



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA
SOBRE EJERCICIO DE LA
CAPACIDAD JURÍDICA**

Autor: Leticia Estella Vallés

4º A Grado en Derecho (E1)

Area de Derecho Civil, Derecho de la Persona
Tutor: María de los Reyes Corripio Gil Delgado

MADRID
ABRIL 2023

Resumen: El trabajo analiza la evolución de la regulación relativa al ejercicio de la capacidad por parte de las personas con discapacidad introducido por la Ley 8/2021 que implementa el sistema actual de apoyos. La mencionada evolución está particularmente contemplada desde la normativa y la jurisprudencia presentes tras la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad hasta el momento posterior a la implementación del contenido de la Ley 8/2021 de protección de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Palabras clave: capacidad jurídica, capacidad de obrar, España, persona con discapacidad, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, medidas de apoyo, Estados Unidos.

Abstract: The paper analyzes the evolution of the regulation concerning the exercise of capacity by persons with disabilities introduced by Law 8/2021 that implements the current system of supports. The evolution mentioned above is particularly contemplated from the regulations and jurisprudence present after the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities to the moment after the implementation of the contents of Law 8/2021 on the protection of persons with disabilities in the exercise of their legal capacity.

Key words: legal capacity, capacity to act, Spain, person with disabilities, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, support measures, United States.

Abreviaturas

- CC: Código Civil
- Art.: artículo
- LAPDECJ: Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- LEC: la Ley de Enjuiciamiento Civil
- CIDPD: Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- nº/núm.: número
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- TS: Tribunal Supremo
- EEUU: Estados Unidos
- Ref.: referencia
- MF: Ministerio Fiscal
- CE: Constitución Española
- RAE: Real Academia Española
- USC: Código de Estados Unidos (United States Code)
- VIH: virus de inmunodeficiencia humana
- V: Contra (versus)
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- DOCE: Diario Oficial de la Unión Europea.
- SDMAA: Supported Decision-Making Agreement Act.
- NY: Nueva York
- MHL: Ley de Salud Mental (Mental Health Law)
- IDIBE: Instituto de Derecho Iberoamericano
- LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

Índice

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA “CAPACIDAD DE OBRAR” HACIA EL CONCEPTO DE “EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURIDICA”	5
1. CAPACIDAD JURÍDICA.....	5
2. DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y SUS DIFICULTADES DESPUÉS DE LA CIDPD	6
2.1 Capacidad de obrar	6
2.2 Primeras consideraciones tras la CIDPD.....	9
2.3. El sistema de apoyos como fórmula novedosa en la sustitución de la capacidad de obrar. 10	
3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 8/2021. 14	
3.1. Estadio previo a la reforma	14
3.2. Estadio posterior a la reforma.....	16
CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA PROTECCION DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	18
1. TIPOS DE MEDIDAS DE APOYO EN LA LEY 8/2021	18
1.1. Medidas voluntarias	19
1.2. Medidas judiciales	22
2. COMPARATIVA DE LAS INSTITUCIONES CLÁSICAS DE LA CAPACIDAD MODIFICADA CON SISTEMA DE APOYOS ACTUAL	26
3. EL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE APOYOS	29
CAPÍTULO III. APROXIMACIÓN A LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS SEGÚN EL SISTEMA AMERICANO.	32
1. CONCEPTO Y DERECHOS	33
2. GARANTÍAS ESTABLECIDAS POR LOS PODERES JUDICIALES Y LEGISLATIVOS PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN.....	35
3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN	39
CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	45

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en analizar la evolución de la normativa, desde su origen como capacidad de obrar, hasta el concepto actual de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad introducido por la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CIDPD)¹ e introducido en la regulación española por la Ley 8/2021(LAPDECJ)². Además, se estudia el papel fundamental de la voluntad en el sistema de apoyos, así como las medidas de apoyo de las personas con discapacidad. Finalmente, se lleva a cabo una aproximación a la regulación americana de la capacidad de las personas con discapacidad.

Este trabajo tiene como objetivos:

1. Presentar el cambio legislativo introducido por la CIDPD y LAPDECJ en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.
2. Analizar si la reforma introducida por la Ley 8/2021 es un cambio meramente terminológico o, si representa un avance significativo en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.
3. Determinar si las restricciones a la capacidad de obrar han sido realmente eliminadas en el sistema español y si la curatela representativa difiere en algo de la anterior tutela.
4. Analizar el papel de la voluntad, las preferencias y los deseos de las personas con discapacidad en las medidas de apoyo, para entender su funcionamiento y evaluar su efectividad.
5. Identificar las posibles diferencias y similitudes en relación con la capacidad jurídica entre el sistema español y el americano.

Para atender a estos objetivos el plan de trabajo se estructurará en tres capítulos y se utilizará una metodología que combina la revisión bibliográfica, el análisis de la normativa y la jurisprudencia pertinente. Se examinarán las similitudes y diferencias que se encuentran en el ejercicio de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, a través de

¹Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21/04/2008).

² 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» núm. 132, de 03/06/2021).

los diversos estadios de implementación de la normativa sobre la capacidad jurídica. Asimismo, se identificará la regulación española y americana, con la intención de analizar y entender la normativa y la jurisprudencia relacionada con la capacidad jurídica.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA “CAPACIDAD DE OBRAR” HACIA EL CONCEPTO DE “EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA”.

El presente capítulo tiene como objetivo examinar la modificación introducida en el derecho español por la Ley 8/2021 del ejercicio de la capacidad jurídica con respecto al anterior concepto doctrinalmente aceptado de la capacidad de obrar. A través de la reforma en el CC, Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)³ y Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV)⁴ sobre ejercicio de la capacidad jurídica se trata de garantizar que todas las personas, incluyendo a las personas con discapacidad, tengan acceso a sus derechos y puedan ejercer plenamente su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto, derivado de la CIDPD. Para entender la evolución en la regulación española de los derechos de las personas con discapacidad comenzaremos presentando la definición de la capacidad jurídica, y de la capacidad de obrar. Continuaremos observando el ejercicio de esta capacidad usando de forma ejemplificativa el ámbito de la contratación, para observar si el cambio es meramente terminológico o tiene efectos sustanciales en la regulación.

1. CAPACIDAD JURÍDICA

Para entender el ejercicio de la capacidad jurídica en Derecho español, es necesario diferenciar entre la capacidad jurídica y el ejercicio de ésta. Según la doctrina científica, la capacidad jurídica es *“la aptitud genérica para la subjetividad genérica, conformada por aquellas titularidades de relaciones y poderes jurídicos que ostente la persona”*⁵. Como establecía Diez Picazo: *“la capacidad jurídica es un atributo o una cualidad esencial e inmediata de la persona, (...) una consecuencia inmediata e ineludible de la*

³Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 7, de 08/01/2000.)

⁴Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. («BOE» núm. 158, de 03/07/2015.)

⁵Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M. (2021). Persona, Capacidad y Estado Civil. *Derecho de la Persona*. Dykinson S.L, Madrid, p. 157.

*personalidad. Por ello, toda persona, por el hecho de serlo posee capacidad jurídica*⁶.

En el Título, II Capítulo Primero del Código Civil se reconoce que las personas naturales poseen esta aptitud⁷ como consecuencia de la personalidad desde el momento que se tienen por nacidos (art. 29 CC).⁸

2. DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y SUS DIFICULTADES DESPUÉS DE LA CIDPD

En este apartado, exploraremos la capacidad de obrar y sus dificultades tras la CIDPD como etapa preliminar al inicio de la evolución de la capacidad jurídica. Para ello, se comenzará examinando la evolución de la capacidad de obrar hacia el ejercicio de la capacidad jurídica. En segundo lugar, se examinarán las primeras consideraciones con respecto a la adecuación de la incapacitación y de la capacidad de obrar surgidas tras la ratificación de la CIDPD por España. Finalmente, se analizará el sistema de apoyos introducido por la LAPDECJ como fórmula novedosa en la sustitución de la capacidad de obrar.

2.1 Capacidad de obrar

La capacidad de obrar es un concepto jurídico que se refiere a la capacidad de una persona para poder ejercer derechos y obligaciones. Este concepto ha evolucionado hacia el concepto novedoso introducido por la CIDPD de *“ejercicio de la capacidad jurídica”*, que se refiere a la posibilidad de que una persona ejerza sus derechos y cumpla con sus obligaciones de manera efectiva. Este cambio se ha producido al reconocerse la importancia de garantizar la protección y el respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

⁶Díez Picazo, L. (1967). *Lecciones de Derecho Civil*, Tomo I. Tecnos, p. 83.

⁷ Para ser titular tanto de derechos como de obligaciones.

⁸ Por lo tanto, desde el momento del pleno desprendimiento del seno materno con vida (art. 30 CC) se poseerá capacidad jurídica. Ante casos duda el concebido se tiene por nacido, es decir se hace una interpretación favorable para que pueda gozar de derechos (artículos 29 y 30 CC). Por otra parte, estos derechos se extinguen por la muerte de las personas (art. 32 CC). Definida por en el artículo 10 del Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre como: *“el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas”*.

La capacidad de la persona física tradicionalmente se ha dividido en dos facetas: estática y dinámica. La faceta estática se refiere a la capacidad de tener relaciones y obligaciones jurídicas que conformen su esfera jurídica. La faceta dinámica se refiere a la capacidad de gobernar ese conjunto de relaciones con aptitud⁹. La capacidad de ejercicio de los derechos es contingente¹⁰ y variable, al requerirse la posesión del discernimiento necesario que para que los actos produzcan efectos jurídicos¹¹. La capacidad de obrar a través de los estados civiles ha sido un criterio de valoración de la capacidad jurídica para medir el grado de discernimiento y determinar la eficacia de un acto jurídico. En los supuestos de minoría de edad y en el de discapacidad, se puede observar que se tenían en cuenta distintos datos objetivos para medir el discernimiento que conllevaba la capacidad. En el primer supuesto se debía de atender a la edad, adquiriéndose la capacidad plena con la mayoría de edad (art. 322 CC), salvo excepciones del CC¹² y en el segundo supuesto la presunción jurídica de la capacidad venía determinada por la sentencia de modificación de capacidad¹³. La capacidad de obrar se presuponía, a partir de los dieciocho años, pero podía ser limitada excepcionalmente por la incapacitación judicial, dictada a través de una sentencia judicial motivada por las causas reguladas en la Ley (art. 199 del CC¹⁴). Justificándose en que, debido a una enfermedad o una deficiencia, una persona no podía gobernarse por sí misma (art. 200 del CC). La Ley 8/2021 no solo ha introducido modificaciones en el ámbito del CC, sino que también se han producido cambios en la LEC en relación con la capacidad de obrar de las personas con discapacidad.

⁹ “*El Derecho atiende hoy, para reconocerla en mayor o menor medida, a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes: nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, disminuida o anulada por las enfermedades mentales; y trata de adaptar la capacidad de obrar (legal) a la situación concreta, es decir, a la aptitud o capacidad (natural) de entender y querer de cada uno*”. Lacruz Berdejo, J. L. y Delgado Echeverría, J. (2010). *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*. Tirant lo Blanch, p. 4.

