

Trabajo Fin de Grado

La nueva virtualidad del defensor judicial tras
la reforma del Código civil estatal por la Ley
8/2021

Autora

Andrea Artigas Trillo

Directora

Prof^a. Dra. Aurora López Azcona

Facultad de Derecho

2022

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1. MOTIVACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA PROPUESTO	5
2. OBJETIVOS Y ALCANCE DEL TRABAJO	6
3. METODOLOGÍA	6
II. ANTECEDENTES	7
1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL	7
2. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	7
3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.	10
3.1. El panorama vigente en España antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio.....	10
3.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo a la luz de la Convención UN 2006	11
3.3. La nueva regulación en España en virtud de la Ley 8/2021, de 2 de junio	12
III. EL DEFENSOR JUDICIAL	13
1. CONCEPTO Y CARACTERES.....	13
2. RÉGIMEN JURÍDICO	14
3. NOMBRAMIENTO Y SUPUESTOS LEGALES DE ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL .	14
3.1. Nombramiento	14
3.2. Supuestos tradicionales de actuación	16
3.3. La nueva virtualidad del defensor judicial	20
4. ELECCIÓN, INHABILIDAD Y EXTINCIÓN DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL	21
4.1. Elección	21
4.2. Inhabilidad y extinción	22

4.3. Rendición de cuentas	24
5. CONTENIDO DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL	24
IV. FIGURAS SIMILARES AL DEFENSOR JUDICIAL EN DERECHO	
COMPARADO.	26
1. LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO DE DERECHO ITALIANO	27
2. LA SALVAGUARDA DE JUSTICIA Y HABILITACIÓN FAMILIAR DE DERECHO FRANCÉS	28
2.1. La salvaguarda de justicia.....	28
2.2. Habilitación familiar.....	29
V. CONCLUSIONES	30
VI. BIBLIOGRAFIA Y OTRAS FUENTES DOCUMENTALES	34
VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	36

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.VV: Autores varios.

Art.: Artículo.

Arts.: Artículos.

Aptdo.: Apartado.

CC: Código Civil

C. Civ. Fr.: Código Civil Francés.

C. Civ. It: Código Civil Italiano.

CDPD: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cit.: La obra citada.

Dir.: Director.

Dra.: Doctora.

ECLI: Identificador europeo de jurisprudencia.

Et al.: Y otros.

Ex art.: En virtud del artículo.

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia.

LO: Ley Orgánica.

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

N.o / Núm.: Número.

P.: Página.

P.P: Páginas.

P.e: Por ejemplo.

Prof^a: Profesora.

Roj.: Repertorio de Jurisprudencia.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

UN: United Nations.

URL: Localizador de Recursos Uniforme.

Vol.: Volumen.

Y ss.: Y siguientes.

I. INTRODUCCIÓN

1. Motivación de la elección del tema propuesto

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto un importante punto de inflexión en el tratamiento jurídico de la discapacidad, ya que pretende adecuar el Ordenamiento jurídico estatal a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York. Ello ha implicado un cambio absoluto del sistema jurídico hasta entonces vigente, ya que se pasa de un sistema en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones, a uno basado en el respeto de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, de tal manera que, esta, como regla, será la encargada de tomar sus propias decisiones, eso sí dotada de los apoyos necesarios para hacerlo¹.

Lo anteriormente citado, va estrechamente relacionado con la importante distinción entre el concepto de incapacidad y discapacidad, ya que en muchas ocasiones a las personas con algún tipo de discapacidad física o sensorial se les ha dado un trato de incapacitados, sin serlo, lo cual supondría una discriminación injustificada², esto es así porque la declaración de incapacidad supondría la vulneración de la dignidad de la persona declarada incapaz y por ende, su derecho a la igualdad, ya que le priva de su capacidad de obrar y le discrimina respecto de las personas capaces. Por ello, ha sido importante revisar y eliminar de los Ordenamientos jurídicos nacionales, aquellas figuras basadas en la sustitución de decisiones³, para dar paso a un régimen mucho más acorde con la situación actual de las personas con discapacidad.

Por lo demás, interesa advertir que se trata de una normativa que afecta a un gran número de personas, por lo que tiene especial relevancia en nuestra sociedad, teniendo cabida en muchos aspectos de la vida cotidiana de estas personas con algún tipo de discapacidad física o psíquica, como puede ser el ámbito de la salud a la hora de tomar decisiones, otorgar testamento, el ámbito personal y familiar, entre otros. Muestra de ello es que, según datos publicados, en España hay 1.840.700 personas con discapacidad, con

¹ 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

² ALEMANY, M. «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General nº. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* núm. 52 (2018), p. 214.

³ ALEMANY, M., «Igualdad...», cit., pp. 208-209.

edades comprendidas entre los 16 y los 64 años, lo que supone un 6.12% de la población en dicha franja de edad⁴.

2. Objetivos y alcance del trabajo

En el presente trabajo se trata de analizar la novedosa situación que brinda la reciente entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, sin olvidar los antecedentes que han dado lugar a esta modificación.

En particular, vamos a centrar nuestra atención a la figura del defensor judicial, habida cuenta la nueva virtualidad reconocida a esta en la reforma de 2022. De este modo se ha ampliado su ámbito de actuación pasando de ser una figura de apoyo meramente transitoria a una figura ocasional pero recurrente, cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo con dicho carácter.

Por añadidura, se ofrecerá un estudio comparado del defensor con algunas de las similares que rigen en otros Ordenamientos de nuestro entorno como, en particular, son la administración de apoyo de Derecho italiano o la salvaguarda de justicia y habilitación familiar de Derecho francés.

3. Metodología

El correcto desarrollo del presente trabajo parte del estudio en profundidad de la Ley 8/2021 y sus precedentes y de la interpretación de que ha sido objeto por la doctrina, examinando a tal objeto la numerosa bibliografía vertida sobre la misma.

Además, ha sido objeto de examen detallado la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, junto con las observaciones que de la misma ha formulado el Comité UN sobre los derechos de las personas con discapacidad, para entender los planteamientos que han promovido un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad.

De la misma forma, han sido objeto de estudio a su vez algunas figuras semejantes al defensor judicial en el panorama europeo, en particular, las contempladas en Derecho

⁴ Informe Olivenza 2018 sobre la situación general de la discapacidad en España (URL: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2019/04/OED-INFORME-OLIVENZA-2018.pdf>, consultada el 12 de febrero de 2022).

francés e italiano para lo que ha sido necesario consultar la normativa correspondiente junto con determinados artículos y revistas para poder dar respuesta a las cuestiones que se nos plantean.

II. ANTECEDENTES

1. Origen y evolución del defensor judicial

El defensor judicial es una de las figuras integrantes del sistema tuitivo español de adultos desde 1983. Hasta ese momento su ámbito de aplicación estaba limitado a la patria potestad de los hijos menores, lo que fue modificado por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, extendiendo su ámbito a los regímenes de tutela y curatela. Este panorama permaneció intacto hasta la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria⁵ en la cual se pone de manifiesto en su propia Exposición de Motivos el deseo del legislador de extender su ámbito de aplicación⁶.

En fechas recientes, tal sistema se ha visto profundamente modificado por la Ley 8/2021 de 2 de julio. Esta reforma ha tenido por objeto adecuar dicho sistema y, por extensión, el tratamiento jurídico privado de la discapacidad a la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad. En lo que atañe al defensor judicial, dicha reforma ha optado novedosamente por configurarlo como una medida autónoma de apoyo, lo que supone un aumento cuantitativo de su intervención⁷.

2. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, entrando en abierta contradicción con diversas normas del Derecho interno español, que hubo de ser reformado progresivamente a través de diversas leyes que se sucedieron en el tiempo; tales como la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión

⁵ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución» en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, septiembre – octubre 2018, pp. 43-45.

