI fue modificado por el artículo 2.23 de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

¹⁸ <https://idibe.org/tribuna/informe-la-aplicacion-la-ley-8-2021-2-junio-la-se-reforma-la-legislacion-civil-procesal-apoyo-las-personas-discapacidad-ejercicio-capacidad-juridic/>

Muy recientemente, la adaptación terminológica ha alcanzado también a nuestro texto constitucional, pues como anticipaba en la parte introductoria de este trabajo, se ha modificado el Art. 49 CE, suprimiendo la expresión disminuido y sustituyéndola por la de personas con discapacidad¹⁹.

5.1.2. CAMBIO DE PROCEDIMIENTO

Resulta conveniente analizar el procedimiento que se seguía para la declaración judicial de incapacitación de una persona y compararlo con el actual procedimiento de adopción de medidas judiciales para el apoyo de la persona con discapacidad.

5.1.2.1. Procedimiento anterior

Tradicionalmente se ha distinguido entre capacidad civil y capacidad de obrar²⁰: la primera consiste en la aptitud que toda persona tiene por el simple hecho de existir para ser sujeto de derechos y obligaciones, mientras que, la segunda refiere a la aptitud para celebrar actos y negocios jurídicos de forma válida y eficaz que tienen las personas que cumplen ciertos requisitos (como por ejemplo, alcanzar la mayoría de edad).

Con base en ello, el procedimiento anterior consistía en la incapacitación de una persona, entendiendo por tal la declaración judicial a través de la cual se priva de capacidad de obrar a dicha persona; es decir, todo el mundo tenía capacidad civil y capacidad de obrar, pero, al incapacitar a una persona, esta perdía su capacidad de obrar.

¹⁹ https://www.elconfidencial.com/espana/2024-01-16/reforma-constitucion-expres-articulo-49-psoe-pp-aparcan-desconfianza_3811543/

²⁰ La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, además de ser aceptada de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, ha sido defendida por diferentes juristas, entre ellos José Jamón de Verda y Beamonte. Este Catedrático de Derecho Civil, en su artículo «*Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad*» publicado en Diario La Ley, nº 10021 (2022), plantea la duda respecto a si resulta realmente conveniente abandonar tal distinción de tales conceptos, puesto que de igual manera seguirá siendo necesario distinguir entre la capacidad jurídica y su ejercicio en relación con la anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad sin la intervención del curador (cuando así se requiera); en definitiva, lo que defiende es que terminar con la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar no parece lo más recomendable, puesto que son conceptos con perfiles claros y precisos y que, en definitiva, va a existir una diferencia entre capacidad jurídica y el ejercicio de la misma, la cual va a referirse a lo mismo pero dicho con otras palabras.

El inicio del procedimiento tenía lugar a través de la interposición de una demanda, ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que residiera la persona presuntamente incapaz, interpuesta por el cónyuge o por quien se encontrara en una situación de hecho asimilable, los ascendientes, descendientes o hermanos, Ministerio Fiscal o incluso por la propia persona con discapacidad. En esta, se ponía en conocimiento del Juez la existencia de la presunta falta de capacidad de una persona, adjuntando documentos que acreditaran la necesidad de adoptar medidas para su protección.

A partir de ahí, se abría un procedimiento de juicio verbal especial sobre capacidad, regulado por lo dispuesto en la anterior redacción del Código Civil.

5.1.2.2. Procedimiento actual

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, desde algunos sectores se ha puesto en cuestión la tradicional distinción entre capacidad civil y capacidad de obrar. Si bien es cierto que, en ningún momento, la mencionada ley ha rechazado la distinción entre los dos tipos de capacidades, distinción la cual goza de carácter doctrinal; quien si la ha rechazado ha sido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones generales de 19 de mayo de 2014.

A partir de ello, lo que se pretende es unificar la capacidad civil y la capacidad de obrar, estableciendo que todas las personas con discapacidad tienen capacidad de obrar y que simplemente hay que prestarles apoyo, adoptando una serie de medidas según la capacidad de cada persona.

La Convención de Nueva York supone el paso del modelo de sustitución en la toma de decisiones al modelo de apoyo en la toma de decisiones²¹. Para llevar a cabo tal apoyo, el Art. 249.1 CC -en la redacción en vigor desde el 3 de septiembre de 2021- establece que *“las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de*

²¹ Barranco, M. C., Cuenca P. y Ramiro, M. A. «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad», Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, núm. 5, (2012) p. 603.

igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”. Para ello, la legislación española regula un especial y amplio marco graduable y abierto de posibilidades en función de las circunstancias y necesidades precisas para la mejor toma de decisiones a favor de la persona con discapacidad, tratando de hacer “un traje a medida”²².

La Ley 8/2021 ha reflejado la clara posición del legislador, al otorgar una relevancia fundamental a la jurisdicción voluntaria, dando preferencia a dicho procedimiento y atribuyendo carácter subsidiario o supletorio al procedimiento contencioso contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, el procedimiento se inicia de la misma manera y por las mismas personas que el anterior; la diferencia radica en que ya no estamos ante “un juicio especial sobre capacidad regulado en lo dispuesto por el Código Civil”, sino que encontramos un procedimiento de solicitud de medidas judiciales de apoyo para personas con discapacidad regulado en el Capítulo III bis²³ del Título II Ley de Jurisdicción Voluntaria, concretamente en el Art. 42 bis a). No obstante, cuando el expediente de jurisdicción voluntaria no pueda resolverse²⁴ o en caso de que exista oposición, bien por la propia persona con discapacidad, por cualquier otro interesado o por el Ministerio Fiscal, tal expediente de jurisdicción voluntaria se cerrará, dando paso a la posibilidad de interponer la correspondiente demanda contenciosa de adopción de medidas de apoyo²⁵.

En otras palabras, lo que ha hecho el legislador es establecer una configuración escalonada de los procesos relativos a las personas con discapacidad, asignando diversas modalidades

²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 341/2014, de 1 de julio. RJ RJ 2014/4518. ARANZADI.

²³ Dicho capítulo se añadió por el Art. 7.3 Ley 8/2021.

²⁴ Según López Jiménez, la doctrina entiende que esta causa podría ir referida tal vez a los casos en los que el expediente de jurisdicción voluntaria haya finalizado por la estimación de alguna cuestión procesal planteada en la comparecencia o incluso porque el propio auto del expediente de jurisdicción voluntaria desestime la solicitud de medidas judiciales de apoyo sin necesidad de que exista oposición. López Jiménez, R. (2022) «*La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso*», pp. 580-604.

²⁵ Arts. 756 y siguientes LEC.

procedimentales para la adopción de medidas judiciales de apoyo, las cuales se pondrán en marcha de forma sucesiva²⁶. La razón se encuentra en que el auto firme del expediente de jurisdicción voluntaria no tiene efecto de cosa juzgada material, por lo que posibilita la opción de promover un proceso contencioso conforme lo dispuesto en la LEC.

Damián Moreno²⁷ indica que, tal dualidad, evoca las dos fases en las que se componía el antiguo procedimiento. Como señala el citado autor, la misma ha sido valorada de forma muy desigual: algunos autores creen que es la manera más acertada de afrontar este tipo de circunstancias, ya que no se obliga a los interesados a tener que acudir desde un primer momento a la vía jurisdiccional, que quedaría configurada como el último recurso, al que habría que acudir si hubieran fracasado todas las posibilidades que la ley ofrece para lograr este objetivo; mientras que otros autores han cuestionado esta forma de proceder, pues entienden que no existe motivo suficiente para provocar el cambio en la naturaleza del expediente hasta el punto de tener que transformarlo en contencioso.

El procedimiento contencioso es un procedimiento especial contemplado en la LEC, por lo que se tramitará por la vía del juicio verbal. Comenzará con una demanda presentada ante el Juez que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria (salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie de lugar de residencia, pues entonces será competente el juzgado de primera instancia del lugar en que esta resida)²⁸, bien por el Ministerio Fiscal, por la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o pareja de hecho que conviva con aquella, o bien, los ascendientes, descendientes o hermanos de la persona con discapacidad.

²⁶ López Simó, F. *El nuevo proceso contencioso de adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad*, en: «Reformas Legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor» (coord. Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanderrell, M.P., Egusquiza Balmaseda, M.A. López Simó, F.), Dykinson, 2022, p. 1568.

²⁷ Damián Moreno, J. «La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal» Estudios Monográficos, ADC, tomo LXXV, 2022, fasc. II (abril-junio), p. 405.

²⁸ Art. 756.2 LEC.

El Juez se entrevistará personalmente con la persona con discapacidad, dará audiencia a los sujetos citados anteriormente y recogerá dictamen pericial y demás informes que estime convenientes de los profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario²⁹. Una vez recabadas estas pruebas preceptivas, dictará Sentencia acordando las medidas de apoyo que considere necesarias y proporcionales a las circunstancias de la persona con discapacidad, pudiendo considerar igualmente lo que la persona con discapacidad haya podido manifestar.

