



FACULTAD DE DERECHO

**MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS
QUE PRECISAN APOYOS A SU CAPACIDAD
JURÍDICA: COMPARATIVA ENTRE EL DERECHO
ESPAÑOL Y EL DERECHO FRANCÉS**

Autora: Natacha REMAUD

Curso: 4ºE-1 francés

Derecho civil

Tutora: Profesora Reyes Corripio

MADRID
Abril de 2022

RESUMEN

Desde hace unos años se nota una voluntad creciente de protección de las personas con discapacidades, para alinearse con las disposiciones del derecho internacional. Así, en este contexto, se produjeron recientemente grandes reformas tanto en España como en Francia a fines de establecer un sistema de protección para las personas con discapacidades, a través de diferentes medidas de apoyo a la capacidad jurídica de aquellas personas. La comparativa llevada a cabo a lo largo de este trabajo entre ambos sistemas de apoyos permite entender las principales similitudes y diferencias que existen entre ambos ordenamientos jurídicos, tanto del punto de vista de los actores que intervienen en el procedimiento, como del de las consecuencias que producen el pronunciamiento de las diferentes medidas que existen.

PALABRAS CLAVES: Derecho civil, Derecho comparado, medidas de apoyo, medidas de protección, capacidad jurídica, discapacidad, curatela.

ABTRACT

Over the past few years, there has been a growing desire to protect persons with disabilities in order to bring them into line with the provisions of international law. Thus, in this context, major reforms were recently carried out in both Spain and France in order to establish a system of protection for persons with disabilities, through different measures to support the legal capacity of those persons. The comparison carried out in the course of this work between the two support systems allows us to understand the main similarities and differences that exist between the two legal systems, both from the point of view of the actors involved in the procedure, and the consequences of pronouncing the different measures that exist.

KEY WORDS: civil law, comparative law, support measures, protection measures, legal capacity, disability, curatorship.

INDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
TÍTULO PRIMERO: UN OBJETIVO COMÚN EN AMBOS SISTEMAS: LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO	13
CAPÍTULO I. UN FUNDAMENTO COMPARTIDO: EL PRINCIPIO DE NECESIDAD	13
1. UNA ADAPTACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS A UNA NECESIDAD SOCIAL	13
2. EL PAPEL CRECIENTE DEL MÉDICO EN LOS PROCEDIMIENTOS	15
3. LA GARANTÍA DEL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA DIGNIDAD DEL INDIVIDUO PROTEGIDO, MEDIANTE EL RESPETO DE SU VOLUNTAD	16
CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS PRECONIZADAS	19
1. LA MÁXIMA PRIORIDAD DADA A LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS	20
2. EL PAPEL NO DESPRECIABLE DEL ENTORNO PRÓXIMO: LA GUARDA DE HECHO	21
CAPÍTULO III. MEDIDAS JUDICIALES QUE PONEN DE RELIEVE LA PROTECCIÓN DEL JUEZ	23
1. MEDIDAS REFORMADAS PARA ELIMINAR SU CARÁCTER PERMANENTE	23
2. EL JUEZ COMO “GARDIEN DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE” (GARANTE DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL)	26
TÍTULO SEGUNDO: DIFERENCIAS QUE PERMANECEN EN CUANTO A LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO	30
CAPÍTULO I. UNA TERMINOLOGÍA CONFUSA	31
1. DIFERENCIA NOTABLE EN LA MANERA DE LLAMAR A LAS PERSONAS QUE “PRECISAN APOYO A SU CAPACIDAD JURÍDICA”	31
2. MAYOR PROXIMIDAD DEL SISTEMA FRANCÉS RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LOS MENORES	32
CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD PLANTEADO DE MANERA RADICALMENTE DIFERENTE	34
1. LA APLICACIÓN DE LA CURATELA COMO MEDIDA SUBSIDIARIA	34
2. UNAS REGLAS PROCESALES DISTINTAS	38
CAPÍTULO III. LA EXISTENCIA EN DERECHO FRANCÉS DE UNA MEDIDA HISTÓRICAMENTE TRANSITORIA: LA SAUVEGARDE DE JUSTICE	40
1. UNA MEDIDA HISTÓRICAMENTE TRANSITORIA	40
2. UNA MEDIDA DE EMERGENCIA	42
CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFIA	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

CCE	Código civil español
CCF	Código civil francés
CE	Constitución española de 1978
CF	Constitución francesa de 1958
CIDPD	Convención de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006
LAPDECJ	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
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Id.	Idem
Op. cit.	Opus citatum
S. p.	Sin página

“Une société se juge à sa capacité à protéger les plus faibles de ses membres : ceux qui sont fragilisés par le grand âge ou par un handicap physique ou mental, ceux qui rencontrent les plus vives difficultés à s’adapter à une vie sociale. Si elle n’était plus capable de les protéger, de les accompagner et de les aider à vivre, cela signifierait qu’elle délaisse la force du droit et se résigne à la loi du plus fort.”¹

¹ Bauer Michel, Fossier Thierry, Pécaut-Rivolier Laurence, La réforme des tutelles : ombres et lumières, Paris, Dalloz, 2006, p1.

“Se juzga una sociedad por su capacidad de proteger a los más débiles de sus miembros: los que están fragilizados por la edad avanzada o por una discapacidad física o mental, los que encuentran las mayores dificultades para adaptarse a una vida social. Si ya no fuera capaz de protegerlos, acompañarlos y ayudarles a vivir, significaría que abandonaría la ley del derecho para resignarse a la ley del más poderoso”. [traducción libre].

INTRODUCCIÓN

Según lo descrito por Gérard Cornu², cuando uno alcanza la mayoría de edad, es plenamente capaz para todos los actos de la vida civil. Partimos entonces en general del presupuesto según el que a los 18 años (según los artículos 12 de la Constitución española, y 414 del Código civil francés), todo sujeto de derecho con capacidad jurídica reconocida (aptitud para ser titular de derechos subjetivos y deberes jurídicos) alcanza la capacidad para realizar válidamente actos jurídicos de la vida civil, asumir obligaciones, y ejercitar derechos³. A pesar de esto, existen excepciones a esta plena capacidad, que se encuentran tanto en derecho español como en derecho francés. En efecto, algunos mayores de edad con deficiencias se encuentran en situaciones en las que carecen de lucidez en cuanto a los actos jurídicos que tendrían que realizar. En estos casos, precisan medidas de apoyo a su capacidad jurídica, para que los actos que estas personas han de realizar puedan ser considerados válidos desde un punto de vista jurídico.

Me pareció entonces muy interesante estudiar más en profundidad este área dado que esta subpoblación⁴, que se podría sin duda calificar de vulnerable, se ha visto atribuir especial protección relativamente recientemente, tras la publicación de la loi n° 68-5 portant réforme du droit des incapables majeurs (reformando el derecho de los mayores de edad incapaces), y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, respectivamente en Francia y España, que estudiaremos más en detalle a continuación. Estas leyes surgieron con el objetivo de dar protecciones adaptadas a personas con necesidades específicas, más allá de los derechos fundamentales comunes a todos los demás ciudadanos, ya reconocidos en los diferentes ordenamientos jurídicos. Estas dos leyes fueron el punto de partida de una serie de reformas dedicadas a otorgar protecciones a estos mayores discapacitados, para cumplir con exigencias constitucionales, como por ejemplo el artículo 49 CE, que dispone que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que

² Jurista y profesor francés de derecho privado (1926-2007).

³ La Ley 8/2021, de 2 de junio de 2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica elimina el antiguo concepto de “capacidad de obrar”, que sea plena o limitada.

⁴ Cualificación de “sous-population” (subpoblación) designando a los mayores discapacitados, por Paskall MALHERBE, en su tesis “LES MAJEURS PROTÉGÉS EN FRANCE Dénombrement, caractéristiques et dynamique d’une sous-population méconnue”, bajo la dirección del profesor M. Christophe BERGOUIGNAN.

requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”.

Antes de profundizar en un estudio más específico del marco jurídico de ambos sistemas, me parece importante precisar que aunque la Unión europea esté siempre procurando la comunitarización y de armonización entre sus Estados miembros, el tema del que vamos a tratar a lo largo de este trabajo no figura entre los diferentes temas de competencia exclusiva de la Unión, ni tampoco entre los temas de competencia compartida que aparecen en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así, en virtud del principio de atribución, la Unión sólo actúa dentro de los límites de las competencias que los Estados miembros le han atribuido en este mismo Tratado para alcanzar los objetivos que establece. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados pertenece a los Estados miembros. Una vez aclarada esta precisión, se entiende mejor las disparidades que existen entre los sistemas español y francés en cuanto a sus sistemas de medidas de apoyo, aunque sean países con sistemas jurídicos bastante parecidos.

En ambos sistemas se introdujeron las reformas que desarrollaremos a continuación con el objetivo de cuadrar con la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵. Esta Convención erige la igualdad en principio tangible y fundamental. Esta noción se encuentra entonces tanto en su artículo 5 (igualdad y no discriminación), como, y sobre todo en su artículo 12, que insta el igual reconocimiento como persona ante la ley. Así, podemos leer el artículo 12 del instrumento de Ratificación de la CIDPD, cuyos tres primeros apartados disponen lo siguiente: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

⁵ Convención ratificada en España por el instrumento de ratificación publicado en el BOE el 21 de abril de 2008 (BOE-A-2008-6963).
Convención ratificada en Francia por la LOI n° 2009-1791 de 31 de diciembre de 2009.

Esta Convención, como lo señala Mercedes de Prada Rodríguez⁶, Directora Académica del Centro de Estudios Garrigues y profesora Titular Acreditada de Derecho Procesal, se basa en una concepción de la discapacidad en defensa de los derechos humanos, garantista, exigente y transformadora. Se impone entonces a los Estados partes mediante este artículo tomar las medidas necesarias para implementar estas disposiciones en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. De forma aún más evidente que en esta Convención, este principio de igualdad se puede encontrar en los textos constitucionales de ambos Estados. Primero, en el artículo 14 CE⁷, y el artículo 2 CF que establece el lema de la República francesa⁸.

Por una parte, en relación con el sistema francés, que fue el primero de los dos en reformar sus instituciones civiles, se destacan dos reformas importantes en el ámbito de la protección de los mayores con discapacidad desde la publicación del texto original del Código civil napoleónico de 1804. En la redacción del siglo XIX, no se daba protección ninguna a las personas que precisaban apoyo a su capacidad⁹. Por supuesto, los avances jurídicos siguiendo los avances de la medicina, llegaron reformas del Código civil francés con el objetivo de crear protecciones más adaptadas para estas personas.

En primer lugar fue publicada en el año 1968 una ley reformando el derecho de los mayores incapaces¹⁰ que creó varios artículos en el Código civil, en el seno del título XI “De la majorité et des majeurs protégés par la loi” (de la mayoría de edad y de los mayores protegidos por la ley), del Libro Iero, “Des personnes” (De las personas). Esta ley se basa en tres principios esenciales: necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad al introducir en el ordenamiento jurídico francés las tres grandes medidas de protección que siguen existiendo hoy en día, la sauvegarde de justice, la curatelle y la tutelle.

Luego se publicó en 2007 la ley reformando la protección jurídica de los mayores¹¹, la más reciente reforma global hasta ahora, que tuvo como objetivo renovar los dispositivos introducidos por las previas leyes. Para ello, trató de unificar las condiciones de declaración

⁶ Perea Gonzalez, A., Paz García Rubio, M., Segarra Crespo, M., Cerrada Loranca, C., Labrador Gimeno, I., De Prada Rodríguez, M. and Fuster Blay, M., 2021. Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil. Diario La Ley, (Nº 9980) s.p.

⁷ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁸ “La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité »” (el lema de la República es “Libertad, Igualdad, Fraternidad”).

⁹ No existe ningún título o artículo dedicado a este ámbito en el Código de 1804.

¹⁰ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

¹¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1).

de las tres formas de apoyo para facilitar su uso, y para tener más en cuenta la voluntad de la persona protegida.

Por fin, parece importante señalar la ley de programación 2018-2022 y de reforma para la justicia¹², que no constituye una reforma del sistema de protección en sí, pero que se inscribe en este movimiento ya empezado por la última reforma de 2007 de promoción de la autonomía del mayor de edad protegido, el respeto de sus derechos fundamentales y la desjudicialización de los procedimientos, y en particular concentrar el papel del juez de tutelas en las mayores dificultades, y en particular a través del decreto del 22 de julio de 2019¹³.