¹⁰Hualde Sánchez, J.J., (1997). “*La capacidad de obrar no es esencial, sino contingente, pues se puede carecer totalmente de capacidad de obrar; y tampoco es una e igual para todas las personas, sino que es variable en función de la aptitud de cada persona para gobernarse a sí misma*”¹⁰. Hualde Sánchez, J.J., (1997). La personalidad jurídica. En Puig Ferriol, L. (coord.), *Manual de Derecho Civil*. Marcial Pons, Madrid, p. 50.

¹¹Variable en función de la trascendencia jurídica social de aquél.

¹²Vigente actualmente. El Derecho trata de adaptar la capacidad de obrar legal a la situación concreta, es decir a la aptitud o capacidad natural de entender y querer de cada uno. Pero no lo hace caso por caso, para cada individuo, sino atendiendo a rasgos externos típicos, como haber alcanzado o no determinada edad, o constituyendo al sujeto, mediante declaración judicial, en la situación de incapacidad. Lacruz Berdejo, J. L. y Delgado Echeverría, J., *Op.cit*, p.4.

¹³Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Op cit*, p. 49.

¹⁴Los artículos referenciados en este párrafo corresponden a la versión de CC publicada el 04/08/2018.

Actualmente, las personas con discapacidad pueden comparecer en juicio y representación, eliminándose la previa limitación de que solamente pudieran comparecer personas en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 7 LEC). Además, se introducen medidas para garantizar el acceso a la justicia y la participación en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad para asegurar su comprensión y que sean comprendidas en el proceso (art. 7 bis LEC). La LEC introduce que se dará preferencia al cauce de la jurisdicción voluntaria para la declaración del nombramiento de curador en caso de que no haya oposición (art. 756.1 de la LEC). Además, se reconoce que la persona con discapacidad pueda realizar el ejercicio de la capacidad en la sucesión procesal (art. 765 LEC) permitiéndosele de esta forma que pueda participar activamente en el proceso, expresar sus preferencias y que el juez pueda evaluar la información en función de los principios de necesidad y proporcionalidad. Si hay oposición, el procedimiento seguirá lo establecido en el Libro Cuarto Título Primero Capítulo Segundo de la LEC. El Ministerio Fiscal no promoverá el proceso de adopción de medidas de apoyo (art. 757.2 LEC) si considerase que la persona interesada puede obtener los apoyos que precisa de otra forma, en función del principio de preferencia de la voluntariedad. Por otra parte, las medidas de apoyo podrán ser solicitadas por cualquier persona con legitimación activa que demuestre un interés legítimo (art. 757.4 LEC).

Sin embargo, en algunas partes de la LEC aún no se ha logrado reflejar completamente que las personas con discapacidad tengan la capacidad de ejercer sus derechos jurídicos de la misma manera que el resto. La limitación en el ejercicio de la capacidad jurídica se observa cuando se establece que en la capacidad procesal se habrá de atender al alcance de las medidas de apoyo establecidas¹⁵. De igual forma, el artículo 751 LEC mantiene la protección de las personas con discapacidad al seguirse considerando la provisión de medidas de apoyo judiciales como materia indisponible del proceso, a diferencia de la LJV.

¹⁵Cfr. Toribios Fuentes, F. (2021). Artículo cuarto modificación de la Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil. En Guilarte Martín-Calero, C. (Dir.), García, L. (Dir.), Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8-2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. p. 422.

2.2 Primeras consideraciones tras la CIDPD

En este apartado se procederá a hablar del periodo intermedio existente entre la ratificación de la CIDPD por parte de España en 2007 y la aprobación de la Ley 8/2021, marcado por avances legislativos, entre otros la Ley 27/2007 de 23 de octubre¹⁶ y la Ley 26/2011 de 1 de agosto¹⁷, dirigidos a implementar la protección y garantía de los derechos y libertades de las personas con discapacidad. En España, se reconocía que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de condición o circunstancia personal (art. 14 CE). Además, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social¹⁸ establece medidas para garantizar en todos los ámbitos de la vida la no discriminación y el acceso a la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, al poseer estas el mismo derecho al ejercicio de la capacidad jurídica que el resto de los individuos.

En la STS 282/ 2009¹⁹ se planteó si la incapacitación absoluta resultaba una violación del principio de no discriminación. Los argumentos del Ministerio Fiscal (MF) se basaban en que la incapacitación total es una institución contraria a los principios del modelo social (no rehabilitador o médico) y al principio de no discriminación abogados por la CIDPD al privarse al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y por ende de obrar conforme a sus preferencias, defendiendo el mismo que, por ser más respetuosa con la dignidad y la igualdad de la persona discapacitada, la figura de la incapacitación parcial del curador sería más adecuada, al ser graduable y adaptarse a la situación de cada persona. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera con apoyo en la STC 9 de octubre de 2002²⁰ que cabe la incapacitación total siempre que sea acordada por sentencia judicial en función de las causas establecidas por la Ley (art. 199 CC). En un procedimiento que respete los trámites del artículo 208 CC y en el que las autoridades jurisdiccionales se

¹⁶ Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo ciegas. («BOE» núm. 255, de 24/10/2007.)

¹⁷ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. («BOE» núm. 184, de 02/08/2011.)

¹⁸ 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 03/12/2013.)

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 282/ 2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de marzo de 2009. Versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. RC núm. 1259/2006.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, 9 de octubre de 2002. Versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. RA núm. 1401-2000.

aseguren de la existencia de una enfermedad o deficiencia que por su alcance inhabilite a la persona con discapacidad para gobernarse a sí mismo y sea necesaria la declaración de incapacitación (arts. 199 y 200 CC)²¹. Por lo tanto, no es una medida discriminatoria considerando que los artículos 199 y 200 del Código Civil tal y como se han venido aplicando, eran acordes a la CIDPD. Además, el Tribunal defiende que ya se han tomado medidas para evitar que, las personas con discapacidad, por su situación personal sufran problemas de integración social (art. 49 CE). El Tribunal también hace referencia a que la incapacitación no se trata de una medida discriminatoria, sino de un mecanismo de discriminación positiva, el cual tiene como objetivo garantizar que las personas con discapacidad puedan actuar en igualdad de condiciones que el resto de los individuos. Es interesante examinar la perspectiva del Tribunal dado que, en términos generales, tiene bastante sentido cómo defiende el mismo que en este supuesto se debe de tratar de forma distinta a dos personas que no tienen la misma capacidad, aunque sean iguales como personas y tengan los mismos derechos. Interpretando el Tribunal Supremo que la figura de la incapacitación a la luz de la Constitución²² y la Declaración Universal de Derechos Humanos²³ no iba en contra de la CIDPD.

2.3. El sistema de apoyos como fórmula novedosa en la sustitución de la capacidad de obrar.

Para entender el sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad introducido por la Ley 8/2021, es necesario en primer lugar profundizar en las modificaciones introducidas respecto a la capacidad jurídica por el artículo 12 CIDPD bajo la rubrica de “*Igual reconocimiento como personas a la ley*”. Estas han sido interpretadas por la Observación General nº 1 de 2014²⁴, sobre el significado de la capacidad jurídica y el sistema de apoyos en la CIDPD. Por último, se procederá a observar la noción que finalmente el legislador adoptó en la posterior regulación de la Ley 8/2021.

²¹ Solo esta aplicación es la que hace que la incapacitación sea acorde con la Convención, de acuerdo con lo establecido por la STC 174/2002, 9 de octubre de 2002., al exponerse en esta que derecho de la personalidad jurídica lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica y que consecuentemente la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica conllevaría de igual forma una restricción a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE).

²² Constitución Española. (1978). («BOE» núm. 311, de 29/12/1978.)

²³ ONU: Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 diciembre 1948, 217 A (III). Fecha de la última consulta: 15 de diciembre de 2022.

²⁴ Observación General número 1 del 2014 elaboradas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11^{er} período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Última consulta el 25 de octubre de 2022.

Durante el proceso de elaboración de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, tuvo que preparar un informe tras la quinta sesión para acotar el concepto de “*capacidad jurídica*” en la CIDPD²⁵. Para ello, la Comisión define tres conceptos: la personalidad jurídica, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. En lo que respecta a este trabajo, nos quedaremos con la definición de la capacidad jurídica: “*la capacidad de ser titular potencial de derechos y obligaciones (capacidad legal), pero también implica la capacidad de ejercer esos derechos y asumir esos deberes mediante la propia conducta (legitimación para actuar)*”²⁶. Es interesante ver como el Alto Comisionado considera que el concepto de la capacidad obrar²⁷ forma parte de la capacidad legal²⁸.

Una vez aprobada la Convención, el artículo 12 reconoce el ejercicio de la capacidad jurídica como el concepto nuclear del pleno goce de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad y el hito que implica en el ejercicio de los derechos de forma autónoma por las personas con discapacidad. “*Con el reconocimiento como persona ante la ley pueden protegerse los derechos cómo el derecho a recurso, al trabajo, a poseer bienes por sí solo o en asociación y a contraer matrimonio y fundar una familia.*”²⁹ La CIDPD tiene como objetivo garantizar la igualdad y la no discriminación en el ejercicio de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad³⁰. En algunos casos, la capacidad de obrar necesita apoyos, siempre teniéndose en cuenta la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad. En relación con las personas con discapacidad se establece lo siguiente en el artículo 12 CIDPD: (1) que todas las personas con discapacidad tienen personalidad jurídica; (2) Que todas las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás individuos, en todos los aspectos de la vida; (3) Los Estados partes adoptaran las medidas necesarias que las personas con discapacidad tengan acceso a apoyo necesario para el ejercicio de su derecho; (4) Los

²⁵ Comité Ad Hoc para una Convención Internacional Amplia e Integral para la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (del 24 de enero al 4 de febrero de 2005).

²⁶ *Ibid.*: p. 21/21.

²⁷ Denominada incorrectamente como legitimación para actuar.

²⁸ Es decir, quien tiene la habilidad de poseer un derecho, tiene habilidad para ejercerlo y consecuentemente, asumir los derechos a través de su propia conducta. Conclusión a la que llega a través de la comparación de la regulación normativa de este concepto entre el Common Law y los sistemas francés y español.

²⁹ Ganzenmüller, C (2018). De la efectiva aplicación de la Convención internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno. Fiscal.es. Recuperado el 5 de octubre de 2022. p. 41/113.

³⁰ Definidas con discapacidad por el segundo párrafo del artículo 1 de la CIDPD.

Estados parte deberán establecer las medidas correspondientes y eficientes para proteger el ejercicio de la capacidad jurídica, de acuerdo con lo regulado por el derecho internacional en materia de derechos humanos (5) El Estado parte se compromete a garantizar la igualdad del ejercicio del derecho con el objeto de que puedan ser propietarios de bienes, heredar, adquirir prestamos e hipotecas, debiendo velar en todo momento a las personas con discapacidad para evitar que sean privadas arbitrariamente de sus bienes. Resulta interesante analizar cómo en ningún momento la CIDPD niega la distinción doctrinal española entre la diferenciación de la capacidad de obrar y la capacidad jurídica; entrando solo en conflicto con la regulación civil que establece que la capacidad jurídica incluya la capacidad de obrar. La Observación General número 1 de 2014, aporta interpretaciones interesantes sobre la relación entre la capacidad jurídica y de obrar contenida en la CIDPD. Se expone por esta Observación que el primer párrafo del artículo 12 CIDPD establece que el reconocimiento de la personalidad jurídica es un requisito indispensable para garantizar la capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Además, añade en su comentario al párrafo segundo que cualquier limitación a la capacidad de actuar conforme a la capacidad jurídica, es discriminatorio, porque se estaría limitando la capacidad legal del propio individuo ³¹. Es decir, para garantizarse en igualdad de condiciones la capacidad jurídica deben reconocerse estas dos facetas, consideradas inseparables.

