



FACULTAD DE DERECHO

**EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS A LA  
PERSONA CON DISCAPACIDAD. ANÁLISIS DE  
LOS ARTÍCULOS 249, 250 Y 269 CC.**

Autor: M<sup>a</sup> Almudena Ruiz Quirante

5º E3 - C

Área de Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril 2022

## **RESUMEN**

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha provocado un gran cambio en el sistema de medidas de apoyo a este colectivo, en concreto, ha afectado a un elevado número de instrumentos jurídicos entre los que se encuentra el Código Civil. Su misión ha sido adaptar la normativa española en materia de discapacidad a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que tuvo lugar en Nueva York en el año 2006.

Por ello, dada su importancia, el objetivo del presente trabajo es dar respuesta a la pregunta de cómo pueden ejercer su capacidad jurídica y participar en el tráfico jurídico las personas con discapacidad. Para ello, se expondrán las características principales del nuevo sistema y se analizará en qué debe consistir el apoyo y cómo debe organizarse en cada caso.

**Palabras clave:** persona con discapacidad, medidas de apoyo, capacidad jurídica, curatela, voluntad, medidas voluntarias.

## **ABSTRACT**

Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has brought about a major change in the system of support measures for this group, specifically affecting a large number of legal instruments, including the Civil Code. Its mission has been to adapt the Spanish legislation on disability to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities that took place in New York in 2006.

Therefore, given its importance, the aim of this paper is to answer the question of how people with disabilities can exercise their legal capacity and participate in legal transactions. To this end, the main characteristics of the new system will be presented and an analysis will be made of what support should consist of and how it should be organized in each case.

**Key words:** person with disability, support measures, legal capacity, guardianship, will, voluntary measures.

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	5
<b>CAPITULO I: INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
1. INTERÉS DEL TEMA.....	6
2. OBJETIVOS.....	7
3. METODOLOGÍA.....	8
4. PLAN DE EXPOSICIÓN.....	9
<b>CAPÍTULO II: REGULACIÓN .....</b>	<b>10</b>
1. ÁMBITO INTERNACIONAL.....	10
1.1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 10	
1.2. Observación General N.º 1.....	10
2. ÁMBITO NACIONAL.....	11
2.1. Protección constitucional .....	11
2.2. Ley 8/2021.....	11
<b>CAPÍTULO III: NOCIONES BÁSICAS .....</b>	<b>12</b>
1. CONCEPTO Y GRADOS DE DISCAPACIDAD.....	12
1.1. Modelo social.....	14
1.2. Valor positivo.....	15
1.3. Unidad de tratamiento. ....	16
2. TRATAMIENTO PATERNALISTA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ....	18
2.1. Situación jurídica de los menores de edad .....	18
2.2. La analogía del Comité entre la discapacidad y el género o la raza .....	19
2.3. Paternalismo justificado.....	22
3. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ....	25
<b>CAPÍTULO IV: SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO .....</b>	<b>27</b>
1. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO.....	27

2.	ELIMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA, PATRIA POTESTAD REHABILITADA Y TUTELA EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	30
3.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 249 CC.....	31
3.1.	Estudio de la expresión “voluntad, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad.....	32
3.2.	La voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad frente al principio de interés superior.....	33
3.2.1.	Postura a favor de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. ....	34
3.2.2.	Postura a favor del interés superior de la persona con discapacidad. ....	35
4.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 250 CC.....	38
4.1.	Medidas voluntarias. ....	39
4.2.	Medidas de hecho o informales .....	40
4.3.	Medidas legales o judiciales .....	41
5.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 269 CC.....	41
	<b>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....</b>	<b>46</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>48</b>
1.	LEGISLACIÓN.....	48
2.	JURISPRUDENCIA.....	48
3.	OBRAS DOCTRINALES .....	49
4.	RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	51

## **ABREVIATURAS**

Art(s). = artículo(s).

BOE = Boletín Oficial del Estado.

CC = Código Civil.

CE = Constitución Española.

*Cfr.* = cónfer, compárese con.

Comité = Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CDPD = Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

*Ibid.* = *ibídem*, en el mismo lugar.

*Id.* = *ídem*, el mismo o lo mismo.

Ley 41/2003 = Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

Ley 39/2006 = Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Ley 8/2021 = 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.

Observación = Observación general N° 1 (2014). Artículo 12: *Igual reconocimiento como persona ante la ley.*

*Op. cit.* = *opere citato*, en la obra citada.

p. (pp.) = Página(s).

STS = Sentencia del Tribunal Supremo.

## CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

### 1. INTERÉS DEL TEMA

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), cuando una persona menor de edad emancipada o mayor de edad padecía una discapacidad que le impedía gobernarse por sí misma se iniciaba un procedimiento judicial para modificar su capacidad de obrar (*cfr.* antiguo art. 200 CC). No obstante, con la entrada en vigor de la Ley, el régimen jurídico de las personas con discapacidad ha sido objeto de una profunda modificación.

La Ley 8/2021 tiene como objetivo principal adecuar el ordenamiento jurídico español a lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), celebrada en Nueva York en el año 2006<sup>1</sup>. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, el Tribunal Supremo, teniendo en consideración el carácter obligatorio de los tratados internacionales (*cfr.* art. 96 CE), ha sido el encargado de adaptar la normativa vigente en el momento a lo establecido en la CDPD<sup>2</sup>.

El propósito de dicha CDPD es *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”* (art. 1 CDPD).

La Ley 8/2021 introduce un cambio en el sistema de toma de decisiones de las personas con discapacidad. En concreto, se pasa de un sistema de sustitución a un sistema en el que predomina el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad quién, como regla general, debe tomar sus propias decisiones<sup>3</sup>. Por tanto, esta nueva regulación deja de lado la incapacitación y modificación de la capacidad de obrar para centrarse en proporcionar el apoyo necesario a la persona que lo precise<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> 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 3 junio 2021). Preámbulo I.

<sup>2</sup> Corvo López, F.M., “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2021, p. 2.

<sup>3</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo I.

<sup>4</sup> *Ibid.*, Preámbulo III.

Asimismo, la nueva regulación prescinde del concepto de capacidad de obrar y la capacidad jurídica pasa a entenderse como la titularidad y ejercicio de derechos<sup>5</sup>. Para ejercer esa capacidad jurídica y, por tanto, para que un negocio jurídico sea válido, es necesario disfrutar de un cierto grado de discernimiento, es decir, contar con aptitudes intelectivas y volitivas que permitan entender y querer lo que se hace. Por ello, más adelante analizaremos cómo se garantiza a las personas con discapacidad una actuación segura en el tráfico jurídico.

Por tanto, esta Ley resulta de vital importancia en nuestro Ordenamiento Jurídico al cambiar completamente el régimen jurídico de las personas con discapacidad y reformar a un amplio número de instrumentos jurídicos como son, entre otros, el Código Civil, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley del Registro Civil<sup>6</sup>.

## 2. OBJETIVOS

El presente trabajo tiene como objetivo principal dar respuesta a la pregunta de cómo pueden ejercer su capacidad jurídica y participar en el tráfico jurídico las personas con discapacidad. Para ello, se profundizará en el nuevo sistema de protección establecido por la Ley 8/2021, analizando detenidamente los arts. 249, 250 y 269 CC. Asimismo, para facilitar el estudio del tema, este objetivo general está dividido en los siguientes subobjetivos:

- a) Comprender qué significa el concepto “persona con discapacidad” y estudiar si resulta preciso el tratamiento unitario que realiza la CDPD sobre este concepto.
- b) Estudiar qué se entiende por apoyo a la persona con discapacidad.
- c) Examinar quién requiere apoyo y qué tipo de apoyo.
- d) Analizar cómo se organiza ese apoyo, centrandó la atención en la curatela como institución oficial para prestar el apoyo y que permite ejercer la capacidad jurídica con plena eficacia jurídica.

---

<sup>5</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N° 1”, 2014, página 4. (Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement> )

<sup>6</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo II.

### 3. METODOLOGÍA

En la realización del presente trabajo se ha empleado una metodología mixta puesto que se ha llevado a cabo un análisis histórico, un análisis dogmático conceptual y, por último, un análisis positivista o exegético.

En primer lugar, se ha realizado un análisis histórico al comparar el sistema tradicional de protección de las personas con discapacidad con el actual sistema de apoyo a este colectivo. Por un lado, se ha expuesto la diferencia entre la capacidad jurídica y capacidad obrar existentes hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y el concepto de capacidad jurídica que surge con dicha ley. Y, por otro lado, se ha analizado brevemente las medidas de protección que existían hasta la llegada de la Ley 8/2021 y cómo estas han sido sustituidas por las nuevas instituciones de apoyo a las personas con discapacidad. En este sentido, se ha dado paso a un sistema en el predomina la asistencia a la persona con discapacidad frente al tradicional sistema de sustitución o representación.

A continuación, se ha empleado el método dogmático conceptual. Es decir, se ha realizado una revisión de la jurisprudencia, doctrina y literatura jurídica existente hasta la fecha para comprender lo que ya se conocía sobre el tema en cuestión. Este análisis ha sido de gran relevancia puesto que, al ser una materia novedosa y sobre la que existe controversia, me ha permitido conocer las diferentes perspectivas que sostienen los autores.

Por último, se ha empleado una metodología positivista o de exégesis ya que se han analizado diversas normas de gran transcendencia para dar respuesta a los objetivos propuestos en el punto anterior. En concreto, las normas utilizadas han sido principalmente, a nivel nacional, la Constitución Española, el Código Civil y la Ley 8/2021, y, a nivel internacional, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Observación General N°1 (2014) (en adelante, Observación) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité).

Con el objetivo de tener una documentación variada y veraz que permitiera dar respuesta a los objetivos planteados anteriormente, se ha empleado tanto fuentes de información primarias como secundarias. Además, para obtener la información, se han utilizados

bases de datos científicas como *Aranzadi Instituciones*, *Tirant online*, *vLex* o *CENDOJ* para consultar jurisprudencia, artículos y obras doctrinales. Por último, cabe mencionar que, en este trabajo, los textos legales y jurisprudenciales aparecen en cursiva con el objetivo de diferenciarlos de los textos de la doctrina.

#### 4. PLAN DE EXPOSICIÓN

El presente trabajo se divide en cinco capítulos: Introducción, Regulación, Nociones básicas, Sistema de medidas de apoyo y Conclusiones.

El primer capítulo titulado *Introducción* fija el interés del tema tratado en el trabajo, el objetivo que se persigue y la metodología que se ha utilizado para la elaboración del proyecto.

En el segundo capítulo “*Regulación*” se realiza un breve comentario de los principales textos legales en esta materia. En concreto, se analizan, a nivel internacional, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Observación General N°1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, a nivel nacional, la Constitución Española y la Ley 8/2021.

El tercer capítulo denominado *Nociones básicas* proporciona una definición para el concepto de “persona con discapacidad”. Además, en él se examina la posibilidad de dar un tratamiento paternalista a las personas con discapacidad. Y, por último, se expone el nuevo concepto de capacidad jurídica que surge de la CDPD.

El cuarto capítulo, *Sistema de medidas de apoyo*, contiene un análisis del nuevo sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En él, en primer lugar, se analizan los rasgos generales de este nuevo régimen y, a continuación, se exponen las principales características de las diferentes clases de medidas de apoyo – medidas voluntarias, de hecho y legales o judiciales –. Por último, se realiza un análisis más profundo de la curatela como instrumento clave del nuevo sistema y, en concreto, se distingue entre la curatela asistencial y la curatela representativa.

Finalmente, se recogen, de modo sistemático, las conclusiones principales de la investigación con el objetivo de dar una respuesta clara al objetivo principal del trabajo.