⁶ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ... »», cit., pp. 51 y 54.

⁷ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ... »», cit., p. 56.

social; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal; o la LO 1/2017 sobre el Tribunal del Jurado, que garantiza la participación en él de las personas con discapacidad⁸.

El principal objetivo de la Convención, tal y como se recoge en su art. 1, radicaba “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 este modo, se propugna un cambio en el tratamiento de la discapacidad, ya que se deja a un lado el paternalismo que venía arraigado al trato de las personas con discapacidad, del mismo modo que trata de paliar la discriminación sufrida por este colectivo. Este concepto de discriminación por motivos de discapacidad viene referido en el art. 2 de la propia Convención entendiéndose por tal “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. A su vez, cabe destacar el art. 12 de la Convención el cual hace hincapié en esta ausencia de discriminación y un trato igual a las personas con discapacidad, ya que lleva por título “Igual reconocimiento como persona ante la Ley”. Todo lo anteriormente citado hace observar que nos encontramos ante un modelo de discapacidad basado en los derechos humanos, lo que implica la imposibilidad de privar a una persona de capacidad por el hecho de ser discapaz, sino, en su lugar, de prestarle apoyo en el ejercicio de la misma⁹.

Lo anterior es reflejo de los principios que inspiran estas medidas de apoyo, los cuales se deducen del Preámbulo de la Convención UN y, más concretamente, de su art. 12 ¹⁰:

1º. Principio de no discriminación por razón de discapacidad. La no discriminación es un concepto fundamental que inspira y aparece reflejado en multitud de artículos dentro de la Convención, entre ellos, sus arts. 3 y 5, además de aparecer reflejado en su Preámbulo concretamente en el apartado h): “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”; o en el apartado c): “Reafirmando la universalidad,

⁸ PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5 y 6.

⁹ ALEMANY, M. «Igualdad...», cit., pp. 205 y 206.

¹⁰ PAU, A. «De la incapacitación...», cit., pp. 12 y 13.

indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación”, entre otros.

2°. *Principio de respeto a la dignidad de la persona.* Se encuentra recogido entre los principios generales de la CDPD del art. 3, concretamente en su apartado a), es un principio que inspira a la Convención puesto que el modelo seguido por la esta, se basa en un modelo social de la discapacidad, es decir, un modelo de discapacidad basado en los derechos humanos¹¹, el cual conlleva que se adopten unas medidas de apoyo para que las personas con discapacidad tomen sus propias decisiones, respetando su autonomía, voluntad y preferencias, sin que exista riesgo de que se cometa ningún abuso¹².

3°. *Principio de respeto a la autonomía personal y, por ende, a la voluntad y preferencias.* Este principio pone de relevancia la importancia de las medidas de apoyo, ya que con ellas se pretende que se “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”, tal y como menciona el art. 12.4 de la Convención. Es importante destacar que este principio parece sustituir o, al menos, difuminar, al del interés de la persona con discapacidad que hasta este momento presidía en la materia, salvo en lo relativo a los menores de edad que sigue estando vigente, no en lo que respecta a su discapacidad, si no en lo relativo a la minoría de edad. De esta forma, a partir de la Convención UN, las medidas de apoyo no se van a prestar fundamentalmente en base a la voluntad y preferencias de la discapacidad¹³.

4°. *Principio de proporcionalidad.* De acuerdo, asimismo, con el art. 12.4 de la Convención UN, es necesario que las medidas que se adopten respecto a las personas con discapacidad “sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”, esto pone de manifiesto la importancia de que tales medidas sean individualizadas respecto a cada caso concreto.

5°. *Principio de temporalidad.* A su vez, es necesario que estas medidas “se apliquen en el plazo más corto posible” (art. 12.4 Convención UN).

¹¹ ALEMANY, M. «Igualdad...», cit., p. 206.

¹² LÓPEZ AZCONA, A. «Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en AA.VV, *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Olejnik, Santiago, Chile, 2021, p. 125.

¹³ LÓPEZ AZCONA, A., «Capacidad jurídica ...», cit., pp. 125-126.

6º. *Principio de revisión necesaria.* De la misma forma, es necesario que las medidas “estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial” (art. 12.4 Convención UN), ya que tal y como se menciona en el Preámbulo “la discapacidad es un concepto que evoluciona” y por lo tanto, no estamos hablando de un concepto estático, si no dinámico¹⁴.

7º. *Principio de apoyo desinteresado y leal.* Viene a hacer referencia a que aquellas personas que presten las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, deben hacerlo de modo que “no haya conflicto de intereses ni ejerzan una influencia indebida” (art 12.4 Convención UN)

De lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que el defensor judicial es una figura que se acoge a dichos principios, en especial, a los de proporcionalidad y temporalidad y, por tanto, es una figura adecuada a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

3. Evolución del tratamiento de las personas con discapacidad en España

3.1. El panorama vigente en España antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio

Hasta la reforma de 2021, el modelo seguido por el sistema español orbitaba en torno a la incapacitación, este se basaba en la protección del incapaz y así se manifiesta en la STS de 31 de diciembre de 1991: “esa y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o psíquicas de protegerse a sí misma”. De esta forma, la figura predominante en los procesos de incapacitación era la tutela, la cual se caracterizaba por la representación del incapacitado y por ende, la sustitución de su voluntad y preferencias¹⁵. Todo ello era reflejo de un sistema basado en el paternalismo y en el modelo médico de la discapacidad, según el cual, las personas con discapacidad quedan reducidas a estas deficiencias, no siendo reconocidos de esta forma como titulares de derechos, lo que en definitiva supone, un trato diferente a este colectivo¹⁶.

¹⁴ LÓPEZ AZCONA, A., «Capacidad jurídica...», cit., p. 127.

¹⁵ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Derecho privado y constitución*, núm. 24, 2010, pp. 29 y 30.

¹⁶ Observación CDPD núm. 6 (2018) III. El modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos y la igualdad inclusiva §8. (URL: <http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/>, consultada el 13 de marzo de 2022.)

En lo que respecta al defensor judicial, hasta la citada reforma se trataba de una figura supletoria especialmente orientada a los supuestos de conflictos de intereses de los que resultasen afectados las personas con discapacidad. A partir de ahí, se entiende por conflicto de intereses lo siguiente: “existiría conflicto cuando en la realización de los actos de guarda y protección de la actuación de los representantes ponga en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos”: STS de 17 de enero de 2003¹⁷.

3.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo a la luz de la Convención UN 2006

Desde la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, la discapacidad no se considera un estado civil; esto es así porque las personas con discapacidad no pueden verse como un grupo concreto o único, al que se le imponen de forma unánime una serie de normas jurídicas. Según la STS de 29 de abril de 2009, “debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado”¹⁸.

De la misma forma, interesa destacar cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo que a lo largo de los años ha ido mostrando el punto de vista de la Convención UN. Así, la STS de 1 de julio de 2014 pone de manifiesto la importancia de la graduación de la incapacitación y la inexcusable flexibilidad de la medida con la necesaria adaptación a la situación concreta de la persona con discapacidad: “De este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad”. Este argumento es completado posteriormente por la STS de 7 de marzo de 2018, ya que pone de manifiesto la importancia de respetar la autonomía e independencia individual de la persona con discapacidad a la hora de establecer dichas medidas. En el mismo hilo argumental, conviene citar la STS de 13 de mayo de 2015 que destaca que “El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, [...] , sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona

¹⁷ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ... », cit., p. 57.

¹⁸ PAU, A. «De la incapacitación...», cit., p. 10.

discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica”¹⁹.