La Observación nº13 establece que el déficit de la capacidad mental no es una razón adecuada para limitar la habilidad de poseer esta capacidad legal de una persona discapacitada³². Además, en la Observación número 15 se hace referencia a que la limitación de la capacidad jurídica basada en una evaluación es errónea, ya que es una medida discriminatoria y no es del todo exacta, al no poder determinarse el funcionamiento de la mente humana. Idea que ante nuestro planteamiento legal de la capacidad mental que puede tener una persona en un estado de discapacidad es un tanto

³¹ “... *La capacidad jurídica reconoce la facultad para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin*”. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención. Observación número 12 de las Observaciones Generales número uno de 2014.

³² La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales.

excesiva, para negar la existencia de la capacidad de obrar³³. Se puede concluir que el Comité rechaza que la capacidad de obrar limite la capacidad jurídica de una persona con discapacidad, al considerarse una acción discriminatoria y una negación al derecho de igual reconocimiento como personas ante la ley³⁴. Debiéndose implementar medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica cuando fuese necesario diferentes de la tutela y la curatela. Sin embargo, el legislador español se desvió de este último mandato al mantener la curatela como medida de apoyo en casos excepcionales³⁵. El artículo 12 CIDPD fue respetado por completo en la LAPDECJ, ya que se reconoce la autonomía de las personas con discapacidad. Aunque no se eliminen las figuras representativas, las medidas se adaptan a la situación individual, son equilibradas, transitorias y revisables³⁶. Además, se establecen de acuerdo con la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad³⁷.

Desde mi punto de vista, no es adecuada la referencia a que la evaluación de la capacidad mental no puede ser un motivo para recibir apoyo. Debido a que la CIDPD en su artículo primero cuando define a las personas con discapacidad introduce a las personas que tienen problemas mentales como parte de este colectivo. Si la Convención garantiza la protección de las personas con discapacidad a través de medidas de apoyo y el reconocimiento de la capacidad, por poseer estas características resulta extremo e inadecuado que la Observación establezca que la capacidad mental no sirve para

³³ Verda y Beamonte., J. R.: “*porque afirmar, con carácter general, que no se puede «evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana» es, obviamente absurdo, dado que, por desgracia, hay casos en los que, debido a una enfermedad, es patente que una persona carece de capacidad discernimiento y, por ello, no puede formar libremente su voluntad*”. Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad del Diario La Ley, N° 10021, Sección Dossier. Wolters Kluwer. 3 de marzo de 2022. pp. 2-3/9.

³⁴ Debiendo los Estados Miembros tomar medidas que impidan que los particulares y los agentes no estatales obstaculicen el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Cfr. Observación 24 de las Observación General n°1 2014.

³⁵ Al “*constituir un gran reto para el legislador articular un sistema de tutela jurídica para la persona con discapacidad que prime el desarrollo de su personalidad, mediante la constitución de los apoyos y medidas adecuadas al caso (y posibles), pero no descuide la protección de las personas más vulnerables y de sus intereses patrimoniales*”. - Sancho Gargallo, I. & Alía Robles, A. (2019). *Guía para la exploración judicial de una persona con discapacidad*. Actualidad Civil, N°2, p. 2.

³⁶ La legislación se muestra acorde a la estrategia establecida por el Consejo de Europa en “*A Reality for All*”, de sustituir los sistemas de toma de decisiones por los sistemas de toma de decisiones con apoyos que interfieran menos en la capacidad de decisión de las personas con discapacidad, en la medida de lo posible. Consejo de Europa. (2017). *Derechos Humanos: “Una realidad para todos”*. Estrategia sobre Discapacidad (2017-2023). Ap. 63, p. 25.

³⁷ Cfr. Castán Pérez-Gómez, S. (2022). Las medidas de apoyo tras la reforma La curatela: ¿una nueva institución? En M. Núñez Núñez, M. Pereña Vicente, & M. del Mar Heras Hernández (coords.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch Online, p. 218.

determinar la capacidad. Toda persona con discapacidad tiene derecho a el reconocimiento de la capacidad jurídica, en función de la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, pero no se indica en ningún momento que la capacidad no se pueda medir en función de la capacidad mental. Por el contrario, la Convención defiende que se debe garantizar el acceso en igualdad de condiciones al reconocimiento de este derecho, aunque sea una persona con discapacidad.

3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 8/2021

En este apartado, se abordará la evolución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 8/2021. Se analiza la evolución de las medidas de apoyo desde antes de la reforma hasta la actualidad. Se destaca la importancia de la diferenciación entre la posesión y el ejercicio de los derechos mediante la comparativa de la regulación en el ámbito de la contratación. El objetivo de la CIDPD según la letra y) del Preámbulo es ayudar a suscitar *“la protección de los derechos y la dignidad de todas las personas”* y por ello establece que el ejercicio de capacidad jurídica debe desarrollarse en condiciones de igualdad, al estar estos ligados a la dignidad y a la libertad individual de las personas. Supuesto interesante es la adaptación que sigue haciendo la Ley 8/2021 de la interpretación de la capacidad jurídica y su ejercicio, dado que sigue resultando necesario, aunque se plantee en forma de medidas de apoyo, diferenciar entre la posesión y el ejercicio de los derechos, en determinadas ocasiones. Un ámbito que se ha visto afectado por la nueva interpretación de la CIDPD, es la capacidad de contratación.

3.1. Estadio previo a la reforma

Resulta relevante en este apartado explicar como se presentaban anteriormente las restricciones en la capacidad obrar de las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación.

Antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, el Código Civil requería que el consentimiento en los contratos fuera otorgado a través de declaraciones de voluntad por personas capaces, al establecer que: *“No pueden prestar consentimiento los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por resolución judicial”* (art. 1263.2 CC). Exigiéndose que la persona que hiciera la transacción jurídica tuviera

capacidad para realizar actos jurídicos. Se preveían, instituciones o medios supletorios de representación que actuarían en nombre de la persona con discapacidad, en caso de que fuera incapaz, siendo solo aplicable esta limitación cuando una sentencia judicial declaraba la falta de capacidad para contratar. Llegando el ámbito proteccionista del Código Civil hasta el punto de regular, los actos realizados por las personas que sufrieran causa de incapacitación, pero que no hubieran sido declarados incapaces oficialmente, para evitar la inseguridad jurídica³⁸. Una de las opciones propuestas por la jurisprudencia para resolver este conflicto es la ofrecida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 23 de marzo de 2010 (JUR 2010. Ref. 220627), en la que se acepta que la incapacidad del vendedor queda suficientemente acreditada, pese a que no se haya declarado y por ello hay que entender que el contrato es nulo, al no concurrir el elemento esencial del consentimiento, conscientemente prestado, como impone el artículo 1261 del Código Civil, para que un contrato sea válido³⁹.

Previamente a la reforma, los contratos celebrados por personas incapacitadas con el objetivo de administrar sus bienes no serían considerados válidos hasta que el mismo se hubiera convertido de su utilidad (art. 1163 CC). Además, las personas con discapacidad no podían cobrar contratos que no hubiesen sido autorizados judicialmente por su tutor o curador con facultades de representación, pudiendo rescindirlos si sus representados sufrían una lesión en más de una cuarta parte del valor de la cosa objeto del negocio (art. 129.1.CC).

Por otra parte, el artículo 1301 CC establecía la nulidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad que salieran de la tutela estaría sujeta al plazo de caducidad de 4 años, estableciéndose que la acción de nulidad podía ser realizada por los que estuviesen obligados por el contrato, excluyéndose a las personas capaces que hubieran celebrado dicho contrato (art. 1302.3 CC) En cuanto al reconocimiento de la filiación no matrimonial, se requería la aprobación judicial del Ministerio Fiscal para su validez cuando el reconocimiento era otorgado por los incapaces (art. 121 CC). Además, el

³⁸La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) 18 julio 2018, recurso núm. 4374/2017 dice: “*El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación.*”

³⁹ Cfr. Navarro Mendizábal, I. A. (2019). Elementos Esenciales del Contrato I. *Derecho de Obligaciones y Contratos (Tercera edición)* S.P. Thomson Reuters Proview, Madrid, p. 3/6.

Ministerio Fiscal debía asistir al incapacitado para aceptar la herencia, si la sentencia no establecía nada específico sobre este tema (art. 783.4 LEC)⁴⁰.

3.2. Estadio posterior a la reforma

Pese al gran impacto que ha tenido la CIDPD en la Ley 8/2021 cabe destacar que, sigue siendo necesaria la diferenciación entre la capacidad de legitimación de los derechos y la posesión de éstos, al solo gozar de capacidad negocial las personas con discapacidad cuando no existan medidas de apoyo previstas que alcancen la esfera contractual⁴¹. Uno de los cambios a los que nos referimos es la preferencia de las medidas de apoyo voluntarias, establecidas para proteger a la persona con discapacidad frente a las medidas judiciales. Introduciéndose en la LAPDECJ que la validez del reconocimiento prestado por las personas mayores de edad con medidas de apoyo se determinará en función del contenido de la escritura pública o resolución que la haya establecido, debiéndose revisar las medidas judiciales en el caso de que no hubiera medidas voluntarias u otras establecidas (art. 121 CC).

En lo relativo a la capacidad de contratación se puede observar que ha habido un cambio terminológico, pero realmente no uno sustantivo. Esto se ve reflejado en cómo pueden ser declarados inválidos los pagos realizados sin las medidas de apoyo preestablecidas por una persona con discapacidad, cuando no hubiesen sido de su utilidad (art. 1163 CC)⁴². Respecto a la nulidad, el plazo de caducidad sigue siendo de 4 años para los actos celebrados por las personas con discapacidad cuando hubiesen prescindido de las medidas apoyo previstas (art.1301 CC). Continuando con esta línea expositiva, son anulables los contratos celebrados por las personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de contratación (art.1302.3 CC).

En el caso excepcional de que se encuentre vigente la curatela representativa, declarada por sentencia constitutiva, con la nueva regulación son anulables, o rescindibles los actos celebrados por una persona en situación de dependencia. En relación con la anulabilidad,

⁴⁰ Versión de CC publicada el 04/08/2018.

⁴¹ Cfr. Navarro Mendizábal, I. A. (2022). Elementos Esenciales del Contrato. *Derecho de Obligaciones y Contratos (Tercera edición)* Thomson Reuters, Madrid, p.302.