Así, nos encontramos hoy con tres principales medidas de protección judicial en Francia, que se establecen siguiendo el principio de subsidiariedad: la sauvegarde de justice; la curatelle (si la anterior no se puede aplicar), y la tutelle (si las dos anteriores no se pueden aplicar), que es una medida esencialmente representativa. Al margen de estas medidas, encontramos otras instituciones como el “mandat de protection future” (mandato de futura protección), o la “habilitation familiale” (habilitación familiar), que no se consideran como medidas de protección judiciales.

Por otra parte, refiriéndose al ámbito español, hubo también varias reformas de notable alcance desde la publicación del texto original del Código civil en 1869, entre las cuales la más reciente acaba de publicarse hace unos meses, el 2 de junio de 2021, y entró en vigor el 3 de diciembre de 2021.

La primera de estas importantes reformas se publicó en 1983¹⁴. En estos momentos se planteaban unos problemas, como la inadecuación de las normas anteriores a la realidad social (particularmente en derecho de la familia); y también la discordancia con el derecho comparado, en el que ya se ha ido imponiendo el sistema de tutela judicial o otras figuras comparables. Esta ley permitió establecer por primera vez en España un sistema de protección para personas que precisaban apoyo a su capacidad jurídica.

¹² Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice en matière de protection juridique des majeurs, de changement de régime matrimonial, d'actes non contentieux confiés aux notaires et de prorogation de l'attribution provisoire de la jouissance du logement de la famille et mesure relative à la reconnaissance transfrontalière des décisions de protection juridique des majeurs.

¹³ Décret n° 2019-756 du 22 juillet 2019 portant diverses dispositions de coordination de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁴ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela. BOE-A-1983-28123.

En segunda posición se puede también destacar la reciente reforma de 2021¹⁵, 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, (LAPDECJ). Esta ley tuvo un impacto decisivo en torno a las instituciones de apoyo, ya que se operó una modificación integral del ordenamiento jurídico. Para no adelantarse demasiado citando todos los avances que permitió esta ley, se pueden enunciar la supresión de instituciones bien implementadas como el procedimiento de incapacitación o la figura de la tutela, la importancia dada a las medidas voluntarias, o en materia procesal, la preferencia para la Ley de Jurisdicción Voluntaria¹⁶ (LJV). Se creó a estos efectos un nuevo Título XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” en el Código civil. Como lo señala acertadamente la profesora García Rubio¹⁷, esta reforma operó "un tsunami en el ordenamiento jurídico", al cambiar instituciones implantadas desde décadas en el sistema jurídico español.

Así, teniendo en mente estas reformas, y sobre todo esta última, tenemos más claro el panorama de las medidas de protección que se encuentran en el actual ordenamiento jurídico español, que se compone principalmente de dos medidas formales que son el defensor judicial y la curatela, al lado de dos medidas no judiciales, que son las medidas voluntarias y la guarda de hecho, medida informal, de acuerdo con las disposiciones del artículo 250 del Código civil español.

Al margen de estas reformas y volviendo a una consideración más general, la discapacidad es uno de los grandes desafíos, de presente y de futuro, que tiene planteada la humanidad, y por eso necesita particular atención. Una legislación respetuosa con la discapacidad debe partir del valor de su diferencia y tener presente que afecta no solo a las condiciones de vida de millones de personas, el diez por ciento de la población mundial, sino también a su dignidad, libertad e igualdad con las demás personas.

Este estudio comparado permite dar más enfoque sobre las diferentes medidas de protección que pueden ser de aplicación en ambos Estados, analizar tanto las condiciones de su aplicación como los principios que se quieren proteger, hasta los resultados que se pueden dar. Más allá, comparando las recientes reformas que vieron la luz estos últimos años, se

¹⁵ 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. BOE-A-2021-9233.

¹⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE-A-2015-7391.

¹⁷ Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela y Vocal Permanente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación.

podrá concluir sobre la eficacia de ambos sistemas. Además, esta comparación me parece muy de actualidad, viviendo en un mundo en búsqueda continuada de comunitarización a media escala, o incluso de globalización a gran escala.

Así, mi trabajo se ocupará de responder a varias problemáticas y preguntas entre las cuales algunas se plantearon antes de empezar, y otras que surgieron al estudiar la materia. En esta línea, como problemática principal, nos podemos preguntar ¿cuáles son las principales similitudes y diferencias de estos dos sistemas de medidas de apoyo? ¿Podemos realmente considerar que la protección del mayor es el objetivo principal de todas estas medidas? ¿Podemos hacer una asimilación de ambos sistemas, o existen medidas en un primer sistema que no se reflejan en el segundo?

Para responder a estas problemáticas a lo largo del estudio, estudiaremos en una primera parte que todas estas medidas, en ambos sistemas, se fundamentan sobre un objetivo común: la protección del individuo y la garantía de sus derechos fundamentales. Luego, aunque se parezcan estos sistemas en apariencia, nos entretendremos en estudiar las diferencias que surgen en relación a los contenidos de las medidas en concreto y a sus implementaciones.

Con este objetivo de llevar a cabo esta investigación para responder a estas diferentes problemáticas, tuve primero que hacer un estudio comparativo de la legislación a lo largo del tiempo en cada uno de ambos países, de manera separada. Me parecía importante entender los cambios que se habían operado con las recientes reformas en los ordenamientos jurídicos internos antes de proceder a cualquier estudio comparativo entre los dos sistemas de medidas de apoyo. Cada sistema tiene su manera específica de abordar esta temática y cada reforma que se ha publicado a lo largo del tiempo corresponde a una respuesta a una determinada problemática que se planteó en un sistema dado.

Para entonces hacer una comparación pertinente de estos dos sistemas de protección, tuve la oportunidad de contar con varias bases de datos, tanto de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid como de la Université Paris Nanterre. Así, pude tener acceso a referencias bibliográficas en español y en francés, consultando obras de autores especializados en uno u otro ordenamiento. Esta parte de lectura de doctrina jurídica constituyó la mayor parte de mis investigaciones, pero no fue la única fuente de conocimientos.

Así, al haber pasado algunos días en Francia durante este año, pude directamente presentarme en un Tribunal de proximidad¹⁸ que tiene jurisdicción para este tipo de asuntos, para entender mejor el procedimiento y las diferentes reglas procesales que existían. Tener estas informaciones planteadas de forma práctica y profesional y ya no solamente doctrinales y teóricas me permitió entender mejor este tema.

TÍTULO PRIMERO: UN OBJETIVO COMÚN EN AMBOS SISTEMAS: LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO

En este primer título, el objetivo es demostrar que con el impulso de las diferentes reformas, se operó un cambio drástico en el paradigma utilizado para comprender ambos sistemas: pasamos desde un sistema de protección de la sociedad hacia un sistema de protección del individuo. Esta protección se pone de manifiesto en tres ámbitos principales: tiene que quedar sometida primero al principio de necesidad, en segundo plano al principio de proporcionalidad, y por fin, se nota particularmente en el ámbito del respeto de la voluntad de la persona discapacitada.

CAPÍTULO I. UN FUNDAMENTO COMPARTIDO: EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

El principio de necesidad es un principio casi universal, que se encuentra en todos los ámbitos del derecho, y aún más cuando se trata de reducir libertades.

1. UNA ADAPTACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS A UNA NECESIDAD SOCIAL

Nos encontramos desde ya algunos años, y en todos partes del globo, frente a un envejecimiento de la población, fenómeno que se refleja por supuesto también en España y

¹⁸ El tribunal de proximidad depende del tribunal judicial. Está situado en una ciudad distinta de aquella en que se encuentra el tribunal judicial. Corresponde a la escala más baja del ordenamiento judicial. Al igual que el tribunal judicial, el tribunal de proximidad puede ser competente para juzgar los litigios cuyo importe no exceda de 10.000 €.

en Francia¹⁹. Esto significa que la tasa de personas con edad avanzada y por consecuencia personas vulnerables sigue aumentando cada año²⁰. Esta transición demográfica aumenta la población expuesta a enfermedades que pueden afectar sus capacidades cognitivas. En otros términos, es frecuente que esta subpoblación se encuentre en situaciones en las que ya no pueden actuar con plena consciencia de su capacidad jurídica, es decir, situaciones en las que ya no pueden velar por sus propios intereses en el tráfico jurídico. Parece entonces necesario que se tomen medidas adaptadas para proteger a estas personas, ayudarles a mantener una autonomía y un papel en sus propios negocios jurídicos, respetando lo más posible sus voluntades²¹; pero también proteger la sociedad de la celebración de actos jurídicos nulos o anulables, por causa de falta de capacidad. En efecto, una persona que precise apoyo a su capacidad jurídica no puede actuar en el tráfico jurídico como cualquier persona, a veces requerirá actuación de una tercera persona para que el acto en cuestión se considere válido.

Este sistema de protección de la persona no es nuevo: ya existía en la antigua Roma, para proteger las personas inexpertas por razón de edad, sexo o salud mental²². En esta época, la protección solamente se aplicaba al patrimonio²³, mientras que en la época actual, que se trate del sistema español o del francés, las medidas de apoyo pueden incluir funciones representativas, o mejor dicho funciones de índole personal.

Frente a estas degradaciones de la salud mental, se impuso una verdadera necesidad de disminuir o incluso quitar la capacidad jurídica de ciertas personas (posibilidad que ya no se puede tramitar, desde la reforma española de 2021 como lo veremos más adelante). En fin, se planteó la necesidad de prestar apoyo a la capacidad de aquellas personas que no podían velar por sus propios intereses. Sin embargo, podemos notar que hoy en día, estas formas de discapacidades que llevan a un impedimento de tomar decisiones o por lo menos de expresar su voluntad con lucidez ya no es la única razón por la que se pueden decidir medidas de

¹⁹ Según el INSEE (Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos) francés, en 2050, una de cada tres personas tendrá 60 años o más.

²⁰ Según la OMS, más del 15% de la población mundial tiene algún tipo de discapacidad, y sigue aumentando.

²¹ Por eso se nota un aumento de las medidas de apoyo y de protección desde el principio de los años 2000, en Francia, con una media de +3% cada año, según la FNAT (Federación Nacional de las Asociaciones Tutelares) francesa. En España la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad ha aprobado en 2017 por unanimidad que se realice una estadística pública, hasta ahora inexistente.

²² Dado que la mayoría de edad se alcanzaba en esta época a los 25 años, se preveía para los mayores de 25 años juzgados incapaces, un sistema de tutela o de curatela perpetua, para proteger el patrimonio de la gens.

²³ Ternon, M. 2018. "Chapitre III. Pouvoirs familiaux, pouvoirs publics dans l'organisation de la curatelle et de l'interdiction", M. Ternon, *Juger les fous au Moyen Âge*, pp. 131-172. Paris cedex 14: Presses Universitaires de France.

apoyo o de protección. Efectivamente, con el paso del tiempo y con este fenómeno de envejecimiento de la población, se acentuaron otras problemáticas más sociales. Así, ahora ya no se establecen medidas de protección únicamente para personas mentalmente deficientes, sino también para personas sufriendo de precariedad, alcoholismo, aislamiento, que no son nada más que consecuencias del fenómeno planteado.

Este principio de necesidad se encuentra textualmente tanto en el Código civil español en su artículo 249, que dispone que “Todas [estas medidas] deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”, como en el Código civil francés en su artículo 428, según el cual “La mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité” (el juez solamente puede ordenar una medida de protección judicial en caso de necesidad). Además, como ya se ha mencionado en la introducción, el principio de necesidad es uno de los tres pilares de la Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, ley fundamental en este área del Derecho civil francés.

Ahora bien, este principio de necesidad, base de ambos sistemas, se encontrará en cada momento del procedimiento, y sobre todo tiene una clara traducción en lo que se refiere a la intervención del médico en el procedimiento.

2. EL PAPEL CRECIENTE DEL MÉDICO EN LOS PROCEDIMIENTOS

Como acabamos de verlo, una modificación de la capacidad de una persona, o mejor dicho de un mayor de edad, no es nada anodino. Requiere pasar por un procedimiento, a veces judicial, específico, y riguroso. Entre todos los pasos de dicho procedimiento, si se trata de imponer una medida judicial y que por lo tanto se requiere la intervención de un juez, éste último tendrá que tomar su decisión a la luz del dictamen de un médico.

