



FACULTAD DE DERECHO

NUEVA REGULACIÓN DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021 Y
COMPARACIÓN CON EL SISTEMA ANTERIOR

Autor: Sofía Martín Sacristán

5º E3

Área: Derecho Civil

Tutor: Joaquín Ruiz Echaury

Madrid

Abril de 2023

RESUMEN

La aprobación 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* ha supuesto un cambio significativo en el tratamiento de la persona con discapacidad no sólo a nivel jurídico sino también a nivel social. El objetivo de este trabajo será indagar en las novedades introducidas por la nueva ley con la finalidad de realizar un análisis comparativo entre el sistema jurídico establecido por aquella y el sistema anterior. Para ello, se hará un estudio de la evolución de la legislación civil a lo largo de la historia en materia de discapacidad, la afectación a otras ramas del derecho y se plantearán los nuevos horizontes que se han abierto tras la promulgación de la nueva ley.

PALABRAS CLAVE

Capacidad, curatela, derechos, enfermo mental, medidas de apoyo, loco, persona con discapacidad, tutela.

ABSTRACT

The adoption of the Law 8/2021, of 2 June, that reforms civil and procedural legislation to support disabled people in the exercise of their legal capacity has brought a significant change in the treatment of people with disabilities, not only at a legal level but also at a social level. The aim of this paper is to investigate the new features introduced by the new law to carry out a comparative analysis between the legal system established by the new law and the previous system. To this end, a study will be made of the evolution of civil legislation throughout history in the field of disability, the effect on other branches of law and the new horizons that have been opened following the adoption of the new law.

KEY WORDS

Capacity, conservatorship, rights, mentally ill, support measures, insane person, person with disability, guardianship.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DEL TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	6
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	6
1.1. La tutela en la redacción original del Código Civil de 1889	8
1.2. Figuras jurídicas tras la reforma de 1983	10
1.3. Ley 15/2015, de 2 de julio, de reforma de la jurisdicción voluntaria.....	12
2. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.....	13
2.1. De un modelo «rehabilitador» hacia uno «social».....	14
2.3. Derecho de acceso a la justicia	16
II. REGULACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021	17
1.1. Nueva idea de discapacidad	18
1.2. Desaparición de la tutela y otras figuras del Código Civil.....	19
1.3. Medidas de apoyo	20
1.3.1. Curatela.....	23
1.3.2. Defensor judicial.....	24
1.3.3. Guarda de hecho	25
1.4. Procedimiento judicial	26
2. COMPARACIÓN ENTRE AMBOS SISTEMAS.....	28
3. OTRAS LEYES AFECTADAS.....	30
4. DIFICULTADES PRÁCTICAS.....	32
III. CONCLUSIONES	35

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CIDPD: Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

LAPDECJ: Ley 8/2021, del 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

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

Núm.: número

ONU: Organización de Naciones Unidas

Op. cit.: *opus citatum* (obra citada)

RC: Registro Civil

Ss.: siguientes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DEL TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 8/2021¹ (en adelante, LAPDECJ) no sólo se trata de la más reciente modificación de la regulación de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, sino que también ha supuesto uno de los cambios más radicales en el tratamiento jurídico de estas personas las cuales han pasado a situarse en un nivel igualitario con quienes no presentan esta condición.

De cara a entender el motivo que ha llevado al legislador a la elaboración de esta ley, es conveniente estudiar la evolución del tratamiento de la persona con discapacidad en el ámbito jurídico a lo largo de la historia. Para ello, debemos remontarnos al siglo XV con la promulgación de las Siete Partidas en las cuales se establecía un régimen poco claro de la capacidad de obrar de los enfermos mentales. No obstante, el verdadero cambio llegaría en la segunda mitad del siglo XIX con la Ley de Bases de 1888 y posterior promulgación del Código Civil de 1889 en el cual se definiría un régimen de protección jurídica de las personas con discapacidad mucho más claro y preciso que el anterior. Dicho régimen, aun siendo mucho más rico en contenido y más detallado que el anterior, no dejaba de ser muy general y homogéneo en cuanto a las medidas de protección en el ámbito de la discapacidad, lo cual hizo necesaria una reforma que finalmente llegaría en el año 1983.

A pesar de los esfuerzos por evitar cualquier discriminación hacia aquellas, el sistema jurídico de protección de las personas con discapacidad, si bien preciso, no dejaba de ser un régimen limitativo de derechos enfocado en colmar los vacíos provocados por la deficiencia que provocaba su condición. No fue, por tanto, hasta el siglo XXI tras la Convención de Nueva York que el tratamiento de la persona con discapacidad dio un cambio radical y se abrió paso a un régimen garantista de derechos dirigido a promover la actuación de las personas con discapacidad en la sociedad.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La guarda del enfermo mental fue contemplada por primera vez en las Siete Partidas, publicadas durante el reinado de Alfonso X en el siglo XV. En ellas, se hablaba de la

¹ Ley 8/2021, del 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» núm. 132, de 3 de junio de 2021.

figura del curador para la guarda del enfermo y, por otro lado, se hablaba de la figura del tutor para los huérfanos menores de edad.

En cuanto al curador, su regulación era poco clara ya que, pese a tener esta figura un carácter personalísimo de cara a la responsabilidad en caso de ser ejercido el cargo de forma inadecuada, podía ser encomendado el mismo a un tercero siempre que este realizara las labores de asistencia que el enfermo precisara. Su regulación en las Partidas, además, llamaba la atención por ser vaga, al remitirse en todos los aspectos a lo dispuesto para la tutela en propio cuerpo legislativo. Finalmente, en las Partidas se hacía referencia al enfermo mental utilizando términos como «loco», «furioso» o «desmemoriado» sin establecer unos criterios mediante definiciones que clarificaran qué tipo de personas se encontraban bajo estas denominaciones ya que no tenía en cuenta el origen de las perturbaciones que este poseía sino tan sólo los efectos que de su enfermedad se derivaban.

Por todo ello, no es de sorprender que, a modo general, el contenido de las Partidas en lo que concierne a la capacidad jurídica del enfermo mental, fuera considerado escaso y poco claro para los juristas del siglo XIX y, por tanto, impulsaran una reforma.²

No obstante, no fue hasta varios siglos más tarde, durante el reinado de Alfonso XIII bajo la regencia de María Cristina, que fue aprobada la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888³. El motivo por el que nace esta Ley puede entenderse ya en su base primera en la cual se da pie a la redacción en el futuro de un Código Civil que estaría basado en lo previsto en el Proyecto de Ley de 1851, el cual no había llegado a entrar en vigor.

En relación con la tutela, en su base séptima, la Ley de Bases predicaba lo siguiente: *«la tutela de los menores no emancipados, dementes y los declarados pródigos o en interdicción civil, se podrá deferir por testamento, por la ley o por el Consejo de Familia, y se completará con el restablecimiento en nuestro derecho de ese Consejo y con la Institución del protutor»*.

Así, puede verse que, tras la aprobación de la Ley de Bases, fueron eliminadas algunas expresiones propias de los juristas del siglo XIII que hacían referencia al enfermo mental

² Gutiérrez Calles, J.L. (2005). *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*. Dykinson, pp. 42-47.

³ Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley, «Gaceta de Madrid» núm. 143, de 22 de mayo de 1888.

como «furioso» o «desmemoriado». Sin embargo, también se introdujeron otros términos para referirse a aquél como «demente» y se crearon nuevas instituciones como el «protutor» e instituciones como el «consejo de familia» las cuales cobrarían aún más importancia en el ámbito de la tutela con la posterior redacción del Código Civil.

1.1. La tutela en la redacción original del Código Civil de 1889

Como ha sido mencionado en el epígrafe anterior, la redacción del Código Civil se haría tomando por base el Proyecto de Ley de 1851, sin embargo, hay que tener en cuenta que el Código surgió ante una necesidad de unificar de manera simplificada la realidad jurídica de aquel momento y que sus disposiciones no se ajustarían del todo a lo previsto en dicho proyecto, especialmente en materia de capacidad jurídica. La principal diferencia que tendría el nuevo Código respecto a las Partidas y al Proyecto de Ley de 1851 sería la desaparición de una de las instituciones que habían sido claves para el enfermo mental hasta entonces: la curatela.

El título noveno del Código Civil, en su redacción original publicada el 25 de julio de 1889⁴, recogía la figura jurídica de la tutela. Por un lado, en su art. 199 definía el objeto de la tutela como *«la guarda de la persona y los bienes (...) de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos»*. Por otro lado, el art. 200 enumeraba los sujetos de esta aludiendo, entre otros, a *«los menores de edad no emancipados legalmente»* y a *«los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir»*. De ambos artículos podemos decidir que, mediante la redacción del Código Civil, el legislador pretende integrar la curatela en la institución de la tutela haciendo desaparecer la primera de ellas y dejando la última a cargo tanto de los enfermos mentales como de los menores de edad que no estén bajo la potestad de sus padres.