## CAPÍTULO II: REGULACIÓN

### 1. ÁMBITO INTERNACIONAL

#### 1.1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre del año 2006 en Nueva York<sup>7</sup>. Se trata de un tratado internacional que, desde su publicación y entrada en vigor, posee validez jurídica en nuestro país (*cf.* art. 96 CE) y que busca garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos humanos y libertades públicas en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, siempre con pleno respeto a su dignidad (*cf.* art. 1 CDPD). Por tanto, se puede afirmar que el objetivo de la CDPD es evitar cualquier forma de discriminación hacia este colectivo, proporcionando para ello todos los ajustes razonables y apoyos que sean necesarios (*cf.* art. 2 CDPD).

#### 1.2. Observación General N.º 1

Hasta la fecha, el Comité ha realizado un total de siete Observaciones Generales con el objetivo de precisar, completar o interpretar el contenido de la CDPD<sup>8</sup>. Entre ellas, la que resulta de mayor transcendencia a efectos del presente trabajo es la Observación General N.º 1 del año 2014 que versa sobre el artículo 12 de la CDPD titulado “*Igual reconocimiento como persona ante la ley*”.

Esta Observación surge como consecuencia de un malentendido general por parte de los Estados miembros de la CDPD que no habían entendido que, en el nuevo régimen de discapacidad, debía suprimirse la sustitución en la toma de decisiones para dar paso a un sistema de medidas de apoyo a la persona con discapacidad basado en la asistencia<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, “Convención” (Recuperado de: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>)

<sup>8</sup> Tal y como se puede apreciar en el siguiente enlace de la página web oficial de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>

<sup>9</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N.º 1”, *op. cit.*, página 1, Introducción 3.

## 2. ÁMBITO NACIONAL

### 2.1. Protección constitucional

A nivel constitucional, el artículo 49 es el único precepto del texto que hace referencia a la protección a las personas con discapacidad estableciendo 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 requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*” (art. 49 CE). Como señala SÁNCHEZ GÓMEZ<sup>10</sup>, este artículo debe estar siempre en conexión con el artículo 9 CE que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la libertad e igualdad de los ciudadanos, el artículo 10 CE que recoge la dignidad de la persona y, por último, el artículo 14 del mismo texto que afirma la igualdad de los españoles ante la ley.

En la actualidad, existe un proyecto de reforma para adaptar este artículo, tanto en terminología como en contenido, al nuevo sistema de apoyos<sup>11</sup>. En cuanto a la terminología, la expresión “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” no es conforme al nuevo lenguaje que establece la CDPD y debe ser sustituida por “personas con discapacidad”. Se considera una expresión discriminatoria y que no tiene en consideración la dignidad de este colectivo<sup>12</sup>. Y, en cuanto al contenido, la reforma persigue modificarlo para adecuar el texto del artículo al nuevo sistema. Es decir, el artículo, que actualmente está inspirado en el modelo médico-rehabilitador de discapacidad, debe basarse en el modelo social<sup>13</sup>, que estudiaremos posteriormente.

### 2.2. Ley 8/2021

La Ley 8/2021 fue publicada el 3 de junio del año 2021 y entró en vigor el 3 de septiembre de ese mismo año (*cfr.* Disposición Final Tercera Ley 8/2021). Aunque han transcurrido

---

<sup>10</sup> Sánchez Gómez, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n. 5, 2020, p.295.

<sup>11</sup> Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española (BOCC 21 de mayo de 2021), Exposición de Motivos I.

<sup>12</sup> *Ibid*, Exposición de Motivos III.

<sup>13</sup> *Ibid*., Exposición de Motivos III.

catorce años desde que España ratificó la CDPD<sup>14</sup>, por fin el legislador ha elaborado una ley que adapta el ordenamiento jurídico español a lo establecido por dicha Convención. De hecho, en el año 2019, en las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, el Comité mostró su preocupación porque el Código Civil continuara regulando la sustitución en la toma de decisiones y la privación o modificación de la capacidad jurídica – antigua capacidad de obrar – para este colectivo<sup>15</sup>.

Las principales modificaciones que introduce esta ley son las siguientes<sup>16</sup>. En primer lugar, la capacidad jurídica pasa a englobar tanto la titularidad como el ejercicio de los derechos y obligaciones, es decir, la capacidad de obrar pasa a estar incluida dentro del concepto de capacidad jurídica. En segundo lugar, el sistema de protección pasa a caracterizarse por la asistencia y el apoyo a las personas con discapacidad, dejando atrás el tradicional modelo de guarda y representación. En tercer lugar, se suprimen la institución de la tutela y las figuras de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Y, por último, la curatela pasa a ser un instrumento clave del nuevo sistema de medidas de apoyo.

### **CAPÍTULO III: NOCIONES BÁSICAS**

#### **1. CONCEPTO Y GRADOS DE DISCAPACIDAD.**

Antes de entrar a abordar el sistema de apoyos, resulta conveniente conocer el significado del término *persona con discapacidad* ya que, sobre él, versa el tema del presente trabajo. Nuestro legislador no ha proporcionado una definición genérica para este concepto, sino que debemos acudir a cada normativa para conocer, en cada supuesto, qué definición se está manejando. Como señala RUIZ DE HUIDOBRO<sup>17</sup>, en nuestro ordenamiento jurídico

---

<sup>14</sup> La CDPD fue ratificada por España el 23 de noviembre del año 2007 a través del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 21 de abril de 2008), entrando en vigor el 3 de mayo de 2008.

<sup>15</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinado de España”, 2019, página 6, punto 22. (Recuperado de: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fE.SP%2fCO%2f2-3&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fE.SP%2fCO%2f2-3&Lang=es) )

<sup>16</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo III.

<sup>17</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M<sup>a</sup>., *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*. Dykinson, Madrid, 3<sup>a</sup> ed., 2021, pp. 259-261.

cabe distinguir tres grados de discapacidad, acompañado cada uno de ellos de un distinto nivel de protección.

En primer lugar, encontramos la *discapacidad en sentido amplísimo*<sup>18</sup>. Para conocer su significado, debemos acudir al primer artículo de la CDPD que define a las personas con discapacidad como “*aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” (art. 1 CDPD). Este grupo abarca todos aquellos supuestos en los que un individuo con discapacidad, para participar plenamente en la sociedad, precisa de una medida de protección, por mínima que sea. Las medidas de protección en este supuesto pueden ser muy variadas como, por ejemplo: el reconocimiento de un derecho específico o el apoyo para realizar actos cotidianos.

En segundo lugar, y dentro de la *discapacidad en sentido amplísimo*, se sitúa la *discapacidad en sentido amplio*<sup>19</sup>. Este grado de discapacidad recoge los supuestos establecidos en la Disposición Adicional 4ª del Código Civil que remite, por un lado, al artículo 2.2 Ley 41/2003 y, por otro, al artículo 26 de la Ley 39/2006. Por tanto, en este grupo se incluyen las personas con “*una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento*” (art. 2.2 a) Ley 41/2003), “*una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento*” (art. 2.2. b) Ley 41/2003) y las personas de grado II, dependencia severa, y grado III, gran dependencia (*cf.* art. 26 Ley 39/2006). Este grupo, además de las medidas de protección genéricas indicadas en el párrafo anterior, pueden tener a su disposición patrimonios protegidos o beneficiarse de medidas de protección específicas como, por ejemplo, prestaciones por dependencia.

Por último, con base en los artículos 249 y 250 CC, RUIZ DE HUIDOBRO<sup>20</sup> habla de *discapacidad en sentido estricto* que recoge aquellos supuestos en los que el sujeto precisa un nivel de protección mayor, en concreto, de un apoyo en sentido estricto (asistencia o representación) para ejercer su capacidad jurídica con plena eficacia. Por tanto, en este grupo se incluyen todas aquellas personas cuya discapacidad afecta a sus

---

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> *Id.*

facultades de querer y entender, es decir, a su grado de discernimiento y que, por ello, necesitan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica. En el desarrollo del presente trabajo, nos centraremos en este último grupo pues sobre ellos gira el nuevo sistema de apoyos establecido por la Ley 8/2021.

Una vez analizados los distintos grados de discapacidad, conviene destacar que del concepto de persona con discapacidad que maneja la CDPD se desprenden tres notas fundamentales en las que se basa el nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad<sup>21</sup>. Estas notas son: modelo social de discapacidad, valor positivo de la discapacidad y unidad de tratamiento de la discapacidad. A continuación, analizaremos detenidamente cada una de estas notas.

### **1.1. Modelo social.**

El nuevo sistema de apoyo establecido por la CDPD se basa en el modelo social de discapacidad frente al tradicional modelo médico o rehabilitador, característico de la primera mitad de siglo XX<sup>22</sup>. El modelo social de discapacidad surgió en la década de los sesenta del siglo XX, como consecuencia del Movimiento de Vida Independiente que tuvo lugar en Estados Unidos<sup>23</sup>, y sostiene que la discapacidad no es consecuencia de las limitaciones ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia – como ocurre en el modelo médico –, sino que surge de las limitaciones ocasionadas por la sociedad que, al no tener en cuenta a este colectivo para su diseño, crea barreras que las discriminan y excluyen<sup>24</sup>. En este sentido, no es lo mismo ser parapléjico en un país pobre que en un país con recursos, puesto que, en el segundo supuesto, la sociedad está más preparada y el individuo se enfrenta con menos barreras para su inclusión. Por tanto, para este modelo, la discapacidad es consecuencia de la sociedad que no está preparada para atender a las necesidades de todos los ciudadanos, sino solo de unos pocos.

---

<sup>21</sup> Alemany, M., “Igualdad y Diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 52, 2018, pp. 204-205.

<sup>22</sup> Valverde Lizama, V., “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, n. 1, 2012, p. 123.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>24</sup> Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 31-32.

Además, para este modelo, las personas con una discapacidad psíquica o intelectual que afecte a su capacidad de discernimiento no pueden ser representadas ni sustituidas en el ejercicio de su capacidad jurídica – antigua capacidad de obrar –, sino que, para ejercer adecuadamente sus derechos, necesitarán contar con la asistencia y apoyos que precisen para que ellas mismas puedan tomar sus propias decisiones. Se abandonan, por tanto, los conceptos de incapacitación y modificación judicial de la capacidad de obrar, debiendo ser siempre respetadas en su voluntad, deseos y preferencias y, solo en supuestos excepcionales, se permitirá la representación o sustitución de la persona<sup>25</sup>.

Por último, como ha quedado expuesto, en el modelo social cobran especial importancia los componentes sociales en detrimento de los componentes médicos de la discapacidad<sup>26</sup>. SÁNCHEZ GÓMEZ<sup>27</sup> considera que ningún modelo debe estar por encima del otro, sino que ambos deben complementarse. Hoy en día, el modelo médico parece estar infravalorado; sin embargo, como recuerda la autora, no debemos olvidar que todas las discapacidades parten de una base médica que es esencial conocer para poder minimizar las consecuencias de la discapacidad en la sociedad.

## **1.2. Valor positivo.**

Para la CDPD, la discapacidad, tanto física como psíquica, no se considera un mal, sino que tiene una valoración positiva<sup>28</sup>. Prueba de ello es el artículo 3 de la CDPD que, en su letra d), recoge el principio de “*respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condiciones humanas*” (art. 3 d) CDPD).

Asimismo, este valor positivo también se desprende cuando la CDPD establece que se reconoce “*el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades*” (Preámbulo letra m) CDPD).

---

<sup>25</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo III.

<sup>26</sup> Valverde Lizama, V., *op. cit.*, p. 128.

<sup>27</sup> Sánchez Gómez, *op. cit.*, p. 394.

<sup>28</sup> Alemany, M., “Igualdad y diferencia...”, *op. cit.*, pp. 204-205.