En Francia, el artículo 425 del Código civil francés (en adelante CCF) dispone claramente y sin ambigüedad alguna que se requiere una “altération médicalement constatée” (que la alteración a raíz de la demanda de protección sea medicalmente constatada). Que aquella alteración, que sea de natura mental (“facultés mentales”), o física (“facultés corporelles”), tiene que impedir la persona expresar su voluntad (“de nature à empêcher

l'expression de sa volonté”), según la opinión de un médico²⁴. Además, podemos notar que se requiere la intervención de un médico a todos los niveles del procedimiento, incluso si se requiere un refuerzo de la medida de protección²⁵.

En España, la referencia se hace de manera más sutil. Al hablar en el artículo 249 del Código civil español (en adelante CCE) de “defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”, o de “persona con discapacidad”, se deduce que este diagnóstico de discapacidad lo hizo previamente un médico. Por lo tanto, el artículo 42 bis b). LJV en su primer apartado dispone que “A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso”. Cabe en este aspecto recordar que aquí el papel del médico no es obligatorio ni recurrente en todos los procedimientos, como pasa por ejemplo en caso de medidas voluntarias, que son medidas no judiciales y por lo tanto pueden establecerse sin informe previo de un médico.

Según D. Eyraud²⁶, la yuxtaposición de los papeles de médico y de juez pueden verse de dos formas diferentes. O bien lo vemos como un poder del médico frente a un contra poder del juez, que debe velar por los intereses de los individuos (aspectos que desarrollaremos más en adelante), o bien podemos ver una forma de complementariedad en ambos roles.

3. LA GARANTÍA DEL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA DIGNIDAD DEL INDIVIDUO PROTEGIDO, MEDIANTE EL RESPETO DE SU VOLUNTAD

Para empezar, una de las mayores similitudes que se encuentra entre ambos sistemas, en el marco del principio de necesidad, más allá de la necesidad de imponer tales medidas, es la necesidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas protegidas.

²⁴ En este ámbito, la Cour de Cassation consideró que la falta de prueba de discapacidad mental del adulto al firmar una rescisión del contrato de arrendamiento hace válida la decisión del adulto. Cour de Cassation, chambre civile 1, 6 de mayo de 2021, 20-11.912.

²⁵ En este sentido la Cour de Cassation consideró que un Tribunal de apelación no puede tomar la decisión de establecer una medida de curatelle reforzada en vez de una curatelle simple, si la demanda no contiene dictamen médico realizado a estos efectos. Cour de Cassation, chambre civile 1, 2 de marzo de 2022, 20-19.767. Publié au bulletin, [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

²⁶ Eyraud, B., 2013., Protéger et rendre capable: La considération civile et sociale des personnes très vulnérables, pp. 157-167.

Podemos empezar por notar que ambos sistemas de protección se encuentran recogidos en los respectivos Códigos civiles, con referencias a derechos fundamentales constitucionales, como veremos más adelante. Como ya lo he enunciado con anterioridad, estas personas protegidas siguen siendo ciudadanos, con los mismos derechos fundamentales que los demás. En este sentido, aunque se preste apoyo a su capacidad jurídica, tienen derecho a ejercer sus derechos, con cierta protección acerca de aquellos. Según D. Raoul-Cormeil²⁷, la asistencia permite respetar la personalidad y las decisiones del adulto protegido, obligando a un tercero a controlar previamente la conformidad de éstas con sus intereses.

Así, en ambos sistemas se encuentran referencias a la voluntad o a las preferencias de las personas protegidas. Primero, en el seno del artículo 249 CCE, se dispone claramente que “Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”. De la misma forma, en el artículo 415 CCF podemos leer que “Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne” (esta protección se establece y queda asegurada respetando las libertades individuales, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona). El Doyen Carbonnier ya destacaba en su obra *Introduction au droit civil* la importancia de la voluntad de las personas en el Código civil francés²⁸.

Esta adaptación de las medidas a la voluntad de la persona discapacitada se traduce en la práctica por la posibilidad en regla general para la persona protegida ejercer sus derechos personalísimos como votar, testar o incluso contraer matrimonio.

En España, una persona que precisa medidas de apoyo a su capacidad jurídica puede testar, de conformidad con el nuevo artículo 663 CCE, modificado por la LAPDECJ, que dispone que “No pueden testar: 1.º La persona menor de catorce años. 2.º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”. Por lo tanto, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018²⁹, se presume en principio la capacidad de testar de las personas, y esta incapacidad de testar tendrá que probarse. En relación con la posibilidad de contraer

²⁷ Raoul-Cormeil, G., 2015. Qu’est-ce qu’être protégé : Regard d’un juriste. Le Sociographe, n 50, pp 11-28.

²⁸ J. Carbonnier, *Introduction au droit civil*, PUF, 2017, p. 124 : « Le code civil apparaît comme une triple exaltation de l’égalité, de la liberté, de la volonté de l’homme » [El Código civil aparece como una triple exaltación de igualdad, libertad y voluntad de los hombres].

²⁹ STS núm 846/2018, de 15 de marzo (Ponente: M. De los Angeles Parra Lucan) [versión electrónica - base de datos del Consejo General del Poder Judicial].

matrimonio, a diferencia de la demanda de divorcio o de separación por la que se requerirá asistencia del curador, se permite a las personas precisando medidas de apoyo a su capacidad contraer matrimonio, siempre y cuando el juez, ante la duda, realice un examen personal de la persona y cuente con informe médico que dictamine que dicha persona tiene aptitud para prestar consentimiento válido. En relación con este último asunto, no se debe olvidar que esta posibilidad queda sometida a la voluntad de la persona con discapacidad, regido tanto en la CIDPD, como en la LAPDECJ, en numerosas ocasiones, empezando por el propio preámbulo de la LAPDECJ, que dispone que “Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”.

En Francia, para hacer énfasis sobre otro derecho fundamental, las personas bajo curatelle siempre tienen derecho a votar, pero no pueden ser elegidas. En cuanto a la medida de tutelle, desde la ley de 2019, una persona bajo tutelle conserva también su derecho de voto, que puede ejercer personalmente. Según las disposiciones de esta misma ley, también pueden contraer matrimonio, PACS³⁰, o divorciarse sin autorización del juez o del tutor.

En otro ámbito, podemos notar que los procedimientos judiciales se pueden iniciar a instancia de parte, tanto en España como en Francia, lo que demuestra otra vez una voluntad de no imponer medidas a una persona, o, con otros términos, una voluntad de respetar la dignidad del mayor protegido.

En relación con la persona en cargo, ésta tiene que ser nombrada en torno al respeto de la voluntad de la persona protegida, y es importante notar que en ningún caso podrá sustituir a la voluntad de la persona con discapacidad. La elección de la persona en cargo puede hacerse a elección de la persona discapacitada, o por el juez. En general, se trata de una persona de confianza, lo que da al juez una forma de certeza de que actuará en el interés de la persona protegida. Por ejemplo, se puede citar el artículo 449 CCF, que nos aclara sobre la elección del juez, explicando que “Le juge prend en considération les sentiments exprimés par celui-ci, ses relations habituelles, l'intérêt porté à son égard et les recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage” (el juez toma en consideración los sentimientos de la persona protegida, sus costumbres, y las recomendaciones de su

³⁰ PActe Civil de Solidarité, correspondiente a la figura de la pareja de hecho, con implicaciones fiscales además.

entorno familiar). En esta línea, podemos notar que la mayoría de las personas designadas por el juez forman parte del entorno próximo o de la familia de la persona discapacitada³¹.

Además, se contempla en ambos sistemas que el juez puede nombrar varias personas para ejercer el cargo, cuando le parece oportuno y a favor de la persona con discapacidad. En el artículo 277 CCE, el legislador especifica que esta posibilidad de nombrar a varios curadores tiene que decidirse “si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican”. De la misma forma, el juez francés puede designar a varios tutores “en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer” (considerando la situación de la persona protegida, las aptitudes de los interesados y de la consistencia del patrimonio que administrar), de conformidad con el artículo 447 CCF.

Al final, todas estas precauciones para proteger la voluntad de la persona protegida nos llevan a un objetivo común, el del mantenimiento de la dignidad de la persona que precisa medidas de apoyo a su capacidad. En todo caso, siguen siendo titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones. Sólo en supuestos muy excepcionales cabe la posibilidad de representación.

CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS PRECONIZADAS

Para empezar, se puede notar que la palabra “proporcionalidad” se encuentra de manera clara en ambos ordenamientos jurídicos, que sea en el artículo 249 CCE, “Todas [estas medidas] deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad” o en los tres pilares fundamentales de la ley francesa de 1968, ley importantísima en el sistema de protección de mayores en Derecho civil francés. Esta proporcionalidad supone también una cierta flexibilidad, como veremos.

³¹ Verheyde, T., 2015, « Chapitre 4. La mobilisation de la famille par les juges », en Karine Lefeuvre éd., Protéger les majeurs vulnérables. Quelle place pour les familles ?, pp. 51-56.

1. LA MÁXIMA PRIORIDAD DADA A LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS

Así, este principio fundador de proporcionalidad se traduce en ambos sistemas de protección por la presencia de diferentes medidas. En otros términos, según el grado de necesidad, se puede escoger entre varias formas de protección, más o menos restrictivas. De esta forma, cada sistema da a las medidas voluntarias una importancia notable: siempre se prefiere el uso de medidas informales o voluntarias, cuya implantación depende de la voluntad de la persona protegida, al uso de medidas judiciales. Utilizando los términos de D. Quéguineur³², proteger, es prever.

En el sistema español, la LAPDECJ de 2021 permite un gigantesco paso en adelante refiriéndose a este ámbito³³. Con esta ley se da máxima prioridad a estas medidas voluntarias que son los poderes y mandatos preventivos, y la autocuratela.

Las medidas voluntarias, en el sentido de esta ley, se pueden aplicar cuando una persona considera que en el futuro podría necesitar unas medidas de apoyo, y se pueden establecer de forma previa o coetánea. Se detallan en el capítulo II del Título XI del CCE, a partir del artículo 255 CCE. De forma clara, se prevén en estos artículos la posibilidad para un mayor de edad de establecer el mismo las condiciones de una posible medida de apoyo a su capacidad jurídica, si algún día vendría a necesitarla, es decir previamente a su eventual aplicación. Así, puede prever el “régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo”, conforme a los términos del artículo 255 CCE.

En esta misma línea, todo mayor de edad puede establecer poderes y mandatos preventivos, “solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad”, de acuerdo con el artículo 257 CCE. En todos los casos, el procedimiento exige que se haga constar en acta notarial, y otorgarse en escritura pública (art 260 CCE).

Por otro lado se puede constituir un autocuratela, es decir, en escritura pública, el nombramiento de una persona que tendrá que asumir el papel de curador en previsión de circunstancias que podrían alterar su capacidad. El artículo 271 CCE explica a este respecto que la persona que lo establezca podrá “establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela” en general y otros aspectos más particulares. Siguiendo el artículo

³² Quéguineur, A., 2015, Protéger, c'est prévoir, Le Sociographe, vol. 50, no. 2, pp. 93-104.

³³ Aunque las medidas voluntarias ya estaban reconocidas desde la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la nueva LAPDECJ permitió reforzar el sistema, y integrarlas plenamente al nuevo sistema de apoyos.

272 CCE, la propuesta de nombramiento y demás disposiciones tomadas por el mayor discapacitado vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela. Para terminar, esta autocuratela se extingue, además de las razones comunes a todas las medidas (muerte de la persona), cuando se adopte por resolución judicial una forma de apoyo más adecuada.