Respecto a la finalidad de la tutela de los locos o dementes, se asume que esta es personal y patrimonial, sin embargo, el Código Civil en su redacción original hace que se planteen dudas sobre esto al fijar como requisito para la asignación del tutor en el art. 213 que se haya declarado su incapacidad para administrar sus bienes. Asimismo, otro motivo que para creer que el Código Civil en su redacción original no le da mucha importancia a la especificación de las funciones del tutor para el caso de los enfermos mentales es el hecho

⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

de que en el art. 218 establezca que la declaración de incapacidad de los sordomudos determinará el alcance de la tutela en función de su grado de incapacidad y mantenga el silencio sobre la graduación de incapacidad para el caso de los enfermos de mente.⁵

En cuanto al cargo de tutor, se decía en el artículo 201 del Código que este ejercerá su cargo «*bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia*». A raíz de este artículo podemos comprobar que la tutela en la redacción original del CC estaba compuesta por dos órganos unipersonales (tutor y protutor) y uno pluripersonal (consejo de familia) los cuales, en su conjunto, configuraban un modelo de tutela de familia en el cual la falta de capacidad del demente quedaba suplida por sus familiares. No obstante, la autoridad judicial mantenía un papel importante ya que constituía el verdadero eje de la protección del incapacitado al depender de él todos los órganos de la institución de la tutela⁶.

Por un lado, en relación con la figura del protutor, este podía ser designado bien por testamento o bien por el Consejo de Familia con la particularidad de que no podía pertenecer a la línea de parentesco del tutor. El cargo de protutor era obligatorio y gratuito y tenía una función principalmente de fiscalización. Sin embargo, también ejercía otras funciones propias del tutor -en casos de conflictos de intereses- o de intervención -en la constitución del inventario y de la fianza- y labores informativas respecto al Consejo de Familia. Por otro lado, este último órgano estaba compuesto por, al menos, cinco miembros, también conocidos como vocales, los cuales eran designados por los familiares del tutelado o por el juez (no pudiendo tener estos el cargo de tutor o protutor a su vez). La función principal de este colectivo era la de aprobar las decisiones más importantes de la persona o bienes del tutelado y también la de nombrar y remover de su cargo, en algunos casos, a las figuras del tutor y protutor⁷.

En conclusión, el régimen establecido para la tutela en la codificación era poco lógico para algunos ya que agrupaba a colectivos con situaciones muy diferentes bajo el amparo de una misma institución, la cual a su vez se dividía en tres organismos. Además, no sólo se atribuía la misma institución para los menores de edad, enfermos mentales o prodigos, sino que además no se preocupaba por que se examinara la situación concreta de cada

⁵ Gutiérrez Calles, J.L (2005). *op. cit.*, pp. 92-95

⁶ Gutiérrez Calles, J.L (2005). *op. cit.*, p. 61

⁷ Palomino, I. (2008). La organización de la tutela como tutela de familia o tutela de autoridad: un dilema histórico. *Open edition journals* (disponible en: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/23013>)

uno y se determinarían medidas en función de la gravedad del caso. Finalmente, el hecho de no diferenciar el Código Civil en su redacción original entre los distintos grados de retraso mental y no establecer el juez un régimen de protección atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto hizo necesaria una reforma que llegaría en el año 1983.

1.2. Figuras jurídicas tras la reforma de 1983

Tras la reforma del Código Civil mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre⁸ se dejó de hablar de «locos» o «dementes» y pasó a hablarse en su lugar de personas que tuvieran «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico» y como consecuencia fueren declarados incapaces. Otra de las modificaciones más importantes que se introdujeron con la nueva ley fue la necesidad de que el juez examinara el caso y emitiera una resolución en la que fijara la medida de protección a aplicar y el alcance de esta en función del grado del discernimiento de la persona que iba a ser declarada incapaz. Esto se hizo con la modificación del art. 210 del Código el cual pasó a decir lo siguiente: *«la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado»*. Por último, esta ley fue muy importante en materia de incapacidad ya que volvió a introducir la figura de la curatela como medida de protección de los incapacitados.

En relación con la tutela, con la reforma se pasó de la organicidad a la individualidad al eliminar las instituciones de protutor y Consejo de Familia explicadas anteriormente de tal manera que la «tutela de familia» existente se sustituyó por una «tutela de autoridad». La figura del tutor se mantuvo, por tanto, para los menores no emancipados que no estuvieran bajo la patria potestad, los que estuvieran bajo patria potestad prorrogada o los que tuvieran una incapacitación tal que su grado de discernimiento fuese mínimo. En este último caso, la función de la tutela consistía en la guarda del incapacitado y de sus bienes, así como la administración del patrimonio que tuviere o adquiriere, siendo admisible, por tanto, la representación⁹.

En relación con la curatela, esta fue instaurada como una institución de menor entidad que la tutela mediante la cual se podía complementar la limitación que tuviere el

⁸ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, «BOE» núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

⁹ Gutiérrez Calles, J.L (2005). op. cit., pp. 126-127.

incapacitado en su capacidad de obrar. Esta figura debía aplicarse de acuerdo con la ley, por un lado, a los menores y pródigos que no pudieran realizar actos por sí mismos y por otro lado, a quienes fueren declarados incapaces por resolución judicial. Este último caso se refiere a situaciones en las que el incapacitado tuviere un grado de discernimiento avanzado, pero no absoluto. En tales situaciones la función del curador sería de asistencia a este para los actos que expresamente dictare la sentencia de incapacitación o la resolución de modificación de capacidad emitida por el juez (no pudiendo ejercer en ningún caso funciones de representación).

Otro gran cambio se produjo con la nueva ley fue la supresión de la prodigalidad y la interdicción civil como causas de incapacitación. No obstante, el que fuere declarado pródigo, aún sin ser considerado incapacitado, se consideraba que tenía restringida su capacidad de obrar por lo que quedaba bajo la protección de la curatela. Esta situación tenía un régimen específico que fue introducido por la reforma en los art. 748 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰ (en adelante, LEC).

En cuanto al defensor judicial, esta institución tenía carácter subsidiario y transitorio al estar pensada para situaciones en las que hubiere conflicto de intereses entre el discapacitado o menor y su curador o representante. También se aplicaba en los casos en los que se conociere que alguien debía ser sometido a tutela o curatela, pero por alguna causa aún no pudiera ejercer su cargo el tutor o curador asignado por el juez y tuvieran que ser administrados sus bienes por alguien hasta que pudiese ejercer el cargo aquel.

Además, la Ley 13/1983 introdujo la figura de la guarda de hecho en los arts. 303 a 306 del CC para aquellos casos en los que hubiere una persona (guardador) que viniera ejerciendo funciones similares a las del tutor respecto a la persona y bienes del incapacitado. En estos casos, el juez podrá solicitar la información que considere oportuna sobre la situación del incapacitado, así como los actos que hubiere realizado el guardador en relación con él. La guarda de hecho, en principio, tenía carácter provisional al estar pensada como medida cautelar hasta que fuere establecida la medida adecuada para el incapacitado, sin embargo, cabía la posibilidad de que al guardador le fuere finalmente asignado el cargo de tutor por considerarlo óptimo la autoridad judicial. No obstante, muchos autores consideran que la regulación sobre las funciones del guardador era pobre al remitirse a las del tutor y que daba lugar a equivocación al establecer prácticamente las

¹⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, 8 de enero de 2000.

mismas funciones al guardador que al tutor, pero darles distinto régimen de responsabilidad.

Por último, es necesario destacar dos figuras que fueron introducidas unos años antes a la reforma mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo¹¹ que fueron objeto de modificación por aquella que son la patria potestad prorrogada y rehabilitada. En cuanto a la primera, se daba en los casos en los que el hijo menor de edad presentaba una incapacidad y, como consecuencia, debía alargarse la figura de la patria potestad que venían ejerciendo sus progenitores aun cuando obtuviere la mayor edad. En relación con la segunda, se daba en los casos en los que el hijo mayor de edad conviviente con alguno de los progenitores se volvía incapaz por algún motivo y debía «rehabilitarse» la patria potestad que venía siendo ejercida por aquellos.

1.3. Ley 15/2015, de 2 de julio, de reforma de la jurisdicción voluntaria

La Ley 15/2015¹² (en adelante, LJV), reforma el código Civil en materia de capacidad jurídica, entre otras materias. Esta ley nació con motivo de simplificar los procedimientos relativos al expediente de la jurisdicción voluntaria como los notariales y los de registro. También pretendía aliviar la carga de trabajo de los jueces tratando que se distribuyan los casos entre profesionales de otros niveles de la Administración (como secretarios judiciales, notarios o registradores) en función de la relevancia o interés protegido en el caso, quedando reservados a los jueces en todo caso los relativos a la discapacidad. Finalmente, otro objetivo que tiene la ley es que los expedientes de jurisdicción voluntaria fueran regulados por esta en la medida de lo posible y que, de forma supletoria, se aplicara la Ley de Enjuiciamiento Civil separando así la jurisdicción voluntaria civil de la legislación procesal.

La Ley 15/2015 modificó el Código Civil en diversas materias, entre las cuales estaba la capacidad jurídica y las medidas de protección a los considerados, hasta entonces, como incapaces. El cambio más determinante que se produjo con esta ley y que hizo con la intención de que nuestro ordenamiento jurídico se adaptase a la CIDPD, la cual se tratará en mayor profundidad en el epígrafe siguiente, fue la supresión del término de «incapacidad» o «incapacitación» y la utilización en su lugar de la expresión «capacidad

¹¹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, «BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

¹² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015.

modificada judicialmente». Sin embargo, este cambio de terminología no terminó de ser una adaptación a la CIDPD ni tampoco supuso un verdadero desplazamiento de la idea de incapacidad puesto que el artículo 199 del CC en ese momento (previo a la reforma de la LAPDECJ) establecía aún una limitación a la capacidad de obrar de las personas por sentencia judicial las cuales podían ser declaradas incapaces de acuerdo con la ley.¹³

Esta ley también modificó el Código Civil de tal manera que se atribuyeran más funciones al secretario judicial el cual pasó a asumir funciones que antes eran pertenecían, generalmente, a la autoridad judicial y, como consecuencia, a cobrar un papel mucho mayor en relación con el expediente de jurisdicción voluntaria. Algunas de las nuevas funciones que se le asignaron fueron otorgar el cargo al tutor designado por el juez, presenciar la formación del inventario de la persona cuya capacidad iba a ser modificada o designar al defensor judicial.

2. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas o Convención de Nueva York¹⁴ (en adelante, CIDPD), fue aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York junto con su Protocolo Facultativo. La Convención estaba formada por un preámbulo y cincuenta artículos. El objetivo de esta era que las personas con discapacidad no fueran consideradas como incapaces para ningún acto en cualquier aspecto de su vida quedando en igualdad de condiciones frente al resto de personas de la sociedad. No obstante, la CIDPD exigía que los países que la ratificaran se encargaran de proporcionar a estas personas las medidas de apoyo necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica cuando así lo necesitaran.

La razón principal que motivó la creación de la Convención, de acuerdo con su propósito descrito en su artículo primero, fue la necesidad de reforzar el reconocimiento de los derechos humanos en las personas con discapacidad y garantizar su ejercicio en todos los ámbitos de la vida de aquellas ya que, hasta el año 2006 que fue aprobada la Convención,

¹³ Fontestad Portalés, L. (2022). 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. *Ars Iuris Salmanticensis*, 9(2), p. 408 (disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/2813>)

¹⁴ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

no se había recogido en un sólo texto la relación entre ambos. De acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos humanos¹⁵ (en adelante, DUDH), todas las personas son iguales en materia de derechos ante la ley y en cualquier parte del mundo. Por tanto, es a partir de la idea de que el hecho de tener una discapacidad no justifica la negación de la capacidad jurídica a una persona, sea cual sea el caso, desde donde la CIDPD construye su razón de ser y, al mismo tiempo, obliga a los Estados miembros a examinar sus legislaciones de cara a que éstas sean adaptadas a lo previsto en ambos textos.

Finalmente, la aprobación de la CIDPD fue de gran importancia, no sólo por ser el primer tratado sobre las personas con discapacidad dentro del marco jurídico de los derechos humanos de la ONU, sino también porque supuso un cambio radical en el tratamiento jurídico de la persona con discapacidad. La CIDPD fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, no obstante, su adaptación a aquella no se produjo hasta la entrada en vigor de la LAPDECJ.

2.1. De un modelo «rehabilitador» hacia uno «social»

Antes de la aprobación de la CIDPD la discapacidad era concebida desde un punto de vista médico, entendiéndose esta como una disminución psíquica, física o mental en las funciones del ser humano, causada de manera originaria o sobrevenida, que impedía o dificultaba la realización de lo que la sociedad considera como «actividades propias de la vida normal». Se asimilaba, por tanto, el término de «discapacidad» al concepto de «deficiencia» y se entendía como un problema individual dentro del ámbito sanitario.

Sin embargo, mediante la entrada en vigor de la Convención, se pretendía acabar con dicha idea de individualidad en la discapacidad para dar paso a la idea de colectividad dejando de concebir la discapacidad como una característica inherente a la persona que la coloca en un marco de derechos más limitado que el del resto de personas con las que convive y, pasando a concebirla como una aptitud diferente que presentan ciertas personas pero que no las excluye de la interacción que realizaría cualquier otra persona que no presentara tal aptitud en la sociedad. Así, la Convención lo que viene a decir es que la discapacidad supone una limitación en la medida en la que la sociedad lo establezca como tal y es, por tanto, labor de dicha sociedad, actuar tanto en el desarrollo positivo de las personas discapacidad como en los entornos en los que estas se desenvuelven para diseñar

¹⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

un ambiente común que sea perfectamente compatible para la movilidad e interacción cualquier ser humano que se encuentre en él.

De esta manera, el nuevo sistema, el cual establece un modelo «social» mediante el cambio en el tratamiento de discapacidad, lo que pretende es hacer un llamamiento a la sociedad para que sea ella quien -asumiendo que todas las personas nos encontramos en una situación de igualdad de derechos- adapte aquellas actividades o tareas que supongan una dificultad para las personas con discapacidad, dejando atrás el modelo «médico» o «rehabilitador» anterior. Su objetivo es, por tanto, partir de la base de que estas personas pueden realizar cualquier actividad de la vida normal proporcionándoles la oportunidad de realizarlas por sí mismos habiéndose hecho los acondicionamientos necesarios y, en última instancia, cuando fuere imposible su ejecución por su patología, recibir el apoyo necesario de la sociedad en función de la situación de la persona discapacitada en cuestión¹⁶.

2.2. Igual reconocimiento de la persona ante la ley

El art. 12 CIDPD merece especial importancia a la hora de hablar sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por un lado, al resaltar que dicha capacidad se tendrá en iguales condiciones que el resto de las personas para cualquier aspecto de la vida y, por otro lado, al reconocer su personalidad jurídica como derecho allá donde se encuentren.

Asimismo, el art. 12 establece que para el efectivo ejercicio de esta capacidad jurídica deberán darse apoyos en forma de «salvaguardias» que respetarán la voluntad de las personas con discapacidad y que se aplicarán en proporción a las necesidades de la persona (principio de proporcionalidad), en el menor periodo de tiempo posible (principio de temporalidad) y que se revisarán por el juez periódicamente para su posible modificación o eliminación (principio de revisión)¹⁷.

Finalmente, el artículo hace referencia a algunos actos que afectan a la esfera patrimonial del discapacitado como la gestión de sus bienes o el acceso a créditos bancarios con el

¹⁶ Sánchez Martínez, O. y otros. (2015). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa*. Dykinson, pp. 25-32.

¹⁷ Sánchez Hernández, Á. (2021). Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Bolivariana de Derecho* n° 33, p. 29.

objetivo de que este no sea indebidamente privado de sus posesiones y se produzca cualquier abuso en el tráfico jurídico.

Cabe destacar que la CIDPD, al garantizar la igualdad de los discapacitados ante la ley con este artículo, parece en primera instancia estar tan sólo reafirmando lo previsto en el título primero de la Constitución Española de 1978, el cual establece una garantía de los derechos fundamentales de la persona desde el nacimiento e independientemente de la condición de cada uno. Sin embargo, el verdadero objetivo que tiene la CIDPD al formular este artículo no es un reconocimiento a modo general de los derechos de las personas con discapacidad, sino dejar claras y hacer efectivas las posibilidades reales de su ejercicio¹⁸.

2.3. Derecho de acceso a la justicia

Otra cuestión importante a la hora de hablar sobre la necesidad de cambio de mentalidad de la sociedad es el derecho de acceso a la justicia, recogido en el art. 13 CIDPD. La manera en la que la Convención pretende defender este derecho en las personas con discapacidad es mediante una «humanización» de la justicia. En otras palabras, la Convención con la efectiva aplicación del derecho universal de acceso a la justicia no pretende que se obtenga una mera resolución para las personas con discapacidad durante los procedimientos judiciales de estas, sino que lo que pretende es que dichas personas estén situadas de forma igualitaria, tanto en la ley como en la práctica, a la hora de impartir justicia en un procedimiento¹⁹.

Además. el segundo apartado de art. 13 CIDPD dice que *«a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario»*. Mediante este artículo la Convención impone un deber a los Estados de hacer las modificaciones necesarias para eliminar las barreras existentes en los sistemas de justicia de cada uno de ellos y hace un

¹⁸ Pérez de Ontiveros Baquero, M. C. (2009). La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho privado y Constitución*, (23), pp. 340-342.

¹⁹ De Lucchi, Y. (2022). El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. *Actualidad Civil* nº 9, pp. 2-5.

llamamiento a los funcionarios y profesionales del Derecho al ser quienes trabajan en la Administración y, por tanto, tienen la responsabilidad de aplicar tal derecho.

II. REGULACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021

La aprobación de la LAPDECJ ha supuesto un cambio de paradigma en el régimen jurídico de la discapacidad ya que, con la reforma, desaparece de la legislación española la tan enraizada distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en el ámbito de la discapacidad y se implementa de esta forma una nueva concepción de la persona con discapacidad. Así, desde junio de 2021 no existen en España personas que tengan restringida su aptitud para ejercer de forma eficaz derechos e intereses legítimos -lo que tradicionalmente se entendía como capacidad de obrar- ya que ahora, toda persona, por el simple hecho de serlo, tiene reconocida su capacidad jurídica por el ordenamiento²⁰.

Por último, tales modificaciones del tratamiento de la persona con discapacidad parecen simples a primera vista, no obstante, requerirán una serie de modificaciones meticulosas a numerosas disposiciones pertenecientes a una serie de cuerpos legislativos de nuestro ordenamiento jurídico, entre los que se encuentran el CC y la LJV y que se expondrán más adelante en el trabajo.