A pesar de que la CDPD defiende este valor positivo de la discapacidad, no podemos dejar de lado la realidad. Como afirma ALEMANY<sup>29</sup>, en nuestro día a día, tratamos de evitar sufrir accidentes que nos puedan generar una discapacidad, la sociedad sanciona a aquellos que dañan a otros, se intentan compensar a las personas que padecen una discapacidad, etc. Todas estas acciones buscan compensar las discapacidades porque en el fondo consideramos que son malas y provocan una desventaja.

Por tanto, es cierto que cuando una persona sufre una discapacidad, esta no puede verse discriminada y debe ser integrada en la sociedad. No obstante, eso no debería significar que la discapacidad deba considerarse como algo positivo puesto que al final todos los ciudadanos, con sus acciones cotidianas, tratan de evitarla.

### **1.3. Unidad de tratamiento.**

Por último, se debe mencionar que la CDPD realiza un tratamiento unitario de la discapacidad, sin distinguir las discapacidades físicas de las psíquicas<sup>30</sup>. No obstante, una y otra no son iguales y conseguir el pleno desarrollo en la sociedad en uno y otro supuesto es muy distinto. De esta forma, eliminar las barreras para un parapléjico es sencillo pues solo se tendría que acabar con las escaleras; sin embargo, para el caso de una persona con demencia esas barreras son más difíciles de eliminar puesto que dependerán del grado de discernimiento que posea el sujeto en cuestión.

Entonces, dado que la Ley 8/2021 busca adecuar al ordenamiento jurídico español a la CDPD, cabe preguntarse quiénes son exactamente los destinatarios de este texto legislativo. En este punto, PEREÑA VICENTE<sup>31</sup> distingue dos perspectivas para dar respuesta a esta pregunta: una perspectiva amplia y otra perspectiva más estricta.

Desde la perspectiva amplia, todos seríamos destinatarios de la ley puesto que en cualquier momento nos podemos ver afectados por una discapacidad que afecte a nuestra toma de decisiones y, dado que la ley ofrece la posibilidad de regular este supuesto antes

---

<sup>29</sup> Alemany, M., “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en Munar Bernat, P. A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 43.

<sup>30</sup> Alemany, M., “Igualdad y diferencia...”, *op. cit.*, pp. 204-205

<sup>31</sup> Pereña Vicente, M., “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, pp. 63-64.

de sufrir la discapacidad (*cf.* art. 255 párrafo 1º CC), todos somos destinatarios de ella. De hecho, con el aumento de la esperanza de vida, cada vez son más las personas que sufren Alzheimer, una enfermedad que produce una alteración en la memoria<sup>32</sup>. La nueva regulación da la posibilidad a los ciudadanos de prever esa situación y poder decidir quién quiere que le preste el apoyo y cómo quiere organizar ese apoyo en el caso de que en el futuro padezca esta enfermedad o cualquier otra.

Por otro lado, desde una perspectiva más estricta, la autora afirma que esta nueva regulación se dirige a aquellos sujetos con problemas para la toma de decisiones. Además, en este punto, GARCÍA RUBIO<sup>33</sup> señala que la Ley está enfocada a aquellas discapacidades intelectuales que impiden tomar decisiones como, por ejemplo, las demencias, los daños cerebrales y otras circunstancias similares. Es decir, podemos afirmar que, en sentido estricto, la regulación va dirigida a aquellas personas con una discapacidad intelectual que afecte a sus capacidades intelectivas y volitivas.

Por tanto, la eliminación de las barreras dependerá del tipo de discapacidad y del grado de discapacidad de la persona. Es decir, a cada tipo de discapacidad le corresponderá una medida concreta de apoyo para facilitar la integración de la persona en la sociedad. En concreto, y como ya ha quedado expuesto<sup>34</sup>, a las personas con una *discapacidad en sentido amplísimo* podrán ser sujetos de medidas de apoyo amplísimas como, por ejemplo, el reconocimiento de un derecho específico o el apoyo para realizar determinados actos cotidianos. Por otro lado, las personas afectadas con una *discapacidad en sentido amplio*, además de poder contar con las medidas de protección genéricas, podrán beneficiarse de la constitución de un patrimonio protegidos o de medidas de apoyo específicas como prestaciones por dependencia. Y, por último, las personas con *discapacidad en sentido estricto* serán sujetos de medidas de apoyo en sentido estricto para el ejercicio de la capacidad jurídica (*cf.* arts. 249 y 250 CC), pudiendo ser esta medida de asistencia o de representación<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Confederación Española de Alzheimer, “Esperanza de vida aumenta los casos de Alzheimer”, 2015. (Disponible en: <https://www.ceafa.es/es/que-comunicamos/noticias/esperanza-de-vida-aumenta-los-casos-de-alzheimer> )

<sup>33</sup> García Rubio, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, p. 30.

<sup>34</sup> Vid pág. 13-14.

<sup>35</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, pp. 259-261.

Por ello, y aunque el Comité esté en contra de dar un trato paternalista a las personas con discapacidad psíquica o intelectual, en algunos supuestos, solo mediante ese trato, se protegerá realmente al sujeto. Por esta razón, en el siguiente apartado analizaremos cómo, en determinadas ocasiones, ese trato paternalista puede estar justificado sin que ello deba suponer una negación de la dignidad de la persona.

## 2. TRATAMIENTO PATERNALISTA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Ley 8/2021 deja atrás cualquier trato paternalista hacia las personas con discapacidad al entender que ello supone una negación de su dignidad humana<sup>36</sup>. Por ello, partiendo de esta idea, en el presente apartado estudiaremos la posibilidad de ofrecer un tratamiento paternalista a determinadas personas con discapacidad psíquica o intelectual.

Para facilitar la comprensión, el tema se abordará en tres fases. En primer lugar, analizaremos la situación jurídica de los menores de edad en el ordenamiento jurídico español. En segundo lugar, examinaremos la analogía que realiza el Comité entre el término discapacidad y los conceptos género o raza. Y, por último, abordaremos la posibilidad de un paternalismo justificado.

### 2.1. Situación jurídica de los menores de edad

Hoy en día, nadie duda de que los menores de edad deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico puesto que no pueden ser tratados de la misma manera que los adultos. El artículo 39 CE afirma que “*los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos*”. Esta protección se materializa en el trato paternalista que reciben los menores de edad en nuestro país. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>37</sup> señala que “el ordenamiento jurídico español arbitra un conjunto de instituciones de protección de menores, previstas con carácter general para atender, de modo global y estable, a las necesidades de protección de cualquier menor”. Entre estas instituciones podemos

---

<sup>36</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo I.

<sup>37</sup> Martínez de Aguirre y Aldaz, C., “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)”, *Anuario de derecho civil*, vol. 45, n. 4, 1992, p. 1464.

encontrar la figura de la patria potestad, la tutela, la guarda de hecho del menor o el defensor judicial del menor<sup>38</sup>.

La razón que justifica este trato paternalista es el déficit de autonomía que poseen, es decir, los menores de edad tienen una característica – limitación en su capacidad intelectivas y volitivas – que justifica un trato diferente. ALEMANY<sup>39</sup>, en su obra del año 2018, enuncia el argumento a favor del paternalismo de la siguiente manera:

- “1. Todos los menores tienen la característica i.
2. La característica i impide adoptar decisiones autónomas.
3. Quienes no pueden adoptar decisiones autónomas pueden, o deben, ser protegidos paternalistamente.

Conclusión: Los menores pueden, o deben, ser protegidos paternalistamente”<sup>40</sup>.

Este argumento deja claro que no se trata de forma paternalista a los menores por el simple hecho de ser menores, sino que tal condición lleva asociada una determinada característica i – limitación en sus capacidades intelectivas y volitivas – que dificulta a dicho grupo la toma de decisiones autónomas. Por tanto, como señala el autor, aplicando el concepto de justicia formal, este argumento continuaría siendo válido si sustituimos a los menores por otro grupo que posea la misma característica como, por ejemplo, las personas con una discapacidad psíquica que afecte intensamente a su grado de discernimiento.

## **2.2. La analogía del Comité entre la discapacidad y el género o la raza**

En el apartado anterior ha quedado expuesto como el tratamiento paternalista hacia los menores de edad está justificado, sin que ese trato suponga una negación de la dignidad de este colectivo. El argumento a favor del paternalismo que enunciaba ALEMANY<sup>41</sup> concluía que cualquier persona que poseyera esa determinada característica – limitación de sus facultades intelectivas y volitivas – podía recibir el mismo trato paternalista por aplicación del concepto de justicia formal. Por tanto, debemos analizar si existe una

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 1464-1473.

<sup>39</sup> Alemany, M., “Igualdad y diferencia...”, *op. cit.*, pp. 202-204.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>41</sup> *Id.*

analogía entre los menores de edad y las personas con discapacidad que justifique un trato paternalista hacia este segundo colectivo.

En la Observación General N.º 1 (2014), el Comité parte de una analogía entre los conceptos de *género o raza y discapacidad*<sup>42</sup>. Esta analogía es criticada por ALEMANY<sup>43</sup>, que considera que la analogía se debe dar entre la *minoría de edad* y la *discapacidad*. Por ello, para tomar postura en este debate, debemos cuestionarnos si la discapacidad se asemeja a un rasgo personal, como puede ser el *género* o la *raza*, o, por el contrario, se asimila a la *minoría de edad*.

Para comenzar, es necesario mencionar que la Constitución española recoge, entre los principios rectores de la política social y económica, un principio de protección a los menores de edad (*cf.* art. 39 CE) y a las personas con discapacidad (*cf.* art. 49 CE). Sin embargo, este principio no se predica para los casos de género o raza que, a nivel constitucional, solo están contemplados en la clausula genérica de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación (*cf.* art. 14 CE). Por tanto, ya en el propio texto constitucional, se establece una semejanza entre el tratamiento de la minoría de edad y de la discapacidad.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>44</sup> señala que el motivo que justifica la protección de los menores y de las personas con discapacidad es la falta de capacidades intelectivas y volitivas. Esto provoca que estos colectivos no puedan atender de forma segura al cuidado de sus bienes y de su persona. La falta de capacidad no depende del género o la raza, es decir, una persona no va a ser más o menos capaz por ser de un género u otro o de una raza u otra. Por tanto, ha quedado expuesto un argumento que justifica un trato similar entre los menores y las personas con discapacidad. En este punto, no podemos dejar de mencionar que el trato similar se cumplirá cuando la persona presente un grado de discapacidad tan elevado que le impida tomar decisiones autónomas.

---

<sup>42</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N.º 1”, *op. cit.*, página 1, Punto 32.

<sup>43</sup> Alemany, M., “Igualdad y diferencia...”, *op. cit.*, pp. 212-214.

<sup>44</sup> Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *op. cit.*, p. 1399.

Asimismo, ALEMANY<sup>45</sup> propone dos motivos que justifican que la analogía entre la discapacidad y el género o la raza no está justificada. Estas razones son, por un lado, la heterogeneidad de la discapacidad y, por otro, la especial protección de la discapacidad.

- a) *Heterogeneidad de la discapacidad.* Como señala este autor, dentro de los conceptos género o raza existe una homogeneidad entre las personas que comparten ese rasgo. Sin embargo, el término discapacidad, como hemos visto anteriormente<sup>46</sup>, se caracteriza por la heterogeneidad puesto que el mismo concepto incluye la discapacidad física y la discapacidad psíquica y, además, dentro de cada una de ellas existen diferentes grados. Por tanto, desde este punto de vista, no se puede igualar la discapacidad al género o la raza.
- b) *Especial protección de la discapacidad.* Igualmente, este autor afirma que nadie duda que los problemas derivados del género o la raza se deben desgraciadamente a la discriminación y, por ello, hay que luchar para acabar con ellos. No obstante, el caso de la discapacidad, en concreto la discapacidad psíquica, no se trata de un supuesto de discriminación. Estas personas padecen determinadas deficiencias que, en algunos supuestos y en función del grado de discapacidad, exigen una especial protección que no persigue la discriminación, sino que busca evitar consecuencias negativas para este colectivo. Por ejemplo, siguiendo el ejemplo propuesto por este autor, que una mujer no pueda ser bombero es un supuesto de discriminación; sin embargo, que no se de esa oportunidad a una persona sorda o ciega – independientemente de su género – es cosa distinta.