3.3. La nueva regulación en España en virtud de la Ley 8/2021, de 2 de junio

A consecuencia del cambio paradigma de la discapacidad que ha implicado la Convención UN 2006, el Derecho español ha pasado de contemplar un sistema de protección a otro de apoyos a la toma de decisiones de las personas con discapacidad, de forma que se respete su autonomía, voluntad y preferencias, lo cual supone un giro de 180 grados respecto al panorama precedente. Además, a raíz de la CDPD pasa de predominar un modelo médico a un modelo social de la discapacidad, es decir, un modelo basado en los derechos humanos²⁰; de esta forma, las deficiencias físicas o psíquicas no suponen en ningún caso un motivo de peso para limitar estos derechos humanos promoviendo así una igualdad inclusiva²¹. Es por ello, por lo que se suprimen con la Ley 8/2021 figuras como la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada, figuras estas basadas en la representación y la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad sin dejar ningún tipo de margen a la autonomía de estos individuos.

En lo que concierne a la figura del defensor judicial, esta ha experimentado una extensión de su ámbito de actuación al introducirse la posibilidad de actuar como una medida de apoyo autónoma en los casos en los que la persona con discapacidad necesite un apoyo meramente ocasional, pero a la par recurrente²². De este modo, deja de contemplarse exclusivamente como una medida de apoyo meramente supletoria, en el sentido que viene a suplir a la persona o personas a quienes corresponde habitualmente ejercer el apoyo.

¹⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm.5, 2020, pp. 409 y 411.

²⁰ ALEMANY, M. «Igualdad...», cit., p. 206.

²¹ Observación CDPD núm. 6 (2018) III. El modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos y la igualdad inclusiva§9 y 11. (URL: <http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/> , consultada el 13 de marzo de 2022.)

²² MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ...», cit., pp. 52 y 53.

III. EL DEFENSOR JUDICIAL

1. Concepto y caracteres

Antes de la reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se podía definir al defensor judicial como una figura de protección de carácter transitorio y temporal, que operaba por designación judicial en situaciones de conflicto de intereses entre el “incapacitado” y los titulares de su patria potestad rehabilitada o prorrogada, tutor o curador, o bien cuando estos, por cualquier causa, no desempeñasen sus funciones. No obstante, a raíz de la reforma introducida en el Ordenamiento jurídico estatal, la figura del defensor judicial se extiende a aquellas situaciones en las que la persona con discapacidad necesita apoyo ocasional pero recurrente – así se establece en el art. 250, párrafo 6 CC–. Por tanto, se deja a un lado su consideración como figura supletoria, ampliándose su ámbito de actuación y, por ende, pasando a ser una figura de apoyo para la toma de decisiones de las personas con discapacidad²³.

A partir de ahí, podemos enunciar las siguientes características principales de la figura del defensor judicial, tal y como se articula en el CC²⁴:

1º. *Es una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad* en condiciones de igualdad, por lo que le resultan de aplicación los arts. 249 a 253 del CC relativos a las disposiciones generales sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

2º. Tal y como establece el propio art. 250 CC, se trata de una *medida formal de apoyo*; es decir, la medida se establece a través de una resolución judicial y, por consiguiente, es una *medida judicial de apoyo*.

3º. Respecto de las medidas de apoyo voluntarias, la figura del defensor judicial se constituye como una *medida de apoyo de carácter subsidiario*. Así lo dispone el art. 249.1 del Código Civil al establecer que: “las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”.

²³ BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial de la persona con discapacidad», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia (Dir. et al), Atelier, Barcelona, España, 2022, pp. 402 y 403

²⁴ BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial ...» cit., pp. 404 - 406

4º. Se trata de una figura de *carácter transitorio y temporal*, al contrario de lo que sucede con el resto de figuras de apoyo para las personas con discapacidad.

5º. Es una figura *compatible* con la curatela.

6º. Tiene un *ámbito de actuación tanto judicial como extrajudicial*. Su denominación “defensor judicial” no debe confundirnos y hacernos pensar que sus funciones se limitan únicamente a la esfera judicial, ya que sus funciones pueden comprender también la esfera personal, familiar y patrimonial de la persona con discapacidad.

2. Régimen jurídico

Dentro del CC la figura del defensor judicial como medida de apoyo de las personas con discapacidad se regula específicamente en su Capítulo V que incluye los arts 295 a 298, bajo la rúbrica “del defensor judicial de la persona con discapacidad”, sin perjuicio de otras referencias en preceptos aislados. Le son también aplicables los arts 249 a 253 relativos a las disposiciones generales de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.²⁵

También encontramos referencias a la figura del defensor judicial en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, concretamente en su capítulo II relativo a “la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento del defensor judicial”, arts. 27 a 32.

3. Nombramiento y supuestos legales de actuación del defensor judicial

3.1. Nombramiento

La propia denominación de defensor “judicial” revela la autoridad competente para su nombramiento. No obstante, este aspecto también ha sido objeto de cambio en los últimos años debido a la LJV 15/2015. Esto es así, ya que inicialmente el nombramiento le correspondía al juez, pero con la aprobación de la LJV la competencia para el nombramiento pasó, como regla, del Juez al Letrado de la Administración de Justicia²⁶.

Si acudimos a la Ley de Jurisdicción Voluntaria en su capítulo II que lleva por título “de la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento del defensor judicial”

²⁵ BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial...» cit., p. 404

²⁶ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona con discapacidad», en AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente (Dir.et al), Tirant lo Blanch, España, 2022, pp. 296 y 297.

se establece en el art. 28 que “será competente para el conocimiento de este expediente el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial”. De ello resulta, por consiguiente, que la competencia para el nombramiento del defensor judicial se ha atribuido, como regla general al Letrado de la Administración de Justicia. Esta misma idea se pone de manifiesto en el mismo Preámbulo de la LJV cuando afirma que “Asimismo, el Secretario judicial va a encargarse de la decisión de algunos expedientes en los que se pretende obtener la constancia fehaciente sobre el modo de ser de un determinado derecho o situación jurídica, y siempre que no implique reconocimiento de derechos subjetivos: cumplen estas condiciones el nombramiento de defensor judicial (...)”.

En lo que conviene al nombramiento del defensor judicial, el CC no establece nada al respecto acerca de que se tenga en consideración las preferencias de la persona con discapacidad a la hora de nombrarle un defensor judicial, ni si quiera se establece nada respecto a que se tenga en cuenta el orden de prelación que rige para el nombramiento del curador. De este modo, a pesar de que el legislador hace extensivos al defensor judicial los artículos que rigen la curatela relativos a la inhabilidad, excusa y remoción, no parece que sea esta su intención en lo que respecta al nombramiento²⁷.

En orden al procedimiento a seguir, el art. 30 LJV establece que “el Secretario judicial convocará a comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia (...) y a la persona con discapacidad”. A partir de ahí, si se da alguna de las situaciones establecidas en el art. 295 CC, finalmente, se nombrará defensor judicial a aquel que el LAJ considere más idóneo para el cargo (apartado 2 del art. 30 LJV), lo que supondría en designar para el cargo a aquella persona que sea más idónea para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 295 CC *in fine*)²⁸

²⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE, A., «A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo» en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020, p. 257

²⁸ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona... » cit., p. 298.

3.2. Supuestos tradicionales de actuación

El art. 295 CC establece las situaciones en las que debe nombrarse al defensor judicial. Entre ellas, los cuatro primeros apartados hacen referencia a los supuestos de actuación tradicionales que, a continuación, vamos a desarrollar.

A) La imposibilidad de prestar apoyo por “quien debe hacerlo”

En primer lugar, tal y como reproduce al apartado primero del art. 295, se establece el nombramiento del defensor judicial en aquellos casos en los que quien haya de prestar apoyo, por cualquier causa, no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. Esto supone la sustitución por un defensor judicial de la persona que viniese ejerciendo habitualmente la medida de apoyo -ya sea esta una medida de apoyo voluntaria o judicial-, si esta no pudiese desempeñarla, de forma que la persona con discapacidad no quede desatendida en su ejercicio de la capacidad jurídica.