En definitiva, podríamos sintetizar que, de la Ley 8/2021 se puede extraer una clara apuesta tomada por el legislador estatal por acomodar el nuevo proceso al concepto de discapacidad que promueve la Convención de Nueva York, así como a sus principios rectores (en especial, el de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad), imponiendo un cambio de mentalidad entre los operadores jurídicos a la hora de proceder a su aplicación, de forma que la medida concreta adoptada sea proporcionada y responda a las necesidades reales de apoyo de la persona con discapacidad, alejándose de cualquier generalización o tratamiento uniforme³⁰.

5.1.3. SUPRESIÓN DE LA TUTELA Y EXTENSIÓN DE LA CURATELA

Antes de la reforma, cuando se incapacitaba a una persona, se le nombraba un tutor o un curador: la persona sujeta a tutela se veía privada, con carácter general, de su capacidad de obrar, y, por ello, necesitaba una persona que le representara (tutor), mientras que, el sometido a curatela era capaz pero requería de un tipo de complemento de capacidad.

Con la Ley 8/2021 se ha suprimido la tutela, que ha quedado sustituida por las llamadas medidas de apoyo, las cuales se configuran como un conjunto de instrumentos que complementan y refuerzan la accesibilidad de las personas con discapacidad, fomentando su libertad y autodeterminación en el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad³¹. Concretamente, la fijación de apoyos a las personas con discapacidad incluye: medidas

²⁹ Art. 759 LEC.

³⁰ López Azcona, A. «*Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad*», trabajo realizado en el marco del Grupo S15_R20 de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés (2022), p. 1613.

³¹ Sánchez Ballesteros, V. «*La discapacidad en España tras la reforma de la Ley 8/2021: las competencias de los estados como garantes de su eficaz inclusión*» pp. 76-77.

voluntarias de apoyo (Art. 254 CC), guarda de hecho (Art. 263 CC), curatela (Art. 268 CC) y defensor judicial (Art. 295 CC).

Con carácter general, cuando sea necesario establecer medidas judiciales de apoyo, se adoptará una curatela, que se ha convertido en la medida estrella del nuevo sistema; por lo que ya no se nombrará a un tutor que actúe en nombre de la persona con discapacidad, sino a un curador que complemente su capacidad, apoyándole en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con su propia voluntad y preferencias³². De esta manera, se ha pasado de un sistema caracterizado por la sustitución en la toma de las decisiones a uno basado en la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, que, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones³³.

La curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial, aunque eso no significa que no puedan atribuirse al curador funciones representativas en los casos en los que sea preciso y de manera excepcional³⁴. Ello nos lleva a que, dentro la curatela, podemos diferenciar dos tipos, siendo el órgano judicial quien elija entre uno u otro en función de las áreas de la vida y el grado en las que la persona con discapacidad requiera de apoyo:

- Curatela asistencial: es la regla general, y se establece para aquellas personas que simplemente necesitan ser acompañadas o asistidas.
- Curatela representativa: tiene carácter excepcional y se establece para aquellas personas que necesitan de apoyos tanto en el ámbito asistencial como representativo. Tiene como objeto complementar la capacidad obrar (o ejercicio de la capacidad jurídica, de acuerdo a

³² <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>

³³ Martínez Calvo, J. «Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura» Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 30.

³⁴ Así se dispone en el Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: “La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela – cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas”.

la nueva terminología) de aquellas personas que no pueden ejercitarla, puesto que, por sus características o circunstancias no pueden expresar o manifestar su voluntad y necesitan de la representación de un tercero. Podríamos decir que la curatela representativa es la figura más parecida a la tutela, ya que supone el mayor grado de apoyo que se puede prestar a una persona que no puede ejercer su capacidad jurídica.

Resulta fundamental determinar la extensión de la curatela, precisando los actos para los que se requiere la intervención del curador y diferenciando entre las funciones asistenciales y representativas, expresando en estas los concretos actos en los que el curador ha de prestar apoyo a la persona con discapacidad³⁵.

En consonancia con lo dicho, la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

Se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada³⁶, figuras que el legislador ha considerado demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera.

5.1.4. PREVALENCIA DE LAS MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién quiere que le preste apoyo y el modo en el que lo

³⁵ Auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) núm. 40/2023, de 5 de abril (JUR 2023\326120). ARANZADI.

³⁶ Según la redacción anterior del Art. 171 CC, la patria potestad quedaba prorrogada cuando los hijos menores de edad que hubieran sido incapacitados llegaran a la mayoría de edad; mientras que, la patria potestad rehabilitada tenía lugar cuando se incapacitara al hijo mayor de edad soltero que viviera en compañía de sus progenitores.

ejercerá. Como se ha mencionado anteriormente, uno de los principios inspiradores de la reforma de la Ley es atender a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, por lo que, tal y como se dispone además en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, se otorgará preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria³⁷, de forma que las medidas judiciales tienen un claro carácter subsidiario³⁸.

En línea con el principio inspirador mencionado, cabe añadir que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias³⁹.

El hecho de que las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria recaigan exclusivamente en la voluntad de la persona, conlleva el reconocimiento de su carácter atípico, dejando al arbitrio de la persona interesada tanto la determinación del apoyo como su alcance⁴⁰.

Fundamentalmente, las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son la autocuratela (arts. 271 a 274 CC), y los poderes y mandatos preventivos, que pueden ser de dos tipos: los poderes con cláusula de subsistencia (art. 256 CC) y los poderes preventivos en sentido estricto (art. 257 CC).

Si bien es cierto que tales medidas ya estaban previstas en nuestro ordenamiento, pues con la Ley 41/2003⁴¹ se introdujo la autotutela (sustituida ahora por la autocuratela) y la posibilidad de otorgar poderes preventivos; sin embargo, ha sido la Ley 8/2021 la que ha apostado por

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 589/2021, de 8 de septiembre RJ 2021\4002. ARANZADI.

³⁸ Art. 249.1 CC: (...) Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

³⁹ Art. 268 CC.

⁴⁰ Prados García, C. «*El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*» Dykinson, 2023, p. 97.

⁴¹ 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. BOE núm. 277, de 19/11/2003.

este tipo de medidas, dotándoles de una regulación más completa y otorgándoles ese carácter prevalente sobre las medidas de origen legal⁴².

5.1.4.1. Autocuratela

La posibilidad legal de nombrar curador es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad de la persona, reconocidos por el art. 10 CE⁴³. Dicha posibilidad recogida en el Código Civil, faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para configurar el contenido de una posible curatela en caso de que la misma padezca una eventual situación de discapacidad, pudiendo establecer reglas para su funcionamiento y designar a la persona que quiere que ejerza la función de curador o, por el contrario, excluir a alguna o algunas personas del ejercicio del mencionado cargo⁴⁴.

La formulación de una propuesta de autocuratela constituye un negocio jurídico *inter vivos* dentro del derecho de familia, de carácter unilateral y personalísimo, solemne y revocable. Sin embargo, la ley prevé la posibilidad de delegar al cónyuge u otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada⁴⁵.

Si bien es cierto que la regla general es que la autocuratela vincula al Juez al proceder al nombramiento de curador, este puede prescindir de dicha designación mediante resolución motivada, por razones graves desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación⁴⁶.

⁴² Martínez Calvo, J. «Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura» Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 37.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 734/2021, de 2 de noviembre (RJ 2021\4958). ARANZADI.

⁴⁴ Sánchez Ballesteros, V. «La discapacidad en España tras la reforma de la Ley 8/2021: las competencias de los estados como garantes de su eficaz inclusión» p. 81.

⁴⁵ Art. 274 CC.

⁴⁶ Art. 272 CC.

Asimismo, debe darse una serie de presupuestos para que se pueda adoptar la autocuratela⁴⁷:

1. En primer lugar, debe existir una declaración de voluntad en la que una persona mayor de edad o menor emancipado proponga el régimen de autocuratela, siendo tal declaración un acto *ad solemnitatem* y de carácter personalísimo, pues la escritura pública constituye un requisito de validez de la declaración emitida por el interesado y no es posible delegar en un tercero la facultad de proponer el régimen de autocuratela.
2. En segundo lugar, es imprescindible que exista el supuesto de hecho para el que ha sido prevista tal medida, es decir, el beneficiario debe tener una necesidad de apoyo continuado en el ejercicio de su capacidad jurídica, ya que, en caso contrario, la autocuratela no se hará efectiva.
3. Por último, hay que mencionar que la autocuratela es una propuesta dirigida al Juez para que constituya la curatela de acuerdo a la voluntad manifestada por la persona interesada, por lo que, encontramos un presupuesto de establecimiento judicial, dado que la autocuratela no resultará eficaz hasta el momento en el que sea judicialmente establecida.

5.1.4.2. Poderes con cláusula de subsistencia y poderes preventivos

Según el Código Civil, existen poderes que pueden ser de diversos tipos: para comprar, vender, aceptar una herencia... e incluso poderes generales que contengan todas las facultades de contenido patrimonial que pueden ser objeto de delegación. Sin embargo, todos los poderes reflejan una misma manifestación, y es que demuestra la confianza que se tiene en el apoderado.