Por tanto, como ha quedado expuesto, la analogía debe darse entre la minoría de edad y la discapacidad ya que ambos grupos, en mayor o menor medida, tienen afectada su capacidad de discernimiento. De esta forma, dado que se considera justificado el tratamiento paternalista hacia los menores, ese mismo tratamiento debe entenderse justificado también para supuestos graves de discapacidad intelectual o psíquica – en los que la persona tiene limitadas sus capacidades intelectivas y volitivas –, sin que este trato suponga un atentado contra la dignidad de este colectivo. Por ello, en el siguiente apartado

---

<sup>45</sup> Alemany, M., “Igualdad y diferencia...”, *op. cit.*, pp. 213-214.

<sup>46</sup> *Vid.* pp. 16-18.

analizaremos cuándo una medida paternalista hacia una persona con discapacidad está justificada.

### **2.3. Paternalismo justificado.**

Como ya ha quedado expuesto en diversas ocasiones, el principal objetivo de la CDPD es eliminar la discriminación que sufren las personas con discapacidad en su desenvolvimiento en la sociedad (*cf.* arts. 1 y 2 CDPD). Para ello, se busca acabar con el paternalismo que se ejerce sobre este colectivo, sustituyendo ese trato por el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (*cf.* art. 12 CDPD). No obstante, como hemos visto en el apartado anterior, en determinados supuestos la única manera de proteger a las personas con discapacidad es mediante ese trato paternalista. De hecho, en el ámbito psiquiátrico, son numerosos las situaciones en las que la persona no tiene capacidad para tomar sus propias decisiones de manera responsable y, por tanto, en las que se requiere una actuación paternalista<sup>47</sup>.

El principio de paternalismo justificado “legitima el ejercicio del poder sobre un sujeto con el fin de evitarle daños (o el aumento de riesgos de daños) de tipo físico, psíquico y/o económico, cuando la tendencia a que dichos daños (o aumento de riesgo de daños) se produzcan está causada, directa o indirectamente, por acciones del sujeto”<sup>48</sup>. Así, ALEMANY<sup>49</sup> afirma que un trato paternalista quedaría justificado cuando la medida cumpla con una serie de condiciones, que también son compartidas por RAMOS MONTES<sup>50</sup>. Por tanto, para que el trato quede justificado, la medida debe:

- a) *Ser idónea*, es decir, debe existir una relación causal entre la evitación de daños al sujeto y esa medida impuesta. En este punto, RAMOS MONTES afirma que, para que el trato paternalista quede justificado, la persona debe encontrarse en un momento en el que no sea capaz de tomar su propia decisión por no entender la situación o las consecuencias que se pueden desprender de ella<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Ramos Montes, J., “Paternalismo y autonomismo en la relación de ayuda: una reflexión desde la salud mental”, *Folia Humanística*, vol. 2, n. 4, 2021, p. 1.

<sup>48</sup> Alemany, M., “Una crítica a los principios...”, *op. cit.*, p. 29.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

<sup>50</sup> Ramos Montes, J., *op. cit.*, p. 5.

<sup>51</sup> *Id.*

- b) *Ser necesaria*, esto es, que no debe existir otra medida de menor intensidad que resulte igualmente idónea y que permita que el sujeto tome personalmente sus decisiones<sup>52</sup>.
- c) *Ser proporcional*, en el sentido de que existan argumentos de suficiente peso que justifiquen el uso de la misma<sup>53</sup>.
- d) *Ser factible*, es decir, debe tener sentido pensar que el individuo sobre el que recae la medida paternalista estaría de acuerdo con la misma y prestaría su consentimiento en el supuesto de no tener afectada su capacidad de discernimiento<sup>54</sup>.

ATIENZA RODRÍGUEZ<sup>55</sup> sostiene que el paternalismo justificado no va en contra de la dignidad de la persona con discapacidad ni de su autonomía. Es más, este autor defiende los principios de autonomía y de igualdad ya que sostiene que no hacer uso de medidas paternalistas en situaciones que las requieren supone aumentar o consolidar las desigualdades existentes.

Toda la actuación de Comité está centrada en evitar la discriminación y defender la dignidad de este colectivo (*cf.* Preámbulo a) y h) CDPD). No obstante, debemos afirmar que la situación discriminatoria se produce cuando se trata igual a dos personas que son diferentes porque, por ejemplo, una de ellas tenga un déficit de capacidad. En este sentido, siguiendo el ejemplo propuesto por ALEMANY<sup>56</sup>, cuando los bancos trataron a los ciudadanos como expertos en materia de hipotecas, abusando de ellos, dieron lugar a una situación injustificable y discriminatoria. Los consumidores fueron tratados como un igual a pesar de ser incompetentes en la materia. En este supuesto, nadie duda que los clientes fueron discriminados por su falta de conocimiento y que debería de haberseles protegido. Esta situación es semejable a los supuestos en los que las personas con discapacidad psíquica, que tienen afectada su capacidad de discernimiento, son tratadas como iguales y se prescinde de cualquier medida paternalista, a pesar de que la misma esté justificada.

---

<sup>52</sup> Alemany, M., “Una crítica a los principios...”, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> Atienza Rodríguez, M., “Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad”, *IUS ET VERITAS*, n.º 53, 2016, pp. 262-264.

<sup>56</sup> Alemany, M., “Una crítica a los principios...”, *op. cit.*, p. 35.

El fundamento que facilita la CDPD para anular estos tratos paternalistas es el respeto a la dignidad humana de este colectivo (*cfr.* art. 1 CDPD). No obstante, tal y como sostiene ATIENZA RODRÍGUEZ<sup>57</sup>, la CDPD cae en el error de igualar el concepto de dignidad al concepto de autonomía.

En cuanto al concepto de dignidad, si retomamos el imperativo categórico de KANT que establece “obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”<sup>58</sup>, vemos que una persona está siendo respetada en su dignidad cuando es tratada como un fin en sí mismo y no como un medio. Centrándonos en la autonomía, esta nota hace referencia a la libertad de un individuo para tomar sus propias decisiones<sup>59</sup>. Sin embargo, esa autonomía puede verse limitada si la persona tiene afectada su capacidad de discernimiento. Por tanto, estos dos términos son completamente diferentes y el fundamento de la CDPD de que negar la autonomía en cualquier supuesto supone ir en contra de la dignidad de esa persona es erróneo<sup>60</sup>.

Así, CANIMAS<sup>61</sup> sostiene que, aunque es cierto que hay que tratar de reducir las intervenciones paternalistas que limitan la libertad de decisión y de actuación de las personas con discapacidad, no podemos suprimirlas del todo puesto que nos situaríamos en el ámbito de la irresponsabilidad.

Como conclusión, cabe mencionar que, si se ejerce el paternalismo de manera justificada, buscando el bien de la persona, no se estaría atentando contra la dignidad humana, es decir, no existe conexión entre paternalismo y trato indigno. Prueba de ello es que, en el supuesto de los menores, nadie sostiene que el trato paternalista suponga una negación de la dignidad de este colectivo. Entonces, tomando esto como referencia, ¿por qué en el caso de las personas con discapacidad sí se considera un trato indigno?, ¿por qué se trata de manera diferente casos que son iguales? En mi opinión, aunque es cierto que se debe fomentar que las personas con discapacidad psíquica tomen sus propias decisiones, no

---

<sup>57</sup> Atienza Rodríguez, *op. cit.*, p. 263.

<sup>58</sup> Kant, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. M. García Morente, Pedro M. Rosario Barbosa (ed.), Puerto Rico, 2007, p. 42.

<sup>59</sup> Atienza Rodríguez, *op. cit.*, p. 264.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 263-264.

<sup>61</sup> Canimas, J., “Decidir por el otro a veces es necesario”, en AA.VV., *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas n. 39, Barcelona, 2016, pp. 22-25.

podemos sostener que cualquier trato paternalista constituya una violación de la dignidad de la persona humana puesto que, en ese caso, estaríamos dejando desprotegidas a personas que necesitan una protección.

### 3. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Una de las novedades fundamentales de la Ley 8/2021 es la unificación de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar; de manera que, en el nuevo sistema, la capacidad de obrar pasa a estar incluida en la nota de capacidad jurídica<sup>62</sup>. Vamos a comenzar, en primer lugar, por definir cada uno de estos conceptos para, posteriormente, analizar el régimen vigente.

La capacidad jurídica – como se venía entendiendo hasta ahora – puede ser definida como la “aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones que tiene toda persona por el hecho de existir”<sup>63</sup>. Por tanto, se trata de una capacidad consustancial al ser humano y que es igual para todos los individuos, es decir, se tiene o no se tiene, no puede verse graduada. Así lo ha reiterado el Tribunal Supremo en diversas sentencias – por ejemplo, en la STS 282/2009 o la STS 244/2015 – que establecen que “*la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio*”<sup>64</sup>.

Por otro lado, la capacidad de obrar está referida al ejercicio de los derechos. Expresa si una persona es capaz de realizar un negocio o acto jurídico por sí misma, sin necesidad de un representante o asistente<sup>65</sup>. Por tanto, la capacidad de obrar “implica la posibilidad, aptitud o idoneidad de una persona para ejercitar o poner en práctica los derechos u obligaciones que le sean imputables o referibles”<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo I.

<sup>63</sup> Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil. Parte General. Personas*, tomo I, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2000, pp. 2-3.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 244/2015, de 13 de mayo (FJ 7) [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2015/1945].

<sup>65</sup> Lacruz Berdejo, J.L., *op. cit.*, p. 4.

<sup>66</sup> Lasarte, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid, 23ª ed., 2017, p. 144.

En la nueva situación de apoyo a las personas con discapacidad que se establece con la Ley 8/2021, la capacidad jurídica pasa a englobar tanto la titularidad (capacidad jurídica) como el ejercicio (capacidad de obrar) de los derechos humanos y libertades públicas<sup>67</sup>.

Para el Comité, la capacidad jurídica – titularidad y ejercicio – constituye una cualidad inherente a todas las personas por su condición humana. Por ello, las personas con discapacidad, por el hecho de tener esa condición humana, deben poder ejercitar la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, es decir, no se pueden ver privadas de ella<sup>68</sup>.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, las personas con discapacidad psíquica podían ver modificada su capacidad de obrar con el objetivo de garantizar su protección, mientras que su capacidad jurídica permanecía intacta. Tanto la modificación de la capacidad de obrar como la incapacitación han sido eliminadas en la nueva situación jurídica puesto que el artículo 12 de la CDPD considera que la discapacidad de una persona no es motivo suficiente para negar o modificar su capacidad jurídica<sup>69</sup>. Es decir, como la capacidad jurídica engloba tanto la titularidad como el ejercicio de derechos y obligaciones, un déficit en la capacidad de discernimiento de una persona no justifica la negación o modificación de dicha capacidad jurídica, puesto que, como ha quedado expuesto, para el Comité, con este acto, se estaría rebajando la condición de persona ante la ley y se estaría atentando contra su dignidad, aunque el fin último de esta medida sea proteger al sujeto en cuestión.

Sin embargo, si retomamos la situación jurídica de los menores de edad en nuestro ordenamiento jurídico, que ha quedado expuesta anteriormente, nadie considera que, cuando se le aplica a este colectivo una menor capacidad de obrar, se esté rechazando su condición humana. Por ello, cabe preguntarse: ¿por qué una situación no se considera un atentado contra la dignidad humana y otra sí? Si los menores y las personas con discapacidad psíquica presentan ese mismo déficit de autonomía, la limitación en el

---

<sup>67</sup> Ley 8/ 2021, *op. cit.*, Preámbulo I.