1. ANÁLISIS DE LA LEY 8/2021

La nueva ley, como ya se ha visto anteriormente, nace con la idea de cambiar el tratamiento de la capacidad jurídica en las personas con discapacidad adaptando la legislación española a la CIDPD que había sido ratificada por España más de diez años antes. Para cumplir con este objetivo y fomentar que la persona con discapacidad sea quien tome sus propias decisiones, el CC ha sido modificado por la nueva ley en materia de medidas de apoyo. En este sentido, se introduce una distinción entre las medidas escogidas de forma voluntaria por la persona con discapacidad y aquellas de carácter judicial o legal. De esta manera, tras la LADPECJ las medidas judiciales y legales de apoyo serán las dispuestas en el art. 756 y siguientes de la LEC y en el artículo 250 del Código Civil. No obstante, tales medidas deberán ejercerse conforme a lo dispuesto en el

²⁰ Rubio Garrido, T. (2022). La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos? *InDret*, nº 3, p. 329

artículo 249 del CC sobre el cual se realizará un pequeño análisis a continuación de cara a facilitar la comprensión de la citada nueva distinción.

1.1. Nueva idea de discapacidad

La LADPECJ surge para adaptar nuestro sistema jurídico a la Convención de Nueva York de 2006 y, como consecuencia, cambiar la concepción previa de la persona con discapacidad. Esto lo hace de dos maneras, por un lado, adaptando la terminología y, por otro lado, reforzando la idea de autonomía de la persona con discapacidad. Lo primero lo hace mediante la supresión de la expresión de «persona con capacidad modificada judicialmente», introducida por la LJV, y la utilización en su lugar de la expresión «persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» en el art. 7 del CC. En cuanto al cambio de terminología, la LADPECJ no le da excesiva importancia, alegando que, simplemente, deben sustituirse dichos términos por otros más «*precisos y respetuosos*». No obstante, donde verdaderamente hace énfasis es en el cambio de enfoque por parte de la sociedad exigiendo una «*transformación de la mentalidad social*» especialmente para los «*profesionales del Derecho*», lo cual, tiene sentido observando lo previsto en el epígrafe anterior sobre la adaptación de la sociedad a la nueva realidad la cual debe avanzar de un modelo «médico o rehabilitador» a uno «social».

La evolución en el tratamiento de la discapacidad puede verse en la forma en la que se determina el apoyo necesario para la persona discapacitada antes y después de la aprobación de la LADPECJ. De esta manera, en el sistema anterior, lo que primaba era lo que la autoridad judicial consideraba mejor en interés del discapacitado. Sin embargo, en el nuevo sistema instaurado por la LADPECJ, lo que se busca es atender a «*la voluntad y preferencias*» de la persona con discapacidad y, en última instancia al «*interés superior de la persona con discapacidad*», como indica el art. 12 CIDPD. Así se establece una idea de autogobierno o autorregulación por parte del discapacitado, permitiendo su autonomía para decidir quién le prestará apoyo y para qué actos en caso de que lo requiriese, y se abandona, en la medida de lo posible, cualquier forma sustitución o representación de la voluntad de aquel.

Por último, esta idea se refleja también en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad²¹ aprobada en 2013 en la cual se define a las personas con discapacidad como «*aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*» y que sustituye a la Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos²² en la cual se refiere a las personas minusválidas como aquellas «*cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia*». Observando ambas normas podemos concluir la evolución de la concepción del término de discapacidad al dejar de ser esta una falta o una deficiencia que presenta una persona a ser una denominación creada por la sociedad y atribuida a personas que están en una situación igualitaria tanto de derechos como de oportunidades frente al resto de ciudadanos.

1.2. Desaparición de la tutela y otras figuras del Código Civil

Las figuras de tutela, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada se eliminan del ámbito de la discapacidad al considerar el legislador que dichas figuras no encajan con la nueva idea de autonomía de la persona con discapacidad mayor de edad. Asimismo, se elimina la prodigalidad como institución autónoma al considerarse que los casos englobados en ella se encontrarán protegidos bajo alguna de las medidas de apoyo previstas para la discapacidad por la nueva ley.

En cuanto al desplazamiento de la tutela del ámbito de la discapacidad, este se ha debido a que, en el anterior sistema, esta figura tenía principalmente la función de suplir la voluntad de aquellos que tenían algún tipo de deficiencia lo cual es exactamente con lo que pretende acabar la nueva ley. Por lo tanto, las funciones que vinieren ejerciendo los tutores para las personas con discapacidad, con el nuevo sistema, pueden ser cubiertas por los curadores, supliendo, por tanto, la curatela a la tutela y simplificando así el sistema de medidas de apoyo. Además, el legislador, considera que es una figura extremadamente rígida tanto en su ámbito de aplicación como en su duración ya que supone la «muerte

²¹ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

²² Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1982.

civil» de la persona a la que se le aplique la cual se ve impedida de expresar su voluntad en los actos jurídicos que le conciernen. Finalmente, otro de los motivos por los que se considera innecesaria la tutela es porque, en el caso de que el grado de discapacidad de la persona en cuestión sea tal que no pueda ser interpretada su voluntad, se recurrirá aún así a la figura de la curatela, pero con funciones de representación, de la que se hablará en profundidad más adelante.

El motivo que alega la propia LADPECJ sobre la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, es porque una vez el menor llega a la mayoría de edad es él quien debe decidir qué medida de apoyo se le aplica en igualdad de condiciones que la persona adulta que, de forma sobrevenida, se convierte en discapacitada. Por tanto, desde el punto de vista de la nueva ley, el hecho de que una vez superada la mayoría de edad la persona discapacitada mantenga las mismas medidas de forma automática puede hacer que dicha persona no desarrolle su autonomía e independencia de sus progenitores en la forma que lo haría si cambiase de medidas, así como suponer una carga gravosa para quienes vinieren ejerciendo su apoyo²³.

Dicho esto, la figura de la tutela con la nueva ley tan sólo desaparece del ámbito de la discapacidad, pues se mantiene exclusivamente para los menores de edad en que estuvieren en situación de desamparo y aquellos que no se encuentren bajo la patria potestad.

1.3. Medidas de apoyo

Uno de los cambios más importantes de la Ley 8/2021 se introduce en el CC la modificación de su Disposición Adicional 4ª la cual dice lo siguiente: «...*A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*». Así, siguiendo la idea de que la persona discapacitada tiene -en primera instancia- capacidad de obrar para cualquier acto de la vida civil, la nueva ley establece el uso del término «medidas de apoyo» para hacer referencia, además de a las medidas establecidas por la persona con discapacidad, a las figuras jurídicas como la curatela, el

²³ Sánchez Hernández, Á (2021), *op. cit.*, p. 33

defensor judicial o la guarda de hecho que harán que la capacidad de obrar de las personas con discapacidad se ejerza de manera efectiva.

La finalidad de las medidas de apoyo de la Ley 8/2021, de acuerdo con el artículo 249 del Código Civil, será la de *«permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»*. Además, estas se basarán en *«el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»*. Para comprender la necesidad del legislador de hacer tal aclaración sobre la finalidad de las medidas de apoyo y la razón que motiva a la misma nos remitimos a lo mencionado anteriormente en relación con la exigencia de igualdad ante la ley prevista en la DUDH y, posteriormente, en la CIDPD. Por último, dice también el artículo que las medidas se ajustarán *«a los principios de necesidad y proporcionalidad»* ya que, las mismas, como ya se decía en el art. 12 de la CIDPD mencionado anteriormente, deberán aplicarse en proporción a las circunstancias de la persona con discapacidad en cuestión y, exclusivamente, en la medida que lo requiera en función de sus necesidades.

Además, se prevé en el segundo párrafo del art. 249 que las personas encargadas de llevar a cabo este apoyo deberán, no sólo prestar el mismo de acuerdo con la voluntad de la persona con discapacidad, sino también centrar sus esfuerzos en ayudar al desarrollo y aprendizaje de aquella para procurar que la necesidad de apoyo se vea reducida a lo largo del tiempo. No obstante, en los casos en los que de ninguna manera fuera posible interpretar la voluntad del discapacitado, las personas encargadas de apoyar a aquel podrán ejercer funciones de representación, siempre y cuando las hagan teniendo en cuenta la *«trayectoria vital de la persona con discapacidad»* además de sus *«creencias»* y *«valores»*. Finalmente, se concede en el último párrafo del artículo el derecho al juez a establecer las medidas de protección que crea necesarias para que las medidas de apoyo se ejecuten de la manera exigida en el precepto.

Por otro lado, en cuanto a la función de estas medidas, de acuerdo con la idea instaurada por la nueva ley de acabar con la sustitución o representación de la persona con discapacidad y siguiendo el artículo anterior, será la de *«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 CC).

Antes de entrar a analizar a fondo las medidas de apoyo que atribuye la nueva ley a las personas con discapacidad, es importante entender la distinción entre las diferentes

medidas de apoyo introducida por el legislador con esta ley. Por un lado, existen medidas de carácter voluntario, las cuales se darán cuando sea el discapacitado el que intencionadamente nombre a quien le dará apoyo y establezca asimismo en qué medida y con qué alcance se le dará este. Por otro lado, al margen de las medidas de carácter voluntario aparece una nueva distinción, en función de si la designación de la persona precisa intervención judicial o notarial, entre medidas de tipo formal, donde se encuentran la curatela y el defensor judicial, y medidas de tipo informal, encontrándose aquí tan sólo la figura de la guarda de hecho.