⁴²No considerándose de su utilidad cuando la persona que realiza el pago conociere la existencia de las medidas de apoyo o hubiese obtenido una ventaja injusta aprovechándose la situación de discapacidad.

conviene hacer referencia a la STS núm. 634/2022⁴³, relativa a la validez del consentimiento en un contrato prestado por una persona con incapacidad natural. La parte recurrente argumentó que esto hacía que el contrato fuera nulo de forma absoluta, que el artículo 1302 del Código Civil era aplicable y que no había ratificación tácita del contrato. El Tribunal Supremo desestimó estos argumentos, sosteniendo que la nulidad del contrato implica que éste carece de eficacia jurídica y que el artículo 1302 CC solo es aplicable a los casos de anulabilidad. Además, el Tribunal concluyó que la ratificación tácita solo se produce con el aprovechamiento del contrato, al haber un comportamiento que revele inequívocamente la voluntad y ratificación. En este caso, el Tribunal concluyó que había elementos suficientes para demostrar la ratificación tácita, desestimando este motivo. Siendo apreciable que, aunque se introducen las medidas voluntarias y el respeto de la voluntad y preferencias en el ejercicio de la capacidad jurídica, sigue siendo necesario mantener la legitimación para el ejercicio de determinados negocios jurídicos, para impedir el abuso de la situación de especial vulnerabilidad. Por lo tanto, se sigue teniendo en cuenta la capacidad de obrar en determinados negocios jurídicos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, en lo relativo al ámbito hereditario para la convocatoria de la Junta por las personas con discapacidad se ha reconocido que cualquier persona con discapacidad que requiera apoyo, al poseer esta capacidad procesal conserva su capacidad jurídica y ya no necesitará de la representación del Ministerio Fiscal si no es necesario el nombramiento de un representante legal⁴⁴. Otro cambio interesante es que las personas con discapacidad pasan a poder aceptar herencias al haber dejado de haber una limitación en la capacidad de ejercicio de la capacidad jurídica, siendo válido el consentimiento de aceptación, a menos que se establezca otra cosa en las medidas de apoyo (art. 996 CC). Esto refleja el principio de igualdad jurídica reconocido a cualquier persona con discapacidad, quien se considerará un interesado más en el proceso.

En conclusión, tras leer ambas redacciones se puede observar que la Ley 8/2021 reconoce de una forma más amplia la capacidad de actuación de las personas con discapacidad, al

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 634/2022 de 3 octubre 2022 (JUR. 2022. Ref. 324073).

⁴⁴ Interpretación surgida de la nueva redacción del art. 783.4 LEC. Castillo Martínez, C. del C (2022). Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En Á. Bueno Biot, P. Chaparro Matamoros (coord.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. p.13/43

poder percibirse que la anterior redacción limitaba de forma excesiva sus derechos. Reconociendo la Ley la capacidad de actuación individual a una persona con discapacidad, mientras que la sentencia que la declare de esta forma no regule nada, y se introducen las medidas de apoyo que fortalecen los derechos y la independencia de las personas con discapacidad. Sin embargo, en algunos ámbitos el cambio es meramente terminológico.

CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA PROTECCION DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Se procede a abordar la evolución de la normativa sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y en particular, las medidas de apoyo voluntarias y las legales o judiciales. Analizándose su funcionamiento y cómo estas medidas protegen los derechos de las personas con discapacidad. Además, se comparan las instituciones anteriores de capacidad modificada con el sistema actual establecido por la Ley 8/2021, en el que se trata de fomentar el ejercicio de la capacidad jurídica con menos apoyo de las personas con discapacidad. Finalmente, se presenta la importancia de la voluntad y la preferencia de los sistemas voluntarios sobre los judiciales como principios fundamentales para garantizar que las personas con discapacidad puedan participar en el proceso de toma de decisiones y ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en un futuro.

1. TIPOS DE MEDIDAS DE APOYO EN LA LEY 8/2021

Existen varios tipos de medidas de apoyo, las cuales se pueden aplicar de forma separada o pueden coexistir entre ellas (art. 258.1 CC): (1) las voluntarias (autorregulación) y (2) las legales o judiciales (heteroregulación). Las medidas voluntarias serán establecidas por la persona con discapacidad. Siendo este tipo de medidas las primeras a las que se deberá acudir cuando una persona no pueda ejercer su capacidad jurídica de forma plena, pudiendo someterse a un control judicial *a posteriori*⁴⁵. Dentro de las medidas de

⁴⁵ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M. (2021). *Op. cit.* p. 165.

heteroregulación se puede diferenciar entre las de carácter asistencial o las de carácter representativo⁴⁶.

Sin embargo, en el caso de no ser posible percibir cual es la voluntad de la persona con discapacidad, las medidas de apoyo podrán contemplar medidas representativas (art. 249 párrafo segundo CC). El cuarto párrafo de este artículo hace referencia a que la autoridad judicial, podrá dictar las medidas que considere necesarias con el fin de respetar lo establecido previamente por las decisiones de la persona con discapacidad.

1.1. Medidas voluntarias

Las medidas voluntarias de apoyo están recogidas en el Capítulo II, Título XI del Libro I del Código Civil “*De las medidas voluntarias de apoyo*” compuesto de los artículos 254 a 264 CC⁴⁷. Las medidas voluntarias son aquellas establecidas de forma autónoma por la propia persona con discapacidad, designando desde su alcance, hasta quién será la persona que le preste apoyo, pudiendo ir siempre acompañadas de salvaguardias para garantizar el respeto de sus preferencias, su voluntad y deseos (párrafo tercero del art. 250 CC). Considerando muy adecuado el término para definir estas medidas utilizado por Cristina Martín-Calero, de “*pasarelas a la autodeterminación*”,⁴⁸ al buscarse principalmente que la persona con discapacidad se pueda separar del proceso judicial, a través del establecimiento autónomo de medidas eficaces. La principal función del apoderado en esta clase de medidas será apoyar y colaborar con la persona, para que esta pueda reflejar su voluntad, preferencias y deseos (párrafo segundo del art. 250 CC). Cabe resaltar que, con el fin de evitar posibles abusos en el uso de medidas voluntarias, se prohíbe ser apoderados a las personas que están contratadas para prestar asistencia, trabajen en residencias o similares (párrafo octavo del art. 250 CC). Estableciendo el Código medidas para evitar influencias indebidas, abusos y conflictos de intereses (art. 251 CC). Si de igual forma surgieran estas conductas sería posible la designación de un defensor judicial (art. 295.2º CC). En el marco de estas medidas, es fundamental destacar la relevancia de los acuerdos de apoyo, los poderes preventivos y de la autocuratela.

⁴⁶ Si el acto se realiza sin el curador a nivel asistencial, se podría declarar inválido, consecuentemente como se ha comentado anteriormente nulo.

⁴⁷ Reforma introducida en este Título de CC. Art. 2.23 LAPDECJ.

⁴⁸ Guilarte Martín-Calero (2021). Comentario al art. 250. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, p.531.

Cuando una persona con discapacidad percibe que su aptitud para ejercer de la capacidad jurídica se puede ver mermada, podrá establecer medidas para sí o para sus bienes, a través de una escritura pública en la que se establezcan poderes preventivos o acuerdos y decisiones de apoyo (párrafo primero del art. 255 CC). Este artículo prevé dos clases de medidas voluntarias: las que serán necesarias actualmente, y pueden ser solicitadas por la persona con discapacidad (acuerdos y decisiones de apoyo), y las de carácter preventivo para el supuesto que en el futuro la persona pasara a tener discapacidad (poderes preventivos). Los acuerdos y decisiones son medidas de apoyo voluntarias por las que la persona con discapacidad puede designar un apoderado que ejerza apoyo, asistencia o acompañamiento en el ejercicio de los actos jurídicos. Estas medidas se establecen de acuerdo con las preferencias de la persona sobre la extensión, la clase de actos que quiere que abarquen, la duración y el alcance de éstas, pudiendo fijarse a través de vía notarial, judicial u otros medios.

Por otra parte, los poderes preventivos, están regulados en los artículos 256 al 262 Código Civil, y la doctrina los define cómo un: “negocio *jurídico unilateral (poder) o bilateral (mandato) en virtud del cual una persona, anticipando que pueda llegar a tener necesidad de apoyo en el futuro, designa para ese caso uno o varios apoderados (mandatario) cuya aceptación implica que deben proporcionárselo actuando en su nombre o por su cuenta y con el alcance que ella misma haya establecido*”⁴⁹. Esta medida de apoyo tiene su origen en el principio de autonomía de la voluntad, al poder la persona designar qué medidas de representación o sustitución quiere que le sean prestadas en caso de que no pueda expresar sus preferencias.⁵⁰ Cabe resaltar que el apoderado deberá seguir respetando las preferencias, las normas de las medidas voluntarias y cumpliendo con las obligaciones previamente comentadas de los arts. 249, 250 y 255 CC. Además, deberá fomentar que la persona participe en la toma de sus decisiones, ayudándola a comprender y razonar sus preferencias. De igual forma se podrán establecer medidas de protección para evitar que se produzcan abusos o conflictos de intereses (art. 258.3 ° CC). Existen dos tipos de poderes preventivos: el poder establecido por una persona que incluya una

⁴⁹ Ribot Igualada, J. (2021) Comentario de los artículos 256 a 262 del Código Civil y 51 bis Ley de Jurisdicción Voluntaria, Poderes y mandatos preventivos. En Guilarte Martín-Calero, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 5.

⁵⁰Justificándose la representación en las medidas voluntarias previas por su voluntad. Lora-Tamayo Rodríguez, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. Francis LEFEBVRE, Madrid, p. 117.

cláusula que estipule que el mismo subsista en caso de que en el futuro precise apoyo para ejercer su capacidad (art. 256 CC) o en el que la persona prevé que va a requerir esta clase de medidas de apoyo en un futuro para el ejercicio de su capacidad (art. 257 CC).

Para continuar hablando de las medidas voluntarias de apoyo, es interesante analizar cómo la autotutela puede ser propuesta a partir de los 18 años o por los menores emancipados en caso de que surjan circunstancias que afecten al ejercicio de su capacidad jurídica, a través de escritura pública, designando quién quiere que le asista; la misma está regulada en el Código Civil en los artículos 271-274. Siendo la variante voluntaria de la tutela, al poder la persona con discapacidad establecer el contenido y las funciones que ostentará el curador (art. 271 CC). Es interesante, apreciar que estas medidas comprometerán a la autoridad judicial, pudiéndose ver reflejado en como el TS⁵¹ revoca una sentencia de la AP estableciendo que cuando no exista motivación suficiente por causa justificada no será posible que la autoridad judicial dicte una sentencia que no respete la voluntad, deseos o preferencias preestablecidos por la persona con discapacidad⁵². Sin embargo, los tribunales podrán prescindir de las mismas, mediante resolución motivada, en el caso de que existiesen circunstancias graves o una alteración sobre las circunstancias conocidas por la persona con discapacidad (art. 272 CC).

Por otra parte, la LAPDECJ, introduce la guardia de hecho como una institución oficial e informal (párrafo cuarto art. 250 CC), pudiendo la persona con discapacidad tener únicamente esta medida cuando la misma garantice sus derechos de forma suficiente y adecuada. Resulta relevante resaltar que esta medida puede ser declarada cuando no haya medidas voluntarias o judiciales aplicables de forma eficaz (art. 263 CC), y no necesita designación judicial, ni nombramiento voluntario, siendo la tutela subsidiaria en caso del mal funcionamiento de ésta. La guardia de hecho en situaciones excepcionales podrá contener facultades representativas (art. 264 CC).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 706/2021, de 19 de octubre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. *Tol 8628066*].