En el sistema francés, la ley de 2007 reformando la protección jurídica de los mayores ha introducido ella también una nueva institución que se puede comparar a estas medidas voluntarias, el llamado “mandat de protection future” (mandato de futura protección), que como lo recuerda Dna Caron-Déglise³⁴, viene inspirado por varios modelos extranjeros, entre otros por el “mandat en prévision d’inaptitude” (mandato en previsión de ineptitud) quebequense. De la misma forma que las medidas voluntarias, permite a todo mayor de edad organizar con antelación las consecuencias de una posible alteración de sus facultades mentales, sin pasar por un procedimiento judicial. Esta forma de protección queda abierta para todo mayor de edad en Francia, salvo las personas que ya precisan de protección por tutela, y se requiere la presencia del curador si la persona se encuentra bajo curatela. Igualmente a la autocuratela, conforme al artículo 483 CCF, se extingue en caso de fallecimiento de la persona protegida, o el pronunciamiento judicial de tutela o de curatela.

En ambos casos, que se trate de las medidas voluntarias en el sistema español, o del mandat de protection future en el sistema francés, estamos ante un acto de anticipación. En el momento de su conclusión, la persona deberá interrogarse sobre su alcance. La medida establecida no surtirá efecto hasta el día en que la persona lo necesite.

2. EL PAPEL NO DESPRECIABLE DEL ENTORNO PRÓXIMO: LA GUARDA DE HECHO

Al final, esta desjudicialización permite, como ya lo hemos visto, dejar la decisión en manos de la persona en cuanto a qué forma de apoyo necesita, y si lo precisa, decidir quién quiere que se encargue de tal protección. Se transmite en ambos sistemas la voluntad de dejar el máximo poder en las manos de la persona protegida. Ahora bien, si se considera que estas

³⁴ Caron-Déglise, A., 2014. “Vieillesse et altération des facultés personnelles: Co-construire un accompagnement responsable, cohérent et respectueux des droits des personnes”. *Retraite et société*, n 68, pp 23-40.

medidas voluntarias no son suficientes para proveer una protección adecuada, en ambos sistemas se han creado medidas que implican el apoyo del entorno próximo.

En España, la guarda de hecho se presenta como una medida que se sitúa entre las medidas voluntarias y las medidas judiciales, ya que se trata de una medida informal, según los términos del artículo 250 CCE. En efecto, la reciente reforma pretende operar una desjudicialización de los procedimientos, y por esta razón se puede notar que no se requiere ningún nombramiento o autorización judicial. Solamente se trata de reconocer como guardador de hecho a la persona que justamente de hecho se está ocupando de apoyar al discapaz. Aunque, con la anterior regulación, la figura del guardador de hecho se mantenía como una medida meramente temporal, mientras se regularizaba jurídicamente una situación de hecho, se opta por la estabilización de estos apoyos informales, normalmente pertenecientes al círculo más íntimo de la persona con discapacidad. Se convierte, por tanto, en una nueva medida de apoyo para las personas con discapacidad.

En el sistema francés existe una figura similar, introducida por la ley de 2015³⁵ relativa a la modernización y a la simplificación del derecho y de los procedimientos en los ámbitos de la justicia y de los asuntos interiores, que es la “habilitation familiale” (habitación familiar). Esta novedad se inscribe como lo defiende Dna Lefevre³⁶ en la voluntad de la ley de 2007 de establecer con fuerza el lugar preponderante de la familia de la persona vulnerable. Permite en los hechos al juez de tutelas, aconsejado por un médico experto, autorizar a los familiares del mayor ayudarle para que pueda actuar solo en sus intereses, evitando así la apertura de un procedimiento para imponer una medida judicial. Aunque se note aquí la actuación del juez, la Cour de Cassation ha juzgado en 2017³⁷ que la habilitación familiar no se trataba de una medida judicial. Esta habitación se extiende al conjunto de las actuaciones relativas a los bienes de la persona, salvo los actos personalísimos.

Al final, podemos concluir que siempre se da máxima prioridad a las medidas voluntarias, o por lo menos a medidas no judiciales, antes de considerar la posibilidad de

³⁵ Loi n°2015-177 de 16 de febrero de 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

³⁶ Lefevre, K., 2015, “Chapitre 2. La place de la famille dans la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs”, Protéger les majeurs vulnérables. Quelle place pour les familles ? Presses de l’EHESP, pp. 31-43.

³⁷ Cour de cassation, Chambre civile 1, 20 décembre 2017, 16-27.507, Publié au bulletin, [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

pasar por medidas judiciales, que son, el defensor judicial y la curatela en España, y la sauvegarde de justice, la curatelle y la tutelle en Francia. En ambos casos, el entorno próximo y la familia tienen un papel reconocido y reafirmado, basado en la apuesta de la legitimidad y de la confianza. Esto traduce una verdadera puesta en aplicación del principio de proporcionalidad, al tener varias medidas por las que optar. No obstante, podemos emitir la siguiente crítica, formulada por parte de la doctrina, que este intento de desjudicialización de momento no da sus frutos, ya que la mayoría de las medidas de protección que se deciden siguen siendo las medidas judiciales. Para explicar este fenómeno, Dna. Brousse³⁸ considera que puede estar vinculado a la cultura francesa (y entonces por asimilación a la cultura española), que suele basa la protección jurídica en una decisión judicial, contrariamente a los derechos anglosajones más abiertos a los modos contractuales.

CAPÍTULO III. MEDIDAS JUDICIALES QUE PONEN DE RELIEVE LA PROTECCIÓN DEL JUEZ

Esta protección del individuo se pone también de relieve en otro ámbito del procedimiento: cuando el juez entra en acción. En efecto, estas medidas de protección, que sean judiciales o no, son sin duda perjudiciales de la libertad (a mayor o menor grado según la medida en cuestión), porque por esencia ponen restricciones a la autonomía y al ejercicio de derechos fundamentales. En estas condiciones, parece claro que las medidas que atenten más las libertades personales tienen que pasar por el control de un juez. Este control judicial demuestra una cierta protección del mayor discapacitado, al asegurarse que estén ajustadas temporalmente para evitar que se prolonguen modulaciones jurídicas a la capacidad que la persona no necesite.

1. MEDIDAS REFORMADAS PARA ELIMINAR SU CARÁCTER PERMANENTE

Para introducir este epígrafe, podemos notar que en ambos sistemas, desde las recientes reformas, las medidas se hicieron temporales, es decir que ya no se pueden pronunciar por el juez sin tener plazo máximo, ni someterse a las nuevas formas de revisión tan enmarcadas.

³⁸ Brousse, A., 2021, Protection juridique des majeurs, comment favoriser l'autonomie d'une personne vulnérable dans le cadre d'une mesure contrainte, *Vie sociale*, vol. 33, no. 1, pp. 141-152.

En efecto, la reforma española de la LAPDECJ introdujo en el ordenamiento jurídico español el carácter temporal de las medidas judiciales, que sean de curatela o de defensor judicial. Esta gran innovación se encuentra primero en la nueva redacción del artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁹, que dispone que “Las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”.

En este ámbito, D. Pérez Ureña⁴⁰ comenta que la LAPDECJ que ha dado nueva redacción del 761 LEC, ahora omite los presupuestos necesarios para que proceda la modificación de las medidas judiciales adoptadas en sentencia, haciendo remisión al Código Civil; es decir, en todo caso, las medidas adoptadas pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación.

Desde este momento, tanto la curatela, como el defensor judicial, que son ambas medidas de apoyo adoptadas judicialmente, “serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años”, según la letra del artículo 268 CCE. Más allá de esto, según este mismo artículo, el juez podrá “establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años”.

Comentando esta misma modificación de la LEC, D. Tafur López de Lemus⁴¹, Magistrado de la Audiencia Provincial de Cantabria, nota que en su redacción original, la LEC exigía que sobrevinieran nuevas circunstancias. Estas nuevas circunstancias tenían carácter fáctico (alteración de las circunstancias de hecho concernientes al incapaz), y no jurídico. La legitimación para instar la modificación correspondía al que ejerciera el cargo tutelar, al Ministerio Fiscal o al propio incapacitado. Sin embargo, sigue comentando que como consecuencia de la entrada en vigor de la LAPDECJ, toda sentencia dictada bajo la normativa anterior, precisamente por razón de dicho cambio, puede ser revisada en el seno del oportuno incidente, para adaptar las medidas a la nueva ley. El fundamento de dicha revisión no es ya la posible existencia de nuevas circunstancias de hecho, sino el contenido de la propia LAPDECJ.

³⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁰ D. Alberto Pérez Ureña, 2022, Claves de la modificación de las medidas judiciales del discapacitado tras la L 8/2021, de 2 junio de apoyo a las personas con discapacidad. Foro abierto. Revista de Jurisprudencia El Derecho, s.p.

⁴¹ D. Joaquín Tafur López de Lemus, 2022, Claves de la modificación de las medidas judiciales del discapacitado tras la L 8/2021, de 2 junio de apoyo a las personas con discapacidad. Foro abierto. Revista de Jurisprudencia El Derecho, s.p.

Estas disposiciones tienen varias consecuencias: ya no se puede sujetar a un mayor de edad a unas medidas de protección sin que se pueda someter a revisión. Por otro lado, supone un seguimiento de la persona, tanto judicial como médico para juzgar de la necesidad de estas medidas en el tiempo.

En el sistema francés, pasó lo mismo después de la reforma del año 2007. Esta ley permitió alinear el sistema de las tres medidas de apoyo sobre el mismo régimen, además de añadir un plazo máximo al pronunciar una de las tres. Considerando el sistema anterior a esta ley, es decir antes del 1ero de enero de 2009, fecha de entrada en vigor de la ley, la *sauvegarde de justice* solamente era una medida transitoria. En otros términos, el juez podía decidir de establecer una *sauvegarde de justice* a favor de una persona durante el procedimiento de *tutelle* o de *curatelle*, y solamente durante el plazo del juicio. Según estas consideraciones, la *sauvegarde de justice* no era una verdadera medida de apoyo en sentido estricto. Esta ley permite entonces dar a la figura de *sauvegarde de justice* un reconocimiento pleno como medida de protección. Ahora, el juez puede decidir establecerla como cualquier otra figura de medida de apoyo.

Por otro lado, esta misma ley estableció plazos máximos para cada una de estas medidas de apoyo. Si las estudiamos desde la menos hasta la más restrictiva, para la *sauvegarde de justice*, “la mesure de *sauvegarde de justice* ne peut excéder un an, renouvelable une fois” (la medida no podrá exceder un año, renovable una sola vez), según el artículo 439 CCF. En cuanto a la *curatelle* y a la *tutelle*, el artículo 441 CCF dispone que “Le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans” (le juge establece el plazo de la medida, sin que ésta pueda exceder cinco años), y añade en su segundo alinea que según los datos científicos, “fixer une durée plus longue, n'excédant pas dix ans” (establecer un plazo más largo, sin que pueda exceder diez años)⁴². Refiriéndonos a la revisión de tales medidas, el artículo 442 CCF establece que “Le juge peut renouveler la mesure pour une même durée” (le juge puede renovar la medida para el mismo plazo), y de la misma forma, según datos científicos, el juez puede “renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine, n'excédant pas vingt ans” (renovar la medida para un plazo más largo que determinara, sin que pueda exceder veinte años). Estos plazos pueden parecer a primera vista

⁴² Para fijar la duración de una medida de tutela en diez años, en aplicación del párrafo 2 del artículo 441 CCF, el tribunal debe comprobar el dictamen conforme del médico que se pronuncie sobre la imposibilidad manifiesta para el interesado, conocer una mejora de la alteración de sus facultades personales y motivar especialmente su decisión sobre este punto, Cour de Cassation, chambre civile 1, 4 de mayo de 2017, 16-17.752. Publié au Bulletin, [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

como excesivamente largos, pero como lo nota la mayoría de la doctrina⁴³, cuando se tiene la certeza de que la discapacidad de la persona no podrá evolucionar, lo que cuenta es la perennidad de la protección.

Al comparar estas dos formas de protección del juez, nos damos cuenta de que en el principio, se parecen mucho: se pone de relieve una misma voluntad de establecer plazos máximos para estas medidas, y una misma voluntad de establecer plazos de revisión. Ahora bien, debemos tener en mente que quedan mayores diferencias en la manera de abordar tales similitudes, lo que abordaremos en el segundo título de este trabajo.