Si la imposibilidad de ejercicio de la persona que presta habitualmente la medida de apoyo fuese puntual, el defensor judicial se limitará a desempeñar sus funciones hasta la reincorporación de la misma. Así resulta del art. 283 CC cuando establece que “quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto (...) el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias”. Sin embargo, si la imposibilidad fuese prolongada, esta podría dar lugar a la remoción de la persona que presta habitualmente la medida de apoyo por lo que el defensor judicial continuaría desempeñando sus funciones hasta que tuviese lugar un nuevo nombramiento. Este supuesto se contempla en el apartado 3 del art. 283 CC, cuyo tenor es el siguiente: “Si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal (...) y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador”²⁹.

No obstante lo anterior, no será necesario nombrar defensor judicial en el caso de que el apoyo se hubiese establecido mancomunada o conjuntamente a dos o más personas (art. 277 CC). Esto es así ya que aunque una de ellas no pudiese ejercer el cargo, podría

²⁹ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona...», cit., p. 288.

hacerlo la otra u otras conjuntamente (art. 220 CC). Lo mismo sucede en caso de que la medida de apoyo se hubiese encomendado solidariamente a varias personas. No obstante, si ninguna de las personas a las que se les hubiese encomendado la medida de apoyo de la persona con discapacidad pudiese ejercer sus funciones, o si se hubiesen designado con distinción de funciones – interpretando el art. 283.2 CC *a sensu contrario* que establece que “si fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses” –, sí que sería necesario nombrar un defensor judicial³⁰.

En cualquier caso, de acuerdo con el art. 253 del Código Civil, en aquellos casos en que una persona necesite apoyo y carezca de guardador de hecho, sino “el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas”³¹.

B) La existencia de conflicto de interés

En el aptdo. 2 del art. 295 CC encontramos el supuesto de actuación más característico del defensor judicial: la existencia de conflicto de intereses entre la persona que presta el apoyo y la persona con discapacidad. El concepto “conflicto de intereses” ha resultado ser un concepto difícil de definir, y que tampoco el propio Código Civil delimita, por lo que ha de ser un concepto que debe ser analizado en cada caso concreto³² y entendiendo por tal a grandes rasgos que “el conflicto, para ser tal, debe ser real en atención a las circunstancias concretas, de modo que exista un riesgo de que la actuación del representante en beneficio propio, ponga en peligro los intereses del representado” (STS de 8 de noviembre de 2017)³³. Este conflicto de intereses debe darse después de la designación de la persona que presta el apoyo, ya que, si hubiese sido anterior, el nombramiento no debería haber tenido lugar. Así se deduce del art. 250 CC, apartado 7 cuando establece que “al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida”. De forma similar, en sede de curatela se recoge como una causa de inhabilidad para ser curador en

³⁰ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona...», pp. 289 y 290.

³¹ BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial... » cit., p. 410.

³² BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial... » cit., p. 411.

³³ ÁLVAREZ LATA, N. «El defensor judicial de la persona con discapacidad», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (Dir.), Aranzadi, España, 2021 (libro electrónico).

el art. 275.3.2º lo siguiente: “La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo”.

En tal caso, al igual que en el anterior de nombramiento de defensor judicial por imposibilidad de actuación de la persona que normalmente presta el apoyo, si el conflicto de intereses fuese reiterado o prolongado en el tiempo podría tener lugar la remoción del cargo de la persona que prestase el apoyo habitualmente, por lo que el defensor judicial llevaría a cabo sus funciones hasta que se produjese un nuevo nombramiento (ex art. 283 CC). De igual forma sucede con el caso de que se tratase de un apoyo mancomunado o conjunto; de ser así, no sería necesario nombrar a un defensor judicial, ya que aunque alguna de las personas que prestase el apoyo tuviese intereses contrapuestos con la persona con discapacidad, cualquiera de las restantes podría salvar este conflicto de intereses³⁴.

A partir de ahí, un supuesto característico de conflicto de interés es en el marco del ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación de la filiación, según revela la lectura de la jurisprudencia. También se habla de conflicto de intereses en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales y partición hereditaria, ya que al concurrir normalmente el cónyuge viudo con hijos menores de edad o con discapacidad, y teniendo aquel un interés directo en las consecuencias de la liquidación de gananciales, suele ser habitual que se suscite entre los mismos un conflicto de intereses³⁵. Por añadidura, es importante advertir que si el conflicto de intereses se da en un acto de partición de la herencia el defensor judicial de la persona con discapacidad, deberá obtener la aprobación judicial, a no ser que se hubiese establecido otra cosa al hacer el nombramiento (art. 1060.3 CC), además la STS de 15 de octubre de 2008 establece que “una vez realizada la partición es cuando ha de recaer la aprobación judicial, de ningún modo para cada uno de los actos o acuerdos pre-particionales que vayan configurándola”³⁶.

En cualquier caso, el conflicto de interés debe reunir una serie de caracteres tanto subjetivos como objetivos. En primer lugar, si nos centramos en los caracteres subjetivos cabe destacar que, como es obvio, para que podamos hablar de conflicto de intereses es

³⁴ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona ...», cit., pp. 290 y 291.

³⁵ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ...», cit., pp. 60 y 65

³⁶ BLANDINO GARRIDO, A., «El defensor judicial...» cit., p. 414.

necesario que el mismo se dé entre la persona que presta la medida de apoyo y la persona con discapacidad³⁷.

Por lo que hace a los caracteres objetivos, la doctrina y la jurisprudencia han fijado una serie de criterios orientativos que sirven de guía a la hora de determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de conflicto de intereses, a saber³⁸:

- a) *Los intereses de la persona con discapacidad y de la persona que presta la medida de apoyo han de ser opuestos*: esto es, incompatibles o contrapuestos, lo cual supone que en un mismo acto se dan dos intereses cuya defensa corresponde a la misma persona, la cual intervendrá en su propio nombre y a su vez, en el de otros. Además de esto, los intereses se caracterizan por tener objetos totalmente contrapuestos, es decir, si actuamos en beneficio de uno, se da un perjuicio para el otro y al revés³⁹.
- b) *El conflicto de intereses debe darse sobre un asunto en concreto*: ello supone una valoración de las circunstancias que confluyen en ese momento. Por añadidura, debe tratarse de un *conflicto de presente*, siendo así un conflicto real, actual y efectivo lo que implica que el conflicto de intereses tiene que tener cierta importancia y tratar sobre cuestiones con transcendencia jurídica y personal para la persona con discapacidad⁴⁰.
- c) *El conflicto de intereses no debe ser de tal entidad que haga inhábil a la persona que normalmente viene prestando el apoyo*, ya que la figura del defensor judicial no ha sido concebida para ocuparse de situaciones de imposibilidad del prestador de apoyos que tienden a alargarse en el tiempo⁴¹.

C) Durante la tramitación del procedimiento de excusa o remoción del curador

El apartado 3 del art. 295 CC establece el nombramiento del defensor judicial “cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario”; es decir, cuando el curador alegue una excusa para dejar de seguir

³⁷ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. «Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses» en AA.VV, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, De Salas Murillo (Dir. et al), Tirant lo Blanch, España, 2019, pp. 276 y 277.

³⁸ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. «Supuestos en los que interviene ...» cit., p. 277.

³⁹ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. «Supuestos en los que interviene ...» cit., p. 278.

⁴⁰ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. «Supuestos en los que interviene ...» cit., pp. 282 y 284.