⁵² La persona con discapacidad había establecido de forma clara que deseaba que se designase como tutora a una de sus hijas y en efecto y por orden sucesivo a dos de sus hijos, pero en ningún caso a los dos que se nombró por la AP.

1.2. Medidas judiciales

Las medidas judiciales de apoyo son las medidas adoptadas por los tribunales para proteger a las personas con discapacidad en situaciones excepcionales y subsidiarias (arts. 249 y 255 CC). Las medidas de apoyo están inspiradas en los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad que en cada caso pueda necesitar la persona para el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de los individuos. Antes de hablar de la procedencia y características de las medidas de apoyo legales, cabe destacar que estas medidas son: la guardia de hecho, la curatela y el defensor judicial para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 establece que se deben adoptar medidas para garantizar la participación efectiva de las personas con discapacidad en la toma de las decisiones que les afectan. Este principio de preferencia de la voluntad de la persona con discapacidad se encuentra en línea con otros principios clave del derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho a la igualdad y la no discriminación, el derecho a la autonomía y libertad personal, el derecho a la privacidad y el derecho a la dignidad personal.⁵³

Desde la perspectiva de la doctrina⁵⁴, este principio reconoce la capacidad de las personas con discapacidad para tomar decisiones habiéndose relacionado el mismo con la idea de la “*persona con discapacidad como sujeto de derechos*”. Según esta perspectiva, las personas con discapacidad no son objeto de protección o asistencia, sino sujetos activos de derechos que han de tomar decisiones y ejercer su libertad y autonomía.

Sin embargo, en algunos casos puede ser necesario restringir la capacidad de decisión de una persona con discapacidad para proteger su bienestar y seguridad. En estos casos, es fundamental que se respete el principio de preferencia de la voluntad de la persona con discapacidad y que se adopten medidas para asegurar que la restricción se base en un criterio objetivo y proporcionado. En resumen, el principio de preferencia de la voluntad se puede observar que tiene dos efectos principales: en primer lugar, se reconoce la importancia de los deseos hipotéticos de la persona con discapacidad en el caso de existir

⁵³ Verda Y Beamonte, J. R. *Op. Cit.* p. 2/ 47.

⁵⁴ Serrano Chamorro, M^a E (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 94/2022. Artículos doctrinales. Editorial Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor. pp. 39-59.

representación; en segundo lugar, los deseos de la persona deben de estar presentes en el procedimiento de establecimiento de las medidas, para especificar el tipo de apoyo que desean. Si esto no se hizo, será la autoridad judicial la encargada de considerar sus preferencias. Siendo muy interesante como Pedro Antonio Munat Benar⁵⁵ presenta que este principio ya no se trata de la protección de las personas con discapacidad basado en un apoyo sustitutivo en el que prima el interés superior de la persona incapacitada, sino de un sistema de apoyo colaborativo basado en el interés preferido de la persona con discapacidad. Además, las medidas que establezcan las autoridades judiciales deben de estar especialmente motivadas por la indispensabilidad de las mismas y han de adaptarse a las necesidades de la persona con discapacidad, para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica (arts. 249 y 268. párrafo primero CC).

Pese a que el deber de atender a la voluntad, preferencias y deseos sea uno de los principales principios inspiradores de las medidas de apoyo⁵⁶, cuando una persona con discapacidad requiera claramente asistencia las autoridades judiciales se podrán establecer medidas judiciales en contra de su voluntad. Esto es deducible de la redacción introducida por la Ley 8/2021⁵⁷ en la LJV en lo relativo al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (art. 42 bis LJV). Ante la oposición de las personas legitimadas a la declaración de medidas de apoyo se pondrá fin a la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria, debiendo ser las mismas declaradas a través de un juicio verbal especial de naturaleza contradictoria (art. 42 bis b. 5 LJV). Pese a la oposición de la persona con discapacidad, la sentencia del juicio verbal podrá contener la adopción de medidas de apoyo⁵⁸, siguiendo esta línea expositiva que

⁵⁵ Munar Bernat, P. (2021). Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto. Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*. Marcial Pons, Madrid, p. 194.

⁵⁶Estableciéndose en los arts. 94, el 277, 270 CC, que la autoridad judicial ya no solo deberá de tener en cuenta la ley, sino también este principio introducido por la CIDPD.

⁵⁷Introduce un nuevo Capítulo III bis en la Ley de Jurisdicción Voluntaria que trata sobre el expediente de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este expediente se aplica en casos donde, según las normas civiles, se requiere una medida judicial de apoyo estable y no existe oposición. Pudiéndose observar como por lo establecido en el artículo 42 bis a), solo podrán establecer las medidas de apoyo pertinentes el Juzgado de Primera Instancia del lugar dónde resida la persona con discapacidad, siendo incompetentes los demás juzgados. Como parece interpretado por la APM. En la Sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid (Sección Vigésimocuarta Bis) 6439/2022, de 25 de abril de 2022. Versión electrónica- base de datos CENDOJ. Ref. 28079370242022100178.

⁵⁸Verda y Beamonte, J.R. Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia. En Á. Bueno Biot, P. Chaparro Matamoros y (coord.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio.*, Versión electrónica base de datos: Tirant Online. pp. 16-17/49.

sostiene que el interés superior de la persona con discapacidad en situaciones extremas puede prevalecer sobre su voluntad, en virtud del principio constitucional de la dignidad. La idea de que la dignidad va más allá de la voluntad, al deber las medidas de apoyo respetar la dignidad de la persona y tutelar sus derechos fundamentales (art. 249 CC), debiendo ser estos protegidos por los poderes judiciales (art. 49 CE). Además, Verda y Beamonte⁵⁹ hace referencia a la STS del 6 de mayo de 2021⁶⁰, la cual califica el principio de que prime el interés superior de la persona con discapacidad en el establecimiento de las medidas de apoyo es un concepto jurídico indeterminado por lo que deberá de estar sujeto a ponderación judicial, según las circunstancias de cada caso⁶¹, lo que implica velar por el bienestar de la persona, adoptando las decisiones más acordes con sus intereses⁶².

El defensor judicial como medida de apoyo judicial puede actuar en calidad de asistencial o representativa, siempre estando sujetos a los establecido en los artículos 250 y 251 del Código Civil⁶³. Las funciones que desempeñará se determinarán en el auto de su nombramiento, al ser una medida legal y podrá ser designado ante distintas situaciones, como un conflicto de intereses o si el apoderado no pudiese actuar. Sin embargo, su actuación se limitará a la extensión de la imposibilidad, en estos casos y solo en el caso de que la persona muestre una imposibilidad total y la medida sea de carácter general el defensor judicial asumirá todas las funciones de la misma⁶⁴.

Es indispensable mencionar la figura de la curatela al referirnos a las medidas judiciales, dado que, según la Exposición de Motivos de la LAPDECJ esta será la principal medida de apoyo legal, con el objetivo de asistir en función de su voluntad y preferencias a las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica. Se trata de una medida excepcional, aplicable en defecto de las medidas voluntarias y de la guardia de hecho (art. 269.1 CC). Es importante destacar que existen dos modalidades de medidas judiciales y, por ende, de curatela. La curatela será primordialmente de naturaleza asistencial, pero en supuestos excepcionales podrá tener naturaleza representativa, la cual solo será aplicable cuando no fuera posible discernir los deseos y preferencias de la persona (art. 269.III

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ STS núm. 269/2021 de 6 de mayo [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. *Tol 8431634*].

⁶¹ Al contrario de lo establecido por la Observación General nº 1 2014: “*la aplicación del principio del superior interés que debe quedar sustituido por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias.*”

⁶² Los cuales prevalecerán en caso de colisión con otros.

⁶³ Berrocal Lanzarot, A.I (2022). Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 794, pp. 3257-59.

⁶⁴ *Ibid.* p. 3222.

CC)⁶⁵.Pudiendo el curador de forma excepcional con autorización judicial ejercer facultades de representación para actos concretos (art. 264 CC).

En relación con la implementación de esta medida de apoyo, resulta interesante hacer referencia al recurso de apelación núm. 822/2021 de la Audiencia Provincial de Salamanca para ver aplicada la nueva regulación⁶⁶. La sentencia dictada por la Audiencia en el caso D. Carlos establece que incapacitación judicial y la tutela declarada en la sentencia de Primera Instancia no son mecanismos legales aplicables. El tribunal en función del principio de necesidad valora la capacidad de D. Carlos para tomar decisiones personales y patrimoniales, considerándose que la curatela⁶⁷ es la medida de apoyo más adecuada para D. Carlos. Los tribunales⁶⁸, cómo es el caso de la Audiencia Provincial de Valencia en la sentencia núm. 439/2021⁶⁹, aplican de forma preferente la curatela asistencial⁷⁰ cuando sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en sus manifestaciones o audiencias en el proceso judicial.

Según lo establecido por el artículo 269 CC en casos excepcionales, se pueden ejercer la curatela representativa. Las medidas de representación deben de ser establecidas por una autoridad judicial competente por una resolución motivada que determine cuales son los actos imprescindibles en los que el curador podrá actuar por cuenta y en nombre del curatelado. Debiendo prevalecer ante todo la voluntad de la persona con discapacidad respecto al nombramiento de su curador. Es decir, la autoridad judicial tendrá presente en el nombramiento del curador a quien haya sido propuesto por la persona con discapacidad, incluyéndose en la regulación un orden de prelación de las personas que pueden ejercer esta medida de apoyo, el cual puede ser alterado cuando se escuche la

⁶⁵ Verda y Beamonte, J.R. (2022) *Op. Cit.*, pp. 17 y 22/49.

⁶⁶ SAPSA núm. 822/2021 23 de diciembre de 2021. Versión electrónica – base de datos LEFEBVRE. EDJ 2021/870879.

⁶⁷ Por un periodo revisable máximo de 3 años con respecto a su higiene personal, habitacional y tratamiento médico-sanitario. En función de lo regulado en los arts.: 268. párrafo segundo CC y 761 LEC las sentencias son esencialmente revisables para ser reconsideradas, al basarse la medida de apoyo en circunstancias específicas y determinadas que pueden cambiar con el tiempo. *Cfr.* Castillo Martínez, C. del C (2022). *Op. Cit.*p.10/40.

⁶⁸ *Vid.* SAP de Valencia núm. 509/2021 de 20 de octubre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. Tol 8747618].

⁶⁹ SAP Val. núm. 439/2021, de 16 de septiembre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. Tol. 8660564].

⁷⁰En contraste con la declaración de incapacidad y sujeción a la tutela determinada por la sentencia de primera instancia, antes de la LAPDECJ.

voluntad de la persona con discapacidad (art. 276 CC)⁷¹. Sin embargo, la autoridad judicial puede apartarse de forma motivada, o cuando no fuese necesaria motivación por tratarse de personas específicamente excluidas por la ley para ser curadores (art. 275.2 CC). Empezando a verse reflejado esto en sentencias cómo la de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷², a través de la cual se declara en contra de la voluntad de un individuo una curatela asistencial debido a la gravedad de las circunstancias⁷³.