Como he adelantado más arriba, encontramos dos tipos de poderes:

- Por un lado, el poder con cláusula de subsistencia, por el cual el poderdante incluye una cláusula que acuerda la vigencia de dicho poder, pese a que en un futuro requiera del establecimiento de medidas de apoyo. Es decir, en un momento dado una persona otorga un poder en favor de otra y en dicho poder incluye que el mismo persistirá aunque el otorgante necesite apoyo para el ejercicio de su capacidad.

⁴⁷ Martínez Calvo, J. «Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura» pp. 47-57.

- Y por otro lado, el poder preventivo es a través del cual el poderdante otorga poder para que surja efecto solo en el supuesto de que en el futuro precise de apoyo para el ejercicio de su capacidad, es decir, dicho poder no tendrá efecto alguno si el poderdante no requiere de dicho apoyo para su capacidad en ningún momento de su vida.

En cuanto a los presupuestos para que los poderes o mandatos surjan efecto, encontramos ciertas semejanzas con la autotutela, como por ejemplo que la declaración de voluntad otorgando poderes debe hacerlo una persona mayor de edad o menor emancipada, es un acto *ad solemnitatem* y personalísimo y debe existir una necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica; por el contrario, también encontramos diferencias, pues los poderes o mandatos se mantienen en el ámbito privado y despliegan todos sus efectos sin que sea necesaria ninguna actuación judicial⁴⁸.

Aunque se constituyan otras medidas de apoyo en favor del poderdante, los poderes mencionados mantendrán su vigencia. En el caso de que se hubieran otorgado a favor del cónyuge o pareja de hecho del poderdante y cese la convivencia, se producirá la extinción automática, salvo que medie disposición contraria del otorgante o que dicho cese sea por el internamiento del mismo. Asimismo, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de medidas de apoyo o si hubiera curador, podrán solicitar la extinción de los poderes previstos por las mismas causas existentes para la remoción del curador⁴⁹.

5.1.5. OTRAS MEDIDAS DE APOYO PREVISTAS EN LA NUEVA NORMA

En este apartado explicaré las otras dos medidas de apoyo que pueden adoptarse para la protección de las personas con discapacidad (junto a la tutela y las medidas voluntarias, a las que acabo de referirme).

⁴⁸ Martínez Calvo, J. «Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura» pp. 73-80.

⁴⁹ Art. 258 CC.

5.1.5.1. Guarda de hecho

Tradicionalmente, la guarda de hecho ha sido entendida como una situación fáctica y de carácter provisional; sin embargo, la Ley 8/2021 ha reforzado esta figura, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo⁵⁰.

Analizando el Art. 264 CC⁵¹, puede parecer contradictorio que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea en la obligación de instar un expediente de jurisdicción voluntaria para poder realizar actuaciones representativas; tal circunstancia la podríamos definir como “la *judicialización de la desjudicialización*”⁵², pues estamos ante una figura que no requiere por ley ninguna forma específica para constituirla o acreditarla, pero sí que se exige la intervención judicial para llevar a cabo funciones de la propia figura.

A mi parecer, tal contradicción se podría solventar de dos formas: bien optando directamente por una medida judicial de apoyo, o bien acudiendo a otro medio de prueba, como podría ser un acta de notoriedad⁵³.

La jurisprudencia no es unánime en su opinión sobre la guarda de hecho, pues encontramos dos orientaciones diferentes:

1. Una gran parte de la jurisprudencia considera que, en virtud de lo dispuesto en el Art. 263 CC, siendo la guarda de hecho la medida de apoyo primordial, no procede el

⁵⁰ Exposición de Motivos de la Ley 8/2021.

⁵¹ Art. 264 primer y segundo párrafo CC: “*Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.*

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287”.

⁵² Grupo de investigación Personas y Familia, dirigido por José Ramón de Gerda y Beamonte (2023) «Informe sobre la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica».

⁵³ Art. 209 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

establecimiento de otra medida de apoyo, sino que habrá de continuarse con la guarda de hecho tal y como se venía haciendo, debiendo pedir el guardador la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional de que deba realizar algún acto representativo distinto de los previstos en el párrafo 3 del Art. 264 CC. En este sentido, encontramos, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) núm. 212/2022, de 21 de marzo⁵⁴, en la que el Juez resuelve atendiendo al mencionado artículo, alegando que, si la guarda de hecho se venía ejerciendo de manera adecuada, no resulta necesario adoptar otra medida, puesto que la guarda de hecho parece ser suficiente; ello incluso cuando la persona con discapacidad tenga afectadas las facultades de la toma de decisiones y la propia autodeterminación⁵⁵.

2. Con todo, otra parte menor de la jurisprudencia considera oportuno constituir una curatela en virtud de la gravedad de la enfermedad que padece la persona, pese a que exista una guarda de hecho que funcione correctamente⁵⁶. A este respecto, encontramos la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Massamagrell (Provincia de Valencia), de 21 de septiembre de 2022⁵⁷, en la que se sujeta a curatela representativa a una persona de 83 años con Alzheimer y otras patologías persistentes de carácter psíquico que le impiden en absoluto gobernarse por sí misma, pese a existir una guarda de hecho que, según los parientes, funcionaba correctamente.

Se me hace complicado decantarme por una posición u otra, puesto que a mi juicio habrá que atender a las circunstancias del caso concreto, si bien se darán ocasiones en las que una persona con discapacidad estará suficientemente apoyada únicamente con una guarda de hecho (pese a tener alteradas sus facultades de decisión y autodeterminación), en otros casos,

⁵⁴ FD3 Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) núm. 212/2022, de 21 de marzo JUR 2022\196568. ARANZADI.

⁵⁵ La misma posición adopta la Audiencia Provincial de Córdoba cuando confirma la falta de necesidad de establecer curatela por el hecho de existir una guarda de hecho que había estado funcionando de facto correctamente durante muchos años. SAP Córdoba (Sección 1ª), 22 de marzo 2022, rollo de apelación 68/2022.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) núm. 233/2022, de 10 de octubre JUR 2022\362396. ARANZADI.

⁵⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Massamagrell (Provincia de Valencia), de 21 de septiembre JUR 2022\43252. ARANZADI.

al tener una enfermedad más grave, necesitará de un apoyo mayor. Es decir, habrá que adoptar en cada caso la decisión que mejor convenga al interés de la persona con discapacidad.

5.1.5.2. Defensor judicial

La figura del defensor judicial estaba reservada antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, únicamente para determinados casos de conflicto de intereses. Sin embargo, con esta nueva ley, la medida de apoyo del defensor judicial se ha reforzado, convirtiéndose en un soporte recurrente y de carácter ocasional, con la capacidad de intervenir cuando sea necesario, lo que modifica su carácter subsidiario y dependiente de otras figuras de apoyo, gozando en la actualidad de autonomía propia y de carácter coyuntural⁵⁸.

El cambio más significativo radica en que el defensor judicial antes era considerado un cargo temporal, mientras que ahora puede ser recurrente, proporcionando asistencia en distintos momentos de forma puntual. Asimismo, otro cambio es que el defensor judicial ya no es una institución de guarda y protección de la persona, sino una medida de apoyo adaptada a las necesidades de la persona que lo solicite, tal y como se establece en la nueva regulación.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el defensor judicial se ocupaba de resolver disputas entre representantes legales y personas incapaces, así como de ejercer la protección de la persona cuando los tutores no cumplían sus funciones. Sin embargo, tras la reforma, se amplían sus funciones, permitiendo designar un defensor judicial no solo cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y quien ha de prestarle apoyo, sino que también puede actuar como una medida principal y autónoma de apoyo, en aquellos casos en los que la persona con discapacidad requiera apoyos de carácter ocasional y no estable, aunque sea recurrente y se repita en distintos periodos⁵⁹.

⁵⁸ El hecho de que el defensor judicial sea autónomo, hace referencia a que su existencia no depende de la existencia de otras figuras, independizados su nombramiento y adquiriendo una entidad propia en el sistema legal.

Por otra parte, el carácter coyuntural significa que la figura del defensor judicial entra en juego ante las crisis de las otras medidas de apoyo o previamente a la existencia de las mismas. Es necesario entender “crisis de las otras medidas de apoyo” como imposibilidad, cumplimiento defectuoso de las medidas o existencia de un conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y quien debe prestarle apoyo.

⁵⁹ Art. 295 CC.

En resumen, la Ley 8/2021 introduce un nuevo sistema de apoyo para aquellos que necesitan asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, enfocándose en el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. A este respecto, el defensor judicial se destaca como una medida de apoyo con entidad propia y un papel preponderante en la protección de los derechos y decisiones de las personas con discapacidad en el ámbito legal, con funciones más amplias, para cuando la persona con discapacidad necesite apoyo de manera ocasional, aunque sea recurrente.

5.1.6. ¿QUÉ SUCEDE CON LAS MEDIDAS ADOPTADAS CONFORME LA LEY ANTERIOR?