2. EL JUEZ COMO “GARDIEN DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE” (GARANTE DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL)

El artículo 66 de la Constitución francesa de 1958 establece el principio según el cual “L'autorité judiciaire [est] gardienne de la liberté individuelle” (la autoridad judicial es garante de la libertad individual). Este principio fundamental ilustra bien el papel importante que tiene el juez en el ámbito estudiado. Como ya lo hemos visto con más profundidad anteriormente, tiene como objetivo que los mayores discapacitados puedan ejercer sus derechos, con el apoyo adaptado. Así, además de considerar al juez como protector de la libertad individual, debemos verlo como garante de la autonomía del mayor. Como lo recuerda D. Danino⁴⁴, el objetivo principal es restablecer la autonomía para evitar que el mayor discapacitado no haga nada más en lo que se refiere a los actos jurídicos que le conciernen, o permitir un aprendizaje supervisado con vistas a un futuro levantamiento de estas medidas de protección.

Siguiendo esta línea directriz, la LAPDECJ operó un cambio drástico en la materia. Desde la entrada en vigor de esta ley en septiembre de 2021, el juez ya no puede pronunciar la incapacidad de una persona, mediante el proceso de “incapacitación”. En otros términos, ya no se puede modificar la capacidad de un mayor, que se considera que es inherente a su condición de persona humana; solamente se podrán adoptar medidas para apoyar dicha capacidad, si parece necesario, y proporcional. Esta considerable modificación consagró al juez como protector supremo de la autonomía del mayor, porque ya no puede pronunciar la “muerte civil”. En efecto, en el sistema anterior a esta reforma, sí se podían acreditar unas “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la

⁴³ Danino, P., 2015. Au cœur de la protection : le juge des tutelles. *Le Sociographe*, 50(2015/2), pp.43 - 49.

⁴⁴ Id.

persona gobernarse por sí misma” (antiguo artículo 200, Título IX, “De la incapacitación”, CCE), el juez podía declarar la incapacitación mediante sentencia firme. Esta declaración de incapacitación tenía varias consecuencias, entre las cuales la imposibilidad para la persona recién incapacitada celebrar ningún acto jurídico sin la presencia de la persona en cargo de su representación, lo que contradice los principios enumerados por la CIDPD de 2006 . Cabe entonces subrayar el cambio de mentalidad que supone capacitar a las personas con discapacidad mediante la provisión de los apoyos que necesiten para expresar su voluntad y reconocer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos en todos los aspectos de la vida.

Esta reforma tendrá entonces fuertes consecuencias para las personas que podrán en el futuro necesitar una forma de apoyo. Pero también se puede señalar que la letra de la nueva ley LAPDECJ establece en su Segunda Disposición Transitoria que las personas declaradas en cargo por antiguas sentencias bajo el sistema anterior tendrán que conformarse a las disposiciones de la nueva ley. En la práctica, esto significa que a los tutores se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos⁴⁵. En lo que se refiere a los guardadores de hecho, seguirán ejerciendo el mismo cargo ya que no se modificó esta figura.

En cuanto a los plazos de revisión, se podrá pedir revisión de una sentencia de incapacitación durante 1 año a partir de la entrada en vigor de dicha ley, o se efectuará de oficio por el Ministerio Fiscal en los 3 años.

El rol protector del juez también se observa en lo que se refiere a la puesta en marcha de medidas de salvaguarda y control, efectuadas por el juez ex ante, delimitando de forma clara los poderes de la persona en cargo y ex post, pidiendo una actualizaciones del buen desarrollo de su misión. En el ámbito de la delimitación de poderes de la persona en cargo, en teoría el límite está establecido de forma muy clara, en el caso de unos pocos actos, el poder del mandatario está muy regulado jurídicamente. Por el contrario, D. Eyraud⁴⁶ nota que en práctica, en muchas intervenciones, este poder se deja a su libre albedrío. El margen de interpretación del mandatario es muy importante. Hace difícil una separación estricta entre los ámbitos en los que interviene y aquellos en los que no interviene. Por otro lado, la persona en cargo, que sea tutor (en el sistema francés), curador (en ambos sistemas), o que tenga otra denominación, tiene una obligación ex post de rendir cuentas no solo a la persona que precisa

⁴⁵ Así, al resolver un recurso de casación implicando una medida de tutela, el TS sustituyó el régimen de tutela por un régimen de curatela. STS no 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (Ponente: Su Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) [versión electrónica - base de datos del Consejo General del Poder Judicial].

⁴⁶ Eyraud, B., op. cit. pp. 263-275.

apoyo a su capacidad, sino también al juez. En el CCF, un capítulo entero está dedicado a la verificación y al establecimiento de cuentas. Así, entre estas obligaciones de la persona en cargo se encuentran por ejemplo la obligación de establecer cada año un resumen de su gestión, y asegurar su confidencialidad (artículo 510 CCF); o “hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo” (artículo 285 CCE), o incluso “rendir cuentas de ella”, es decir de la gestión del defensor judicial, con los términos del artículo 298 CCE. A propósito de esto, parece importante destacar que el juez español adquirió esta función de control ex post con la entrada en vigor de la LAPDECJ. Antes solamente tenía en sus manos mecanismos de control ex ante, es decir al dictar su sentencia.

Ahora bien, teniendo un poco más clarificada esta voluntad de proteger a los intereses de la persona discapacitada, se nota que el objetivo de las recientes reformas, y en particular de la reforma española de la LAPDECJ de 2021, es avanzar y mejorar el ordenamiento jurídico en relación con el respeto de los derechos de las personas con discapacidad. Esta reforma permitió una mejora sin duda posible de la autonomía del mayor discapacitado. En ambos sistemas, la persona discapacitada se encuentra de nuevo en el centro de las disposiciones, y esto se pone de relieve en derecho francés, en lo que se refiere al ámbito médico. En España, esta reforma está considerada por la doctrina como la ley más importante de Derecho civil desde la Constitución, o una de las más relevantes. En esta línea, Dna Toral Lara⁴⁷ añade que la importancia de las transformaciones solo es comparable con las que tuvieron lugar en el Derecho de familia en el año 1981⁴⁸.

Así, incluso si se observa una cierta tendencia hacia la desjudicialización de los procedimientos, el juez guarda un papel importante, por lo menos el de árbitro en los procedimientos, velando por los intereses del mayor discapacitado. Aquí se puede también poner de relieve el papel vigilante del Ministerio Fiscal, que viene añadirse al papel del juez, y sobre todo en lo que se refiere a las medidas de control. A estos efectos, la nueva letra del artículo 270 CCE, modificado por la LAPDECJ, dispone en su primer párrafo que “La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo [...]”, y en su segundo párrafo

⁴⁷ Toral Lara, E., 2021, Vista de Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Ars iuris salmanticensi*, s.p.

⁴⁸ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

que “el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela”.

En conclusión de este primer título, podemos notar que parece claro, a la luz de la comparación llevada a cabo, que ambos sistemas toman sus raíces en una misma voluntad de protección del mayor, no solamente durante el procedimiento sino también después de él. A esto podemos añadir que ambos sistemas tienen sus fragilidades que desembocan sobre número de críticas, que también tienen en común.

Por un lado, la primera crítica recurrente, tanto del sistema español como del sistema francés es el temor de un desconocimiento de las reglas, debido a cambios radicales o a una letra a veces ininteligible. En esta línea, la catedrática García Rubio declara que “Sin duda el cambio legislativo es tan radical, transversal y profundo que necesita ser explicado para que comprenda correctamente y las normas nuevas no terminen siendo interpretadas con los viejos esquemas”. Por supuesto, no se puede estudiar este nuevo sistema de apoyos teniendo como esquema de referencia el antiguo sistema de medidas de apoyo del Código civil. Esto llevaría a interpretaciones erróneas y a desinformaciones. En esta óptica de desinformación, o por lo menos de mala aplicación de estas medidas, aparecería como imposible el crecimiento del sistema de apoyos con esta voluntad de proteger al mayor número de personas posibles. Esta utilización creciente de este modelo solo puede ser viable si las reglas son conocidas por todos, empezando por los principales interesados, a los que se les aplican estas medidas.

Así, para que se llegue a mejor conocimiento de este sistema como tal, pero también mejor conocimiento de su funcionamiento e interpretación, Dña Segarra Crespo⁴⁹, fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de la Fiscalía General del Estado, considera que los elementos imprescindibles del cambio son tanto las familias, y más generalmente las personas llamadas a prestar atención, como las propias personas con discapacidad. Añade que “Es preciso formación y acompañamiento en su función, aspectos ambos ausentes en la previsión legal”. En la norma actual, solamente se observa la mera aceptación del cargo de curador en el artículo 46.3 LJV. Más allá del ámbito familiar, Dña Labrador Gimeno⁵⁰ considera que toda la sociedad tiene un papel importante al realizar este cambio social, y que es necesario “dar a conocer la existencia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, que la ciudadanía sepa que un juzgado u oficina

⁴⁹ Perea Gonzalez, A., Paz García Rubio, M., Segarra Crespo, M., Cerrada Loranca, C., Labrador Gimeno, I., De Prada Rodríguez, M. and Fuster Blay, M., op. cit. s.p.

⁵⁰ Letrada de la Administración de Justicia.

judicial no es un lugar donde únicamente se dirimen conflictos, sino que también se arbitran soluciones”. De la misma forma en el sistema francés, Dna Kammerer⁵¹ considera la reforma francesa “inacabada”, por ser una reforma que no llega suficientemente lejos y que pesca con sus ambigüedades, idea también apoyada por la catedrática Maria Ingrid⁵².

Para paliar este problema, según Dna de Prada Rodriguez, desde el ámbito de la educación, y más precisamente desde la comunidad universitaria, deberíamos defender la visión según la cual el derecho de la discapacidad tendría que convertirse en una disciplina autónoma, una rama del Derecho que aborde todas las cuestiones jurídicas relativas a las personas con discapacidad de forma sistemática, considerando el ordenamiento jurídico en su totalidad. Esta teoría, que defienden también los profesores De Lorenzo García y Pérez Bueno, permitiría poner acento en este área del derecho que merece más enfoque en su estudio universitario.

Así, a modo de conclusión, a pesar de ser obvia esta misma voluntad fundadora de tales leyes, no debemos olvidar que la implantación de los sistemas y la puesta en marcha de dichos mecanismos de protección se basan en grandes diferencias.

TÍTULO SEGUNDO: DIFERENCIAS QUE PERMANECEN EN CUANTO A LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO

Con el propósito de que se entiendan mejor las diferencias que hacen de estos dos sistemas dos sistemas únicos, estudiaremos tres ámbitos específicos en los que se ponen de relieve estas diferencias. Primero, hay que concentrarse en la terminología, que difiere mucho según el sistema estudiado. Luego, demostraremos que el principio de subsidiariedad, aunque bien presente en ambas concepciones, se aplica de manera radicalmente diferente. Por fin, habremos de interesarnos en la figura de la sauvegarde de justice, medida de protección única en Francia, que no tiene análoga en el sistema español.

⁵¹ Kammerer, M. (2019). Une réforme inachevée. *Lien Social*, 1256, 12-13.

⁵² Maria, I., « Le respect de la volonté des personnes âgées malades », *Droit, Santé et Société*, vol. 1, no. 1, 2021, pp. 47-53.

CAPÍTULO I. UNA TERMINOLOGÍA CONFUSA

La terminología empleada en las leyes tiene una importancia mayor en la comprensión y en la aplicación del derecho. En el ámbito estudiado, cubre una doble relevancia, tanto en torno a la terminología empleada para designar a los mayores como en torno a la posible confusión que se puede operar en cuanto al régimen aplicable a los menores.

1. DIFERENCIA NOTABLE EN LA MANERA DE LLAMAR A LAS PERSONAS QUE “PRECISAN APOYO A SU CAPACIDAD JURÍDICA”

Cada régimen jurídico ha optado por una terminología diferente para llamar a las personas que “precisan apoyo a su capacidad jurídica”, usando los términos de la LAPDECJ.