⁴¹ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. «Supuestos en los que interviene ...» cit., p. 285.

ejerciendo la curatela, la autoridad judicial podrá nombrar a un defensor judicial si lo estima conveniente, mientras se tramita la excusa (ex art. 279 CC).

Lo mismo se establece en el art. 278.3 CC en lo que respecta a la tramitación del expediente de remoción de la curatela al establecer que “durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial”⁴².

D) Durante la tramitación del procedimiento de medidas judiciales de apoyo

Por último en lo que respecta a los supuestos tradicionales de actuación del defensor judicial, cabe hacer mención del apartado 4 del art. 295 CC que contempla el nombramiento del defensor judicial como medida provisional en relación a la administración de los bienes durante la tramitación del proceso de medidas judiciales de apoyo. En el propio artículo se establece que se nombrara al defensor judicial “cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial”⁴³.

3.3. La nueva virtualidad del defensor judicial

A raíz de la reforma del Código civil estatal operada por la Ley 8/2021, se ha introducido un nuevo supuesto de actuación de la figura del defensor judicial, tal y como resulta del art. 250 CC, párrafo 6: “El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”. En los mismos términos se expresa el apartado 5 del art. 295 CC cuando establece que se nombrara al defensor judicial “cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente”. De esta forma, como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la figura del defensor judicial deja de considerarse como una figura supletoria, para convertirse en una medida de apoyo autónoma ⁴⁴.

Tales previsiones guardan conexión con la nueva configuración de la curatela en el Código civil como última medida de apoyo a la que acudir, según resulta del art. 269.1

⁴² BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial ...» cit., pp. 417 y 418.

⁴³ BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial ...» cit., p 418.

⁴⁴ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ... », cit., p. 56.

CC cuyo tenor es el siguiente: “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”. De ello resulta, en lo que aquí interesa, que en el nuevo sistema de apoyos articulado por el legislador estatal se otorga cierta primacía a otras medidas menos invasivas, como es la figura del defensor judicial, siempre que garanticen un apoyo suficiente a la persona con discapacidad. Es por ello, que conforme a todo esto, quedarían en la órbita del defensor judicial, aquellos supuestos que no presenten especial magnitud con respecto a las necesidades de apoyo⁴⁵.

Esta novedosa virtualidad de la figura del defensor judicial podría resultar muy útil para aquellos que padecen alguna afección no persistente o puntual como puede ser el trastorno límite de la personalidad, el trastorno bipolar, episodios depresivos puntuales e incluso de carácter cíclico, entre otros, ya que estas afecciones se caracterizan porque sus manifestaciones aparecen y desaparecen con cierta regularidad⁴⁶, no siendo necesario así que en las épocas en las que estas personas se encuentren en una fase estable de la enfermedad, o en la que no padezcan ningún brote de la misma, se les presten medidas de apoyo, siendo únicamente necesarias cuando estas afecciones se manifiesten.

4. Elección, inhabilidad y extinción del cargo de defensor judicial

4.1. Elección

En lo que respecta a las personas que pueden ser designadas como defensor judicial de las personas con discapacidad, el art. 295 párrafo 2º Código Civil se limita a establecer que “la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad.

Se renuncia así a aplicar al defensor judicial el régimen atinente al nombramiento del curador, cuando el art. 297 CC prevé, en cambio, que “Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo”. Ello significa que, a la hora de designar al defensor judicial, el órgano judicial (LAJ o, en su caso, Juez) no está vinculado por ninguna propuesta al respecto de la persona con discapacidad –como sí ocurre en sede

⁴⁵ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona ...», cit., p. 295.

⁴⁶ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona ...», cit., p. 295.

de curatela ex art. 271 CC: “Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador”–, ni tampoco por la elección llevada a cabo por su cónyuge o la persona en la que hubiese delegado tal elección –a sensu contrario ex art 274 CC–. Además, tampoco deberá tener en cuenta el orden de prelación establecido legalmente para designar curador en los casos de ausencia de previsión voluntaria por parte de la persona con discapacidad (art 276 CC).

No obstante lo anterior, la doctrina considera que resultan aplicables al defensor judicial los requisitos de capacidad que se exigen curador, lo que resulta razonable, ya que el defensor judicial en algunas ocasiones tiene como finalidad la sustitución de éstas. Por tanto, en aplicación del art. 275.1, párrafo primero del CC, podrán ser defensores judiciales “las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función” –además de lo referido anteriormente respecto a las personas jurídicas–⁴⁷.

En definitiva, en el nombramiento del defensor judicial, la autoridad judicial goza de un importante margen de maniobra, debiendo guiarse exclusivamente por el criterio de la idoneidad. Sí que habrá de dar audiencia a la persona con discapacidad ex art. 295.2 CC, pero ello no merma ni disminuye el margen de maniobra del órgano judicial⁴⁸.

4.2. Inhabilidad y extinción

En este epígrafe se abordan aquellas situaciones o causas, por las que, por una razón u otra, una persona no puede ser nombrada *prima facie* para el cargo o *a posteriori* no puede llevar a término sus funciones⁴⁹.

A) Inhabilidad⁵⁰

Las causas de inhabilidad son aquellas circunstancias que, si concurren en una persona, esta no podrá ser designada en ningún caso defensor judicial. Resultan de aplicación por

⁴⁷ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona ...», cit., pp. 300 y 301.

⁴⁸ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona ...», cit., pp. 299 y 300

⁴⁹ BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial ...» cit., p. 427.

⁵⁰ Sigo en este epígrafe las explicaciones de MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona ...», cit., pp. 301 y 302.

analogía las recogidas en sede de curatela en el art. 275.2 CC. Así, no podrán ser designados como defensor judicial “quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo, quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección” y, además, “quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior”.

El art. 275, en su apartado 3 continúa diciendo que se diesen circunstancias excepcionales debidamente motivadas, la autoridad judicial tampoco podrá nombrar como defensor judicial a una persona que se encuentre en las siguientes situaciones:

1. “A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela”.
2. “A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo”.
3. “Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal”.
4. “A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona”.

Por último, cabe mencionar la causa de inhabilidad recogida en el art. 250 CC in fine al establecer que “no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”.

B) Excusa y remoción

El mantenimiento del régimen de excusas en el Código Civil hace deducir la obligatoriedad del ejercicio de las medidas de apoyo y, por ende, del ejercicio del cargo del defensor judicial. Tal y como se ha establecido anteriormente en el presente trabajo, el régimen de excusas recogido para la curatela resulta aplicable a la figura del defensor judicial por reenvío del art. 297 CC⁵¹.

Estas excusas vienen recogidas en el art. 279 CC, precepto que en su párrafo 1 establece respecto a la persona física, que será excusable el desempeño del defensor judicial “si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo”, y continúa diciendo que también podrá excusarse

⁵¹ MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona ...», cit., p. 302.

el defensor judicial de continuar ejerciendo sus funciones “cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa”. Por su parte, el párrafo segundo estipula lo relativo a las personas jurídicas privadas, estableciendo que estas podrán excusarse del ejercicio de defensor judicial cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño del cargo o las condiciones de ejercicio del defensor judicial no sean acordes con sus fines estatutarios.

Igualmente puede ocurrir que, tras la designación del defensor judicial, concurra alguna circunstancia que inhabilite o ponga de manifiesto que las condiciones morales o personales que se tuvieron en cuenta para la designación del mismo, realmente no se dan, por lo que se podrá instar la remoción del defensor judicial⁵². En particular, de acuerdo con el art. 278 CC – aplicable por remisión del art. 297 CC –, serán removidos del cargo de defensor judicial “los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo”.