Es necesario apreciar que, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se habían resuelto miles de casos conforme la legislación anterior. Además, existían otros muchos procesos relativos a la capacidad que se encontraban en curso. Pues bien, para ello la Ley 8/2021 incorporó dos disposiciones transitorias que dan respuesta a estos supuestos:

- La Disposición Transitoria Quinta hace referencia a la revisión de las medidas ya acordadas, estableciendo que *“Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.*

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

- Por su parte, la Disposición Transitoria Sexta, referida a aquellos procesos que se encontraban en tramitación en el momento de la entrada en vigor de la Ley, establece que *“Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”.*

Tras lo mencionado podríamos sintetizar que, como regla general, la legislación ha adoptado un enfoque flexible durante el periodo de transición, mediante el cual las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la misma desde su entrada en vigor. Asimismo, se establece una amplia legitimación para solicitar a la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas establecidas conforme al sistema anterior. Tal revisión se podrá producir también de oficio.

De esta forma, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos, así como las personas que, en aplicación de la normativa anterior a la reforma, tuvieran la capacidad modificada judicialmente, hubieran sido declaradas pródigos, designando tutores o titulares de la extinta patria potestad prorrogada o rehabilitada, pueden solicitar en cualquier momento a la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, con el fin de adecuarlas a ésta. Dicha revisión debe llevarse a cabo en un plazo máximo de un año a partir de la solicitud.

En los casos en los que no se haya presentado dicha solicitud, la revisión será realizada de oficio por la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

5.1.7. UNA CUESTIÓN DISCUTIDA: ¿PREVALECE LA VOLUNTAD O EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD?

Sin duda, el principal criterio inspirador de la nueva legislación es atender a los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad, pues lo que pretende la Convención de Nueva York es que nadie se oponga a la voluntad y las preferencias de las personas discapacitadas en el ejercicio de sus derechos⁶⁰. No obstante, tal aseveración conlleva situaciones que en la práctica es difícil atender; concretamente podríamos encontrar dos circunstancias opuestas entre sí.

⁶⁰ Bellido González del Campo, C. «*La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: análisis del artículo 12 de la Convención Internacional de Nueva York*» IBDE, (2022) <https://idibe.org/tribuna/la-capacidad-juridica-las-personas-discapacidad-analisis-del-articulo-12-la-convencion-internacional-nueva-york/#:~:text=El texto de la Convención,la sociedad sin ninguna discriminación>

- ¿Qué ocurre si la voluntad de la persona con discapacidad es negarse a la adopción de las medidas de apoyo?: Para dar solución a esta pregunta, debemos atender a dos puntos:

En primer lugar, el procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo para la persona con discapacidad se sigue a través del expediente de jurisdicción voluntaria. No obstante, tal y como se ha expuesto en el apartado dedicado al procedimiento para la adopción de medidas de apoyo, si el interesado manifiesta su oposición en la adopción de las medidas, el expediente de jurisdicción voluntaria se entenderá por terminado, acudiendo, de esta forma, a un procedimiento contencioso⁶¹, en el cual se podrían adoptar las medidas en contra de la voluntad del interesado.

En segundo lugar, la posibilidad de adoptar medidas judiciales de apoyo en contra del interesado a través de un juicio contencioso resulta contradictorio con el art. 268 CC cuando el mismo se refiere a que las medidas adoptadas por las autoridades judiciales *“atenderán en todo caso a la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad”*. Al respecto, considero que hay que entender que el verbo «atender» seguido de «en todo caso» se refiere a que el juez no puede dejar de recabar y tener en cuenta, siempre y en la medida que sea posible, la voluntad de la persona con discapacidad, así como sus deseos y preferencias, pero ello no significa que sea vinculante y deba seguirse siempre.

La importante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 589/2021, de 8 de septiembre de 2021, que destaca por ser el primer pronunciamiento del alto Tribunal tras la entrada en vigor de la nueva Ley, dispone que habrá que estar al caso concreto, pues, como ocurre frecuentemente en algunos trastornos psíquicos y mentales, la voluntad contraria del interesado es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad⁶²; por lo tanto, cuando existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su

⁶¹ Art. 42 bis b.5 LJV.

⁶² En este mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su Sentencia núm. 269/2021, de 6 de mayo de 2021 y en su Sentencia núm. 3770/2021, de 10 de octubre de 2021.

entorno, la adopción de las medidas asistenciales se ve justificada aún en contra de la voluntad del interesado⁶³.

- Y por el contrario ¿basta con la mera voluntad de la persona con discapacidad de aceptar las medidas judiciales de apoyo para adoptarlas?: Si bien es cierto que hay que atender a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo que prima por encima de todo ello, es su necesidad. Si la medida no está justificada, considero que no procedería adoptarla a pesar de la voluntad de la persona con discapacidad⁶⁴.

De los dos problemas planteados podríamos sintetizar que, el hecho de ceñirse al principio de preferencia de la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, puede tener como consecuencia la no adopción de las decisiones correctas, puesto que: por un lado, la persona con discapacidad puede tener alterada su verdadera voluntad en función de la enfermedad que padece y, por otro lado, puede que la voluntad de la persona sea adoptar medidas de apoyo cuando realmente no existe una necesidad real. En ambos casos, nos encontraríamos ante dos extremos, los cuales demuestran que es necesario tener en consideración la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, pero no por ello la decisión ha de sujetarse a las mismas, sino que, por el contrario, habrá que tener en cuenta un criterio de flexibilidad al buscar el equilibrio entre los intereses en juego, el cual no solo ha de basarse en la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, sino que habría que valorar si la voluntad expresada por la persona presenta alteraciones por factores internos (como una enfermedad mental) que le impidan formar su voluntad o si existen manipulaciones externas provocadas por su entorno.

Lo mencionado en este apartado refleja uno de los principios consolidados por la jurisprudencia, (y que ya hemos visto que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trata de eliminar): el del interés superior de la persona con discapacidad. El

⁶³ Amunategui Rodríguez, C. «*Sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar mucho las cosas?*» Blog Hay Derecho, 22 de septiembre 2021.

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) núm. 809/2022, de 25 de octubre de 2022. CENDOJ.

Tribunal Supremo define tal interés como *"la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad"*⁶⁵, poniendo de relieve la necesidad de asegurar la protección de los derechos más básicos.

No obstante, como vengo diciendo, hay algunas voces que muestran un rechazo notorio hacia el concepto del interés superior de las personas con discapacidad. Es lo que hace la Observación general del art. 12 de la Convención de Nueva York⁶⁶, que señala que cuando no sea posible determinar la voluntad y preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”, alegando que dicho reemplazo conlleva que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás; no obstante, como mantiene Martínez de Aguirre Aldaz⁶⁷, tal Observación puede ser considerada como una interpretación cualificada, pero no vinculante. De acuerdo con Martínez Calvo⁶⁸, no parece lo más acertado que la interpretación que realiza el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad deba adherirse únicamente a su tenor literal, sino que sería necesario atender a su espíritu y finalidad, y este no es otro que garantizar la protección de las personas que padecen una discapacidad.

Respecto a este interrogante, de Salas Murillo hace varias observaciones⁶⁹:

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 597/2017, de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4745).

⁶⁶ Apartado 21 de la Observación general N°1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo.

⁶⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021) *«La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?»*, en AA.VV: Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad (coord. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Las Rozas (Madrid), pp. 90-91.

⁶⁸ Martínez Calvo, J. *«Discapacidad intelectual y redes sociales: el difícil equilibrio entre accesibilidad y protección»* p. 145.

⁶⁹ Salas Murillo, S. *«El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos»* Actualidad Jurídica Iberoamericana N°17, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 39-40.

1. Siguiendo a Martínez de Aguirre Aldaz⁷⁰, entiende que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al excluir radicalmente la consideración del interés de la persona afectada como criterio rector de la actuación del prestador, más que una interpretación, lo que realmente hace es una modificación propia del Art. 12 de la Convención de Nueva York.
2. Si bien es cierto que el sistema propicia las medidas voluntarias, ello no puede impedir esa heterorregulación, pues se concede a la autoridad judicial la capacidad de decidir apartándose de la voluntad expresada por la persona con discapacidad y atender a otros criterios, entre los que cabría incluir el de la protección de los derechos e intereses de esa persona, recogidos expresamente en el Art. 12 de la Convención de Nueva York.
3. Por último, no hay que dejar pasar que sobre la voluntad expresada por la persona con discapacidad puede existir influencia indebida o captación de la voluntad, por lo que en este caso la única opción posible sería la de recurrir al interés superior de la misma como criterio rector en la adopción de medidas de apoyo.

A mi modo de ver, pese a que es necesario tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad, cuando no sea posible, lo que realmente debe prevalecer es su interés superior; y ello no puede ser sustituido por la voluntad o preferencias de la misma, puesto que existen supuestos en los que el sujeto no puede formar ni expresar una voluntad o bien la propia discapacidad le impide ver la necesidad de ayuda⁷¹. Por ello, me plantea dudas la redacción introducida por la Ley 8/2021, que parece prescindir (al menos si atendemos a su tenor literal)

⁷⁰ Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2021) «La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en AA.VV: Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad (coord. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Las Rozas (Madrid), pp. 101-124.

⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) núm. 52/2022, de 21 de febrero (JUR 2022\143504) ARANZADI: “Si la voluntad es el criterio inicial o prioritario para encontrar el apoyo preciso, no podemos obviar que también pueden y deben establecerse las salvaguardas, voluntarias o judiciales (arts. 250 y 251 CC), para evitar o impedir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de interés. En consecuencia, el interés de la persona subyace, como principio correctivo, cuando se impone que se adopten las salvaguardas que eviten las circunstancias anteriores u otras que impliquen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la persona necesitada del apoyo y, en todo caso, cuando su voluntad o sus preferencias no han podido expresarse ni reconstruirse. Incluso, el apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto, en cuyo caso de extremarse el juicio de necesidad y proporcionalidad sobre las medidas de apoyos y sus salvaguardas”.

del interés superior de la persona con discapacidad, poniéndose del lado de la corriente encabezada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En línea con lo ya mencionado por el Tribunal Supremo, y compartido así mismo por diversos autores (tal y como hemos ido viendo), parece que lo más apropiado sería buscar un equilibrio entre el respeto de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad y su interés superior, pues es la mejor forma de garantizar una adecuada protección de sus derechos.

5.2. ¿QUÉ OCURRE EN DERECHO FORAL ARAGONÉS?

Con la promulgación de la Ley 8/2021, el legislador estatal se olvidó de la pluralidad de Derechos Civiles que existen en el Estado Español⁷², lo que ha tenido como consecuencia la manifestación de un complejo panorama en las Comunidades Autónomas con regulación propia en materia de discapacidad⁷³.

El problema principal lo encontramos en que la reforma no ha afectado únicamente al Código Civil, sino que ha modificado diversas leyes, en especial, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a fin de sustituir el antiguo procedimiento de incapacitación.

Dado que el supuesto real que estamos analizando sucede en Zaragoza, me centraré, concretamente, en el caso del Derecho Foral Aragonés. Y, ¿qué es lo que ha ocurrido en nuestro Derecho foral?

El nuevo sistema de apoyos incorporado al Código Civil tras la Ley 8/2021 no es aplicable a la Comunidad Autónoma de Aragón. El Art. 1.2. CDFA se establece que “*El Derecho Civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan*”, por lo que, en este caso, al existir norma aragonesa en materia de discapacidad, no se aplica el Código Civil. Concretamente, el sistema

⁷² Amparado por el Art. 149.1.8 CE.

⁷³ El Justicia de Aragón «*Sugerencia relativa a actuaciones normativas en materia de capacidad y relaciones tutelares en Derecho aragonés*», julio 2021. Pág. 9. <https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/resoluciones/Q21-1110-1-1.pdf>

de apoyos actualmente vigente en Aragón sigue siendo el contenido en el Título III del Libro I del Código de Derecho Foral de Aragón, bajo la rúbrica «*De las relaciones tutelares*», de forma que el sistema de apoyos está comprendido por la tutela y la curatela o la autoridad familiar rehabilitada, junto con otras medidas complementarias como la guarda de hecho, los mandatos de apoyo y el defensor judicial.

Precisamente, el Art. 38 CDFA -coincidiendo con el antiguo Art. 200 CC- dispone que “2. *Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. Se puede apreciar cómo tal noción sigue centrándose únicamente en el modelo médico de la discapacidad, lo que podría resultar contradictorio con la Convención de Nueva York, puesto que la misma se basa en el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana⁷⁴, entendiendo la discapacidad como un modelo social.

No obstante, dado que el régimen aragonés está articulado de modo bastante flexible y respetuoso con la autonomía de la voluntad, mientras no se proceda a la revisión del mismo, los operadores jurídicos lo interpretarán y aplicarán de manera coherente con la Convención de Nueva York⁷⁵. No en vano, poco a poco, los Juzgados aragoneses han venido haciendo esta labor hermenéutica, puesto que una vez derogado el proceso de incapacitación por la Ley 8/2021, no resultaría razonable que en Aragón continuara siendo posible incapacitar a una persona con base en el mencionado Art. 38 CDFA y a falta de un proceso *ad hoc*. Tal afirmación podría ser motivada por tres razones⁷⁶:

1. El Tribunal Constitucional exige que haya una conexión directa con una particularidad del Derecho Civil Foral Aragonés y, en tal procedimiento, no existe ningún tipo de conexión.
2. El procedimiento se rige por unas normas de funcionamiento ajenas a las que inspiran los procesos especiales por razón de discapacidad.

⁷⁴ Art. 3 d) de la Convención de Nueva York.

⁷⁵ Ello se debe a que la Convención de Nueva York forma parte del Ordenamiento jurídico español y, por tanto, también de Aragón desde el 3 de mayo 2008, según consta en su Instrumento de ratificación por el Estado Español de 23 de noviembre de 2007.

⁷⁶ López Azcona, A. «*Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad*», trabajo realizado en el marco del Grupo S15_R20 de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés (2022), pp. 1602-1603.

3. Pese a que teóricamente se admite la posibilidad de incapacitar a una persona en Aragón, tal resolución no tendría gran recorrido en la práctica, estando expuesta a un eventual recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales.

Básicamente, lo que encontramos en el Código de Derecho Foral de Aragón es que se sigue hablando de “incapacidad” cuando una persona no es capaz de regirse por sí misma, (*vid.* Art. 38 CDFA, que prevé que el aragonés puede ser incapacitado). Pero si nos dirigimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil descubrimos que no existe un procedimiento de incapacitación a seguir. Como indica Bayod López⁷⁷, la reforma del Código Civil en nada afecta al Derecho civil aragonés si la materia está regulada en Aragón; no obstante, la modificación procesal necesariamente afecta al Derecho civil aragonés, sobre todo cuando este mantiene un sistema de incapacitación judicial de las personas y la Ley de Enjuiciamiento Civil ha suprimido tal sistema.

Para tratar de resolverlo, lo que están haciendo los Juzgados de nuestra Comunidad Autónoma es una especie de “pirueta interpretativa”, de forma que resuelven tal problema entendiendo que cuando el Código de Derecho Foral de Aragón dice “incapacidad”, verdaderamente habla de imposibilidad de regir su persona y bienes, debiendo recurrir a la figura de la curatela representativa.

Por lo tanto, a la hora de abordar en Aragón un supuesto como el presente, hay que tener en cuenta que ya no se va a celebrar un juicio verbal con la finalidad de alcanzar una declaración de incapacidad de la persona con discapacidad -pese a lo establecido en el Art. 38 CDFA-, sino que estaremos ante un expediente de jurisdicción voluntaria en el que se determinará por la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad -previsto en los Arts. 42 bis y siguientes LJV-; si bien es preciso matizar la regulación aplicable desde su aspecto sustantivo y desde el ámbito estrictamente procesal:

- Con relación al aspecto del Derecho sustantivo, pese a la publicación y entrada en vigor de la Ley 8/2021, se llega a la convención de que la legislación civil aragonesa se mantiene

⁷⁷ Bayod López, C. (2021) «Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales» en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch, p. 158.

vigente, concretamente, lo referido en sus artículos 34 a 45 y 100 a 159 CDFA. Ello se debe a que, a falta de una modificación legislativa por parte de las Cortes de Aragón, a tenor de lo dispuesto en el Art. 16 en relación al Art. 9.1 CC, la ley personal en materia de capacidad y estado civil viene determinada por la vecindad del demandado, es decir, la normativa autonómica se aplica a cuantas personas ostenten la vecindad civil aragonesa, siendo supletorio el derecho común solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan, tal como previene el Art. 1.2 CDFA.

- En cuanto al ámbito procesal, se revela una importante laguna legal, pues resulta difícil incardinar la normativa autonómica en el nuevo marco normativo común, por no tener acomodo en procedimiento alguno la constitución y desarrollo de varias instituciones jurídicas aragonesas. Teniendo en cuenta que la Convención de Nueva York es Derecho positivo y que desde el momento de su entrada en vigor es parte del ordenamiento jurídico español, no es necesaria una transposición de esta, sino que sus artículos son vinculantes y pueden ser evocados ante cualquier tribunal español⁷⁸. Por ello, la autoridad judicial asume el firme compromiso de dar solución al problema planteado y llenar tal vacío producido realizando una interpretación “*pro actione*”⁷⁹, garantizando el derecho de acceso efectivo a la justicia⁸⁰.

Antes de cerrar este apartado, es preciso mencionar que en la actualidad se está tramitando un Proyecto de Ley cuya finalidad es reformar el sistema de protección de las personas con discapacidad en Aragón, adaptándolo a la Convención de Nueva York, e incidiendo especialmente en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, y fomentando la capacitación y el empoderamiento personal y social de las personas con discapacidad. Asimismo, la norma pretende impulsar el desarrollo de una sociedad inclusiva y accesible que permita a hombres y mujeres con discapacidad el pleno desarrollo de sus capacidades en igualdad de oportunidades que el resto de la ciudadanía. No cabe duda de que, de prosperar la reforma proyectada, se solucionarán muchos de los problemas a los que se ha hecho referencia en este apartado.

⁷⁸ Bueyo-Díez Jalón, M. «*El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad*» Discapnet, El portal de las personas con discapacidad, 2012.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1991, de 14 de febrero FJ 6º.

⁸⁰ Art. 24 CE.

VI. ESTRATEGÍA PROCESAL

A la vista de los hechos mencionados, se explicará a continuación cuál sería la estrategia procesal a seguir en el presente caso, desde la interposición de la demanda, pasando por su contestación y concluyendo con el desarrollo del procedimiento hasta dictar auto.