2. COMPARATIVA DE LAS INSTITUCIONES CLÁSICAS DE LA CAPACIDAD MODIFICADA CON SISTEMA DE APOYOS ACTUAL

La Ley 8/2021 busca generar un cambio en el sistema jurídico español en la protección de los derechos de las personas con discapacidad. La normativa busca fomentar el ejercicio con menos apoyo de la capacidad jurídica, mediante el establecimiento de medidas que respeten la voluntad y derechos de la persona con discapacidad. En esta sección, compararemos las instituciones clásicas previas a la reforma, con el sistema actual de apoyos y su efecto en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Para observar la evolución de las medidas de apoyo, se hablará de forma sucinta de la versión publicada el 04/08/2018 del Código Civil. El Título IX se presentaba bajo la rubrica de: *“La incapacitación”*. El artículo 199 del CC establecía que para declarar a una persona incapaz era necesario *“una enfermedad o una discapacidad física o mental persistente que impide a la persona gobernarse a sí misma”*. Incluyéndose esta figura incluso para los menores de edad en los que se previese que la incapacidad continuaría tras la mayoría de edad (art. 201 CC). Además, aquel que fuera declarado incapacitado de forma total, sería representado por un tutor, restringiéndose totalmente la capacidad de obrar de la persona con discapacidad (art. 222.2 CC). Las medidas a través de las cuales se ejercería la guarda y protección de las personas discapacitadas o sus bienes eran la tutela, la curatela y el defensor judicial (art. 215 CC). Siendo apreciable que serían los

⁷¹Habiéndose aplicado ya esto por el AP de Ciudad Real. *Vid.* Sentencia del Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 444/2021 o STS 23 diciembre 2021.

⁷²SAP de Valladolid núm. 405/2021 de 2 de noviembre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. Tol. 8751314].

⁷³Esta persona sufría un deterioro cognitivo el cual le hacía sufrir alteraciones del comportamiento, aislamiento social, falta de consciencia del trastorno persistente que sufría y saltarse el tratamiento. Por todo ello, la Audiencia considera necesario el establecimiento de medidas judiciales de apoyo.

medios aplicables por las autoridades judiciales en virtud de sentencia judicial o de lo establecido por la ley⁷⁴, viéndose restringidos los derechos de las personas con discapacidad, al justificarse esto en la limitación de la capacidad de obrar de las mismas.

En cambio, la nueva regulación⁷⁵ suprime la incapacitación al considerarse la capacidad una facultad inherente a la propia persona y consecuentemente no ser modificable. La Ley 8/2021 introduce un nuevo Título IX el cual se presentaba bajo la rúbrica: “*de la tutela y de la guardia de los menores de edad*”. La tutela, medida que se utilizaba para la protección de la persona con discapacidad, pasa a solo ser aplicable a los menores no emancipados “*en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad*”, según la nueva redacción del artículo 199 CC. La Ley 8/2021 determina la aplicación de régimen transitorio para el ejercicio de la “*situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho; para la situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada; y para la situación de las declaraciones de prodigalidad*”⁷⁶. A través de lo dispuesto en la mencionada disposición todas las medidas de protección se regirán por las reformas introducidas por la Ley 8/2021 a partir del 3 de septiembre de 2021. Además de regular que las personas sometidas a la tutela pasarán a regirse por la legislación de la curatela representativa. Mientras que, las personas que ejerzan la curatela de “*los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley*” o “*de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad*” les serán aplicables las normas establecidas para el defensor judicial del menor. Por otro lado, se regula que “*quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta ley*”.⁷⁷

Debe en todo caso tenerse en cuenta lo regulado por la disposición transitoria quinta de la misma Ley, al poderse pedir la revisión de las medidas judiciales en el plazo de un año. Dado que, aunque la disposición transitoria segunda establece estas medidas, hay que tener en cuenta que los principios de necesidad y proporcionalidad pueden conllevar distintos resultados. Estos principios estaban plasmados previamente en el principio de flexibilidad reflejado en la doctrina del “*traje a medida*”, la cual establecía que se debía de atender a las necesidades específicas de la persona con discapacidad, aplicándose

⁷⁴ Vid. Arts 210 y 199 CC (versión publicada en el BOE 04/08/2018 del Código Civil).

⁷⁵ versión publicada el 01/03/2023 del Código Civil.

⁷⁶ Disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021.

⁷⁷ *Id.*

preferencialmente medidas con función asistencial, en lugar de las medidas representativas⁷⁸.

El nuevo sistema se basa en el respeto de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Las medidas de apoyo pasan a regularse en el modificado Título XI del libro primero del Código Civil “*de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Antes de la reforma este Título se denominaba “*De la mayor edad y de la emancipación*”. En conclusión, la LAPDECJ suprime incapacitación como medida de protección, cambia terminológicamente e introduce las medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

La jurisprudencia está evolucionando hacia la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 589/2021, sobre el régimen de provisión de apoyos en el marco de la LAPDECJ. Resulta relevante mencionar que la Sentencia de TS núm. 964/2022⁷⁹ establece que las medidas legales de apoyo deben garantizar la igualdad, dignidad y el respeto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad para el desarrollo de la personalidad. Además, el Tribunal implementa los principios de necesidad y proporcionalidad, para la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica debiendo considerarse sus deseos, preferencias y voluntad. El Tribunal Supremo ha revocado la demanda debido a dos motivos esenciales. El primero de ellos es porque considera que la sentencia de la instancia previa incumple los nuevos parámetros establecidos por la Ley 8/2021, al limitarse a describir las limitaciones de la señora Sacramento, pero no establecer cuáles son las conductas para las que se requiere la asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus necesidades concretas de apoyo, tal y como exige el artículo 269.II del Código Civil. Además, tampoco se explican las razones por las que se requiere apoyo para la toma de decisiones complejas en el ámbito personal y patrimonial, incumpliendo así los principios de necesidad y proporcionalidad de los artículos 249 párrafo primero y

⁷⁸ Guilarte Martín-Calero, C. (2019). La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018, S. En de Salas Murillo y M^a Victoria Mayor del Hoyo (direc.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 367-383.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), 21 de diciembre de 2022 núm. 964/2022, rec. 5147/2020. Versión electrónica - base de datos LEFEBVRE. Ref. EDJ 2022/784483.

268 del Código Civil. En segundo lugar, el Tribunal considera que la sentencia no muestra suficiente razonamiento para motivar la declaración de la incapacidad parcial, por la que se establecerán medidas de apoyo.

A lo largo de la sentencia queda claro que la Sra. Sacramento padece una compleja patología física y psíquica, pero en ningún momento se demuestra que esta merme su capacidad jurídica por lo que deba ser declarada discapacitada. Serán solo aplicables las medidas de apoyo, según la interpretación del artículo 253 CC a la “*persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Debiéndose interpretar como referencias a la discapacidad aquellas que hagan precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, de acuerdo con la disposición adicional 4.^a que la Ley 8/2021.

3. EL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE APOYOS

Una de las peculiaridades del actual sistema de apoyos en el Derecho español es el cuidado y respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. Este principio acorde con la dignidad de las personas, la tutela de sus derechos fundamentales y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) aparece explícito tanto en la Convención de Nueva York de 2006, cómo en la Observación General Número 1 de 2014 que establecen la preferencia de los sistemas voluntarios sobre los judiciales (art. 250 CC). De esta preferencia nace también el principio de subsidiariedad, al no ser posible la adopción de ninguna medida de apoyo judicial si la propia persona ha establecido medidas que garanticen el apoyo que requiere. La voluntad, de la persona con discapacidad debe inspirar el comportamiento de aquellos que les presten apoyo debiendo aquéllos proporcionar la información necesaria para que puedan participar en el proceso de toma de decisiones y ejercer en un futuro su capacidad jurídica con menos apoyo (párrafo segundo art. 249 CC)⁸⁰.

Las medidas de apoyo deben respetar la preferencia, voluntad y deseos de las personas con discapacidad, viéndose esto reflejado en cómo el poderdante puede establecer las

⁸⁰ Fernández-Tresguerres García, A. (2021). “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad: consideraciones generales”. *El ejercicio de la capacidad jurídica: Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, p. 168.

salvaguardias que considere oportunas en las medidas preventivas (párrafo tercero art. 258 CC)⁸¹. Además, las medidas deberán de no crear conflictos de intereses, ser proporcionadas a las circunstancias de la persona y ser revisadas periódicamente por la autoridad institucional o judicial competente, independiente e imparcial. Debiendo las medidas durar un plazo temporal determinado, y revisarse como máximo cada tres años o, excepcionalmente, de seis⁸². Es interesante como la Ley 8/2021 se aparta de lo establecido por la Observación General n.º 1 sobre el principio de la autonomía de la voluntad, al establecerse en ella que los países que ratifiquen la CIDPD deben de dejar de usar la tutela y la curatela⁸³. Sin embargo, la Ley 8/2021 establece como medidas de apoyo judicial la curatela⁸⁴. La Comisión Nacional de Derechos Humanos argumenta que la Convención debe ser interpretada en línea con este principio, a través del ejercicio de su capacidad jurídica. Otra parte de la doctrina apoya la decisión del legislador, para no dejar sin protección a aquellas personas con discapacidad más grave.⁸⁵

La importancia de la voluntad de las personas con discapacidad se ve reflejada en la Sentencia 589/2021 de 8 de septiembre de 2021 del Pleno de la Sala Primera de lo civil del Tribunal Supremo⁸⁶, al ser la primera sentencia en la que el Supremo aplica la Ley 8/2021⁸⁷. Esta sentencia nos permite observar como ante un supuesto de hecho concreto⁸⁸,

⁸¹ “La evitación del abuso e influencia puede llevarse a cabo mediante los órganos de control, así como con las facultades de solicitud de extinción del poder que confiere el párrafo final del art. 258 CC.” Amunátegui Rodríguez, C. (2022.). Las medidas voluntarias de apoyo. En Chaparro Matamoros, P., Bueno Biot, A., & de Verda y Beamonte, J. R. (dirs.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021., de 2 de junio*, p. 16/36.

⁸² Preámbulo LAPDECJ.

⁸³ Al ser medidas de apoyo que sustituyen la voluntad. *Castán Pérez-Gómez, S. (2022). Op. Cit.*, p. 221.

⁸⁴ Las Observaciones Generales no son obligatorias para los Estados parte, ya que no han sido ratificadas por ellos, debiendo ser consideradas como recomendaciones con autoridad. *Cfr.* Nieto, R. (2011). El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad; *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 18, pp.176-177.

⁸⁵ Rabanete Martínez, I. J. (2019) “La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad”, *Tribuna*. Revista electrónica de IDIBE.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de septiembre julio de 2021. Versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. ECLI:ES:TS: 2021:3276.

⁸⁷ Aunque la tramitación del procedimiento fue efectuada antes de la entrada en vigor de la relativa reforma, en función de la disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021: “*Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de ella*”. El Tribunal consideró que carecía de sentido resolver una sentencia que se basase en la regulación anterior 5 días después de la entrada en vigor de la reforma del Código Civil.