En primer lugar, las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria vienen recogidas en el art. 255 CC el cual dice que *«cualquier persona mayor de edad en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes»*. Así, el CC ofrece y fomenta la posibilidad de que la persona que presente la discapacidad designe quién estará encargado de prestarle apoyo y para qué actividades no sólo en el momento de otorgarlas sino también en el futuro, lo cual es interesante para los casos de enfermedades degenerativas o demencias progresivas en los que la persona prevé la necesidad de estas medidas en el futuro. Asimismo, puede el discapacitado designar a alguien que escoja su curador por él o incluso establecer ante notario que ciertas personas no sean nombradas para ejercer el cargo.

No obstante, tales medidas de autorregulación no son incompatibles con medidas de carácter legal o judicial cuando las primeras fueren insuficientes. Por ejemplo, en el caso de que el discapacitado mediante un poder preventivo hubiere previsto su futuro apoyo para determinados actos o negocios jurídicos, sin la precisión debida, la autoridad judicial podrá o bien extenderlos al resto de actos no previstos o nombrar un curador para aquellos si lo considerase necesario²⁴.

Por último, el CC recuerda la necesidad de elevar a escritura pública la voluntad del discapacitado para hacer efectivas estas medidas, lo cual va ligado a la necesidad de que el notario de fe tanto de la capacidad y la legitimación como del libre consentimiento de los firmantes. Además, el notario deberá realizar los esfuerzos necesarios para la

²⁴ Sánchez Hernández, Á (2021), *op. cit.*, p. 28

interpretación de la voluntad del discapacitado y ayudarle -en la medida de lo posible- a expresar su voluntad. Sin embargo, puede darse la posibilidad de que pese a los esfuerzos del notario no sea posible traducir su voluntad, en cuyo caso entraría en juego el papel de representación²⁵.

1.3.1. Curatela

En relación con la curatela, desde la entrada en vigor de la nueva ley, dice el art. 250CC que se impondrá a aquellas personas que «*precisen el apoyo de modo continuado*» y para actos concretos los cuales vendrán determinados en la sentencia por la autoridad judicial. No obstante, adicionalmente, de cara a comprobar que el apoyo se está prestando de la manera adecuada y con la diligencia debida, el juez podrá determinar en la propia sentencia medidas de control y vigilancia, así como los informes que considere necesarios una vez hubiere entrado en vigor la medida.

En cuanto al carácter de la curatela, se dice que es residual o subsidiario, puesto que se aplica cuando no sean suficientes las medidas de naturaleza voluntaria. De esta manera, con el objetivo de autogobierno de la persona con discapacidad, la nueva ley pone por delante la autorregulación del discapacitado y ofrece la posibilidad de que la persona que prevea que en el futuro necesitará apoyo para el ejercicio de su capacidad designe mediante escritura pública a su propio curador. Esta situación se conoce con el nombre de «autocuratela» y ha sido introducida por la nueva ley de discapacidad en los artículos 271 y siguientes del CC. Gracias a esta figura, la persona podrá especificar la manera en la que la persona que designe le deberá asistir en la toma de decisiones y la forma en la que deberán administrarse sus bienes.

Respecto al papel del curador, el CC establece para aquel una serie de derechos y obligaciones. No obstante, su función será puramente asistencial e irá dirigida tanto a facilitar la expresión de la voluntad del discapacitado como a disminuir la necesidad de esta por parte de él. Dicha función, siguiendo el objetivo de la nueva ley de que la persona discapacitada vaya mejorando su grado de autonomía con el tiempo, se convierte en

²⁵ De Salas Murillo, S. (2022). El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/202, de 2 de junio: Panorámica general, interrogantes y retos. *Actualidad Jurídica iberoamericana*, pp.20-21, (disponible en: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/84495/01.-Sofia-de-Salas-pp.-16-47.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

obligación al establecer que el curador deba elaborar un informe para el juez sobre la situación del discapacitado y su intervención en aquel cada cierto tiempo.

Finalmente es esencial destacar que, para aquellas personas que padezcan una enfermedad de tal gravedad que vean afectadas de manera considerable sus capacidades de discernimiento y en los que prácticamente imposible construir su voluntad, la ley otorga a esta figura unas facultades especiales de representación. De esta manera, la LAPDECJ introduce con el nuevo sistema una variante de la curatela que recibe el nombre de «curatela representativa» que se aplicará en situaciones excepcionales y que requerirá, en todo caso, autorización judicial.

1.3.2. Defensor judicial

La figura del defensor judicial se trata de una medida de carácter formal y origen judicial prevista, desde la aprobación de la LAPDECJ tanto para el menor de edad (arts. 235 y 236) como para la persona con discapacidad (arts. 295 a 298 CC). En relación con el menor de edad, se mantiene el defensor judicial para los mismos casos que el sistema anterior. Tan sólo introduce la LAPDECJ una novedad y es que procederá la aplicación de la figura del defensor judicial en los casos de menores emancipados que estén necesitados de una capacidad complementaria para realizar actos específicos de carácter jurídico y exista conflicto de intereses. En relación con la discapacidad, procede analizar detenidamente el art. 295 CC ya que en él se señalan los casos en los que procederá la aplicación del defensor judicial en este ámbito.

En primer lugar, se preverá el nombramiento del defensor judicial de forma temporal, hasta el nombramiento de otra figura de apoyo o cese de la causa, en los casos en los que la persona que viniere ejerciendo el apoyo al discapacitado se viere imposibilitado a continuar ejerciéndolo por algún motivo.

En segundo lugar, se aplicará, cuando el juez lo considere oportuno, durante el periodo de tiempo entre la aprobación de medidas judiciales de apoyo hasta la sentencia para el discapacitado, con el objetivo de la administración de los bienes de aquel.

Asimismo, procederá esta figura en las situaciones en las que hubiere conflicto de intereses entre la persona que viniere ejerciendo las medidas de apoyo o debiere hacerlo y el discapacitado, así como durante el periodo de tramitación de la excusa alegada por el curador, en su caso.

Por último, de acuerdo con el apartado quinto del citado artículo que procederá aplicar la figura del defensor judicial -a diferencia de la curatela- cuando el apoyo a la persona discapacitada deba realizarse ocasionalmente y no de manera continuada, aun si se requiere el apoyo de manera recurrente.

1.3.3. Guarda de hecho

Esta figura, con motivo de su gran eficacia a la hora de servir como apoyo a las personas con discapacidad y su presencia cada vez más extendida en este ámbito, se refuerza en gran medida con la nueva ley. De esta manera, la guarda de hecho deja de ser una mera figura provisional de apoyo al discapacitado hasta la obtención de una figura más estable a convertirse en una verdadera medida de apoyo, aunque de carácter informal.

Tras la reforma, la guarda de hecho queda regulada en el art. 250 CC el cual tan sólo nos dice que esta podrá darse «*cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*». Esto nos hace entender la informalidad ya mencionada de esta medida que, ni es establecida por el juez -como ocurre en el caso de la curatela y el defensor judicial-, ni requiere que su designación se eleve a escritura pública (salvo en los casos en los que el guardador deba tomar decisiones de gran trascendencia económica o personal).

La figura de la guarda de hecho nace de manera espontánea y con carácter de provisionalidad. Sin embargo, la LAPDECJ, contrariamente a lo previsto en el sistema anterior, permite la posibilidad de que esta figura quede consolidada en el momento en el que «*se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad*». También quedará consolidada en aquellos casos en los que, tras un periodo durante el cual la persona discapacitada haya recibido el apoyo del guardador de hecho, este dejara de hacerlo debido a la aplicación de medidas voluntarias o judiciales y las mismas no se estuvieren ejerciendo de forma eficaz.

Por otro lado, para que exista la guarda de hecho como medida de apoyo no se requiere que la asistencia deba darse de manera continuada ya que esta puede ser para situaciones ocasionales al igual que las dos figuras anteriores. Sin embargo, el requisito que diferencia a esta figura de otras es que la asistencia para este tipo de actividades y, por tanto, la actuación del guardador sea necesaria varias veces a lo largo del tiempo. Más concretamente, la clave para distinguir en estos casos la adecuación de la medida de apoyo del guardador será el hecho de que para la persona discapacitada sea necesario apoyo de

manera indefinida en el tiempo para un tipo de actividades en concreto, se den estas o no de manera ocasional y no tratándose las mismas de situaciones aisladas de la vida de la persona que lo necesita.

Además, se exige el requisito de que dicha actuación sea realizada siempre por la misma persona –sin perjuicio de la posibilidad de que existan varios guardadores al mismo tiempo–, ya que, de lo contrario quedaría desvirtuada la figura del guardador de hecho y nos encontraríamos ante la figura del defensor judicial²⁶.

Así, para entender mejor los casos en los que es conveniente aplicar la figura del guardador de hecho puede observarse el ejemplo de una persona discapacitada que, debido a una enfermedad degenerativa, debe ir ocasionalmente al médico que le trata dicha enfermedad y no está recibiendo apoyo de forma eficaz mediante medidas judiciales o voluntarias. En este caso, encajaría aplicar la figura del guardador de hecho al cumplirse sus requisitos puesto que la persona no requiere apoyo continuado, pero las visitas al médico serán recurrentes en el tiempo y están establecidas de manera indefinida en el tiempo.