En base al art. 32 LJV, cabe decir que tanto la apreciación de la excusa alegada por la persona que viniese ejerciendo el cargo de defensor judicial, como la remoción del mismo, corresponden al LAJ.⁵³

4.3. Rendición de cuentas

El art. 298.2 CC impone al defensor judicial la obligación de rendir cuentas, una vez que realice su gestión. Es competente para esta rendición de cuentas el Letrado de la Administración de Justicia (art. 32 LJV). A pesar de que no encontramos una remisión directa en lo que respecta a la rendición de cuentas en sede de curatela, la doctrina considera que podemos acudir por analogía a las normas establecidas para la rendición de cuentas⁵⁴.

5. Contenido del cargo de defensor judicial⁵⁵

El contenido del cargo de defensor judicial no viene predeterminado por la ley, si no que tal y como establece el art. 30 de la LJV, en su apartado 2 “se nombrará defensor

⁵² MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona ...», p. 302.

⁵³ BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial ...» cit., p. 429.

⁵⁴ BLANDINO GARRIDO, A. «El defensor judicial ...» cit., p. 429.

⁵⁵ Sigo en este epígrafe las explicaciones de MARTÍN AZCANO, E., «El defensor judicial de la persona ...», cit., pp. 302- 305.

judicial a quien el Secretario judicial estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera”. Esta “determinación de las atribuciones que le confiera, viene a hacer referencia a que el contenido de esta medida de apoyo deberá especificarse en cada caso concreto y variará en función del supuesto que haya determinado su nombramiento. Por lo tanto, el contenido del cargo del defensor judicial no será el mismo si se trata de una intervención de carácter sustitutivo que si no lo es.

En el caso de que el defensor judicial intervenga como sustituto de la persona que habitualmente presta las medidas de apoyo, el defensor judicial coexistirá de forma provisional con la otra medida de apoyo a la que ha sido necesario reemplazar –aunque la persona que presta esta medida de apoyo se encontrará total o parcialmente suspendida en el ejercicio de su cargo–, por lo que en tales circunstancias el contenido del cargo del defensor judicial vendrá delimitado por el régimen de la institución sustituida, de forma que en ningún caso, las funciones atribuidas no podrán exceder nunca las propias del cargo que reemplaza. Lo mismo sucede cuando el motivo de la designación del defensor judicial sea el conflicto de intereses. En el resto de situaciones en las que interviene el defensor judicial, la autoridad judicial a la hora de delimitar sus funciones contará con mayor independencia, debiendo tener en cuenta únicamente a las circunstancias que justifican su intervención.

Conforme a lo anterior, el auto de nombramiento deberá concretar, por tanto, el contenido del cargo del defensor judicial y, por añadidura, si su función va a ser asistencial o excepcionalmente representativa, ya que, según prevé el art. 249.3 CC, “en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Por añadidura, el art. 251 CC resulta aplicable al defensor judicial, por lo que se le prohíbe a este:

1. “Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor”.

2. “Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses”.
3. “Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título”.

Para finalizar, interesa hacer referencia a los derechos y obligaciones que tiene la persona en el ejercicio del cargo del defensor judicial. Sobre este particular, los arts. 295 a 298 CC referidos específicamente al defensor judicial únicamente mencionan la obligación de “conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad a la que presta la medida de apoyo (art. 297 CC) y la obligación de rendir cuentas (art. 298.2 CC). No obstante, también le son de aplicación por analogía el art. 266 CC, por el cual se establece el derecho del defensor judicial “al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización” por los daños derivados del ejercicio de su función, “a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo”. Igualmente, el art. 281 CC que establece que el defensor judicial “tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita”. Del mismo modo, conforme a los arts. 284 y 285 CC, cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir (...) la constitución de fianza, o en caso de que el defensor judicial tuviese encomendada facultades representativas, la obligación de hacer inventario. Por último, resultan de aplicación a la figura del defensor judicial, las disposiciones establecidas en materia de responsabilidad de los arts. 1101 y ss. del CC, por lo que deberán reparar los daños causados en el ejercicio de su cargo.

IV. FIGURAS SIMILARES AL DEFENSOR JUDICIAL EN DERECHO COMPARADO

Si ponemos el punto de mira en el panorama legislativo europeo, podemos encontrar figuras semejantes u homólogas a la figura de nuestro defensor judicial, no obstante, nuestra figura del defensor judicial se caracteriza por tener un alcance más amplio en comparación a las figuras análogas del Derecho francés e italiano – entre otros –, puesto que en estos últimos sus respectivos ámbitos de funcionamiento, bien sean con mayor o menor alcance, siguen limitándose a la resolución de conflictos de intereses, es así en este contexto donde podría situarse la figura italiana de la administración de apoyo y las figuras francesas de la salvaguarda de justicia y habilitación familiar ⁵⁶, ya que, aunque

⁵⁶ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ...», cit., p. 53.

estas son anteriores cronológicamente hablando a la Convención UN, se basan en los mismos principios básicos que esta. Esto es así porque frente a las medidas tradicionales de incapacitación previstas para situaciones de mayor gravedad, estos países adoptaron sistemas de apoyos que se ajustaban a las necesidades de cada persona con discapacidad, participando en el proceso de toma de decisiones⁵⁷ tratando de limitar lo menos posible la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, bien sea por padecer esta una simple alteración temporal o porque únicamente sea necesaria la medida de apoyo para la realización de ciertos actos del discapacitado⁵⁸.

1. La administración de apoyo de Derecho italiano

La legislación italiana, en relación al tratamiento de las personas con discapacidad, fue objeto de una importante reforma antes de la Convención UN 2006 a través de la Ley de 9 de enero de 2004 ⁵⁹ con la introducción de la figura de la administración de apoyo – *amministrazione di sostegno*– en los arts. 404 a 413 del Código Civil Italiano. Ello supuso un importante cambio de perspectiva ya que a partir de entonces se establece la posibilidad de que la persona que padezca una disminución física o psíquica y se encuentre en una situación de imposibilidad, aunque esta sea parcial o temporal, de atender sus propios intereses, le sea nombrado una administración de apoyo por el juez, la cual cuidará de la persona y de su patrimonio ⁶⁰. Así se establece en el propio art. 404 C. Civ. It.

Esta figura tiene gran transcendencia porque no somete a la persona con discapacidad a un procedimiento de incapacitación y, por ende, no cuestiona su capacidad que la persona conserva salvo para los actos que se atribuyan exclusivamente a la administración de apoyo. Así, si acudimos al art. 409 C. Civ It que lleva por título “efectos de la administración de apoyo” se plasma esta idea al establecer que el beneficiado por la administración de apoyo conserva la capacidad para todos aquellos actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo⁶¹. Además, en el propio art. 410 C. Civ. It. relativo a las funciones del administrador de

⁵⁷ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J., «El proceso de toma de decisiones ...», cit. p. 49.

⁵⁸ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ...», cit., p. 53.

⁵⁹ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ...», cit., p. 48.

⁶⁰ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J., «El proceso de toma de decisiones ...», cit., p. 49.

⁶¹ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J., «El proceso de toma de decisiones ...», cit., p. 49.

apoyo, se establece que, en el desempeño de las mismas, el administrador de apoyo deberá tener en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario.

2. La salvaguarda de justicia y habilitación familiar de Derecho francés

Por lo que hace al Derecho francés, su actual normativa en materia de discapacidad se incorporó en el CC francés a raíz de la Ley de 5 de mayo de 2007 – vigente desde el 1 de enero de 2009–. Si acudimos al art. 415 C. Civ. Fr. establece que la normativa recogida en los arts. posteriores se sustenta “en el respeto de las libertades individuales, de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona” ⁶². Además, continua diciendo que la finalidad es el interés de la persona protegida y que se promueve en la medida de lo posible la autonomía de estos últimos. En lo que aquí interesa, podemos identificar como figuras semejantes al defensor judicial, por un lado, la figura de la salvaguarda de justicia – *sauvegarde de justice*– regulada en los arts. 433 a 439 del C. Civ. Fr. y por otro lado, la habilitación familiar –*habilitation familiale*– regulada en los art. 494-1 a 494-12 C. Civ. Fr.