⁸⁸ El MF, promueve una demanda de juicio verbal ante la Primera instancia, cuando los vecinos de Dámaso una persona de 66, sin familia se pusieron en contacto con la Fiscalía por las condiciones del mismo.

se aplicó la antigua regulación⁸⁹ y cómo el Tribunal Supremo aplicó la nueva regulación. El TS en primer lugar, establece que la tutela no sería adecuada ante esta situación y que la medida de apoyo aplicable será la curatela asistencial. Aunque esta institución de apoyo existía previamente, se puede ver cómo a través de la influencia de la Convención, las medidas de apoyo se adaptan a la voluntad y necesidades de Don Dámaso aplicando el artículo 268 Código Civil, al poder el mismo elegir el sistema de limpieza y cuando es necesario, respetándose su voluntad y preferencias. Además, la sentencia también determina que en el caso de que la curatela asistencial no fuera suficiente, porque Don Dámaso no realizara voluntariamente las tareas establecidas, se podría establecer en una futura sentencia curatela con facultades representativas. El Tribunal interpreta la necesidad de atender a la voluntad del interesado para establecer las medidas de apoyo. El objetivo de la regulación es alcanzar, la decisión que más pueda beneficiar a la persona con discapacidad. Es por ello por lo que como en este caso el interesado no deseaba recibir ayuda, por su situación mental la tramitación del proceso fue por procedimiento contradictorio (arts. 42 bis, 42bis b y c LJV).

Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil introduce importantes modificaciones en cuanto al reconocimiento de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. El Ministerio Fiscal debe velar por la salvaguardia de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad durante el procedimiento de adopción de medidas, siendo un cambio significativo respecto a la anterior protección del interés superior (art. 749.1 LEC). Además, se reconoce la voluntad de las personas con discapacidad al permitirles solo a aquellos realizar la solicitud de comunicación de sentencias a los registros públicos (art. 755.2º LEC). Solo se implementarán las medidas de apoyo necesarias para la persona con discapacidad, sin modificar su estado civil⁹⁰. En este sentido, la jurisdicción voluntaria tiene prioridad sobre la contenciosa (art. 760 LEC). En resumen, estas modificaciones refuerzan el reconocimiento de la capacidad jurídica

⁸⁹ En primera instancia se trata de determinar cual era su capacidad y observar si eran necesarios apoyos legales, y cuales eran los adecuados. El examen médico forense determinó que tenía Síndrome de Diógenes, con un posible trastorno de personalidad, y no se había puesto en peligro asimismo o a los demás, estableciéndose la tutela para determinados aspectos de su vida. En segunda instancia, se elaboraron informes por los servicios sociales, que confirmaban que sufría una enfermedad de un grado permanente y que conllevaba un gran peligro para su persona. Basándose en las distintas consecuencias que la enfermedad podría traerle se confirmó que don Dámaso tenía una incapacidad relevante para actuar de forma autónoma y por ello era necesario el establecimiento de medidas de protección. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 206/2019 (Sección 5.a), de 19 de junio de 2019. Versión electrónica- base de datos VLEX. Ref. RC 0000206 /2019.

⁹⁰ Munar Bernat, P. A. (2021). *Op. Cit*, p. 312.

de las personas con discapacidad y la importancia de respetar su voluntad y preferencias en todo.

CAPÍTULO III. APROXIMACIÓN A LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS SEGÚN EL SISTEMA AMERICANO.

Resulta interesante debido a la temática del trabajo, descubrir que diferencias o similitudes se pueden ver con Estados Unidos (EEUU) respecto a la capacidad jurídica relativa a las personas con discapacidad. Para poder entender como funciona el sistema jurídico americano, debemos explicar que el mismo se rige bajo el Common Law (derecho consuetudinario⁹¹), mientras que el español se rige por el Civil Law (derecho codificado). Para lograr entender el concepto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en EEUU el apartado se dividirá en tres partes. En el primer apartado, veremos el concepto y los derechos de una persona con discapacidad; después se procederá a ver qué garantías establecen los poderes legislativo y judicial para evitar la discriminación de las personas con discapacidad y las instituciones de protección y su funcionamiento.

Es importante, al comenzar a leer este apartado entender que las decisiones tomadas por los tribunales estadounidenses se basan mayoritariamente en los precedentes. En Estados Unidos, se puede establecer una jerarquía de fuentes normativas en dos niveles: en el primer nivel se encuentran todas las fuentes de naturaleza federal, y en el segundo nivel se encuentran las fuentes jurídicas de los diferentes Estados que conforman el país. La Constitución federal se encuentra en la cima de esta jerarquía, seguida de los estatutos federales, tratados y las normas establecidas por los tribunales. Las normas de las agencias administrativas federales se encuentran en tercer lugar y el Common Law federal o derecho común federal en cuarto lugar. A nivel estatal, las Constituciones se ubican en el quinto lugar, seguidas por los estatutos y las normas de los tribunales en sexto lugar, las normas de las agencias estatales en séptimo lugar, y el Common Law o derecho común a ese nivel en último lugar.

⁹¹ Si nos paramos a leer una sentencia americana, los tribunales normalmente no deciden en función de una determinada ley, sino que basan su resolución en un caso previo el cual se toma como si fuera una norma y se aplica la opinión que se estableció en dicha resolución. Debiéndose tener claro que eso no implica que no existan normas, ni que estas no tengan influencia en el sistema americano.

La Constitución federal es la fuente más importante del derecho y la norma suprema, tal y como ocurre en España. En cambio, el sistema muestra más diferencias cuando se empiezan a analizar el resto de las fuentes del derecho.

1. CONCEPTO Y DERECHOS

En este apartado se procederá a en primer lugar a analizar la definición de persona con discapacidad y después observar las leyes y sentencias que regulan la protección contra la discriminación de las personas con discapacidad en Estados Unidos y España. La regulación de la no discriminación se ejemplificará en la garantía del acceso al empleo, por el espacio limitado que tenemos en este trabajo.

El Título 42 del Código de los Estados Unidos recoge la Ley de los Estadounidenses con Discapacidad y de acuerdo con el Título 42, Capítulo 7, Sección 12102 del Código de los Estados Unidos⁹², la discapacidad se define *"en relación con un individuo, (A) una deficiencia física o mental que limite sustancialmente una o más actividades importantes de la vida de dicho individuo; (B) un historial de dicha deficiencia; o (C) ser considerado como poseedor de una deficiencia de este tipo"*. Tras entender el concepto de persona con discapacidad en EEUU, vamos a proceder a ver como el artículo 504 de la Ley de Rehabilitación Federal,⁹³ prohíbe la discriminación contra una persona con discapacidad, con el propósito de evitar que nadie pueda recibir un trato desigual basado en su condición, al gozar todos los individuos de los mismos derechos. Por otra parte, sin la necesidad de recibir subvenciones estatales, el Título I de la Ley de Estadounidenses con Discapacidades de 1990⁹⁴ prohíbe de la discriminación de las personas con discapacidad en el empleo para las empresas⁹⁵ con quince o más empleados. Bajo esta regulación un empresario puede no contratar a alguien que por su discapacidad suponga una amenaza directa para el resto de los empleados o clientes. Sin embargo, si la persona con discapacidad no supone una amenaza, el empresario debe hacer un ajuste razonable del puesto de trabajo para adaptarlo y garantizar de esta forma la igualdad de oportunidades

⁹² Americans with Disabilities Act, - 42 USC. § 12102, January 1, 2009 [versión electrónica- base de datos WestLaw].

⁹³ Título 29 Capítulo 16 Subcapítulo quinto Sección 794. - 29 USC. § 794(a) (1990).

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ Incluidas las administraciones estatales y locales.

a la persona con discapacidad en el empleo⁹⁶. Para motivar la decisión de no contratar a una persona con discapacidad o despedirla es necesario probar que la persona no estaba cualificada para ello. El Tribunal establece que se deberá realizar un juicio de constataciones de hecho, para determinar si alguien está habilitado para ejercer un trabajo, basado en juicios médicos razonables, sobre la: (a) naturaleza, (b) duración, (c) gravedad del riesgo y (d) probabilidad de que la enfermedad se transmita y cause diversos grados de daño. Supongamos que una persona con discapacidad está cualificada para formar parte del programa; en ese caso, la autoridad debe realizar los ajustes razonables para permitir que la persona forme parte de la escuela o del lugar de trabajo. Por ejemplo: un cirujano con VIH⁹⁷, no podría ser despedido por el hospital por el mero hecho de tener esta enfermedad, en cambio si el empleador demostrara que el hecho de que el doctor realice operaciones supone un riesgo para los pacientes, podría ofrecerle otro puesto, sin variación del salario o nivel profesional, siempre que no supusiese un excesivo gravamen para el empleador.

Por otro lado, en España, la regulación que protege el despido improcedente de personas con discapacidad es similar a la americana. En función del artículo 5 de la Directiva Europea 2000/78/C⁹⁸, los empresarios deben realizar ajustes razonables para garantizar que las personas con discapacidad puedan acceder o participar en el empleo en condiciones de igualdad. Supongamos que un empleado no puede desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo debido a una discapacidad. En ese caso, el empleador debe realizar ajustes razonables buscando otro puesto. Según el procedimiento prejudicial de la Sala Tercera del TJUE, C-485/20⁹⁹ se consideraría discriminatorio si no lo hiciese, siendo la única excepción que supusiese una carga excesiva para el empresario.

En resumen, ambos sistemas consideran a alguien con una deficiencia física o mental como una persona con discapacidad. Sin embargo, el sistema español es más específico

⁹⁶ Es interesante atender a como bajo esta premisa el Tribunal de EE. UU. estableció en el caso *Nassau City, Florida. v. Airline School Board.* que un empresario/escuela puede rechazar o no admitir a una persona con discapacidad si tenerla supone un riesgo para la salud de los demás. Clark B.; Brown E.; Gatter R. et al. (2022), *Health law, Cases, Materials and Problems.* West Academics, p. 368.

⁹⁷ Una enfermedad que es considerada una discapacidad en Estados Unidos es el VIH.

⁹⁸ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000), pp.16-22.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) asunto C-485/20, de 10 de febrero de 2022 [versión electrónica – InfoCuria jurisprudencia.]

al establecer que la discapacidad debe ser permanente y tiene un porcentaje de medición objetivo. Aunque la normativa española es más específica y añade que pueden ser consideradas discapacitadas las personas con trastornos sensoriales e intelectuales, el ordenamiento jurídico estadounidense también lo hace cuando menciona la deficiencia que afecta a actividades significativas de la vida. Además, ambos sistemas cuentan con leyes que exigen una serie de medidas probatorias para evitar la discriminación y establecen obligaciones de regular normas jurídicas que aseguren que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto. Se puede empezar a apreciar la influencia de la jurisprudencia en el sistema americano ya que la forma de interpretar el concepto “*de otra forma cualificada*” viene determinada por una opinión judicial que completa la norma inicial de protección de las personas con discapacidad. Por otro lado, en España son las leyes las que determinan el concepto de discapacidad y su protección frente a la discriminación. La finalidad más crucial de los tribunales a través de la jurisprudencia sería hacer exigible lo establecido por la ley para evitar actuaciones discriminatorias.

2. GARANTÍAS ESTABLECIDAS POR LOS PODERES JUDICIALES Y LEGISLATIVOS PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN

Después de haber analizado el concepto de personas con discapacidad y sus derechos resulta procedente ver cómo se regula de forma práctica, a través de la legislación y la jurisprudencia, las salvaguardias prestadas por el poder judicial y por la Constitución americana, con el fin de garantizar la igualdad de los individuos que sufren una discapacidad.