Así, en el sistema francés se emplean hoy en día los términos de “majeur protégé” (mayor de edad protegido), o de “personne protégée” (persona protegida) en los artículos que componen el Título XI del libro primero del Código civil francés, “De la majorité et des majeurs protégés par la loi” (De la mayoría de edad y de los mayores de edad protegidos por la ley). Han reemplazado los antiguos términos del Código napoleónico en su redacción inicial, como “imbécilité” (imbecilidad), “démence” (demencia), “fureur” (furor), “fous” (locos), “aliénés” (alienados), “majeurs incapables” (mayores incapaces). Dna Brousse⁵³ comenta en referencia a este cambio de términos que en la legislación actual, se ha rehabilitado a la persona, por el prisma de su autonomía para actuar por sí misma. Por otro lado, en el sistema español, en la nueva LAPDECJ, se usan más los términos de “personas con discapacidad”, como se pone de relieve en el mismo nuevo Título XI del libro primero del Código civil español, “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Por lo tanto, se puede analizar que el derecho francés se centra más en las consecuencias que debe producir la ley respecto de esta situación (es decir la puesta en marcha de un sistema de protección para las personas que lo necesiten), mientras que el derecho español hace más énfasis en las causas de este sistema de protección, que proviene efectivamente de una situación de discapacidad.

⁵³ Brousse, A., op. cit. pp. 141-152.

No obstante, tenemos que subrayar cambios mayores en la terminología empleada por los artículos españoles. Primero, en esta línea, podemos poner de relieve la reforma de la LJV que introduce, expresamente, una “sustitución de términos” en el preámbulo de aquella ley⁵⁴. En aplicación de esta sustitución de términos, han desaparecido los términos “incapaz” e “incapacitado” al eliminarse el procedimiento de incapacitación judicial. Tampoco se recoge el término “discapacitado”, sino que la nueva Ley habla de “personas con discapacidad”, como ya lo hemos visto.

No obstante, como lo señala Dña Fontestad Portalé⁵⁵, esta rúbrica no nos debe llevar a engaño pues, no se trata únicamente de utilizar términos más respetuosos con los que referirse a las personas con discapacidad, sino de reconocer y reforzar, como una cuestión de derechos humanos que es, el derecho a que puedan tomar sus propias decisiones.

2. MAYOR PROXIMIDAD DEL SISTEMA FRANCÉS RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LOS MENORES

Por otro lado, esta gran diferencia en torno a la terminología empleada también se pone de relieve en lo que se refiere al sistema aplicable a los menores.

Históricamente, en ambos ordenamientos jurídicos se hacía cierta asimilación entre el sistema de medidas de protección aplicable a los menores y el aplicable a los mayores de edad. Así, esto parece claro en el sistema francés, al tener un solo término para ambos sistemas. En efecto, el término de “tutelle”, que ya hemos explicado, también se encuentra en las disposiciones del Título X del libro primero del Código civil francés, “De la minorité, de la tutelle et de l’émancipation” (de la minoría de edad, de la tutela y de la emancipación). Evidentemente, ambas medidas de protección ni se dirigen a las mismas personas, ni se desarrollan bajo el mismo régimen. No obstante, el legislador dejó esta apelación, que puede crear cierta confusión.

⁵⁴ Tercer párrafo del preámbulo de la LJV: “También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”.

⁵⁵ Fontestad Portalé L., 2021, Vista de Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Ars iuris salmanticensis*, 9, pp.408-411. Profesora Titular de Derecho Procesal - Universidad de Málaga.

En cambio, en el sistema español, la LAPDECJ de 2021 operó otra vez un cambio drástico en la materia. Anteriormente a esta reforma, el sistema español preconizaba también, al igual que el sistema francés, medidas específicas para menores y otras para mayores, con una terminología confusa. En efecto, se utilizaba también el mismo término en ambos sistemas de protección, y se hablaba de tutela tanto para los menores como para los mayores de edad. Como mencionado, la LAPDECJ suprimió el término y el concepto de “tutela” en lo que se refiere a las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de los mayores de edad. Se vio entonces suprimida toda relación entre ambos conceptos en el sistema español para evitar cualquier confusión o asimilación. De esta forma, se pone claro que existen dos sistemas de protección diferentes, poniendo en marcha medidas diferentes con objetivos diferentes, que se destinan a personas diferentes.

Podemos comentar aquí que se traduce una verdadera voluntad del legislador de suprimir todas las instituciones tradicionales de protección como la tutela, que ahora queda reservada para los menores de edad. Como si esta actualización no fuera suficientemente clara, hasta la estructura del Código civil español se modificó: al crearse el nuevo Título XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, en vez del antiguo Título X “De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores o incapacitados” que claramente mezcla las dos figuras, se suprimió toda posibilidad de asimilación entre ambos sistemas.

Todo esto nos lleva a preguntarnos sobre la razón de tal cambio. Podemos legítimamente preguntarnos si tal separación resulta obligatoria, por razones de claridad, o por razones de mayor protección. En efecto, el menor siempre está protegido por la ley, por su estatuto; mientras que el mayor de edad ya no tiene protección automática por su estatuto de mayor. Esta separación rígida permite entonces al legislador español poner de manifiesto que, evidentemente el menor tiene derecho a un sistema de protección, pero que todo mayor que lo precise también tiene derecho a un sistema de medidas de protección propio, y adaptado específicamente a sus necesidades.

CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD PLANTEADO DE MANERA RADICALMENTE DIFERENTE

El principio de subsidiariedad se aplica en el ámbito jurídico a aquellas situaciones jurídicas en las que se ofrecen al menos dos alternativas, de manera que sólo se podrá acudir a una de ellas en defecto de la otra. Aplicando este principio al tema que aquí nos interesa, este principio se aplica sin duda entre las medidas extrajudiciales y judiciales, es decir que en ambos casos, solo se aplicará una medida judicial si no se pueden decidir medidas extrajudiciales.

Ahora bien, en lo que se refiere a las solas medidas judiciales, para que pueda tener sentido este principio, se requieren al menos dos medidas de apoyo, requisito que se cumple, al existir dos medidas judiciales en el sistema español, y tres en el sistema francés. Este capítulo trata de estudiar cómo este principio se aplica de forma radicalmente diferente en ambos ordenamientos jurídicos.

1. LA APLICACIÓN DE LA CURATELA COMO MEDIDA SUBSIDIARIA

Como acabo de mencionarlo, en el sistema español existen dos medidas judiciales de apoyo, la curatela y el defensor judicial, mientras que en el sistema francés existen tres, la sauvegarde de justice, la curatelle y la tutelle.

En el sistema francés, el principio de subsidiariedad se establece de forma muy clara. En efecto, el artículo 440 CCF dispone primero en su segundo alinea que “La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante” (solamente se dictara una curatelle si se demuestra que la sauvegarde de justice no puede asegurar una protección suficiente), y luego en su cuarto alinea que “La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante” (solamente se podrá dictar una tutelle si se demuestra que ni la sauvegarde de justice ni la curatelle pueden asegurar una protección suficiente). Esta subsidiariedad se note entre otras, en la sentencia de la Cour de Cassation de 19 de marzo de 2014⁵⁶, que demuestra que una persona puede pasar de un régimen de sauvegarde de justice, a un régimen de curatelle, para acabar con una medida de tutelle, de forma subsidiaria, cuando

⁵⁶ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 19 mars 2014, 13-12.016, Publié au bulletin.

la antigua ya no está adaptada. Esta apreciación, como ya lo estudiamos, se hace conforme a la opinión del juez, apoyándose en dictámenes médicos.

Esta subsidiariedad en las medidas posiblemente adoptadas demuestra una graduación en la gravedad de las medidas de apoyo. Lo importante que hay que destacar es que cada una de las tres medidas tiene un carácter continuo en el tiempo. Aquí no se trata de un apoyo puntual, sino que la persona en cargo tendrá facultades de gestión y de administración (e incluso representativas en el caso de la tutelle), de forma continua. A pesar de esto, cada medida de apoyo tiene sus especificidades, y solamente se puede aplicar una medida más restrictiva si se llega a probar que otra medida menos restrictiva no protege suficientemente a la persona en cuestión.

En esta línea, la curatelle es una medida de apoyo para “les actes importants de la vie civile” (los actos importantes de la vida civil), mientras que la tutelle pretende apoyar “les actes de la vie civile”, (los actos de la vida civil), sobreentendido “todos los actos de la vida civil”, según la letra del artículo 440 CCF. Así, el tutor podrá gestionar todos los bienes de la persona protegida, y representarla, incluso ante órganos jurisdiccionales, lo que diferencia esta medida de una curatelle. De hecho, una persona bajo tutelle no puede presentar una demanda ante un órgano jurisdiccional sin ser acompañada por su tutor, como lo consideró la Cour de Cassation en su sentencia de 15 de enero de 2016⁵⁷. Desde la ley de 2007, ya no solamente es una medida de protección de los bienes, sino más bien es una medida de protección de la capacidad de la persona.

También se podrá notar que ambas figuras tienen diferentes variaciones, como la figura de la “curatelle renforcée” (artículo 472 CCF - curatelle reforzada), o la de tutelle allégée (artículo 473 CCF - tutelle atenuada), sobre las que no vamos a desarrollar más allá de sus nombres.

En cambio, en el sistema español, sí existen dos medidas judiciales de protección, la curatela y el defensor judicial, pero solamente una de aquellas puede aplicarse si se está buscando una protección continua: la curatela. Aunque la figura del defensor judicial pueda utilizarse de “forma recurrente”, sigue considerada como una medida de apoyo de “carácter ocasional”, según las disposiciones del artículo 295 CCE.

Así, al parecer, cuando se requiere apoyo de forma recurrente y ya no ocasional, nos encontramos ante la aplicación forzosa de una medida de curatela, lo que supondría que una

⁵⁷ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 15 janvier 2016, 15-10.156, Publié au bulletin.

misma medida se vería aplicada a diferentes casos con necesidades diferentes. Pero en la realidad, el legislador, en su voluntad de velar por los máximos intereses de los mayores con discapacidad, convirtió la medida de curatela en una medida de apoyo ajustable según las necesidades. En otros términos, al suprimir completamente la tutela de las medidas de apoyo para los mayores de edad, el legislador reformó la figura de la curatela en una figura adaptable, en la que se concentran ahora todas las medidas judiciales de apoyo continuado. Por lo tanto, al estudiar esta medida de curatela, Dna Segarra Crespo⁵⁸ la califica con tres características principales, que son la subsidiariedad, concreción y versatilidad.

En un primer plano, refiriéndose a su aspecto concreto, podemos ver que está prevista para casos determinados con anterioridad por el Código, en sus artículos 249 y 250, que tratan de las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo.

Luego, en lo que se refiere a su versatilidad, podemos notar que la figura de curatela puede declinarse en varias posibilidades: asistencial o representativa. En su modalidad asistencial, el curador tendrá que asistir a la persona con discapacidad en actos concretos de su vida, aconsejarla en unas decisiones, siempre respetando su voluntad. Aquí tenemos que añadir que los actos de los que se trata son actos determinados por el juez, en la sentencia. En su modalidad representativa, el juez tendrá que fijar de manera precisa cuales son los actos por los que la persona protegida necesitará representación. Esta adaptabilidad de la medida permite paliar la inexistencia de demás medidas de apoyo continuo. Esta característica de adaptabilidad de la medida de curatela se pone de relieve en la aplicación de la LAPDECJ por el Tribunal Supremo. En su primera sentencia aplicando la nueva ley, el Supremo falló el último 8 de septiembre que se debía poner en aplicación una medida de curatela de carácter esencialmente asistencial, cuando en la demanda formulada por el Ministerio fiscal se reclamaba una modificación de capacidad de obrar, que ya no se puede operar desde la entrada en vigor de la LAPDECJ en septiembre de 2021.

Por fin, al haber explicado esta versatilidad de la medida, nos aparece ahora su aspecto subsidiario. En efecto, se puede notar subsidiariedad entre ambas modalidades de la misma medida de curatela. El artículo 279 CCE establece en su tercer apartado que “Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad”.

⁵⁸ María José Segarra Crespo - Fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de la Fiscalía General del Estado.

Así, la modalidad representativa sólo puede decidirse por el juez, al no poder aplicar la modalidad asistencial, en circunstancias que justifican y que necesitan esta decisión drástica. Siguiendo esta línea, y al aplicar el nuevo régimen de sistema de apoyos de la LAPDECJ, la Audiencia Provincial de Cantabria consideró que la aplicación de una “curatela esencialmente representativa” era lo más oportuno para el caso de un joven de 18 años, en una situación de discapacidad de más de 80%, en su sentencia de 23 de septiembre de 2021⁵⁹, en vez de incapacitarle, posibilidad ya no de actualidad.