<sup>68</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N° 1”, *op. cit.*, página 2, Punto 8.

<sup>69</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N° 1”, *op. cit.*, página 4, Punto 13.

ejercicio de los derechos debe poder realizarse en ambos casos sin que suponga una vulneración de la dignidad humana solo en uno de ellos.

En este punto, debemos señalar que existe algunos autores, como MUNAR BERNAT<sup>70</sup>, que defienden que, del texto de la CDPD, se puede concluir que la titularidad y el ejercicio de la capacidad jurídica no tienen el mismo tratamiento. Esto quiere decir que, si acudimos al artículo 12 de dicho texto, podemos ver cómo se produce un reconocimiento automático de la capacidad jurídica en cuanto a titularidad cuando se dice que “*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás*” (art. 12.2 CDPD). Sin embargo, en el apartado 3 del mismo artículo, se exige a los Estados parte que adopten las medidas pertinentes para que estas personas puedan ejercer su capacidad jurídica (*cf.* art. 12.3 CDPD). Por tanto, en base a esto, el reconocimiento de la titularidad de la capacidad jurídica es automático, mientras que para su ejercicio se pueden adoptar medidas pertinentes.

Por todo lo expuesto hasta ahora, en el nuevo sistema, tal y como señala PERAÑA VICENTE<sup>71</sup>, estará mal tanto abusar de la figura de la representación como no acudir a ella cuando sea necesario. El apoyo a la persona con discapacidad es la finalidad que se persigue en este nuevo sistema, pero ese apoyo variará en función del grado de discapacidad de la persona. Es decir, existirán supuestos en los que la intervención será mínima y no será necesario acudir a un sistema de representación, mientras que, en otras ocasiones, solo mediante la representación se garantizará el correcto ejercicio de la capacidad jurídica, sin que ello deba suponer una negación de la dignidad de la persona humana.

## **CAPÍTULO IV: SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO**

### **1. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO.**

La principal novedad de la Ley 8/2021 ha sido la creación de un sistema de medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer libremente su capacidad

---

<sup>70</sup> Munar Bernat, P. A., “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, p. 123.

<sup>71</sup> Pereña Vicente, M., “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, n. 4, 2014, pp. 9-10.

jurídica. La configuración de este sistema queda recogida en los artículos 249 y 250 CC; no obstante, y como se verá a continuación, en ellos no se llega a establecer con claridad cómo se organiza el nuevo régimen, es decir, qué apoyo es necesario para cada tipo de discapacidad<sup>72</sup>. Lo que sí se fija con claridad es la necesidad de que las personas con discapacidad tengan una participación activa en todos los ámbitos de la sociedad (personal, jurídico, económico o social)<sup>73</sup>. Antes de entrar en el análisis de ambos artículos, resulta conveniente entender qué se entiende por el término apoyo.

Tanto el Preámbulo de la Ley 8/2021 como el punto 17 de la Observación General N° 1 dejan claro que se trata de un concepto muy amplio que recoge numerosas de actuaciones como, por ejemplo, la eliminación de barreras arquitectónicas, el consejo de un amigo o la asistencia recibida a través de un curador. De esta manera, como afirma CORVO LÓPEZ<sup>74</sup>, pueden existir apoyos en el ámbito personal y apoyos en el ámbito patrimonial. A pesar de la falta de claridad de estos artículos, para comprender adecuadamente el sistema de apoyos resulta imprescindible distinguir, como realiza RUIZ DE HUIDOBRO<sup>75</sup>, el apoyo en sentido estricto del apoyo como institución.

En el ámbito jurídico, cuando una persona no tiene suficientes aptitudes intelectivas y volitivas, la eficacia de sus actos jurídicos se va a ver afectada por el grado de discernimiento de la persona (*cfr.* art. 1302 CC). Es, en este supuesto, cuando hablamos de apoyo en sentido estricto. De esta manera, los apoyos que afecta a la validez de los actos, a la plena eficacia de los mismos, son los que se conocen con el nombre de apoyo en sentido estricto<sup>76</sup>.

Dentro del concepto de apoyo en sentido estricto distinguimos dos modalidades: la asistencia y la representación o sustitución<sup>77</sup>. La asistencia es el apoyo que se aplica, como regla general, cuando una persona tiene afectada su capacidad de discernimiento y supone que, para que un acto jurídico sea válido, la persona con discapacidad debe actuar juntamente con su medida de apoyo-institución, por ejemplo, su curador. La representación o sustitución se aplica solo en casos excepcionales en los que no es posible

---

<sup>72</sup> Ruiz de Huidobro, J. M., *op. cit.*, p. 266.

<sup>73</sup> Corvo López, F.M., *op. cit.*, p.13.

<sup>74</sup> *Ibid.* pp.13-14

<sup>75</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, pp. 264-266 y 274.

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp. 166-167.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 274.

fijar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (*cf.* art. 249 CC). En estos casos, para que el acto tenga plena validez jurídica, es el curador el que debe actuar en nombre de la persona con discapacidad.

El apoyo en sentido estricto se materializa a través de una institución, como puede ser la curatela o el defensor judicial<sup>78</sup>. Por tanto, cuando el artículo 250 CC habla de medidas de apoyo, se está refiriendo a las instituciones en las que se organiza el apoyo.

Cabe añadir que la sentencia o resolución que da lugar a los apoyos en sentido estricto debe indicar claramente aquellos actos para los que se requiere el apoyo, sin que sea posible la privación de derechos de la persona con discapacidad<sup>79</sup>. De hecho, el artículo 269 CC establece en su último párrafo que “*en ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos*”. Además, señala la Ley 8/2021 que las prohibiciones de derechos existentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 quedan sin efecto<sup>80</sup>.

Por último, es necesario mencionar que, de acuerdo con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021, las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley pueden ser revisadas por la autoridad judicial para adaptarlas al nuevo sistema. El plazo para ello es de 1 año desde la solicitud. Asimismo, en aquellos casos en los que no se haya solicitado a la autoridad judicial esa revisión, esta se podrá llevar a cabo a instancia del Ministerio Fiscal o de oficio por la autoridad judicial. En este supuesto, el plazo será de tres años (*cf.* DT 5ª Ley 8/2021).

A continuación, se explicará, en primer lugar, el por qué de la eliminación de las tradicionales figuras de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada y, en segundo lugar, se analizarán los artículos 249, 250 y 269 CC para tratar de explicar las notas fundamentales de la nueva situación jurídica de las personas con discapacidad.

---

<sup>78</sup> *Ibid.* p. 264.

<sup>79</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo III.

<sup>80</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Disposición transitoria primera.

## 2. ELIMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA, PATRIA POTESTAD REHABILITADA Y TUTELA EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El nuevo régimen de apoyo a las personas con discapacidad trae consigo la eliminación de la patria potestad prorrogada, patria potestad rehabilitada y tutela. El motivo de su desaparición es que se tratan de medidas muy rígidas, tanto en su duración como en su ámbito de aplicación<sup>81</sup>.

La patria potestad es definida por LASARTE como “el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres”<sup>82</sup>. En la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, esta patria potestad se podía ver prorrogada o rehabilitada en función de las circunstancias de los hijos.

La patria potestad prorrogada estaba regulada en el artículo 171 CC, actualmente suprimido, que establecía que “*la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad*”. Por su parte, la patria potestad rehabilitada estaba recogida en ese mismo artículo que establecía que “*si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad*” (antiguo art. 171 CC).

Estas dos instituciones protectoras han sido eliminadas por considerarse excesivamente rígidas ya que suponen una representación total del hijo y una privación de su capacidad de actuar en el ámbito jurídico, independientemente del grado de discapacidad del sujeto en cuestión<sup>83</sup>. Por ello, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad alcanza la mayoría de edad, puede beneficiarse de los apoyos que sean necesarios como lo puede hacer cualquier otro adulto que los precise por estar afectado por una discapacidad<sup>84</sup>. Esto

---

<sup>81</sup> Pau, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, p. 24.

<sup>82</sup> Lasarte, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 16ª ed., 2017, p. 344.

<sup>83</sup> Pau, A., *op. cit.*, p. 24.

<sup>84</sup> Munar Bernat, P. A., *op. cit.*, p.131.

no se traduce en que los padres ya no puedan prestar el apoyo a su hijo puesto que pueden ejercer la función de curador como cualquier otra persona (*cf.* art. 276.3º CC).

Por otro lado, centrándonos en la tutela, se trataba de una institución de guarda de los menores no emancipados no sujetos a patria potestad, los menores en situación de desamparo o los incapacitados no sometidos a patria potestad prorrogada (*cf.* antiguo art. 222 CC). Con la llegada de la Ley, esta medida de apoyo queda reservada exclusivamente para los menores de edad no emancipados y que, o bien no estén sujetos a patria potestad o bien se encuentren en situación de desamparo (*cf.* art. 199 CC). A pesar de que en los debates se habla de la desaparición de la tutela, como indica PEREÑA VICENTE<sup>85</sup>, esta figura no desaparece del todo ya que se convierte en curatela representativa, haciendo que se considere como una institución más flexible.

### 3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 249 CC

El artículo 249 CC recoge las principales características y principios que deben guiar este nuevo sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. A continuación, se mencionan brevemente cada una de ellas.

En primer lugar, estas medidas tienen como finalidad “*permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad*” (art. 249 CC), siempre respetando la dignidad de la persona en cuestión.

En segundo lugar, todas las medidas están sujetas a los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 249 CC). El principio de necesidad implica que dichas medidas no pueden exceder las necesidades de la persona con discapacidad. Por su parte, el principio de proporcionalidad hace referencia a que el apoyo debe ser suficiente para que ese individuo pueda ejercer, en igualdad de condiciones, su capacidad jurídica<sup>86</sup>. Es decir, como se establece en la STS 282/2009, “*ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta*”<sup>87</sup>. En este punto CORVO LÓPEZ<sup>88</sup> afirma que, con el objetivo de garantizar que el sujeto en cuestión

---

<sup>85</sup> Pereña Vicente, M., “La transformación de la guarda de hecho...”, *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>86</sup> García Rubio, M. P., “Las medidas de apoyo...”, *op. cit.*, p.34.

<sup>87</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009, de 29 de abril (FJ 3) [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2009/2362].

<sup>88</sup> Corvo López, F.M., *op. cit.*, p.5.

pueda ejercer su capacidad jurídica, ese traje debe ser revisado con el paso del tiempo para asegurar que se respeta la autonomía y seguridad del individuo.

En tercer lugar, las medidas de apoyo deben respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad y fomentar *“que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”* (art. 249 CC).

Por último, en casos excepcionales, se permitirán las funciones representativas, siempre orientadas a *“tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”* (art. 249 CC).

Las únicas previsiones concretas de la configuración que realiza el artículo son dos. Por un lado, que las medidas *“de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”* (art. 249 CC) y, por otro, que *“en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”* (art. 249 CC).

De este artículo se desprende que la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad tienen un papel fundamental en todo el sistema de medidas de apoyo. Por ello, en el siguiente apartado, vamos a examinar detenidamente el contenido de esta expresión.

### **3.1. Estudio de la expresión “voluntad, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad.**

El nuevo sistema de medidas de apoyo busca el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, qué será la que tome, como regla general, sus propias decisiones<sup>89</sup>. De esta forma, en el ejercicio de actos jurídicos, la persona o institución que presta el apoyo debe actuar con pleno respeto a esos criterios y la representación o sustitución se deja solo para casos excepcionales.

---

<sup>89</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo I.