2.1. La salvaguarda de justicia

Por lo que hace a la salvaguarda de justicia, establece el art. 433 C. Civ. Fr. que “el juez podrá poner bajo tutela judicial a la persona que (...) necesite una tutela judicial temporal o ser representada para la realización de determinados actos” cuando esta persona padezca una alteración de sus facultades mentales o corporales y no pueda velar por sí misma o por sus intereses a causa de esta alteración (ex art. 425 C. Civ. Fr.). En base a esto hay que acudir al art. 435 C. Civ. Fr. ya que este menciona que “la persona puesta bajo tutela judicial conserva el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, no podrá, bajo pena de nulidad realizar un acto para el cual se haya designado un mandatario especial conforme al art. 437”. Todo esto viene a decir que esta medida se establece para aquellos supuestos en los que la discapacidad de la persona tiene un carácter temporal y está restringida a ciertos ámbitos concretos, conservando la persona que padece estas deficiencias la plena capacidad para llevar a cabo todo tipo de actos aunque frente a ellos se pueda ejercitar un control con posterioridad a la realización de los mismos, mediante el posible ejercicio de una acción de rescisión en caso de que estos actos sean lesivos ⁶³.

⁶² MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ...», cit., p. 49.

⁶³ MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual ...», cit., p. 49.

Por añadidura, resulta importante destacar el carácter temporal de esta medida, poniéndolo en conexión con el principio de temporalidad reflejado art. 12.4 Convención UN y que también cumple nuestra figura del defensor judicial. Así, el art. 439 C. Civ. Fr. dispone que “Bajo pena de caducidad, la medida judicial de salvaguardia no podrá exceder de un año, renovable por una sola vez en las condiciones previstas en el párrafo cuarto del art. 442”.

2.2. Habilitación familiar

El art. 494-1 C. Civ. Fr. da entrada a la habilitación familiar “cuando una persona no pueda valerse por sí misma o de sus intereses a causa de una alteración, médicamente comprobada, de sus facultades mentales o de sus facultades corporales que impida la expresión de su voluntad, el juez de tutelas podrá autorizar una o más personas elegidas entre sus ascendientes o descendientes, hermanos y hermanas o, a menos que la comunidad de vida haya cesado entre ellos, el cónyuge, la pareja con la que están obligados por un pacto civil de solidaridad o la pareja de hecho, asistirle en las condiciones previstas en el art. 467 o dictar en su nombre uno o más actos en las condiciones y según los procedimientos previstos en esta sección y en los del Título XIII del Libro III que no le sean contrarios, para salvaguardar sus intereses”. Se trata así de una figura muy similar a la salvaguarda de justicia con la diferencia de que la persona que va a prestar la medida es del entorno familiar de la persona con discapacidad.

Además, en el propio art. 494.2 CC se destaca el carácter subsidiario de la medida al establecer que “la autorización familiar sólo puede ser ordenada por el juez en caso de necesidad y cuando el interés de la persona no pueda ser suficientemente atendido mediante la aplicación de las normas del derecho común de representación, las relativas a los derechos y deberes respectivos de los cónyuges y las normas de regímenes matrimoniales”.

En todo caso, al igual que ocurre con la salvaguarda de justicia, en la habilitación familiar la persona con discapacidad conserva su capacidad, sin perjuicio de aquellos actos cuya celebración se haya atribuido en exclusiva a la persona autorizada, tal y como se deduce del art. 494-8 C. Civ. Fr. cuyo tenor es el siguiente: “La persona a quien se haya expedido la habilitación (...) conserva el ejercicio de sus derechos distintos de aquellos cuyo ejercicio le haya sido encomendado a la persona autorizada para representarla con arreglo a este apartado”.

V. CONCLUSIONES

Procede finalizar el presente Trabajo de Fin de Grado con la exposición de las conclusiones más relevantes a las que he llegado en su elaboración

Sobre la evolución de los derechos de las personas con discapacidad en España

1ª. La Convención de Naciones sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 ha supuesto un punto de inflexión en el tratamiento de la discapacidad, dando lugar a que el Derecho español iniciase un lento y progresivo proceso de revisión de su régimen jurídico al respecto a través de diversas leyes, hasta concluir con la más notoria -y en torno a la cual orbita el presente trabajo-: 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,.

2ª. El principal objetivo de la CDPD radica en promover y garantizar la igualdad y el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad y garantizar su dignidad inherente; todo ello mediante un sistema de apoyos adecuado que respete la autonomía, voluntad y preferencias de la personas con discapacidad, para que sean ellas mismas las que tomen sus propias decisiones, suponiendo esto la imposibilidad de privar a una persona de su capacidad jurídica simplemente por padecer una deficiencia física o psíquica.

3ª. Las medidas de apoyo que introduce la Ley 8/2021 se inspiran en una serie de principios que se deducen del propio Preámbulo de la Convención y de su art. 12, como son el principio de no discriminación por razón de discapacidad, los principios de respeto a la dignidad de la persona y a la autonomía personal y por ende, a la voluntad y preferencias, los principios de proporcionalidad, temporalidad y revisión necesaria, y por último el principio de apoyo desinteresado y leal.

4ª. En el nuevo sistema de apoyos estatal se abandona el paternalismo que caracterizaba el trato a este colectivo, suprimiendo figuras como la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada, que se caracterizaban por la representación y sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, sin dejar margen alguno a la autonomía de estas personas.

5º. En el ínterin entre la ratificación de la Convención por el Estado español y la aprobación de la Ley 8/2021, el Tribunal Supremo ha ido sentando reiterada jurisprudencia, estableciendo que las personas con discapacidad no pueden verse como

un grupo concreto o único al que se les impone de forma uniforme un mismo régimen de protección, sino que este tiene que verse como algo flexible, que debe adaptarse a las concretas necesidades de cada persona con discapacidad, siendo la finalidad de todo esto, la efectiva y real protección de estas personas mediante el apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica.

Sobre el defensor judicial

1ª. La figura del defensor judicial es acorde a los principios rectores de la Convención UN, en especial, a los de proporcionalidad y temporalidad, y, por tanto, resulta una figura adecuada a la misma.

2ª. Las principales características de esta figura son las siguientes: es una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; se trata de una medida formal de apoyo y, por consiguiente, también se trata de una medida judicial de apoyo; respecto de las medidas de apoyo voluntarias, se trata de una medida de apoyo de carácter subsidiario; es una figura de carácter transitorio y temporal; es una figura compatible con la curatela; y por último, tiene un ámbito de actuación tanto judicial como extrajudicial.

3ª. El defensor judicial encuentra regulado específicamente en el Capítulo V del Código civil estatal (arts. 295 a 298), además de resultarle también de aplicación los arts. 249 a 253 relativos a las disposiciones generales de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Extracodicialmente, también encontramos referencias a la figura del defensor judicial en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en sus arts. 27 a 32, bajo la rúbrica “la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento del defensor judicial”

4ª. La Ley de Jurisdicción Voluntaria establece el procedimiento para el nombramiento del defensor judicial, cuya tramitación corresponde al Letrado de la Administración de Justicia.

5ª. Los supuestos de actuación de la figura del defensor judicial vienen regulados en el art. 295 del CC. Este precepto mantiene los supuestos tradicionales como son la actuación del defensor judicial por imposibilidad de prestar el apoyo “quien debe hacerlo”; el conflicto de intereses; el nombramiento del defensor judicial durante la tramitación del procedimiento de excusa o remoción del curador y durante la tramitación del

procedimiento de medidas de apoyo. Junto a ello interesa destacar la nueva virtualidad de esta figura como medida de apoyo ocasional, aunque sea recurrente.