Al comparar estos dos sistemas, parece pertinente preguntarnos sobre la utilidad de tener varias medidas, si una sola puede generar las mismas protecciones. El sistema español ha en este sentido acentuado el aspecto práctico de este sistema de apoyos, al tener una sola medida adaptable por el juez según las necesidades precisas del mayor discapacitado. En cuanto al sistema francés, ha preferido refrenar los poderes del juez, poniendo límites claros a cada una de las figuras de apoyo. Esta gran diferencia en cuanto al papel del juez genera reglas procesales distintas.

Por fin, como una reforma siempre puede quedar sujeta a nuevas modificaciones, podemos abordar el papel que tienen los profesores, juristas y la doctrina de forma general en el procedimiento de elaboración de la ley. Así, por ejemplo, para elaborar la ley francesa Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice en matière de protection juridique des majeurs (de reforma de la justicia en materia de protección jurídica de los mayores de edad), se había redactado un ensayo por numerosos profesionales de derecho, bajo la dirección de Dna Anne Caron-Dégliise con unas 104 medidas dentro de las que pocas se vieron incorporadas a la ley. Entre otras cosas, podemos notar que proponían la supresión del régimen de tutelle, para la creación de una medida de protección única de “sauvegarde des droits” (salvaguarda de derechos), que sería equivalente a la medida de curatelle, y que se podría reforzar según las necesidades de las personas. Otra vez nos encontramos con una gran similitud entre ambos sistemas, ya que el sistema español se adelantó en establecer un sistema similar en su ordenamiento jurídico, pero que no desembocó en una asimilación total de ambos sistemas.

⁵⁹ SAP Cantabria 1083/2021 no 375/2021, de 23 de septiembre de 2021 [versión electrónica - base de datos del Consejo General del Poder Judicial].

Al final, las consecuencias para las personas interesadas no cambian mucho y se pueden hacer varios paralelos entre las figuras: se pueden casi asimilar las figuras de curatela asistencial española con la curatelle francesa, y la curatela representativa española con la tutelle francesa.

2. UNAS REGLAS PROCESALES DISTINTAS

Como lo acabamos de mencionar, el papel del juez no es el mismo ni tampoco tiene el mismo impacto en ambos sistemas. Por un lado, el juez español parece tener mayor poder decisorial sobre la medida que adoptar, al poder escoger entre las diferentes versiones de la curatela. Esta importancia del papel del juez se hace también sentir a nivel procesal, dado que la LAPDECJ da prioridad a la LJV, procedimiento específico para asuntos de este ámbito. Así, la LEC dispone en su artículo 756⁶⁰ que “2. Será competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria”. Esta elección por un procedimiento específico permite simplificar los procedimientos y hacerlos más accesibles de forma global.

Por otro lado, nos enfrentamos a un sistema francés en el que el demandante tiene que pasar por el procedimiento ordinario. No obstante, al contrario del juez español en el que sí es un juez ordinario, la demanda ordinaria en el sistema francés permite acceder al juez de tutelas, juez especializado en tales procedimientos. En este ámbito podemos notar que en la teoría, su nombre de juez de tutelas se convirtió en “juge des contentieux de la protection” (juez de los litigios relativos a la protección), por la ley de marzo de 2019. Este cambio de apelación se vió muy criticado por la doctrina: según Dna Brousse⁶¹, el término “contencioso” es lamentable porque induce en la representación colectiva la noción de conflicto, que no está en el centro de esta materia. En efecto, la decisión de dictar una medida de protección no es en sí misma resultado de un desacuerdo entre individuos, sino de una necesidad individual. En cuanto al poder del juez en el seno del proceso en sí mismo, como ya lo hemos señalado, el juez español tiene mayor discrecionalidad en la elección de la forma

⁶⁰ Formando parte del Título I “De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”, del Libro IV “De los procesos especiales”.

⁶¹ Brousse, A., op. cit. pp. 141-152.

de curatela que aplicar, mientras que el poder del juez de tutelas francés se ve más limitado por la justificación del principio de subsidiariedad ya evocado.

En tercer lugar, la divergencia entre ambos sistemas procesales también se pone de relieve en lo que se refiere a los procesos de revisión de medidas, que ya evocamos en el primer título de este trabajo. Como ya lo hemos visto, los plazos de revisión son distintos en ambos sistemas. Por un lado, el juez de tutelas francés puede decidir establecer una medida para diez años como máximo, y al revisarla, bajo determinadas condiciones, tiene derecho a renovarla hasta veinte años, según los términos del artículo 442 CCF (“n’excédant pas vingt ans”). Por otro lado, el juez español tiene que revisar cada medida judicial ya pronunciada en un plazo de tres años, o seis años como máximo, de acuerdo con el artículo 268 CCE. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de septiembre de 2021 impuso una revisión de las medidas de apoyo acordadas en la sentencia cada seis meses. Si se aplica esta exigencia a cada sentencia dictando medidas de apoyo, se puede legítimamente preguntar sobre la factibilidad de tal seguimiento. Estos plazos ponen de relieve el papel radicalmente diferente del juez en el seguimiento de los procedimientos, y más allá, el seguimiento de la situación personal de las personas discapacitadas.

Para concluir, al parecer el juez de tutelas francés es más difícil de acceder al principio del procedimiento; requiriendo pasar por el camino ordinario, y no por unas reglas procesales específicas que tienen como objetivo la simplificación del acceso al juez. Además, el juez español tiene mayor discrecionalidad en sus decisiones, frente a un juez de tutelas francés más supervisado, lo que supone una concepción diferente de la protección de los intereses de las personas que precisan apoyos a su capacidad jurídica. Por un lado, el sistema español considera que dejar en manos del juez las modalidades de la curatela que aplicar permite una mejor respeto de los intereses de las personas discapacitadas mientras que el sistema francés considera que se protegen más los intereses al delimitar estrictamente los poderes del juez.

Pero en el ámbito de las revisiones, parece claro que el juez español está más presente que el juez francés, al tener la obligación de intervención en plazos más cortos. Casi podríamos calificar de desinterés la posible no intervención del juez de tutelas francés durante veinte años.

CAPÍTULO III. LA EXISTENCIA EN DERECHO FRANCÉS DE UNA MEDIDA HISTÓRICAMENTE TRANSITORIA: LA SAUVEGARDE DE JUSTICE

Finalmente, los sistemas de apoyos a la capacidad jurídica español y francés tienen muchísimas similitudes y se puede realizar cierta analogía entre cada una de las medidas de ambos sistemas, como lo vimos. No obstante, la mayor diferencia reside en la existencia en derecho francés de la medida de sauvegarde de justice, que no tiene verdadero y exacto equivalente en derecho español, que proviene históricamente de una voluntad de establecer una medida transitoria, y que corresponde ahora a la medida de emergencia par excellence⁶². Según lo descrito por Dna Wong⁶³, la sauvegarde de justice se puede explicar por una medida de protección con la cual el mayor discapacitado puede hacer todos los actos que quiera menos los que podrían perjudicar sus intereses. Así, como lo señala D. Murat⁶⁴, permite simplificar los procedimientos de rescisión de unos actos que la persona hubiera podido celebrar en perjuicio de sus intereses. Esta medida de apoyo tiene al final la misma función que las demás, siendo mucho menos restrictiva.

1. UNA MEDIDA HISTÓRICAMENTE TRANSITORIA

Como ya lo hemos evocado anteriormente, la sauvegarde de justice se puede establecer hoy como una medida de apoyo a la capacidad jurídica siguiendo el mismo régimen que las demás medidas judiciales de protección. Pero esto no siempre ha sido así.

La sauvegarde de justice fue instaurada en el ordenamiento jurídico francés por la ley de 1968, como medida transitoria, es decir que solamente se podía instaurar por el juez de tutelas mientras había un proceso de curatela o de tutela pendiente, como medida de protección transitoria. En este momento todavía no era una medida de apoyo en sí y no se podía pronunciar como tal, de forma autónoma. No obstante, aunque hoy en día ha adquirido una existencia propia como medida de protección, o de apoyo a la capacidad jurídica, sigue existiendo esta posibilidad en manos del juez de pronunciar una medida de sauvegarde de justice, “pour la durée de l'instance”, según la letra del segundo apartado del artículo 233

⁶² Gratadour H., 2015, Étude 250: La sauvegarde de justice, en Planckaert H., Le Lamy Droit des personnes et de la famille, s.p.

⁶³ Wong, C., 2009. Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs. 1st ed. Dunod, pp 93-106.

⁶⁴ Murat P., 2019, Droit de la famille, 8a ed, Dalloz, pp. 1441-1444.

CCF, es decir durante todo el plazo del proceso, hasta que se pronuncie otra medida de curatelle o de tutelle al final de éste.

En este aspecto transitorio, se podría comparar a la figura del defensor judicial, en su carácter puntual y recurrente, que se encuentra en el artículo 295 CCE. En efecto, el juez puede decidir recurrir a un defensor judicial, que puede actuar de forma puntual si por cualquier razón “quien haya de prestar apoyo no puede hacerlo”. En la práctica, Dna Lledo Yague⁶⁵ explica que se puede aplicar esta institución para las situaciones en la que haya conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y aquella que le representa. En relación con este tema, D. Sanchez-Ventura⁶⁶ añade que el conflicto de intereses es la razón por la que se incluyó esta figura en el ordenamiento jurídico español. No obstante, esta medida no puede aplicarse en previsión de la aplicación de una curatela, durante la instancia, como ocurre en el sistema de protección francés.

En ambos casos, desaparecen en el momento en que se establezca otra medida, que sea una curatelle, una tutelle o una curatela, sin que se requiera un pronunciamiento de extinción por el juez. En otros términos, tan pronto como entre en vigor una nueva medida de protección más restrictiva, o se restablezca una anterior medida de protección, la figura de sauvegarde de justice o de defensor judicial en su forma transitoria desaparece. Se extingue entonces de forma automática, lo que pone de manifiesto de forma muy clara el principio de subsidiariedad que ya hemos evocado.

Este carácter transitorio, o incluso podríamos decir anticipatorio, puede ser sujeto a fuertes críticas. Así, de la misma forma que la detención preventiva puede ser criticada por no respetar el principio de presunción de inocencia, aquí podríamos alegar que el hecho que quepa tal posibilidad, ya no la modificación de capacidad de una persona, sino la puesta en marcha de mecanismos de apoyo a la capacidad jurídica, no respeta el derecho fundamental de pasar por un proceso judicial justo.

Estas críticas o mejor dicho estas desconfianzas acerca de esta medida se justifican por ser considerada medida de emergencia por excelencia.

⁶⁵ Lledo Yague, F., 2011, Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia. Tomo II: parte registral y otros temas. Madrid, Spain: Dykinson, s.p.

⁶⁶ Sanchez-Ventura Morer, I., 2019, en Mayor del Hoyo, M. V., & De Salas Murillo, S. Claves 24 para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. Tirant lo Blanch, pg 272ss.

2. UNA MEDIDA DE EMERGENCIA

En teoría, desde la ley de 2007, el procedimiento normal de apertura de sauvegarde de justice es el mismo que para abrir un procedimiento de curatelle o de tutelle, es decir que las personas habilitadas para pedir tal apertura son las mismas en cada uno de los tres casos. Ahora bien, dos peculiaridades subsisten: la sauvegarde de justice puede establecerse sin pasar por todo el procedimiento requerido para las medidas de curatelle o de tutelle, en dos casos. Esta medida se ha convertido poco a poco en una, o mejor dicho, en la medida de apoyo de emergencia por excelencia, que no tiene equivalente en derecho español.

En efecto, esta calificación de medida de urgencia se traduce en los textos por una simplificación de algunas reglas procesales. Para empezar, aplicando las disposiciones del último apartado del artículo 433 CCF, “le juge peut, en cas d'urgence, statuer sans avoir procédé à l'audition de la personne” (en caso de emergencia, el juez puede, pronunciarse sin haber procedido a la audiencia de la persona). Por supuesto, para tomar tal decisión, el juez tendrá que basarse sobre un dictamen médico.