Con ello, se busca hacer efectivo el principio de autonomía que presenta una doble vertiente<sup>90</sup>. Por un lado, se encuentra la autonomía física en el sentido de accesibilidad al entorno y, por otro, la autonomía en la toma de decisiones que es la que se pretende hacer realidad el artículo 249 CC cuando hace mención a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Cuando una persona con discapacidad psíquica o intelectual actúa en el ámbito jurídico, el ejercicio de sus derechos puede verse afectado, en función del grado de discapacidad, por dos factores. Por un lado, porque la persona desconozca las consecuencias personales y patrimoniales del acto jurídico que está llevando a cabo y, por otro, porque la persona sufra un abuso de confianza como consecuencia de influencias indebidas<sup>91</sup>. Por esto, el apoyo se debe prestar de acuerdo con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pero, tal y como establece el artículo 12.4 CDPD, sin dejar de lado las posibles salvaguardas que busquen evitar abusos indebidos y consecuencias perjudiciales para el individuo. Así, el Tribunal Supremo afirma que el objetivo de las medidas de apoyo debe ser impedir que las personas con discapacidad tomen decisiones sin comprender la situación y sin tener la información necesaria para ello<sup>92</sup>. Por ello, tomando la idea de PETIT SÁNCHEZ<sup>93</sup>, estas medidas de salvaguarda deben perseguir por encima de todo proteger a la persona, intentando, en la medida de lo posible, cumplir su voluntad.

### **3.2. La voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad frente al principio de interés superior.**

Puede ocurrir que una persona que tiene afectada su capacidad de discernimiento no quiera una determinada medida de apoyo que es necesaria para garantizar su protección. En este supuesto, ¿se debe seguir respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad o entra en juego el tradicional principio de interés superior de la persona con discapacidad?

---

<sup>90</sup> Petit Sánchez, M., “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n. 5, 2020, p. 272.

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 654/2020, de 3 de diciembre (FJ 3) [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. RTS n.º 2020/4050].

<sup>93</sup> Petit Sánchez, M., *op. cit.*, pp. 275.

Ni la CDPD ni la Ley 8/2021 recogen un principio de interés superior de la persona con discapacidad; no obstante, son numerosos los autores que consideran que este principio debe tenerse en cuenta, con mayor o menor intensidad, para fijar las medidas de apoyo y las salvaguardas necesarias<sup>94</sup>.

Por tanto, en la literatura jurídica podemos identificar las siguientes posturas en relación con este principio de interés superior y la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

### *3.2.1. Postura a favor de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.*

Para este sector, el criterio de la voluntad, deseos y preferencias es incompatible con el criterio del interés superior. De hecho, afirman que en ningún lugar de la Ley 8/2021 aparece recogido el principio de interés superior de la persona con discapacidad<sup>95</sup>. En efecto, si acudimos a la Observación General N° 1 podemos ver como en su punto 20 señala que el objetivo de las medidas de apoyo es garantizar el cumplimiento de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. Asimismo, el punto 21 afirma que en los supuestos en los que no sea posible fijar la voluntad, deseos y preferencias no se utilizará el criterio del interés superior puesto que este principio no cumple con lo establecido en el artículo 12.4 CDPD. De esta forma, en estos casos, el interés superior será sustituido por “*la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias*”<sup>96</sup>.

Por tanto, para este sector de la doctrina, liderado por GARCÍA RUBIO, tanto la CDPD como la Observación General N°1 dejan claro que no se tendrá en consideración el interés superior de estas personas a la hora de fijar las medidas de apoyo y, por tanto, el sistema de sustitución, que se basa en esta idea y que es de carácter paternalista, debe abandonarse<sup>97</sup>. Así, el principio de interés superior, que sí se emplea para los menores de edad (*cf.* art. 7 CDPD), no es aplicable para las personas adultas. Es la propia persona adulta con discapacidad la que debe resolver cuál es su interés, aunque con esa decisión

---

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> García Rubio, M. P., “Las medidas de apoyo...”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>96</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N° 1”, *op. cit.*, página 6, Punto 21.

<sup>97</sup> *Id.*

se equivoque, puesto que este colectivo también tiene derecho a equivocarse<sup>98</sup>. Por ello, para esta autora, el interés superior se traduce en el interés preferido por la persona con discapacidad<sup>99</sup>.

Sin embargo, con respecto al derecho a equivocarse de las personas con discapacidad, hay que mencionar que la Ley 8/2021 se aparta de la Observación General N° 1 puesto que no reconoce el derecho de las personas que conforman este colectivo a no recibir apoyos y, por tanto, no reconoce tampoco el derecho a equivocarse que menciona la autora GARCÍA RUBIO. Así, como señala RUIZ DE HUIDOBRO<sup>100</sup>, son dos las razones que hacen llegar a esta conclusión. Por un lado, como indican algunos artículos del Código Civil, el juez puede imponer medidas judiciales de apoyo (*cf.* arts. 249.1, 250 y 269 CC). Y, por otro lado, el Código Civil regula la anulabilidad de los contratos para los supuestos en los que la persona con discapacidad actúa sin la medida de apoyo que tiene fijada, cuando esta es necesaria (*cf.* art. 1302.3 CC).

Por tanto, a modo de conclusión, en el supuesto expuesto anteriormente en el que una persona que tiene afectada su capacidad de discernimiento no quiere una determinada medida de apoyo, los autores que conforman esta postura sostienen que nunca deberá utilizarse el principio de interés superior, sino que se deberá hacer uso del orden legal establecido<sup>101</sup>.

### 3.2.2. *Postura a favor del interés superior de la persona con discapacidad.*

Este sector de autores considera que, aunque no está explícitamente recogido en la CDPD, sí puede sostenerse que dicho principio de interés superior de la persona con discapacidad está implícito. Esto se debe a que la propia CDPD reconoce en el apartado cuarto de su artículo 12 que los Estados Partes deben adoptar las salvaguardias necesarias para evitar que este colectivo sufra abusos o influencias indebidas en el desarrollo de sus negocios jurídicos.

---

<sup>98</sup> García Rubio, M. P., “Las medidas de apoyo...”, *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>99</sup> García Rubio, M. P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, España, 2018, Tomo 58, p.174.

<sup>100</sup> Ruiz de Huidobro, J. M., *op. cit.*, pp. 165-166.

<sup>101</sup> García Rubio, M. P., “La necesaria y urgente...”, *op. cit.*, p. 164.

Estos autores sostienen que existe un punto de equilibrio entre el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y el interés superior de la misma. Por tanto, para esta postura, ambos criterios deben servir como guía a la hora de determinar las medidas de apoyo. De hecho, PEREÑA VICENTE<sup>102</sup>, en su obra del año 2014, identificó dos situaciones en las que cabría actuar en base al interés superior de la persona con discapacidad.

La primera situación hace referencia a aquellos casos en los que no se puede fijar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Como se ha mencionado, la Observación General N°1 establece que cuando esto ocurra, se deberá tener en cuenta “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”<sup>103</sup>. No obstante, cuando esto no sea posible, esta autora considera que el interés superior debe ser utilizado como criterio de actuación.

La segunda situación recoge aquellos supuestos en los que, actuando en base a la voluntad, deseos y preferencias, se causa un perjuicio a la propia persona con discapacidad. Este punto genera controversia puesto que no es fácil determinar con exactitud cuando un perjuicio es suficientemente grave como para ignorar la voluntad y actuar en base al interés superior.

Para ello, esta misma autora establece que el límite “podría ser que la persona no puede tomar una decisión que le exponga a un riesgo de sufrir un daño o perjuicio, personal o patrimonial, que le impida en el futuro vivir conforme a lo que es su estilo de vida y preferencias y que no habría tomado de acuerdo con sus parámetros, si hubiese tenido plenas facultades mentales”<sup>104</sup>.

Además, la STS 589/2021<sup>105</sup> sigue esta misma línea al fijar medidas de apoyo de carácter asistencial al demandado en contra de su voluntad puesto que entiende que la discapacidad hace que el demandado no sea consciente de la situación real y no establecer

---

<sup>102</sup> Pereña Vicente, M., “La protección jurídica de los adultos: el estándar de la intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en Gloria Díaz Pardo y María Nuñez Nuñez (coord.), *La voluntad de la persona protegida*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 139.

<sup>103</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N° 1”, op. cit., página 6, Punto 21.

<sup>104</sup> Pereña Vicente, M., “La protección jurídica de los adultos...”, op. cit., pp. 139-140.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 589/2021, de 8 de septiembre (FJ 4) [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RC n.º 4187/2019].

la medida de apoyo va a perjudicar a su persona. Asimismo, el tribunal afirma que supone una crueldad social no intervenir en estos supuestos y dejar a la persona abandonada.

Asimismo, CANIMAS está en contra de respetar “siempre y sin excepciones las preferencias y voluntad de las personas con discapacidad”<sup>106</sup>. Sostiene que habrá momentos en los que será necesario una decisión sustitutiva que tome en consideración el mejor interés de la persona con discapacidad.

Y es que existen muchos supuestos en los que es difícil respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad puesto que, respetándolos, se le estaría causando un perjuicio a su persona. Es decir, a modo de ejemplo, ¿se debe dejar que un adicto a la heroína que ha perdido el control de su vida continúe con su deseo de consumir heroína? ¿o se debe respetar que un esquizofrénico paranoide no quiera seguir su tratamiento y, por tanto, se le exacerben los delitos? ¿o se debe permitir a quien sufre una depresión su deseo de suicidarse? En estos casos, hay que primar el interés superior frente al criterio de la voluntad, deseos y preferencias. Así, la Audiencia Provincial de Ciudad Real declaró que los pacientes que sufren esquizofrenia no son conscientes de su trastorno, de la necesidad de recibir un tratamiento y de las consecuencias que resultan de esa enfermedad. Por ello, dado esa falta de conciencia de la enfermedad, la única manera de asegurar el interés superior del afectado por el trastorno es mediante la adopción de medidas de apoyo, aún en contra de su voluntad<sup>107</sup>. Además, en este sentido y como se ha mencionado, el Tribunal Supremo entiende que se pueden imponer medidas de apoyo a la persona con discapacidad aún en contra de su voluntad con el objetivo de evitar que cause un mal a su persona o a un tercero<sup>108</sup>.

Por todo lo expuesto, en el momento de fijar las medidas de apoyo, no existe incompatibilidad entre el criterio de la voluntad de la persona con discapacidad y el criterio del mejor interés para la misma. En este sentido, se debe intentar actuar, dentro de lo posible, teniendo en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el grado de discapacidad no

---

<sup>106</sup> Canimas, J., *op. cit.*, p. 15.

<sup>107</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 408/2021, de 22 de noviembre (FJ 4) [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. RAPCR n.º 2021/1326].

<sup>108</sup> STS núm. 589/2021, *op. cit.*, FJ 4.

permita a la persona discernir y se esté generando un perjuicio, se deberá actuar teniendo en cuenta el interés superior del sujeto en cuestión.

#### 4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 250 CC

El artículo 250 CC realiza una enumeración de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Si recordamos la distinción hecha al comienzo de este capítulo entre apoyo en sentido estricto y apoyo como institución<sup>109</sup>, podemos afirmar que este artículo recoge las instituciones o personas que deben prestar el apoyo y no el apoyo en sentido estricto en cuanto asistencia o representación.

La función de estas instituciones es “*asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias*” (art. 250 párrafo 2º CC).

Las instituciones de apoyo recogidas en este artículo pueden clasificarse en tres grupos: voluntarias, de hecho y legales o judiciales<sup>110</sup>. Además, el legislador distingue, a su vez, entre medidas formales e informales<sup>111</sup>.