Por último, es importante destacar otra novedad introducida por la LAPDECJ mediante la modificación de los arts. 264 y 287 CC en relación con la guarda de hecho. Dicha novedad supone la posibilidad de que, el guardador de hecho, en situaciones excepcionales, tenga las funciones de representación permitidas para el caso de la curatela representativa. No obstante, para ello se requerirá autorización judicial y previo trámite de jurisdicción voluntaria en el cual, en todo caso, deberá oírse a la persona con discapacidad.

1.4. Procedimiento judicial

Las medidas de apoyo serán establecidas por procedimiento judicial en el cual se dictará una resolución que determine aquellos actos para los cuales la persona discapacitada necesitará el apoyo, no pudiendo en ningún caso tal resolución establecer la incapacitación o privación de alguna clase de derechos.²⁷

²⁶ Núñez, M. N., Vicente, M. P., & Hernández, M. D. M. H. (2022). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio (Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales)* (1.a ed.). Tirant Lo Blanch, pp.2-4.

²⁷ De Salas Murillo, S. (2022), *op. cit.*, pp. 24-27.

En cuanto al trámite de jurisdicción voluntaria, recogido en la LJV, tiene como objetivo que la persona discapacitada sea oída en relación con sus deseos y preferencias y puede ser promovido tanto de oficio como a instancia de parte. En ambos casos será el Ministerio Fiscal el que decida si llevar a cabo o no el expediente de medidas de apoyo.

En caso de que se inicie, dice el art. 42 bis c) de la LJV -incorporado por la LAPDEJ- lo siguiente sobre la audiencia entre el juez y la persona con discapacidad: *«(...) se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas»*. Es importante aquí hacer hincapié en la entrevista entre el juez y el discapacitado mencionada por la LJV, la cual supone una mayor dedicación hacia la persona con discapacidad y, por tanto, una gran diferencia respecto al sistema anterior en el que en lugar de una «entrevista» judicial lo que se hacía era una «exploración» judicial.

Tal cambio viene motivado por el deseo de fomentar el protagonismo y la participación efectiva de la persona discapacitada en el procedimiento judicial de tal manera que el juez pueda determinar las medidas a aplicar no sólo mediante la investigación de su entorno sino también atendiendo a la voluntad de aquella. Además, la nueva terminología parece más apropiada dado que enfatiza la idea de diálogo e interlocución de forma bidireccional con la persona con discapacidad. De esta manera tras la reforma, a través de la entrevista judicial la labor del juez es, mediante su experiencia y su sentido común, elaborar una imagen de la vida pasada, presente y futura de la persona con discapacidad atendiendo a su contexto social, económico, familiar y cultural. El objetivo de dicha entrevista es, por tanto, conocer las necesidades reales de esta sin influencias indebidas y que, una vez finalizado el procedimiento judicial, pueda gozar de la mayor autonomía posible²⁸.

En cuanto a la oposición a las medidas previstas en la resolución judicial, la LJV concede la posibilidad a la persona discapacitada de escoger la medida a aplicar de entre todas las

²⁸ Sancho Gargallo, I. & Alía Robles, A. (2023). Guía para la entrevista judicial a una persona con discapacidad. *Actualidad Civil* nº 2, pp. 2-3.

alternativas ofrecidas. No obstante, existe la posibilidad de que la propia persona discapacitada se niegue a someterse a las medidas, en cuyo caso el juez deberá cerrar el expediente quedando facultado para adoptar medidas provisionales y abrir el procedimiento civil contencioso correspondiente. Lo mismo ocurrirá en caso de oposición por parte de la persona que fuere a ejercer las medidas, del Ministerio Fiscal o de algún interesado en el proceso.

En conclusión, podemos deducir que, mediante la modificación de la LJV, la nueva ley de discapacidad ha querido establecer un procedimiento riguroso de determinación de las medidas de apoyo en el que se investigue a fondo la situación de la persona con discapacidad. Este nuevo procedimiento destaca además por la inclusión de la persona discapacitada en todo momento mediante las exhaustivas posibilidades de audiencia y comunicación que se le otorgan, la cual, no sólo tiene la posibilidad de elegir entre varias alternativas de apoyo, sino que además puede negarse a recibirlo, en cuyo caso se cerraría el expediente y se iniciaría un procedimiento contencioso. Por último, de acuerdo con el art. 268 CC las medidas que se decreten deberán revisarse siempre que haya habido alguna modificación en la vida de la persona con discapacidad, de manera periódica en los tres años siguientes como máximo y, excepcionalmente en el plazo de seis años.

2. COMPARACIÓN ENTRE AMBOS SISTEMAS

Como se ha podido ir observando a lo largo del trabajo, la diferencia fundamental entre ambos sistemas está en el distinto tratamiento jurídico de la persona con discapacidad. De esta manera, en el sistema anterior, se partía de la cuestión de si la persona que presentare cualquier tipo de deficiencia y quisiera tomar una decisión tenía o no capacidad jurídica, mientras que en el nuevo sistema se parte de que la persona tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones que cualquiera. Es por ello por lo que, actualmente, la sentencia que emita el juez ya no privará de su capacidad para realizar actos a la persona con discapacidad sino que determinará los actos para los que requerirá apoyo. Esto hace necesaria una investigación más exhaustiva por parte de los profesionales del derecho hacia la persona con discapacidad, así como un mayor abanico de posibilidades de intervención a aquella y, por tanto, una modificación de las medidas para prestarle apoyo.

A modo de resumen sobre lo expuesto hasta aquí a lo largo del trabajo, se expone en el siguiente cuadro una comparativa sobre las medidas de apoyo e instituciones previstas en el ámbito de la discapacidad antes y después de la LAPDECJ.

	SISTEMA ANTERIOR	SISTEMA NUEVO
Curatela	<ul style="list-style-type: none"> - Asistencia a mayores de edad bajo sentencia judicial de incapacidad o modificación de su capacidad 	<ul style="list-style-type: none"> - Asistencia a mayores de edad y excepcionalmente funciones de representación - Posibilidad de autocratela - Carácter formal
Tutela	<ul style="list-style-type: none"> - Representación de mayores de edad bajo sentencia judicial de incapacidad y de menores no sujetos a patria potestad 	<ul style="list-style-type: none"> - Representación exclusivamente de menores no emancipados ni sujetos a patria potestad
Defensor judicial	<ul style="list-style-type: none"> - Representación o asistencia a mayores y menores de edad - Discrepancias o conflictos de intereses 	<ul style="list-style-type: none"> - Asistencia ocasional sea o no recurrente a mayores de edad y menores emancipados - Representación a menores de edad - Discrepancias o conflictos de intereses - Carácter formal
Guarda de hecho	<ul style="list-style-type: none"> - Situación provisional 	<ul style="list-style-type: none"> - Situación provisional con posibilidad de convertirse en medida de apoyo - Asistencia ocasional y recurrente a mayores de edad y excepcionalmente representación - Carácter informal
Patria potestad prorrogada o rehabilitada	<ul style="list-style-type: none"> - Prevista para menores con discapacidad que alcancen la mayoría de edad 	
Prodigalidad	<ul style="list-style-type: none"> - Institución autónoma 	

3. OTRAS LEYES AFECTADAS

La LAPDECJ, además de reformar el CC y la LJV, reforma otras leyes que se expondrán a continuación con el objetivo de orientar las disposiciones de todas ellas, y, por tanto, nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, a la nueva idea de discapacidad contemplada por la CIDPD.

En primer lugar, con la LAPDECJ, se modifican los artículos de la Ley del Notariado relativos a la actuación del notario en los actos concernientes a la persona con discapacidad, así como sus obligaciones de comunicación al Ministerio Fiscal en caso de falta de apoyo de esta. También cabe destacar aquí la introducción en el art. 25 de un nuevo párrafo para señalar que la persona requerida de apoyos podrá utilizar cualquier medio que le facilite la expresión de su voluntad en la comparecencia ante el Notario.

En segundo lugar, se modifican las disposiciones de la Ley Hipotecaria en todo lo relativo a la incapacitación, especialmente en lo previsto para las inscripciones de resoluciones judiciales de medidas de apoyo. Además, se elimina de dicha ley el Libro de incapacitados para adaptar la misma a la nueva terminología, así como su artículo 28, el cual constituía una limitación a la libre transmisión de bienes inmuebles adquiridos por herencia.

Por otro lado, se reforma la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad²⁹ en relación con el patrimonio protegido, especialmente en lo que concierne a su constitución y administración. También, se realizan en esta ley una serie de modificaciones terminológicas de tal forma que se suprime el término de «minusvalía» y la expresión de «en beneficio de» y se utiliza en su lugar el término de «discapacidad» y la expresión de «respetando la voluntad, deseos y preferencias».

En materia mercantil, la reforma es simple ya que mediante ella tan sólo se adapta la terminología anterior a la nueva y se eliminan las referencias de los artículos del Código de Comercio sobre las medidas de apoyo requeridas por la persona con discapacidad por pasar a estar esta cuestión regulada en el CC y ser, por tanto, innecesaria su referencia en aquel.

²⁹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, «BOE» núm. 277, del 19 de noviembre de 2003.

En materia penal, se modifican un par de artículos del Código Penal relativos a la responsabilidad civil por delito penal sobre persona distinta al autor del ilícito, así como la disposición adicional primera del mismo.