6ª. Para considerar que existe conflicto de interés, la jurisprudencia ha fijado una serie de criterios orientativos tanto subjetivos como objetivos. Como criterios subjetivos cabe destacar que para que podamos hablar de conflicto de intereses es imprescindible que este se dé entre la persona con discapacidad y la persona que presta la medida de apoyo. Respecto a los criterios objetivos, los intereses de la persona con discapacidad y de la persona que presta el apoyo deben ser opuestos; a su vez, el conflicto de intereses debe darse sobre un asunto en concreto y no debe ser de tal entidad que haga inhábil a la persona que normalmente presta el apoyo.

7ª. En la elección del defensor judicial prima el criterio de la idoneidad de la persona que va a prestar las medidas de apoyo a la hora de interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, renunciando a aplicar así el régimen establecido para el nombramiento del curador. Esto significa que, aunque sí que deberá darse audiencia a la persona con discapacidad, la autoridad judicial no está vinculada por ninguna propuesta al respecto de la persona con discapacidad, por lo que goza de un amplio margen de maniobra.

8ª. La primacía del criterio de idoneidad se refleja también cuando hablamos del contenido del cargo del defensor judicial, ya que este no viene predeterminado por la ley, si no que se debe especificar en cada caso concreto y varía en función del supuesto que haya determinado su nombramiento.

9ª. Son aplicables por analogía al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción previstas en sede de curatela, además de la obligación de rendir cuentas una vez que realice su gestión.

Sobre la nueva virtualidad del defensor judicial

1º. Aunque esta figura se integra en el sistema tuitivo español desde 1983, su régimen jurídico ha permanecido intacto hasta la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, que amplía ámbito de actuación. Posteriormente, se ha visto modificada, de nuevo y en profundidad, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, la cual ha optado por establecer un nuevo supuesto de actuación de la figura (el apoyo ocasional y recurrente), configurándola como así una medida autónoma de apoyo.

Ello ha supuesto un aumento cuantitativo de la intervención del defensor judicial, al introducirse la posibilidad de actuar como una medida de apoyo autónoma en los casos en los que la persona con discapacidad necesite un apoyo meramente ocasional, aunque este sea recurrente.

2ª. Hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, la figura del defensor judicial se contemplaba en el Ordenamiento jurídico español una figura supletoria, especialmente orientada a los casos en los que surgiese un conflicto de intereses que afectase a las personas con discapacidad, en el sentido de que, hasta este momento, la figura del defensor judicial únicamente suplía a la persona o personas que habitualmente ejercían el apoyo.

3ª. La reforma del CC estatal en virtud de la ley 8/2021 configura la curatela como última medida de apoyo a la que acudir, tal y como resulta del tenor del art. 269.1 CC, otorgando primacía a otras medidas menos invasivas como es el caso del defensor judicial.

4ª. Esta nueva virtualidad del defensor judicial puede resultar muy útil en el futuro para aquellas personas que sufren alguna afección no persistente o puntual como es el trastorno límite de la personalidad, el trastorno bipolar, episodios depresivos puntuales etc. Esto es así, ya que estas afecciones aparecen y desaparecen de forma regular, por lo que en las épocas en las que estas personas se encuentren en una fase estable de la enfermedad o no padezcan ningún brote, no es necesario que se les preste ninguna medida de apoyo.

Sobre las figuras similares al defensor judicial en el ámbito europeo

1º. En el panorama legislativo europeo podemos encontrar figuras que se asemejan y cumplen funciones análogas al defensor judicial y que, a su vez, se basan en los mismos principios básicos que la CDPD.

2º. En Derecho italiano encontramos la figura de la administración de apoyo, la cual tiene gran transcendencia ya que no somete a la persona con discapacidad a un procedimiento de incapacitación y, por ende, no cuestiona la capacidad de la misma, que la conserva salvo para los actos que se atribuyan exclusivamente a la administración de apoyo. Su establecimiento corresponde al juez en aquellos casos en los que la persona

sufra una disminución física o psíquica que le impida, aunque sea temporalmente, atender sus propios intereses.

3ª. En Derecho francés centramos nuestra atención en la salvaguarda de justicia y la habilitación familiar.

4ª. Con la salvaguarda de justicia se trata de que el juez ponga bajo protección judicial a aquella persona que necesite temporalmente ser representada para la realización de determinados actos cuando padezca alguna deficiencia física o psíquica y no pueda velar por sí misma o por sus intereses. No obstante, la persona con discapacidad seguirá conservando la plena capacidad para realizar todo tipo de actos, aunque frente a estos se pueda ejercitar después un control, por si resultase necesario ejercitar una acción de rescisión en caso de que estos actos fuesen lesivos.

5ª. La habilitación familiar sigue el mismo patrón que la salvaguarda de justicia, con la diferencia de que el juez podrá autorizar para asistir a la persona que sufra estas deficiencias a una o más personas elegidas entre los ascendientes o descendientes, hermanos o, el cónyuge o pareja de hecho, salvo que haya cesado entre ellos la comunidad de vida; es decir, la persona que prestara el apoyo, será elegida por la propia persona con discapacidad, de su entorno familiar.

VI. BIBLIOGRAFIA Y OTRAS FUENTES DOCUMENTALES

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General nº 1 (2014) del Comité UN de los derechos de las personas con discapacidad)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52 (2018), pp. 205 – 214.

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Derecho privado y constitución*, núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 29 – 49.

ÁLVAREZ LATA, N., «El defensor judicial de la persona con discapacidad», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y*

- procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (Dir.), Aranzadi, España, 2021 (libro electrónico).
- BLANDINO GARRIDO, A., «El defensor judicial de la persona con discapacidad», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia (Dir. et al), Atelier, Barcelona, España, 2022, pp. 402 – 429.
- LÓPEZ AZCONA, A., «Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en AA.VV., *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Olejnik, Santiago, Chile, 2021, pp. 125 – 127.
- MARTÍN AZCANO, E., «El defensor judicial de la persona con discapacidad», en AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente (Dir. et al), Tirant lo Blanch, España, 2022, pp. 288 – 305.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A., «A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo» en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020, p. 257.
- MORENO MARTÍNEZ, A., «Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, septiembre – octubre 2018, pp. 43 – 65.
- PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5 – 13.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 2020, pp. 409 – 411.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., «Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses» en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones*

Unidas en materia de discapacidad, De Salas Murillo (Dir. et al), Tirant lo Blanch, España, 2019, pp. 276 – 285.

OTRAS FUENTES DOCUMENTALES

Informe Olivenza 2018 sobre la situación general de la discapacidad en España. (URL: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2019/04/OED-INFORME-OLIVENZA-2018.pdf>).

Observaciones Generales del Comité de Derechos NN.UU. (URL: <http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/9>)

VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

STS de 31 de diciembre de 1991	Roj. STS 1991/9483 – ECLI: TS:1991:16390
STS de 17 de enero de 2003	Roj. STS 127/2003 - ECLI:ES:TS:2003:127
STS de 15 de octubre de 2008	Roj. STS 5217/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5217
STS de 29 de abril de 2009	Roj. STS 2362/2009 - ECLI: ES:TS:2009:2362
STS de 1 de julio de 2014	Roj. STS 3168/2014 - ECLI: ES:TS:2014:3168
STS de 13 de mayo de 2015	Roj. STS 1945/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1945
STS de 8 de noviembre de 2017	Roj. STS 597/2017 - ES:TS:2017:3923
STS de 7 de marzo de 2018	Roj. STS 732/2018 - ECLI: ES:TS:2018:732