A continuación, vamos a realizar un breve análisis de cada una de estas instituciones de apoyo y, en el siguiente apartado, analizaremos la figura de la curatela como instrumento clave del nuevo sistema. Pero, antes de entrar en ese análisis, es conveniente dejar sentado que el art. 250 CC no recoge claramente qué protección requiere cada discapacidad o, lo que es lo mismo, cuales son las causas que dan lugar al apoyo<sup>112</sup>. Esta configuración plantea un reto: distinguir los distintos tipos de discapacidad en función de la causa e intensidad y establecer con claridad qué apoyo se precisa en cada caso. Por tanto, la gran crítica al nuevo sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad es la falta de claridad y concreción del mismo, puesto que, como hemos visto, no todos los supuestos de discapacidad son iguales y no todos necesitan el mismo apoyo<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Vid. pp.28-29.

<sup>110</sup> Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, p. 34.

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> Magariños Blanco, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, p.202. Esta idea también la sostiene Ruiz de Huidobro, J.M., *op. cit.*, p. 266.

<sup>113</sup> *Id.*

#### 4.1. Medidas voluntarias.

Las medidas de apoyo voluntarias “*son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance*” (art. 250 CC). Dentro de estas medidas, encontramos la autotutela, los poderes y mandatos preventivos y las disposiciones personales que regulan la propia discapacidad<sup>114</sup>, esta última opción se encuentra recogida en el artículo 255 CC.

Tomando en consideración la importancia que tiene para la CDPD y para la Ley 8/2021 la voluntad de las personas con discapacidad, estas medidas se caracterizan por ser prioritarias frente al resto<sup>115</sup> y, además, tienen como objetivo reforzar esa autonomía de la persona con discapacidad de la que venimos hablando<sup>116</sup>.

Estas medidas conceden a la persona un extenso poder de configuración ya que ella misma será la encargada de fijar las facultades de la persona que ejerce el apoyo, establecer la forma de ejercicio, precisar cómo se llevará a cabo el control, determinar los plazos de revisión y desarrollar las salvaguardas para evitar abusos indebidos (*cf.* art. 255 y 258 CC).

Una vez analizados los rasgos generales, cabe preguntarse a quién van dirigidas estas medidas. La autora GARCÍA RUBIO<sup>117</sup> recoge en su obra una serie de supuestos en los que personas, con diferentes características, pueden hacer uso de las mismas. En primer lugar, y tal y como se vio en el capítulo tercero del presente trabajo, el aumento de la esperanza de vida lleva consigo un aumento del número de personas que sufren Alzheimer u otras enfermedades neurodegenerativas, por ello, estas medidas pueden ser utilizadas por personas de avanzada edad, pero que todavía poseen capacidad de discernimiento suficiente para decidir y organizar el apoyo que va a querer en el futuro en caso de necesitarlo. En segundo lugar, estas medidas también pueden ser empleadas por personas con dificultades para realizar determinados actos por no ser plenamente conscientes, pero

---

<sup>114</sup> Lora-Tamayo Rodríguez, I., “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”, en *Guía Práctica Francis Lefebvre*, Madrid, 2021, p. 34.

<sup>115</sup> García Rubio, M. P., “Las medidas de apoyo...”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>116</sup> Sospedra Navas, F. J., “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Aranzadi Digital*, Editorial Aranzadi, n. 1, 2021, p. 6.

<sup>117</sup> García Rubio, M. P., “Las medidas de apoyo...”, *op. cit.*, p. 36.

que sí son capaces de elegir a la persona que quiere que le ayude en esas situaciones. Por último, también podrían ser adoptadas por jóvenes que se dediquen a actividades en las que puedan sufrir algún accidente y que quieran regular este supuesto por sí, en cualquier momento, necesitan ese apoyo. Por tanto, como señala la autora, son muchos los supuestos en los que se pueden hacer uso de las medidas de carácter voluntario.

El único requisito que deben cumplir estas medidas es que deben estar recogidas en escritura pública (cfr. art. 250 CC). Y, por último, solo cuando estas medidas no resulten suficientes, las autoridades judiciales podrán adoptar otras medidas que las complementen<sup>118</sup>.

#### **4.2. Medidas de hecho o informales**

En este grupo se encuentra la guarda de hecho como “*medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*” (art. 250 CC). Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, en el nuevo sistema la guarda de hecho deja de ser una “*situación provisional*” para convertirse en “*una propia institución jurídica de apoyo*” puesto que se considera como una institución apropiada para “*salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad*”<sup>119</sup>.

Esta medida informal de apoyo puede tener vocación de permanencia en aquellos casos en los que no existan otras medidas, voluntarias o judiciales, o, existiendo, sean insuficientes o ineficaces<sup>120</sup>.

Por último, cabe mencionar que el guardador de hecho podrá, de manera excepcional, ejercer funciones representativas, siempre previa autorización judicial y teniendo en consideración la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (cfr. art. 264 CC).

---

<sup>118</sup> Sospedra Navas, F. J., *op. cit.*, p. 6.

<sup>119</sup> Ley 8/2021, *op. cit.*, Preámbulo III.

<sup>120</sup> Sospedra Navas, F. J., *op. cit.*, p. 7.

### 4.3. Medidas legales o judiciales

Por último, encontramos las medidas legales o judiciales que, como su propio nombre indica, son aquellas que se establecen mediante sentencia judicial. Dentro de este grupo se sitúan el defensor judicial y la curatela.

El defensor judicial es una medida formal y judicial de apoyo que procede “*cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente*” (art. 250 CC). Atendiendo al artículo 295 CC, podemos encontrar diversas situaciones en las que puede nombrar un defensor judicial como, por ejemplo, cuando exista conflicto de intereses, imposibilidad de actuación de la persona que ejerce tradicionalmente el apoyo o en aquellos supuestos en los que no se haya fijado todavía una medida de apoyo y la autoridad judicial crea necesario el nombramiento de defensor judicial hasta que recaiga sentencia firme.

Por último, encontramos a la curatela como instrumento clave de este nuevo régimen de medidas de apoyo. Se trata de una medida subsidiaria y de naturaleza asistencial, que se empleará “*cuando no exista otra medida de apoyo suficiente*” (art. 269 CC). Dada su importancia, en el siguiente apartado la analizaremos con profundidad esta institución.

## 5. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 269 CC

La curatela es el instrumento clave de este nuevo régimen de apoyo a las personas con discapacidad, dejando de lado a la tradicional figura de la tutela<sup>121</sup>. La importancia de esta institución de apoyo queda patente en el número de artículos que la regulan. En concreto, con la nueva Ley 8/2021, de los ocho artículos que regulaban esta figura (arts. 286 a 293 CC), se pasa a un total de veintisiete (arts. 268 a 294 CC)<sup>122</sup>.

El Código Civil define la curatela como “*una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo*” (art. 250 párrafo 5º CC). Por

---

<sup>121</sup> Castán Pérez-Gómez, S., “La curatela: ¿una nueva institución?, en Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M., Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, cap. 6, p. 5.

<sup>122</sup> *Id.*

tanto, se trata de una medida que entra en juego cuando la persona con discapacidad requiere apoyo de manera continuada.

La autora CORVO LÓPEZ<sup>123</sup> identifica cuatro principios que caracterizan a la institución de la curatela en este nuevo sistema:

- *Principio de necesidad o subsidiariedad.* Esta institución entrará en juego cuando la persona con discapacidad necesite apoyo de manera continuada (*cfr.* art. 250 párrafo 5º CC) y “*cuando no exista otra medida de apoyo suficiente*” (art. 269 párrafo 1º CC). Por tanto, la curatela es una institución de carácter subsidiario puesto que se fijará en aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad no hubiera previsto, con carácter previo, medidas de apoyo o las establecidas no resultasen suficientes.
- *Principio de proporcionalidad.* Este principio aparece recogido en el primer párrafo del artículo 269 CC cuando establece que “*las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise*”. Es decir, en la fijación de la medida, la autoridad judicial debe tener en cuenta tanto las necesidades de la persona como las circunstancias de cada caso. Por ello, frente a la tutela, la curatela es la medida idónea puesto que garantiza un marco abierto y graduable<sup>124</sup>.
- *Principio de personalización.* Esta medida de apoyo-institución debe fijarse para cada caso concreto, respetando la voluntad, deseos y preferencias del interesado (*cfr.* art. 268 párrafo 1º CC). Ahora bien, en este punto es importante recordar que, en ocasiones, dado el grado de discapacidad de la persona en cuestión, es necesario dejar de lado esa voluntad, primar el interés superior del sujeto y, por tanto, imponer una determinada medida de apoyo para evitar causar daños a su propia persona o a un tercero<sup>125</sup>.
- *Principio de temporalidad.* Por último, la resolución judicial que fije la medida de apoyo debe prever un plazo no superior a 3 años para la revisión de la medida. Excepcionalmente y de manera motivada, se permite que la autoridad judicial

---

<sup>123</sup> Corvo López, F. M., *op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>124</sup> STS núm. 282/2009, *op. cit.*, FJ 3.

<sup>125</sup> STS núm. 589/2021, *op. cit.*, FJ 4.

amplíe dicho plazo hasta los 6 años (*cfr.* art. 268 párrafo 2º CC). Como se ha mencionado anteriormente, “*ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta*”<sup>126</sup> puesto que la discapacidad no es estática, sino dinámica y, por tanto, las medidas de apoyo deben adaptarse a cada momento de la vida de la persona con discapacidad, ya sea modificándolas o suprimiéndolas<sup>127</sup>.

Por tanto, se podrá adoptar esta medida cuando la persona con discapacidad necesite apoyo de manera continuada y no exista otra institución de apoyo que sea suficiente (*cfr.* arts. 250 y 269 CC). Y solo procederá “*en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate*” (art. 249 CC).

Del articulado de la Ley 8/2021, se concluye que existen dos modalidades de curatela: la curatela asistencial y la curatela representativa (*cfr.* art. 269 CC). Sin embargo, como señala PEREÑA VICENTE<sup>128</sup>, no hay que caer en el error de pensar que la curatela tiene que ser o siempre asistencial o siempre representativa puesto que entonces volveríamos a la situación del antiguo sistema de protección a las personas con discapacidad en el que se establecía una división entre tutela y curatela.

En este nuevo régimen, hay que tener en cuenta que las posibilidades que ofrece la figura de la curatela son infinitas y pueden ir desde un mero acompañamiento o asesoramiento hasta la necesidad de codecisión para la validez de determinados actos jurídicos<sup>129</sup>. Por tanto, en el nuevo sistema, un curador puede tener atribuidas, como regla general, funciones asistenciales, pero, para actos muy concretos, contar con facultades de representación<sup>130</sup>. Así, lo muestra el Tribunal Supremo al establecer que lo relevante no es tanto la denominación de la institución de apoyo, sino “*la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí, de los actos para los que necesita*

---

<sup>126</sup> STS núm. 282/2009, *op. cit.*, FJ 3.

<sup>127</sup> Pau, A., *op. cit.*, p. 23.

<sup>128</sup> Pereña Vicente, M., “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M., Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, cap. 4, p. 4.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 4.

*un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro*<sup>131</sup>. Es decir, lo importante es ofrecer a las personas con discapacidad un sistema de apoyos “*flexible adaptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros*”<sup>132</sup>.

Ahora bien, el problema surge a la hora de determinar cuándo tendrá el curador funciones asistenciales y cuando ejercerá funciones representativas<sup>133</sup>. Lo único que establece el Código Civil es que, como regla general, se aplicará la curatela asistencial y, solo en casos excepcionales, el curador ejercerá funciones representativas (*cf.* art. 269 CC). Por ello, para saber cuándo es necesario instaurar una curatela de carácter representativo, debemos acudir a la STS 589/2021, de ocho de septiembre, que se caracteriza por ser la primera sentencia en la que se aplica este nuevo régimen de medidas de apoyo<sup>134</sup>.