En materia procesal, se reforma la LEC en todo lo relacionado a los procesos de modificación de la capacidad los cuales, además, se convierten en procesos dirigidos a proveer apoyos a las personas con discapacidad. Además, siguiendo esta línea, cabe destacar que se modifica la capacidad de comparecencia en juicio de las personas con discapacidad al señalar que deberán hacerse los ajustes necesarios en los procedimientos judiciales para la comprensión de la voluntad de aquellas con las medidas de apoyo necesarias en cada caso. Finalmente, además de cambios terminológicos, se realizarán algunas modificaciones en la LEC respecto a posibilidades de formulación de alegaciones por parte del curador en la demanda y a procedimientos civiles relativos a acciones de filiación y divorcio y división de la herencia³⁰.

Por último, la modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil³¹, cobra especial importancia aquí ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el preámbulo de la LAPDECJ, el RC pasará a ser una «pieza central» al ser quien hará efectiva la elección por la persona discapacitada de las medidas que le serán aplicadas como apoyo a su persona o a la gestión de sus bienes. Para ello dice la nueva ley que se establecerá un único RC que a su vez tendrá un registro individual de cada persona en el cual se anotarán todos los asientos relativos a aquella. Además, a pesar de que la nueva ley impone que dichos datos queden bajo un régimen de publicidad restringida, permite el acceso por las Administraciones Públicas y funcionarios públicos autorizados para conocer las medidas de apoyo que se requieran o no para un acto concreto. Finalmente, gracias a esta reforma se ha logrado que todas las personas se sitúen en un mismo nivel frente al RC tengan o no una discapacidad poniendo fin así a la discriminación derivada del régimen anterior en el cual la discapacidad era contemplada a efectos registrales como una sustitución de la capacidad de la persona y aparecía publicitada directamente como un estado civil³².

³⁰ Garrido (2021). La Ley 8/2021 introduce en nuestro ordenamiento jurídico una profunda modificación del régimen legal de la protección a la discapacidad. *Departamento de Documentación de Garrido* (disponible en: <https://garrido.es/la-ley-8-2021-introduce-en-nuestro-ordenamiento-juridico-una-profunda-modificacion-del-regimen-legal-de-la-proteccion-a-la-discapacidad/>).

³¹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, «BOE» núm. 175, 22 de julio de 2011.

³² Alcaín Martínez, E. (2021). La reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por 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

4. DIFICULTADES PRÁCTICAS

Como ya se ha visto, en la LJV se introduce un procedimiento general de «provisión de apoyos en sustitución de los anteriores procesos de «modificación de la capacidad». De manera que si en los anteriores procesos se dictaban medidas para la protección de las personas con discapacidad a los que se pasó a denominar «personas con capacidad judicialmente modificada» (los antiguos incapacitados) ahora, en el nuevo expediente, se dictarán medidas de apoyo y las personas que las reciban pasarán a denominarse «personas con discapacidad que necesitan apoyos». Así podemos decir que nos encontramos prácticamente ante la misma situación de antes de la reforma, pero con un cambio en las expresiones utilizadas, de modo que si una persona no puede realizar válidamente todos los actos jurídicos sin estar debidamente provisto de apoyos es porque necesita un complemento en su capacidad de obrar. A su vez se deduce que un efecto de la provisión de medidas es establecer una especie de incapacitación tácita y que con la supresión de incapacitación en nuestro ordenamiento jurídico vamos a entrar en una fase de inseguridad jurídica en la cual habrá que fijar un punto a partir del cual la actuación de una persona con discapacidad puede reputarse como anulable.³³ En consecuencia, cuando judicialmente se establezca la curatela, tanto asistencial como representativa, como medida de apoyo a una persona con discapacidad, tácitamente se estará estableciendo una forma de incapacitación. En el sistema anterior la curatela era el reflejo de una incapacitación parcial al tiempo que la tutela lo era de la incapacitación total³⁴.

La mayor parte de la doctrina entiende que si bien las medidas de apoyo tienen por finalidad «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» conforme al art. 249 del CC, en el tráfico jurídico circularán libremente personas no capacitadas para contratar acompañadas de medidas de apoyo que no servirán para estabilizar la contratación³⁵.

discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista de estudios jurídicos*, nº 21, pp.3-4 (disponible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/6791/6141>).

³³ Ribot Igualada, J. (2019). La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento. En S. De Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.) *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (pp. 215-252). Dykinson

³⁴ Arnau Moya, F. (2021). Aspectos Polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. *Revista Bolivariana de Derecho*, nº 33, pp. 534-573

³⁵ Carrasco Perera, Á. (2021). Discapacidad Personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en

En el preámbulo de la Ley 8/2021 se señala que se impone un cambio de sistema de uno que se basa en la sustitución en la toma de las decisiones que afecten a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien, como regla general será la encargada de tomar sus propias decisiones. Esto implica la sustitución del «interés superior» de la persona con discapacidad por la «mejor interpretación de su voluntad y preferencias». Sin embargo, el interés superior de la persona con discapacidad es un elemento sin el cual no es posible imponer la voluntad del discapacitado en todo caso. Esto implica que, de mantenerse, se podría imponer a la persona con discapacidad cualquier medida de apoyo a pesar de su oposición a la misma.³⁶ Si bien, ya ha habido sentencias en las que se ha recuperado este principio como es en el caso de la STS de 19 de octubre de 2021 en la cual el TS, en un caso de autotutela, indica que procederá la posibilidad de aplicar medidas distintas por la autoridad judicial sólo «*si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*» (art. 272 II CC)³⁷. En cambio, en otras resoluciones como la STS de 8 de septiembre de 2021, en la cual se trató el caso de una persona con discapacidad que padecía síndrome de Diógenes y se negaba a recibir cualquier tipo de apoyo, el TS reconoció la posibilidad de imponer medidas de apoyo de contra la voluntad del interesado. Lo que estableció aquí, por tanto, el TS fue una curatela con funciones representativas ante una negativa por parte del discapacitado a la asistencia del curador mediante la remisión al procedimiento contradictorio de la LJV con la justificación de que el trastorno que aquel padecía le impedía ser consciente de su situación³⁸.

Ambas sentencias han servido de crítica por gran parte de la doctrina hacia la nueva ley al poner de manifiesto la insuficiencia de aquella respecto a la atención de personas cuyas deficiencias cognitivas les impiden mostrar su voluntad y a los cuales la idea del nuevo

materia de discapacidad. *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 1-5 (disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3733-discapacidad-personal-y-estabilidad-contractual-a-prop%C3%B3sito-del-anteproyecto-de-ley-presentado-por-el-ministerio-de-justicia-para-la-reforma-de-la-legislaci%C3%B3n-civil-en-materia-de-discapacidad>).

³⁶ Arnau Moya, F. (2021), *op. cit.*, pp. 554-555

³⁷ STS (Sala de lo Civil) núm. 706 de 19 de octubre de 2021 (Roj: STS 3770/2021).

³⁸ STS (Sala de lo Civil) núm. 589 de 8 de septiembre de 2021 (Roj: STS 3276/2021).

sistema de fomentar su independencia y la toma de decisiones por sí mismos les supone en mayor medida un perjuicio que un beneficio.

Por otro lado, la LAPDECJ ha sido criticada por algunos profesionales del derecho por no dedicar una reflexión profunda a los procedimientos para las medidas de apoyo en la práctica, especialmente, a la manera en que se gestan realmente las actas y escrituras notariales y la realidad cotidiana de fedatarios y registradores³⁹. Esto puede verse en el simple hecho de que la mayoría de las sentencias emitidas tras la aprobación de la LAPDECJ han estimado como medida la curatela representativa. Esto ha sido justificado por Ricardo Cabanas Trejo, notario del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid, entre otros, al afirmar que, a pesar de la insistencia de la nueva ley por que la persona con discapacidad sea titular del derecho a tomar cualquier decisión que concierne a aquella, si los encargados de dar fe de su juicio consideran que el otorgante en una escritura no es del todo consciente de lo que hace, aún con apoyos, será preferible negarse a autorizar. Incluso si estos tienen tan sólo dudas razonables es conveniente hacerlo y ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que el juez adopte medidas de apoyo ya que esto de ningún derecho le priva, sino que le protege⁴⁰.

En conclusión, es un hecho que, aunque con la redacción nueva ley se pueda observar un trato menos discriminatorio de la persona con discapacidad, seguirán existiendo indefinidamente situaciones en las que el discapacitado no pueda valerse por sí mismo aún con medidas de apoyo en los cuales su voluntad no podrá ser interpretada por quien los preste ni por quien deba dar fe de su testimonio y, por tanto, requieran una figura de representación. Así, el legislador, no sólo parece no ofrecer la protección necesaria a quienes se encuentran en esta condición, sino que además les ha perjudicado al conceder un efecto retroactivo a la nueva ley debido al cual, han quedado desconfiguradas muchas situaciones de personas con discapacidad en las que el tutor venía ejerciendo un papel adecuado de representación. Por lo tanto, no es de sorprender sean cada vez más los que califican de inútil el nuevo sistema ante el indudable hecho de que la función representativa seguirá siendo imprescindible en ciertos casos y que, por tanto, podría haberse mantenido la figura de la tutela con carácter subsidiario respecto a la curatela

³⁹ Rubio Garrido, T. (2022), *op. cit.*, p. 336.