Un detalle que me resulta curioso mencionar es que, pese a seguir hablando de escrito de demanda y de contestación a la demanda, los intervinientes en este proceso ya no son demandante y demandado, sino que son solicitante e interesado. Es un cambio terminológico que, a simple vista, parece no cambiar nada, pero, a mi juicio, este cambio de terminología manifiesta un respeto hacia la persona con discapacidad, que ya no es la demandada, sino la interesada en el proceso, e incluso puede influir positivamente en el momento en que la persona con discapacidad -que, por ejemplo, sufre de esquizofrenia- recibe la notificación judicial, pues es más fácil que lo vea como un ataque si es la parte “demandada” que si es la parte “interesada”.

6.1. DEMANDA

Dña. Carmen interpondrá demanda de adopción medidas de apoyo judiciales para una persona con discapacidad, en la cual podrá ser representada y asistida por procurador y abogado, aunque no es un requisito obligatorio. Dña. Carmen ostenta legitimación suficiente, pues es la hermana de Dña. Sofía (la persona con discapacidad sobre la que se pretenden adoptar las medidas judiciales de apoyo), y en base a lo establecido en el Art. 42 bis a) apartado 2 LJV, pueden promover el expediente de jurisdicción voluntaria el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, sus descendientes, ascendientes y hermanos.

Será conocedor del presente procedimiento el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona sobre la que se solicitan las medidas de apoyo⁸¹, es decir, uno de los Juzgados de Primera Instancia de Zaragoza⁸².

⁸¹ En virtud de lo dispuesto en el Art. 42 bis) a) apartado 2 LJV.

⁸² Concretamente, los Juzgados de Primera Instancia de Zaragoza que conocen de estos supuestos son el número 13 y el número 22.

En la demanda se explicarán los hechos anteriormente mencionados de manera más detallada y se adjuntarán informes especializados de los ámbitos social y sanitario que aconsejen las medidas judiciales de apoyo que resulten idóneas en el presente caso, así como cualquier otro documento que acredite la necesidad de adoptar medidas de apoyo.

Asimismo, se establecerá cuál es la medida que a esta parte le resulta más coherente. Por las circunstancias que se han dado, considero que, en este caso, la medida más aconsejable sería la curatela representativa, pues para temas médicos e incluso económicos (por ejemplo, para liquidar la herencia de su padre que aún está en trámite) sería necesario que existiera una persona que pudiera realizarlos en sustitución de Dña. Sofía, ya que la misma se niega a salir de casa.

No obstante, el hecho de que sea Dña. Carmen quien interponga la demanda de adopción de medidas judiciales de apoyo no le vincula para ejercer el posible cargo de curador. Dado que desde el primero momento Dña. Carmen se ha mostrado preocupada porque el anterior procedimiento que intentó seguir en el año 2009 le generó muchos problemas en la relación con su hermana, y ante la inexistencia de un familiar que pueda ejercer dicho cargo, prefiere que se nombre como curador a la Fundación para el Apoyo a la Autonomía y Capacidades de las Personas de Aragón⁸³.

6.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Dña. Sofía podrá actuar con su propia defensa y representación, y si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se nombre a un defensor judicial.

⁸³ La Fundación para el Apoyo a la Autonomía y Capacidades de las Personas de Aragón (antigua Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de Aragón) es una fundación privada de iniciativa pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuya constitución fue autorizada mediante la ORDEN CDS/949/2022, de 20 de junio, por la que se da publicidad al Acuerdo de 18 de mayo de 2022, del Gobierno de Aragón cuya actividad se centrará en la protección jurídica, patrimonial y social de las personas mayores de edad con la capacidad de obrar modificada judicialmente o con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, o que se encuentren incursas en un proceso judicial de modificación de su capacidad de obrar o de provisión de medidas de apoyo, a través del ejercicio de la tutela, curatela, defensa judicial o cualquier otra medida protectora o de apoyo encomendada al Gobierno de Aragón por la autoridad judicial.

Atendiendo a los hechos mencionados, y especialmente, la negativa de Dña. Sofía a reconocer que tenga ningún problema y su afirmación de que todo es invención de su hermana Dña. Carmen, se prevé que Dña. Sofía se oponga radicalmente a la adopción de medidas judiciales de apoyo, lo que conllevará el fin del expediente de jurisdicción voluntaria y la posibilidad de abrir el procedimiento contencioso.

6.3. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

Además de los informes y demás pruebas presentadas por ambas partes, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso⁸⁴ y se entrevistará con la persona con discapacidad.

A partir de aquí pueden suceder dos opciones:

- Si Dña. Sofía no se opone a la curatela, el expediente de jurisdicción voluntaria finalizará por auto, donde se fijará la medida judicial de apoyo y se nombrará al curador. Más tarde, el curador -en este caso, la Fundación para el Apoyo a la Autonomía y Capacidades de las Personas de Aragón- presentará al Juzgado el escrito de aceptación de cargo. La medida adoptada será objeto de revisión periódica en el plazo y forma en que disponga el auto acordado.
- Si Dña. Sofía se opone a la curatela, se pondrá fin al expediente de jurisdicción voluntaria, pudiendo acudir Dña. Carmen al explicado procedimiento contencioso.

6.3.1. MEDIDAS CAUTELARES: EN ESPECIAL, EL POSIBLE INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

Manteniendo la previsión de que, por los hechos mencionados, lo más probable es que Dña. Sofía se oponga a la adopción de medidas judiciales de apoyo y sea necesario acudir al procedimiento contencioso; y atendiendo a que la situación es grave, Dña. Carmen podría solicitar medidas cautelares⁸⁵. Tales medidas pueden ser adoptadas por el Juez de oficio o a

⁸⁴ Art. 42 bis b) 2 LJV.

⁸⁵ Art. 762 LEC.

instancia de una parte (lo que incluye al Ministerio Fiscal), en cualquier momento del procedimiento.

Las medidas cautelares se adoptan cuando se estiman necesarias para la adecuada protección de la persona con discapacidad o de su patrimonio. En este caso cabría plantear la posibilidad de solicitar el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues la misma lleva prácticamente toda la vida sin acudir al médico, y es necesario que sea diagnosticada y tratada por especialistas médicos.

El internamiento involuntario de una persona que padece una enfermedad mental se considera una medida terapéutica excepcional, que se realiza por indicación médica en beneficio del paciente, e implica una pérdida de libertad personal, motivo por el cual se requiere un control judicial.

La protección de los derechos recogidos en la Constitución Española y en los Tratados internacionales suscritos por España, hizo necesaria la reforma del Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Por primera vez, en su Art. 211, se establecía la obligación de un control judicial de los internamientos de los enfermos mentales que hasta entonces había sido esencialmente administrativo, tratando de evitar así la posibilidad de abusos.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Protección Jurídica del menor en 1996, se modificó este artículo, y, más tarde, la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil lo derogó.

Actualmente, el internamiento involuntario por trastorno psíquico está regulado en el Art. 763 LEC y constituye una medida excepcional y limitada en el tiempo, que debe estar motivada por razones de trastorno psíquico y se da cuando el internado no está en condiciones de decidirlo por sí mismo⁸⁶. No obstante, tal precepto no resuelve lo que se entiende exactamente

⁸⁶ Además, desde la doctrina se ha señalado que, para garantizar la compatibilidad del internamiento involuntario con el texto de la Convención de Nueva York de 2006, este ha de resultar necesario para proteger la salud y la integridad de la persona, pues, en otro caso, no procedería su adopción (*vid.* Martínez Calvo, J. (2021) «*Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada*» CEFLegal, 247-248, pp. 15-16).

por “trastorno psíquico”, lo que ha provocado diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre su limitación⁸⁷.

- El Tribunal Constitucional ha optado por una interpretación amplia de las alteraciones psicológicas de índole mental, pues en su Sentencia 141/2012, de 2 de julio, sostiene que deben ser los profesionales del sector quienes determinen si un paciente tiene un trastorno o discapacidad mental, de acuerdo con las prácticas médicas y estándares aceptados, posicionándose claramente ante el paradigma médico de la discapacidad
- Por su parte, las diferentes Audiencias Provinciales se han pronunciado de manera muy diferente entre sí: la Audiencia Provincial de Cádiz⁸⁸ considera que el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico solo es factible en supuestos de enfermedad psíquica, a fin de ser tratada en el correspondiente centro terapéutico; por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid⁸⁹ no comparte dicho criterio, pues considera que si el internamiento no voluntario constituye una limitación al principio de libertad personal proclamado en nuestra Constitución y por ello se requiere autorización judicial para ingresar temporalmente a un paciente que padece un trastorno psíquico, con mayor razón ha de exigirse si no existe tal padecimiento o cuando la persona no puede prestar su consentimiento, sin que el ingreso tenga una finalidad terapéutica, sino asistencial y probablemente con carácter indefinido⁹⁰.
- Tal controversia ha llevado a pronunciarse a un sector de la doctrina; entre otros, Berenguer Albaladejo⁹¹ considera que deben incluirse en el ámbito de aplicación tanto las

⁸⁷ Prados García, C. (2023) «*El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*» Dykinson, pp. 158-159.

⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) núm. 273/2009, de 2 de junio (AC 2009\1434). ARANZADI.

⁸⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) núm. 42/2011 de 1 de febrero de 2011 (AC 2011\345). ARANZADI.

⁹⁰ La Audiencia de Sevilla parece posicionarse con esta segunda, pues indica que el trastorno psíquico no se limita a la enfermedad mental, sino que se extiende también a aquellas deficiencias o patologías seniles que padecen frecuentemente las personas de la tercera edad, como la demencia o el Alzheimer. Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) núm. 191/2012, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2013\148088). ARANZADI.

⁹¹ Berenguer Albaladejo, C. (2014) «*Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica*» Derecho Privado y Constitución nº 28, p. 276.

enfermedades mentales como los trastornos derivados de causas externas (alcoholismo o toxicomanía), así como las deficiencias psíquicas o intelectuales.

- La OMS entiende que el trastorno mental se caracteriza por una alteración clínicamente significativa de la cognición, la regulación de las emociones o el comportamiento de un individuo⁹². Tal interpretación parece abarcar no solo los trastornos mentales, sino también las discapacidades psicosociales y otros estados mentales asociados a una angustia considerable, discapacidad funcional o riesgo de conducta autolesiva.

⁹² <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Convención de Nueva York del año 2006 impone un cambio de paradigma en los enfoques de la discapacidad, al pasar de un modelo médico y protector a un modelo social. La misma fue ratificada por España y, desde entonces, nuestra normativa civil ha experimentado importantes cambios para adaptarse a los postulados recogidos en la mencionada Convención, siendo el más relevante el llevado a cabo a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La reforma implementada apuesta por que las personas con discapacidad puedan decidir libremente, y trata de garantizar la autonomía de su voluntad, dando prioridad a sus deseos. Para ello, se les dota de medidas que proporcionan el apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad, que -como regla general- no sustituyen la decisión de la persona con discapacidad, sino que únicamente le asisten.

SEGUNDA.- Entre los principales cambios que se han producido cabe destacar especialmente tres: la supresión del término incapacidad, la eliminación de la tutela como medida de protección (junto a otra medida típicamente representativa: la patria potestad prorrogada y rehabilitada) y el cambio en el procedimiento a seguir en la adopción de las oportunas medidas de protección.

Comenzando por la novedad más importante, ya no se habla de personas incapacitadas, sino de personas con discapacidad sujetas a medidas de apoyo. Este cambio va mucho más allá de una mera modificación terminológica, pues dimana uno de los principios fundamentales de la reforma: el respeto del derecho a la dignidad de las personas con discapacidad.

También se ha modificado el procedimiento a seguir: antes de la reforma se abría un procedimiento de juicio verbal especial sobre capacidad cuya finalidad era la de obtener una declaración de incapacidad judicial; mientras que ahora, existe un expediente de jurisdicción voluntaria (regulado en la Ley de Jurisdicción Voluntaria) cuya finalidad es adoptar medidas judiciales de apoyo para la persona con discapacidad y, solo en caso de oposición o cuando tal

expediente no pueda resolverse, se acude a un procedimiento contencioso conforme lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, se debe destacar la supresión de la tutela en personas con discapacidad, que ha sido sustituida por distintas medidas de apoyo y que, actualmente queda circunscrita a los menores de edad. Dichas medidas de apoyo son un conjunto de instrumentos que complementan y refuerza la accesibilidad de las personas con discapacidad y, a su vez, fomentan la libertad y autodeterminación en el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad.

TERCERA.- Actualmente existen cuatro formas de prestar apoyo a las personas con discapacidad: las medidas voluntarias de apoyo, previstas por el propio interesado en previsión de una eventual situación de discapacidad, y que pueden ser dos tipos: autocuratela y poderes y mandato preventivos; la guarda de hecho; la curatela y el defensor judicial.

CUARTA.- Las medidas voluntarias de apoyo tienen un claro carácter preferente sobre las medidas judiciales, lo que es coherente con uno de los principios inspiradores de la reforma: atender a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Dentro de estas medidas encontramos:

- La autocuratela: es un negocio *inter vivos*, de carácter unilateral y personalísimo, que faculta a una persona para instaurar la configuración y el contenido de una posible curatela en caso de que la misma padezca una eventual situación de discapacidad. Como regla general, tal declaración de voluntad vincula al Juez al proceder al nombramiento de curador, aunque este podrá prescindir de dicha designación mediante resolución motivada.
- Los poderes y mandatos preventivos, que a su vez pueden ser: poderes con cláusula de subsistencia, en los que se acuerda la vigencia del poder establecido por una persona pese a que la misma requiera de medidas de apoyo en un futuro; y, poderes preventivos en sentido estricto, que surgirán efectos solo en el supuesto de que en el futuro la persona precise de apoyo para el ejercicio de su capacidad.

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

La reforma legislativa ha otorgado a la guarda de hecho la categoría de institución jurídica de apoyos. Ello parece que ha generado una contradicción, pues no es necesario ninguna forma específica para constituirla o acreditarla, pero se exige la intervención judicial para poder realizar actuaciones representativas.

No hay una jurisprudencia unánime que se pronuncie sobre esta medida: una corriente mayor mantiene que si existe una guarda de hecho que funciona correctamente, no resulta necesario adoptar otra medida; mientras que otro sector considera oportuno constituir una curatela en función de la gravedad de la enfermedad que padece la persona, pese a existir una guarda de hecho previa que funcione adecuadamente.

SEXTA.- La curatela es la medida estrella del nuevo sistema. Con carácter general, la función del curador consiste en complementar la capacidad de las personas con discapacidad apoyándole en el ejercicio de sus derechos de acuerdo con su propia voluntad y preferencias.

Por tanto, nos encontramos ante una medida judicial de apoyo para personas con discapacidad de naturaleza primordialmente asistencial, aunque ello no significa que no puedan atribuirse funciones representativas en los casos que se consideren precisos y de manera excepcional.

Lo mencionado nos lleva a diferenciar entre la curatela asistencial (se establece para quienes simplemente necesitan ser acompañados o asistidos) y la curatela representativa (se establece para quienes necesitan apoyo tanto en el ámbito asistencial como en el representativo, y está dotada de un carácter muy excepcional).

SÉPTIMA.- La figura del defensor judicial ha sido reforzada con la nueva ley. Se ha convertido en una medida de apoyo con entidad propia y un papel destacado en la protección de los derechos y decisiones de las personas con discapacidad en el ámbito legal, ampliando sus funciones y convirtiéndose en un soporte recurrente de carácter ocasional.

OCTAVA.- El hecho de pasar de un sistema cuyas medidas se caracterizan por la sustitución en la toma de decisiones a otro basado en la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, conlleva la necesaria revisión de las medidas que fueron adoptadas conforme la legislación anterior. Tal revisión podrá ser solicitada a instancia de parte en cualquier momento o, en su defecto, se realizará por la autoridad judicial o se solicitará por el Ministerio Fiscal en el plazo máximo de tres años.

NOVENA.- Tras analizar el presente supuesto práctico, la medida que corresponde adoptar -al menos, a juicio de esta parte- es la curatela con funciones representativas, que se extenderán en el ámbito sanitario y patrimonial de Dña. Sofía.

Además, ante la previsión de que Dña. Sofía se oponga a la adopción de la medida y el procedimiento se convierta en contencioso, dilatándose en el tiempo, Dña. Carmen podría solicitar el establecimiento de medidas cautelares, y, en particular, el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Y es que, la extrema situación de desprotección en la que se encuentra Dña. Sofía podría llegar a justificar la adopción de una medida de tal intensidad.

DÉCIMA.- En la práctica, existen ocasiones en las que es difícil sujetarse al principio relativo a la prevalencia de los deseos y voluntades de la persona con discapacidad, pues la voluntad de la persona puede resultar alterada por la propia enfermedad o incluso por manipulaciones externas provocadas por su entorno, lo que puede llevarla a adoptar decisiones perjudiciales para su propio interés. Este parece ser el caso de Dña. Sofía, que se niega rotundamente a la adopción de medidas judiciales de apoyo, ya que considera que todo es invención de su hermana Dña. Carmen; atendiendo a los informes médicos y sociales, podríamos concluir que Dña. Sofía tiene alterada su voluntad por la propia enfermedad que sufre.

En casos como el presente entra en juego una cuestión discutida; si ha de prevalecer el interés superior de la persona con discapacidad o el respeto a su voluntad (previsiblemente condicionada por la propia discapacidad).

UNDÉCIMA.- El criterio del interés superior de la persona con discapacidad ha sido definido por la jurisprudencia como un factor esencial para asegurar la protección de los derechos más básicos, posicionándose en favor de su reconocimiento tanto el Tribunal Supremo como una gran parte de la doctrina. Sin embargo, existe un sector encabezado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que lo rechaza rotundamente e incluso trata de eliminarlo. Así parece deducirse de lo dispuesto en su Observación general acerca del artículo 12 de la Convención de Nueva York, pues, en ella, el Comité considera que, cuando no sea posible determinar la voluntad y preferencias de una persona, el interés superior debe ser sustituido por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias, ya que dicho reemplazo conlleva que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás. Pese a que tal afirmación no es vinculante, parece que nuestro legislador, en la redacción de la reforma, se ha visto profundamente influido por la misma (basta con observar la desaparición de toda mención expresa al interés superior de la persona con discapacidad), lo que ha sido objeto de crítica por diversos autores.