Esta sentencia establece que las funciones de representación entrarán en juego cuando las medidas asistenciales resulten insuficientes. En concreto, “*cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad*”<sup>135</sup>. La STS 341/2014 define el autogobierno como “*la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo*”<sup>136</sup>.

Asimismo, si se analiza la STS 269/2021, de 6 de mayo, y teniendo en cuenta que en el nuevo régimen los tutores pasan a ser curadores representativos (DT 2º Ley 8/2021), se puede observar que el tribunal llega a la conclusión de que la curatela representativa es la institución “*de apoyo más intensa reservada para los supuestos en los que la persona afectada no pueda tomar autónomamente decisiones en los asuntos de su incumbencia,*

---

<sup>131</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 597/2017, de 8 de noviembre (FJ 6) [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2017/3923].

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *op. cit.*, p. 9.

<sup>134</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *op. cit.*, p. 5.

<sup>135</sup> STS núm. 589/2021, *op. cit.*, FJ 4.

<sup>136</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 341/2014, de 1 de julio (FJ 6) [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2014/3168].

*ni por si misma, ni tampoco con el apoyo de otras personas*<sup>137</sup>. Por todo lo expuesto, en aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad conserve sus facultades de discernimiento, la institución idónea será la curatela asistencial, de carácter más flexible, y no la curatela representativa.

Por tanto, dependerá del grado de discapacidad de la persona que la curatela sea de carácter representativo o no<sup>138</sup>. Y, en caso de contar el curador con funciones representativas, la resolución que lo establezca deberá determinar los actos concretos en los que el curador ejercerá esas funciones de representación (*cf.* art. 269 CC).

Con respecto a la curatela asistencial, cabe añadir que, en estos supuestos, el curador no debe reemplazar la voluntad de la persona con discapacidad, sino que su función es completar su déficit de capacidad mediante el asesoramiento o el reforzamiento de la decisión, pero respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad<sup>139</sup>. Es decir, su tarea no es la representación de la persona, sino que su función consiste en, mediante la asistencia a esa persona, servirle de apoyo para la realización de determinados actos jurídicos<sup>140</sup>.

Como ya ha quedado expuesto, el nuevo sistema establecido por la Ley 8/2021 se basa en la asistencia como la principal medida de apoyo en sentido estricto, dejando la representación o sustitución para casos excepcionales (*cf.* art. 249 CC). Por ello, el contenido de la curatela se puede regular para atender tanto a los que necesitan una mera asistencia como para los que necesitan un apoyo más intenso a través de la representación o sustitución<sup>141</sup>.

Por tanto, el nuevo sistema sigue regulando una figura de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, pero son para casos excepcionales (*cf.* art. 269 CC). Y es que, como indica CASTÁN<sup>142</sup>, esta decisión del legislador es del todo acertada puesto que existen personas que, por su grado de discapacidad, no pueden expresar su voluntad,

---

<sup>137</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 269/2021, de 6 de mayo (FJ 3) [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. RTS n.º 2021/1894].

<sup>138</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *op. cit.*, p. 9.

<sup>139</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 995/1991, de 31 de diciembre (FJ 2) [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 1991/16390].

<sup>140</sup> *Id.*

<sup>141</sup> Magariños Blanco, V., *op. cit.*, p. 201.

<sup>142</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *op. cit.*, pp. 8-9.

deseos y preferencias y, por tanto, en estos supuestos no se puede permitir que la persona quede desprotegida y pueda causar un daño propio o ajeno. Esta es la razón por la que la curatela representativa está prevista para supuestos excepcionales en los que el sujeto tiene afectadas gravemente sus capacidades intelectivas y volitivas.

## **CAPÍTULO V: CONCLUSIONES**

Tras el análisis llevado a cabo de las principales normas jurídicas, la jurisprudencia de nuestros Tribunales y la doctrina, las conclusiones del presente trabajo son las siguientes:

1. El propósito de la Ley 8/2021 es acomodar el ordenamiento jurídico español a lo determinado en la CDPD y sus destinatarios son aquellas personas con discapacidad que tienen afectada, en mayor o menor medida, su capacidad de discernimiento y, por tanto, para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones, precisan de medidas de apoyo.
2. En este nuevo régimen, ya no se distingue entre capacidad jurídica – aptitud para ser titular de derechos – y capacidad de obrar – capacidad para ejercer esos derechos –, sino que desaparece la capacidad de obrar y la capacidad jurídica pasa a englobar tanto la titularidad como el ejercicio de los derechos y libertades.
3. Tanto la CDPD como la Ley 8/2021 parten de la defensa de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. En este sentido, a la hora de fijar las medidas de apoyo, será necesario tener en consideración la voluntad del interesado. Sin embargo, es importante señalar que la Ley 8/2021, apartándose de la Observación General Nº. 1, establece que cuando la persona presente un elevado grado de discapacidad que le impida ser consciente de la situación – presente una limitación importante de sus capacidades de querer y entender – deberá primar el interés superior de la persona para evitar daños al sujeto en cuestión o a terceros. Y, por tanto, la autoridad judicial podrá fijar medidas de apoyo en contra de su voluntad.
4. A la hora de estudiar el término apoyo, es necesario distinguir el apoyo en sentido estricto del apoyo como institución. El apoyo en sentido estricto es el apoyo concreto que afecta a la validez o eficacia de los negocios jurídicos – asistencia o representación –, mientras que el apoyo como institución hace referencia a la concreta institución en la que se organiza o materializa ese apoyo en sentido estricto.

5. Las instituciones de apoyo se clasifican en: medidas voluntarias, de hecho y legales o judiciales. En este sistema, tienen preferencia las medidas voluntarias que buscan fomentar la autonomía de la persona con discapacidad. La figura del guardador de hecho – medida de hecho – se convierte en una institución de apoyo, dejando de lado su carácter provisional y pudiendo ejercer funciones representativas previa autorización judicial. Por último, se encuentran las medidas judiciales compuestas por la curatela y el defensor judicial. A pesar de tener distinta naturaleza, todas estas medidas pueden coexistir.

6. La curatela es un elemento clave del nuevo sistema de medidas de apoyo y procede cuando la persona con discapacidad tenga afectada, parcial o totalmente, su capacidad de discernimiento y necesite que el apoyo sea ejercido de forma continuada. Además, es necesario que no exista o no sea suficiente otra medida de apoyo. Cabe diferenciar dos modalidades: la curatela asistencial, que se aplica como regla general, y la curatela representativa para supuestos excepcionales en los que la persona con discapacidad tenga afectada fuertemente sus capacidades intelectivas y volitivas.

7. Por tanto, la nueva regulación sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad se caracteriza por ser imprecisa ya que no determina con claridad qué apoyo es necesario para cada modalidad o grado de discapacidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1. LEGISLACIÓN**

Constitución Española (BOE 29 diciembre 1978).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. (BOE 21 abril 2008).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 19 noviembre 2003).

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 diciembre 2006).

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 3 junio 2021).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid 25 julio 1889).

### **2. JURISPRUDENCIA**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 408/2021, de 22 de noviembre [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. RAPCR n.º 2021/1326].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 995/1991, de 31 de diciembre [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 1991/16390].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009, de 29 de abril [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2009/2362].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 341/2014, de 1 de julio [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2014/3168].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 244/2015, de 13 de mayo [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2015/1945].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 597/2017, de 8 de noviembre [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2017/3923].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 654/2020, de 3 de diciembre [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. RTS n.º 2020/4050].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 269/2021, de 6 de mayo [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. RTS n.º 2021/1894].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 589/2021, de 8 de septiembre [versión electrónica – base de datos VLex. Ref. RTS n.º 2021/3276].

### 3. OBRAS DOCTRINALES

Alemany, M., “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en Munar Bernat, P. A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 21-45.

Canimas, J., “Decidir por el otro a veces es necesario”, en AA.VV., *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas n. 39, Barcelona, 2016, pp. 13-31.

Castán Pérez-Gómez, S., “La curatela: ¿una nueva institución?”, en Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M., Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 219-256.

García Rubio, M. P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, España, 2018, Tomo 58, pp. 143-192.

Kant, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbre*, trad. M. García Morente, Pedro M. Rosario Barbosa (ed.), Puerto Rico, 2007.

Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil. Parte General. Personas*, tomo I, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2000.

Lasarte, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 16ª ed., 2017.

Lasarte, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid, 23ª ed., 2017.

Lora-Tamayo Rodríguez, I., “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”, en *Guía Práctica*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.

Martínez de Aguirre y Aldaz, C., “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, n. 4, 1992, pp. 1391-1498.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J. Mª., *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 3ª ed., 2021.

Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

Pereña Vicente, M., “La protección jurídica de los adultos: el estándar de la intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en Gloria Díaz Pardo y María Nuñez Nuñez (coord.), *La voluntad de la persona protegida*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 119-141.

Pereña Vicente, M., “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M., Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 155-184.

#### 4. RECURSOS ELECTRÓNICOS

Alemany, M., “Igualdad y Diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 52, 2018, pp. 201-222. (Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/71627>; última consulta 01/03/2022)

Atienza Rodríguez, M., “Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad”, *IUS ET VERITAS*, n.º 53, 2016, pp. 262-266. (Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16547>; última consulta 01/03/22)

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1, 2014. (Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>; última consulta 02/04/2022)

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinado de España”, 2019. (Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es); última consulta 03/04/2022)

Confederación Española de Alzheimer, “Esperanza de vida aumenta los casos de Alzheimer”, 2015. (Disponible en: <https://www.ceafa.es/es/que-comunicamos/noticias/esperanza-de-vida-aumenta-los-casos-de-alzheimer>; última consulta: 04/04/2022)

Corvo López, F. M., “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2021. (Disponible en: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad6adc6000017f44e4476d4c2fab8&marginal=BIB\2021\4621&docguid=I48a7144006d611ec8fd4aed8508aa03c&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad6adc6000017f44e4476d4c2fab8&marginal=BIB\2021\4621&docguid=I48a7144006d611ec8fd4aed8508aa03c&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-)

[list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](#); última consulta 10/03/2022)

García Rubio, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, pp. 29-60. (Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/368>; última consulta 27/03/2022)

Magariños Blanco, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, pp. 199-225. (Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/367>; última consulta 14/03/2022)

Munar Bernat, P. A., “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, pp. 121-152. (Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/365>; última consulta 01/03/2022)

Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, “Convención” (Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>; última consulta 01/03/2022)

Pau, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, pp. 5-28. (Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/373>; última consulta 14/03/2022)

Pereña Vicente, M., “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, n. 4, 2014, pp. 3-40. (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5633188>; última consulta 10/03/2022)

Pereña Vicente, M., “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, pp. 61-83. (Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/364>; última consulta 01/03/2022)

Petit Sánchez, M., “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n. 5, 2020, pp. 265-313. (Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/575>; última consulta 01/03/2022)

Ramos Montes, J., “Paternalismo y autonomismo en la relación de ayuda: una reflexión desde la salud mental”, *Folia Humanística*, vol. 2, n. 4, 2021, pp. 1-21. (Disponible en: <https://revista.proeditio.com/foлияhumanistica/article/view/2251>; última consulta 10/03/2022)

Sánchez Gómez, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n. 5, 2020, pp.385-428. (Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/544>; última consulta 14/03/2022)

Sospedra Navas, F. J., “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Aranzadi Digital*, Editorial Aranzadi, n. 1, 2021 (Disponible en: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad82d9a000017f44ee0ef5a9ca5bb3&marginal=BIB\2021\3733&docguid=I37412940c8c211ebaeedee5ed918e7cd&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad82d9a000017f44ee0ef5a9ca5bb3&marginal=BIB\2021\3733&docguid=I37412940c8c211ebaeedee5ed918e7cd&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=); última consulta 03/03/2022)

Valverde Lizama, V., “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, n. 1, 2012, pp. 115-136. (Disponible en: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/29153>; última consulta 06/03/2022)