⁴⁰ Cabanas Trejo, R. (2021). Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial. *Notarios y Registradores* (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/>).

para casos excepcionales, en LAPDECJ lugar de crear la curatela representativa y alterar de forma innecesaria el tráfico jurídico⁴¹.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA. Con la reforma de la Ley 8/2021 se ha pretendido evolucionar de un sistema en el que se suplía la persona con discapacidad en la toma de decisiones a un sistema en el que se atiende a su voluntad y preferencias y se le presta el apoyo necesario para que la misma, en el ejercicio de su capacidad jurídica, tome sus propias decisiones. De esta manera, se le concede a la persona con discapacidad no sólo la oportunidad de disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que al resto, sino además la posibilidad de combatir sus dificultades al tener que luchar por expresar su voluntad. Asimismo, la nueva ley ha tenido una gran incidencia en la consideración de la discapacidad por parte de la sociedad ya que, de acuerdo con la CIDPD, es la propia sociedad quien verdaderamente debe cambiar su mentalidad y actuaciones al ser quien tradicionalmente ha creado las diferencias y, por tanto, a quien -indirectamente- va dirigida la nueva ley.

SEGUNDA. El CC en su redacción original en 1889 establecía como figura principal la tutela, quedando bajo su protección quienes no pudiesen gobernarse por sí mismos, y eliminaba la figura de la curatela. Sin embargo, un siglo más tarde, con la reforma del 83 se recuperó dicha figura debido a las deficiencias que presentaba el sistema anterior el cual, generalmente, giraba en torno a una única medida de apoyo. Asimismo, observando las reformas hechas al ordenamiento jurídico español a lo largo de la historia puede verse que la única figura que ha subsistido en todo momento en el ámbito de la discapacidad es la tutela. Ante estos planteamientos, surgen una serie de cuestiones en relación con el nuevo sistema. Por un lado, cabe plantearse la eficacia de concentrar el poder de protección de la discapacidad bajo una medida de apoyo como se hace con la curatela al no haberlo sido en regímenes jurídicos establecidos el pasado. Por otro lado, se pone en duda la decisión de acabar con una figura como la tutela que ha servido como protección de los casos de mayor entidad de personas con discapacidad desde los orígenes de la regulación de estas.

⁴¹ Bádenas, J. (2022). Cuestiones relativas a la aplicación de la 8/2021, de medidas de apoyo, en el ámbito familiar. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17 bis, p.1792, (disponible en <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2023/01/64.-Javier-Badenas-pp.-1780-1797.pdf>).

TERCERA. La supresión de las medidas de la patria potestad rehabilitada y prorrogada, así como el reforzamiento de la guarda de hecho favorecen enormemente tanto a la persona con discapacidad como a su núcleo familiar. Esto encuentra su justificación en el hecho de que en el nuevo sistema, los padres que vinieren ejerciendo la patria potestad de quien tuviere una discapacidad ya no se verán obligados a continuar ejerciéndola, evitándose así cualquier posible sentimiento de carga y fomentándose la independencia por parte de quien padeciere la discapacidad. Además, las modificaciones en la medida del guardador de hecho facilitarán la vida cotidiana de la persona con discapacidad ya que son muchos los casos en los que esta requiere apoyo puntual para actos de escasa trascendencia y tal apoyo puede ser ofrecido por un familiar (como puede ser un cónyuge o un hermano), sin desear alguno de ellos atravesar las complejidades de los procedimientos tradicionales de designación de medidas de apoyo.

CUARTA. La nueva ley ha supuesto un cambio radical en los procedimientos de provisión de medidas de apoyo. Por un lado, ha dotado al sistema de agilidad y simplicidad al permitir, en situaciones concretas, acudir tan sólo al notario para designar el apoyo de la persona con discapacidad no teniendo que acudir obligatoriamente al juez. Por otro lado, ha otorgado un papel más importante a la persona con discapacidad en el procedimiento judicial de provisión de apoyos a la misma. Esto último puede observarse en el hecho de que la persona con discapacidad deba participar continuamente expresando sus preferencias a lo largo de aquel como en la mayor intensidad que impone el nuevo sistema al papel de los Jueces y Notarios, los cuales deben interactuar con el discapacitado facilitando su expresión, en la medida de lo posible.

QUINTA. Teóricamente, en el sistema anterior se daba prioridad a aquello que la autoridad judicial consideraba que era mejor en interés del discapacitado y, en el sistema nuevo, se primaría la voluntad del discapacitado. Sin embargo, en la práctica, cada vez son más las sentencias en las que el objetivo de la nueva ley y de la CIDPD no se cumple ya que, para evitar el perjuicio del discapacitado, se termina supliendo su voluntad por la del juez y, finalmente, por quien ejerza el apoyo a aquel mediante la curatela representativa. De acuerdo con parte de la doctrina, este desajuste entre la teoría y la práctica se ha debido a una insuficiente atención por parte del legislador hacia quienes no tienen grado de discernimiento suficiente para suplir su voluntad. Consecuentemente, la LAPDECJ está siendo criticada por profesionales del derecho que consideran inútil sus modificaciones al equivaler la curatela representativa introducida por aquella a la anterior

figura de la tutela y, por tanto, continuar en el mismo sistema, pero con diferentes denominaciones.

SEXTA. Para que realmente sea efectivo el nuevo sistema y se produzca un verdadero cambio respecto al sistema anterior será necesario que la resolución judicial de apoyos a la persona con discapacidad sea lo más extensa y específica posible en cuanto a la intervención de la figura que preste el apoyo. De esta manera, podrá dejarse atrás el sistema anterior que se inclinaba hacia un lado u otro a la hora de decidir sobre la capacidad para realizar actos a nivel personal o jurídico de la persona con discapacidad hacia un nuevo sistema en el que se permita la posibilidad de diferenciar entre distintas intensidades de apoyo en función de las diferentes actividades a realizar y en proporción a los niveles cognitivos del discapacitado en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

- Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley, «Gaceta de Madrid» núm. 143, de 22 de mayo de 1888.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.
- Ley 8/2021, del 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» núm. 132, de 3 de marzo de 2021
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, 8 de enero de 2000.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1982.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, «BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, «BOE» núm. 277, del 19 de noviembre de 2003.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, «BOE» núm. 175, 22 de julio de 2011.

Jurisprudencia

- STS (Sala de lo Civil) núm. 706 de 19 de octubre de 2021 (Roj: STS 3770/2021).

- STS (Sala de lo Civil) núm. 589 de 8 de septiembre de 2021 (Roj: STS 3276/2021).

Obras doctrinales

- Alcaín Martínez, E. (2021). “La reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por 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”. *Revista de estudios jurídicos*, nº 21, pp. 1-9 (disponible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/6791/6141>).
- Arnau Moya F. (2021). Aspectos Polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. *Revista Bolivariana de Derecho*, nº33, pp. 534-573.
- Bádenas, J. (2002) Cuestiones relativas a la aplicación de la 8/2021, de medidas de apoyo, en el ámbito familiar. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17 bis, pp. 1780-1797 (disponible en <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2023/01/64.-Javier-Badenas-pp.-1780-1797.pdf>).
- Cabanas Trejo, R. (2021). Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial. *Notarios y Registradores* (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/>).
- Carrasco Perera, Á. (2021). Discapacidad Personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad. *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 1-5 (disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3733-discapacidad-personal-y-estabilidad-contratual-a-prop%C3%B3sito-del-anteproyecto-de-ley-presentado-por-el-ministerio-de-justicia-para-la-reforma-de-la-legislaci%C3%B3n-civil-en-materia-de-discapacidad>).
- De Salas Murillo, S. (2022). El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/202, de 2 de junio: Panorámica general, interrogantes y retos. *Actualidad Jurídica iberoamericana*, pp. 16-47 (disponible en <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/84495/01.-Sofia-de-Salas-pp.-16-47.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

- Garrido (2021). La Ley 8/2021 introduce en nuestro ordenamiento jurídico una profunda modificación del régimen legal de la protección a la discapacidad. *Departamento de Documentación de Garrido* (disponible en: <https://garrido.es/la-ley-8-2021-introduce-en-nuestro-ordenamiento-juridico-una-profunda-modificacion-del-regimen-legal-de-la-proteccion-a-la-discapacidad/>).
- Gutiérrez Calles, J.L. (2005). *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*. Dykinson.
- Fontestad Portalés, L. (2022). 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. *Ars Iuris Salmanticensis*, 9(2), 408–411 (disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/2813>).
- Palomino, I. (2008). La organización de la tutela como tutela de familia o tutela de autoridad: un dilema histórico. *Open edition journals* (disponible en <http://journals.openedition.org/nuevomundo/23013>).
- Pérez de Ontiveros Baquero, M. C. (2009). La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho privado y Constitución*, (23), pp. 335-368.
- Núñez, M. N., Vicente, M. P., & Hernández, M. D. M. H. (2022). El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales) (1.a ed.). Tirant Lo Blanch, pp. 2-4.
- Ribot Igualada, J. (2019). La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento. En S. De Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.) *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (pp. 215-252). Dykinson.
- Rubio Garrido, T. (2022). La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos? *InDret*, nº 3, pp. 323-337
- Sánchez Hernández, Á. (2021). Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Bolivariana de Derecho* nº 33, p. 29.

- Sancho Gargallo, I. & Alía Robles, A. (2023). Guía para la entrevista judicial a una persona con discapacidad. *Actualidad Civil* nº 2, pp. 2-3.