Sin duda, parece que lo más apropiado es buscar un equilibrio entre el respeto de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad y su interés superior, a pesar de que la redacción literal de la Ley 8/2021 parece inclinarse más por la postura defendida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

DUODÉCIMA.- La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha generado una compleja situación en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, puesto que la misma no se ha limitado a modificar el Código Civil, sino que la reforma ha afectado a diversas leyes (como la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

Concretamente, el Derecho civil aragonés sigue manteniendo un sistema de incapacitación judicial de las personas con discapacidad, pero al acudir a una ley procesal como es la Ley de Enjuiciamiento Civil, vemos que se ha suprimido tal sistema, por lo que no hay un procedimiento a seguir.

Para tratar de solventar esta situación, lo que han venido haciendo los tribunales aragoneses es, pese a lo dispuesto en nuestro Código de Derecho Foral Aragonés, acudir al vigente procedimiento de provisión de apoyos, tal y como ha sido diseñado la Ley 8/2021, no pudiendo conducir en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sino exclusivamente a adoptar las concretas medidas judiciales de apoyo que necesite la persona con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en las normas de Derecho Civil que resulten aplicables.

DECIMOTERCERA.- En la actualidad se está tramitando un Proyecto de Ley con el objetivo de reformar el sistema de protección de las personas con discapacidad en Aragón y adaptarlo a la Convención de Nueva York, incidiendo especialmente en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, fomentando la capacitación y el empoderamiento personal y social de las personas con discapacidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

REVISTAS, ARTÍCULOS Y LIBROS

- AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021) «*Sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar mucho las cosas?*» Blog Hay Derecho, 22 de septiembre 2021. <https://www.hayderecho.com/2021/09/27/sentencia-de-pleno-de-8-de-septiembre-de-2021-sobre-adopcion-de-medidas-de-apoyo-en-aplicacion-de-la-ley-8-2021-van-a-cambiar-mucho-las-cosas/>
- BARRANCO, M. C., CUENCA P. y RAMIRO, M. A. (2012) «*Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad*», Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, núm. 5, p. 603.
- BAYOD LÓPEZ, C. (2021) «*Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales*» en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch, p. 158.
- BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, C. (2022) «*La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: análisis del artículo 12 de la Convención Internacional de Nueva York*» IBDE, <https://idibe.org/tribuna/la-capacidad-juridica-las-personas-discapacidad-analisis-del-articulo-12-la-convencion-internacional-nueva-york/#:~:text=El texto de la Convención,la sociedad sin ninguna discriminación>
- BERENGUER ALBALADEJO, C. (2014) «*Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica*» Derecho Privado y Constitución nº 28, p. 276.
- BUEYO DíEZ-JALÓN, M. (2012) «*El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad*» Discapnet, El portal de las personas con discapacidad.
- DAMIÁN MORENO, J. (2022) «*La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal*» Estudios Monográficos, ADC, tomo LXXV, 2022, fasc. II (abril-junio), p. 405.

- DE VERDA y BEAMONTE, J. R. (2022) «*Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad*» publicado en Diario La Ley, nº 10021.
- Grupo de investigación Personas y Familia, dirigido por DE VERDA y BEAMONTE, J. R. (2023) «*Informe sobre la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*», inscrito en el Registro de Estructuras de Investigación de la Universidad de Valencia (referencia GIUV2013-101).
- LÓPEZ AZCONA, A. (2022) «*Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad*», trabajo realizado en el marco del Grupo S15_R20 de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés, pp.1585-1647.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R. (2022) «La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso» *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 14(2), pp. 580-604. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7196>
- LÓPEZ SIMÓ, F. (2022) *El nuevo proceso contencioso de adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad*, en: «*Reformas Legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*» (coord. LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRRELL, M.P., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. LÓPEZ SIMÓ, F.), Dykinson, p. 1568.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2021) «Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzado», CEFLegal, 247-248, pp. 5-36
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2022) «*Discapacidad intelectual y redes sociales: el difícil equilibrio entre accesibilidad y protección*», p. 145, ADC, tomo LXXV, fasc. I (enero-marzo).
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2022) «*Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*» Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 30-80.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021) «*La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?*», en AA.VV: Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad (coord. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Las Rozas (Madrid), pp. 90-124.

- RUIZ-CALDERÓN, M. S., & LANGELAAN OSSET, F. D. B. (2023). La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 15(2), pp. 920-941. <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8084>

- PRADOS GARCÍA, C. (2023) «*El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*» Dykinson, p. 97-159. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/36605/ingreso_prados_E15_2023.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- SALAS MURILLO, S. «*El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos*» Actualidad Jurídica Iberoamericana N°17, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 39-40.

- SÁNCHEZ BALLESTEROS, V. «*La discapacidad en España tras la reforma de la Ley 8/2021: las competencias de los estados como garantes de su eficaz inclusión*» Editorial Dykinson, (2023), pp. 32-81. <https://elibro-net.cuarzo.unizar.es:9443/es/ereader/unizar/232281>

- VELARDE LIZAMA, V. (2012) «*Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico*», Revista Empresa y Humanismo, vol. XV, núm. 1, p. 132. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/29153/1/REYH_15-1-12Velarde_Lizama.pdf

OTROS DOCUMENTOS

- Observación general N°1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo

- EL JUSTICIA DE ARAGÓN «*Sugerencia relativa a actuaciones normativas en materia de capacidad y relaciones tutelares en Derecho aragonés*», julio 2021. Pág. 9. <https://eljjusticiadearagon.es/wp-content/uploads/resoluciones/Q21-1110-1-1.pdf>

PÁGINAS WEB

- <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observación-1-Artículo-12-Capacidad-jurídica.pdf>
- <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>
- <https://www.fidelitis.es/tutela-y-curatela-incapacitacion-judicial/#:~:text=La principal diferencia entre tutela,requiere un complemento de capacidad.>
- https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMTSyNjU7Wy1KLizPw8WyMDIyAyNFHLy09JDXFxti3NS0INy8xLTQEpyUyrdMIPDqksSLUtKSpNVUtNys_PRjEoHm5AakpmCdBEI8SSVFsDY1UjEzABkgYAn_CIZH0AAAA=WKE#I8
- <https://idibe.org/tribuna/informe-la-aplicacion-la-ley-8-2021-2-junio-la-se-reforma-la-legislacion-civil-procesal-apoyo-las-personas-discapacidad-ejercicio-capacidad-juridic/>
- <https://www.fiscal.es/documents/20142/a8c51021-7322-387a-0e73-f87e3aca183c#:~:text=>
- <https://derechovirtual.org/defensor-judicial-ejemplos/>
- <https://menslegis.net/guia-legal-de-medidas-de-apoyo-a-personas-con-discapacidad/>
- <https://www.legalitas.com/actualidad/provision-de-apoyos>
- <https://idibe.org/tribuna/la-capacidad-juridica-las-personas-discapacidad-analisis-del-articulo-12-la-convencion-internacional-nueva-york/>
- <https://transparencia.aragon.es/FAACPA#funciones>
- <https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-internamientos-psiquiatricos-aspectos-medicolegales-S021265670900482X>

- <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>
- <https://cermi.es/noticia/cermi-aragon-aplaude-la-aprobacion-en-el-consejo-de-gobierno-del-proyecto-de-ley-de-derechos-y-atencion-a-las-personas-con-discapacidad-de-aragon>

IX. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991). <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1675>
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2012, de 2 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012). <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/22988>

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 2362/2009, de 29 de abril de 2009. CENDOJ
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 341/2014, de 1 de julio de 2014 (RJ 2014\4518). ARANZADI
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 269/2021, de 6 de mayo de 2021 (RJ 2021\2381). ARANZADI
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 589/2021, de 8 de septiembre de 2021(RJ 2021\4002). ARANZADI
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 734/2021, de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021\4958). ARANZADI
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 3770/2021, de 19 de octubre de 2021. CENDOJ

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) núm. 273/2009, de 2 de junio de 2009 (AC 2009\1434). ARANZADI

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) núm. 42/2011 de 1 de febrero de 2011 (AC 2011\345). ARANZADI
- Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) núm. 191/2012, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2013\148088). ARANZADI.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) núm. 52/2022, de 21 de febrero de 2022 (JUR 2022\143504). ARANZADI
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) núm. 212/2022, de 21 de marzo de 2022 (JUR 2022\196568). ARANZADI
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) núm. 233/2022, de 10 de octubre de 2022 (JUR 2022\362396). ARANZADI
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) núm. 809/2022, de 25 de octubre de 2022. CENDOJ
- Auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) núm. 40/2023, de 5 de abril de 2023 (JUR 2023\326120). ARANZADI

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Massamagrell (Provincia de Valencia), de 21 de septiembre JUR 2022\43252. ARANZADI