Otra posibilidad concedida a esta medida especial, según los términos del artículo 434 CCF, es que la sauvegarde de justice “peut également résulter d'une déclaration faite au procureur de la République dans les conditions prévues par l'article L. 3211-6 du code de la santé publique”, es decir que puede también resultar de una declaración [de un médico] al procureur de la République⁶⁷, bajo las condiciones previstas por el artículo L. 3211-6 del código de la salud pública. En este caso, cabe señalar que, por derogación al artículo 1249 del Código de Procedimiento Civil francés relativo a la sauvegarde de justice, ningún texto impone aquí al procureur de la République la obligación de informar a la persona protegida que se le ha prescrito una sauvegarde de justice⁶⁸.

En ambos casos, el médico tiene un papel importante, como ya lo vimos: tiene que dar al juez todas las informaciones en cuanto a la evolución de la alteración. El dictamen requerido es el mismo que en procedimientos de curatelle o de tutelle.

Esta simplificación procesal en varios niveles traduce la verdadera voluntad del legislador de proteger lo más pronto posible a las personas discapacitadas. Si se pone en marcha esta medida de emergencia, siguiendo el debido procedimiento simplificado, el mayor discapacitado que precisa apoyo a su capacidad jurídica conserva sus derechos, salvo

⁶⁷ Correspondiente a la figura del Ministerio Fiscal en el ordenamiento jurídico español.

⁶⁸ Peterka N., Caron-Déglise A., 2020, Protection de la personne vulnérable, 5a ed, Dalloz, pp 514-515.

excepciones que el juez habrá dictado con anterioridad. Así, por ejemplo, según el artículo 435 CCF, la persona con discapacidad conserva su derecho de voto.

Con esta voluntad de contrarrestar este aspecto de emergencia, el legislador ha insistido en que esta medida no puede preverse por un período superior a un año, renovable una sola vez. Así, el legislador cuenta con que se use en casos límites, demasiado leves para imponer una curatelle o una tutelle, pero demasiado fuertes para dejar a estas personas sin protección.

Por lo general, esta medida se dirige a dos tipos de personas, en primer lugar a pacientes con una patología compatible con la vida social pero que pueden actuar en contra de sus propios intereses, es decir, casos de patologías que pueden mejorar de forma lenta e impredecible (por ejemplo, accidentes cerebrovasculares en los que no es raro que el paciente mejore durante varios meses), o en segundo lugar a los pacientes que necesiten una medida de protección rápida antes de la instauración de una tutela o de una curatela. En otros términos, se puede aplicar por dos razones: el temor al abuso de debilidad, o la expectativa de una mejora, que corresponden a los dos ejemplos sobre los que se apoya Dna Wong⁶⁹ en su artículo.

En conclusión de este segundo título, a pesar de las similitudes que existen entre ambos sistemas, existen muchísimas particularidades en cada uno de estos dos ordenamientos jurídicos, que vienen matizar aquellas semejanzas, entre las cuales la existencia en el sistema francés de la medida de sauvegarde de justice, medida de emergencia que no tiene equivalente en el sistema español.

⁶⁹ Wong C., op. cit. pp 47-92.

CONCLUSIONES

PRIMERA

A primera vista los ordenamientos jurídicos español y francés tienen dos sistemas de medidas de apoyo muy parecidos. Se ponen de relieve estas similitudes en la forma que adoptan estos sistemas al tener varias medidas, tanto judiciales como extrajudiciales. Además de esta estructura bastante parecida, nos encontramos con que estas medidas tienen raíces en los mismos principios generales, entre los cuales el importantísimo principio de necesidad. Por otro lado, se nota que el juez tiene un rol central al decidir estas medidas, tanto en España como en Francia (con excepción de las medidas voluntarias evidentemente), con un objetivo común de protección de las personas, o más generalmente, de los derechos fundamentales. De forma más práctica, estas evidentes similitudes entre ambos ordenamientos me ayudaron en mis búsquedas, para hacer paralelos y levantar mi plan de trabajo.

SEGUNDA

No obstante estas similitudes, lo más flagrante al comparar estos sistemas son las diferencias que existen. Estas diferencias se acentuaron aún más después de la entrada en vigor de la LAPDECJ en 2021. La mayor diferencia que instauró esta reforma es la supresión del régimen de tutela, que creó entonces una fractura en el paralelismo que existía entre ambos sistemas. Pasamos entonces de dos sistemas con figuras más o menos análogas a un sistema español con una sola figura judicial de curatela adaptable, frente a un sistema francés en el que se pueden escoger entre varias figuras judiciales. Se puede concluir en este aspecto sobre la eficacia de estos sistemas que ambos sistemas tienen su propia eficacia, dependiendo de si se considera que la eficacia sigue la adaptabilidad de una única medida, o más bien sigue una variedad en las diferentes medidas existentes.

TERCERA

Esta tercera conclusión tratará de la mayor diferencia que existe entre ambos sistemas, que es la existencia en el sistema francés de la medida de sauvegarde de justice. Esta medida se caracteriza por tener dos vertientes. Primero puede ser empleada como medida de protección judicial normal, como lo pueden ser las demás medidas de protección, y eso en los dos sistemas. Segundo, es conocida por ser la medida de emergencia por excelencia. Es decir que se beneficia de reglas procesales específicas y simplificadas, para que el juez pueda

pronunciar esta medida lo más rápido posible, y a veces olvidándose de ciertas reglas impuestas a los demás procedimientos, en espera (o no) del pronunciamiento de otra medida de protección más restrictiva. Al final, aunque esta medida no existe como tal en el ordenamiento jurídico español, sus diferentes características se pueden encontrar sin problema en las figuras españolas. Así, entendida primero como la medida de protección judicial menos restrictiva, en el sistema español recordamos que la curatela se puede ahora adaptar a las necesidades de la persona, lo que podría perfectamente llevar a una asimilación de estas figuras. Ahora bien, en lo que se refiere a su segunda vertiente de medida de emergencia, o de medida de transición en espera del pronunciamiento de otra, aquí es la medida de defensor judicial que el juez español puede pronunciar hasta el pronunciamiento de una curatela.

BIBLIOGRAFIA

1. LEGISLACION

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, actualizado de la modificación publicada el 29 de julio de 2015.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, última actualización, de la modificación publicada el 03 de junio de 2021, entrada en vigor a partir de 03 de septiembre de 2021.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, entrada en vigor a partir de 03 de septiembre de 2021.

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

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, entrada en vigor a partir de 15 de noviembre de 1983.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Code civil français, última actualización.

Code civil français, en su versión de 1804.

Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, editado el 19 de mayo de 2014.

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo no 846/2018, de 15 de marzo (Ponente: M. De los Angeles Parra Lucan) [versión electrónica - base de datos del Consejo General del Poder Judicial].

Sentencia del Tribunal Supremo no 589/2021, de 8 de septiembre (Ponente: Su Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) [versión electrónica - base de datos del Consejo General del Poder Judicial].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, 1083/2021 núm 375/2021, de 23 de septiembre de 2021 (Ponente: J. Arsuaga Cortazar) [versión electrónica - base de datos del Consejo General del Poder Judicial].

Arrêt de la Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 19 mars 2014, 13-12.016, Publié au bulletin [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

Arrêt de la Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 15 janvier 2016, 15-10.156, Publié au bulletin [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

Arrêt de la Cour de Cassation, chambre civile 1, 4 mai 2017, 16-17.752. Publié au Bulletin [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

Arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile 1, 20 décembre 2017, 16-27.507, Publié au bulletin [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

Arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile 3, 6 mai 2021, 20-11.912 [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

Arrêt de la Cour de Cassation, chambre civile 1, 2 de marzo de 2022, 20-19.767. Publié au bulletin [versión electrónica - base de datos de Légifrance].

3. OBRAS DOCTRINALES

ICAM, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2021. CUADRO COMPARATIVO - Modificaciones que opera 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, sobre diferentes normas? Madrid: ICAM, pp.21-147.

Fontestad portalés, L., 2021. Vista de Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Ars iuris salmanticensis*, 9, pp.408-411.

Toral Lara, E., 2021. Vista de Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Ars iuris salmanticensis*, 9, pp.425-428.

Magro Servet, V., 2022. Claves de la modificación de las medidas judiciales del discapacitado tras la L 8/2021, de 2 junio de apoyo a las personas con discapacidad. Foro abierto. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 32.

Serrano Chamorro, M., 2022. Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales. 2nd ed. Actualidad civil (Wolters Kluwer).

Perea Gonzalez, A., Paz García Rubio, M., Segarra Crespo, M., Cerrada Loranca, C., Labrador Gimeno, I., De Prada Rodríguez, M. and Fuster Blay, M., 2021. Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil. *Diario La Ley*, (Nº 9980) s.p.

Guilarte Martín-Calero. 2021, Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Aranzadi.

D. Alberto Pérez Ureña, 2022, Claves de la modificación de las medidas judiciales del discapacitado tras la L 8/2021, de 2 junio de apoyo a las personas con discapacidad. Foro abierto. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, s.p.

Lledo Yague, F., 2011, Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia. Tomo II: parte registral y otros temas. Madrid, Spain: Dykinson, s.p.

Sanchez-Ventura Morer, I., 2019, en Mayor del Hoyo, M. V., & De Salas Murillo, S. Claves 24 para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. Tirant lo Blanch, pg 272ss.

Courbe, P. y Jault-Seseke, F., 2020. Droit des personnes, de la famille et incapacités. 11th ed. Dalloz.

Wong, C., 2009. Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs. 1st ed. Dunod, pp93-106.

Huffscmitt, L., 2009. Les certificats médicaux dans la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique du majeur. L'information psychiatrique, 85(2009/7), pp.667 - 674.

Danino, P., 2015. Au cœur de la protection : le juge des tutelles. Le Sociographe, 50(2015/2), pp.43 - 49.

Mercat-Bruns, M., 2007. La réforme des incapacités : un premier pas. Retraite et société, 52(2007/3), pp.158 - 162.

Breton S., 2004. « L'actuel système de protection juridique des majeurs et les réformes envisagées », Recherches familiales, vol. 1, no. 1, pp. 5-8.

Renaut S. y Gilles S., 2004, « Les majeurs sous protection juridique : état des lieux », Recherches familiales, vol. 1, no. 1, pp. 9-27.

Maria I., 2021, « Le respect de la volonté des personnes âgées malades », Droit, Santé et Société, vol. 1, no. 1, pp. 47-53.

Kammerer, M., 2019,. Une réforme inachevée. Lien Social, 1256, 12-13.

J. Carbonnier, Introduction au droit civil, PUF, 2017, p. 124

Caron-Déglise, A., 2014. “Vieillesse et altération des facultés personnelles: Co-construire un accompagnement responsable, cohérent et respectueux des droits des personnes”. *Retraite et société*, n 68, pp 23-40.

Raoul-Cormeil, G., 2015. Qu’est-ce qu’être protégé : Regard d’un juriste. *Le Sociographe*, n 50, pp 11-28.

Brousse, A., 2021, Protection juridique des majeurs, comment favoriser l’autonomie d’une personne vulnérable dans le cadre d’une mesure contrainte, *Vie sociale*, vol. 33, no. 1, pp. 141-152.

Quéguineur, A., 2015, Protéger, c’est prévoir, *Le Sociographe*, vol. 50, no. 2, pp. 93-104.

Eyraud, B., 2013., Protéger et rendre capable: La considération civile et sociale des personnes très vulnérables, pp. 157-167

Lefevre, K., 2015, “Chapitre 2. La place de la famille dans la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs”, *Protéger les majeurs vulnérables. Quelle place pour les familles ?* Presses de l’EHESP, pp. 31-43.

Verheyde, T., 2015, “Chapitre 4. La mobilisation de la famille par les juges”, Karine Lefevre éd., *Protéger les majeurs vulnérables. Quelle place pour les familles ?*, pp. 51-56.

Ternon, M. 2018. “Chapitre III. Pouvoirs familiaux, pouvoirs publics dans l’organisation de la curatelle et de l’interdiction”, M. Ternon, *Juger les fous au Moyen Âge*, pp. 131-172. Paris cedex 14: Presses Universitaires de France.

Gratadour H., 2015, Étude 250: La sauvegarde de justice, en Planckaert H., *Le Lamy Droit des personnes et de la famille*, s.p.

Peterka N., Caron-Déglise A., 2020, *Protection de la personne vulnérable*, 5a ed, Dalloz, pp 514-515.

Murat P., 2019, Droit de la famille, 8a ed, Dalloz, pp. 1441-1444.