Estados Unidos reconoce los derechos de las personas con discapacidad en la Sección primera de la Enmienda número catorce de la Constitución¹⁰⁰ y las sentencias de sus tribunales. La enmienda 14 establece que ningún Estado debe negar la igualdad de protección a ninguna persona dentro de su jurisdicción, debiendo todas las personas ante una situación similar recibir el mismo trato como estableció el Tribunal Supremo de

¹⁰⁰ Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, §1.

Estados Unidos en *Primer v. Doe* ¹⁰¹. La Sección quinta de la enmienda decimocuarta establece que los derechos de las personas con discapacidad en Estados Unidos están protegidos principalmente por la normativa del Congreso. Supongamos que una ley estatal no cumple esta obligación establecida en la Constitución; si ninguna norma federal en ese ámbito garantiza los derechos previstos en la Enmienda, serán los tribunales los encargados de garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en virtud de la aplicación de la Cláusula de Supremacía¹⁰². Es decir, el poder judicial en caso de un conflicto de normas deberá aplicar la disposición constitucional e ignorar el estatuto, como estableció el Tribunal Supremo Americano en la sentencia de *Marbury v. Madison* ¹⁰³(1803). Sin embargo, el Congreso no tiene potestad para aprobar leyes que anulen lo dispuesto por la Constitución de EEUU, prohibiéndose a los Estados interferir en el ejercicio por parte del gobierno federal de sus poderes constitucionales o realizar cualquier actividad que corresponda exclusivamente al gobierno federal. Si una ley estatal va en contra de la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda, los tribunales declararán inválida la Ley por ser inconstitucional, como establecieron los tribunales a través de *Fletcher v. Peck*¹⁰⁴. Al poderse ver que, en el sistema americano en función de la Cláusula de Supremacía, los Estados pueden regular todo lo que no esté recogido en la Constitución o a nivel federal, pero nunca crear una ley que vaya en contra de algo regulado. Pudiéndose percibir un funcionamiento bastante similar al español en función del principio de jerarquía normativa o la prelación de fuentes.

El principio de no discriminación se plasma a través de como una persona cuando cree que el gobierno federal o un gobierno estatal ha violado su derecho de igualdad, puede presentar una demanda contra la Administración correspondiente para obtener una compensación, y restablecer la situación que debería de haberse dado en un primer lugar. En función del tipo de discriminación alegada, el individuo debe demostrar: en primer lugar, que el órgano de gobierno ha violado su derecho a la igualdad; En segundo lugar,

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo EEUU No. 80-1538 - *Plyler v. Doe*, de 15 de junio de 1982 [versión electrónica- base de datos WestLaw]. Ref. 457 U.S. 202, 102 S.Ct. 2382, 72 L.Ed.2d 786, 4 Ed. Law Rep. 953].

¹⁰² La Cláusula de Supremacía está incluida en el párrafo segundo del artículo VI, de la Constitución de los Estados Unidos, en ella se establece que la Constitución federal y, más ampliamente, la ley federal tiene prioridad sobre la legislación estatal y, de hecho, sobre las constituciones estatales.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo EEUU - *Marbury v. Madison*, de febrero de 1803 [versión electrónica- base de datos WestLaw. Ref. 1 Cranch 137, 5 U.S. 137, 1803 WL 893, 2 L.Ed. 60.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo EEUU (sin número) - *Fletcher v. Peck*, de [versión electrónica- base de datos Lexis+. Ref., 10 U.S. 87 * | 3 L. Ed. 162 ** | 1810 U.S. LEXIS 322 *** | 6 Cranch 87].

que las acciones del órgano de gobierno le causaron un perjuicio real. Una vez demostrado esto, el tribunal evaluará normalmente la acción gubernamental bajo una de estas tres formas para decidir si la actividad del organismo gubernamental es permisible: escrutinio estricto, escrutinio intermedio y escrutinio de base razonable. El tribunal decidirá que nivel de escrutinio se aplicará basándose en los precedentes legales relativos al grupo al que pertenezca el individuo. Según el tipo de escrutinio el gobierno debe demostrar más o menos requisitos para determinar si es discriminatoria la ley o no. Para recibir el máximo nivel de protección proporcionado por el escrutinio estricto, el individuo debe de formar parte de una clase sospechosa¹⁰⁵, por lo tanto, debemos de determinar si las personas con discapacidad pueden considerarse una clase sospechosa en virtud de la Cláusula de Igual Protección para saber qué tipo de escrutinio utilizarán los tribunales. Sin embargo, el Tribunal Supremo de EEUU sostuvo en el caso de *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*¹⁰⁶ que el hecho de que una persona poseyese una discapacidad no hacía que estos fueran considerados parte de una clase sospechosa en el ámbito de la 14ª Enmienda. Las personas con discapacidad, como grupo, no cumplían los cuatro requisitos señalados por el Tribunal en *Frontiero v. Richardson*¹⁰⁷ para formar parte de una clasificación sospechosa y que les fuera aplicable un escrutinio estricto. Los requisitos que el tribunal analizó para determinar si el grupo entraba o no dentro de esta clasificación fueron los siguientes: *“(1) El grupo debe tener un historial de discriminación intencionada; (2) El grupo debe ser objeto de prejuicios tan arraigados que se produzcan estereotipos degradantes; (3) El grupo debe ser una minoría políticamente débil. (4) El componente de identidad protegida debe ser una característica inalterable establecida enteramente por casualidad de nacimiento.”* Por lo tanto, los tribunales estadounidenses para determinar si una ley relacionada con las personas con discapacidad resulta discriminatoria aplicaran el escrutinio de base racional. En tales casos, la Cláusula de Igual Protección exige que la legislación disponga de medios razonables para servir a un fin legítimo. Así pues, la legislación que distingue entre las

¹⁰⁵ Esta clase de clasificación resulta necesaria porque cuando una ley estatal parece discriminar a las personas, porque los tribunales utilizan diferentes criterios de justificación en función de si se trata de un grupo de personas que cumplen una serie de criterios que sugieren que es probable que sean o hayan sido objeto de discriminación.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo EEUU, No. 84-468 - *City of Cleburne, Tex. v. Cleburne Living Ctr.*, de 18 de marzo de 1985 [versión electrónica- base de datos WestLaw. Ref. 473 U.S. 432, 105 S.Ct. 3249, 87 L.Ed.2d 313, 53 USLW 5022].

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo EEUU, No. 71-1694 - *Frontiero v. Richardson* de 14 de mayo de 1973 [versión electrónica- base de datos WestLaw]. Ref. 411 U.S. 677, 93 S.Ct. 1764, 36 L.Ed.2d 583, 9 Fair Empl.Prac. Cas. (BNA) 1253, 5 Empl. Prac. Dec. P 8609.

personas con discapacidad y los demás debe guardar una relación racional con un fin gubernamental legítimo.

La jurisprudencia en Estados Unidos se considera una de las fuentes del derecho, a diferencia de lo que ocurre en España. Por tanto, lo establecido por las mencionadas sentencias en Estados Unidos establece normas jurídicas aplicables a los particulares. Además, la sentencia que interpreta la ley adquirirá el nivel jerárquico de la fuente interpretada. Así, las decisiones judiciales que interpretan la Constitución alcanzan un nivel muy alto de creación de precedentes, que sólo es reversible modificando la decisión judicial. Asimismo, en Estados Unidos se aplica la doctrina del precedente o “*stare decisis*”. Esta doctrina establece que cuando un tribunal de un nivel superior, como el Tribunal Supremo o un Tribunal de Circuito, adapta una decisión sobre cómo interpretar alguna ley/estatuto, debe ser interpretada de la misma manera por los tribunales inferiores. De ahí que los tribunales establezcan normas basadas en sus dictámenes que guían las decisiones posteriores. Aunque el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Supremo del Estado pueden establecer precedentes, los tribunales nacionales también pueden hacerlo.¹⁰⁸ A diferencia de España, los precedentes son fuente de derecho.

En el sistema español, según el artículo 14 de la Constitución Española, todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de su condición personal por lo que esta ley protegerá a las personas con discapacidad. Además, el respeto a los derechos fundamentales debe ser garantizado por el orden político (art. 10 CE). En España, doctrinalmente, siempre ha existido una diferenciación que no existe en Estados Unidos entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Las decisiones emitidas por los tribunales españoles no pueden considerarse ley a seguir por los individuos en el ámbito jurídico. En España, las sentencias del Tribunal Supremo son consideradas como jurisprudencia, que complementa el ordenamiento jurídico interpretando y aplicando las fuentes del derecho. Estas decisiones también se consideran un precedente para los tribunales inferiores que deben seguir los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Supremo, pero no se consideran la ley del país.

En conclusión, aunque ambos ordenamientos jurídicos establecen medidas para proteger a los discapacitados, en España la protección es más estricta al considerarlos parte de un

¹⁰⁸ Burnham, W. & Reed, S. *Introduction to the law and legal system of the United States*, West Academic, 2021, p.54/1210.

colectivo vulnerable¹⁰⁹. Otra diferencia es que Estados Unidos no diferencia entre tener el derecho y su ejercicio. En cambio, la diferenciación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar es esencial para entender los derechos y garantías de las personas con discapacidad en España.

3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Con el objetivo de observar como se establece la protección de las personas con discapacidad en EEUU, nos centraremos en la regulación del Estado de Nueva York. En Estados Unidos, esta materia puede ser legislada a nivel estatal, ya que el Congreso establece las bases de la tutela y la curatela en la Ley de Libertad y Derecho a Emanciparse de la Explotación¹¹⁰, pero deja flexibilidad al Estado para su regulación. Frente a la posesión de una persona de deficiencias físicas o mentales, el sistema legal de Nueva York establece en la Ley de Higiene Mental de Nueva York medidas como la curatela y la tutela, para proteger a la persona con discapacidad que no pueda realizar determinados actos jurídicos de forma independiente.

En *In Re. Grace J*¹¹¹, el Tribunal analiza cómo ha cambiado el procedimiento para declarar la tutela de las personas con discapacidad desde 1991 a 2022. En el procedimiento de incapacitación de 1991, el Tribunal afirma que no hubo audiencia con la persona discapacitada antes de la declaración de tutela, ya que la decisión se basó únicamente en un informe que declaraba a la mujer incapaz de tomar decisiones por sí misma, careciendo de cualquier otro tipo de análisis. Sin embargo, el Tribunal hace referencia a cómo la publicación de múltiples leyes y convenios desde los años ochenta ha hecho cambiar la regulación de los derechos de las personas con discapacidad. Se hace referencia al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a pesar de no haber sido ratificada por Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo americano de forma similar a lo establecido por la misma establece

¹⁰⁹ Preámbulo de la Ley 8/2021.

¹¹⁰ Bill - Freedom and Right to Emancipate from Exploitation (FREE) Act. 177th Congress. Introduced in House 20 of July of 2021. Referencia: H.R., de: 4545. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/4545/text>. La Sección 2 se refiere a las condiciones que deben cumplir los Estados en su normativa para recibir subvenciones del sistema federal.

¹¹¹ Tribunal Testamentario de Nueva York, EEUU, núm. 1990-5329/A - *In the Matter of the Appointment of a Guardian for Grace J.*, Pursuant to SCPA Article 17-A, de 14 de octubre de 2022 [versión electrónica-base de datos WestLaw. Ref. 77 Misc.3d 367, 176 N.Y.S.3d 450, 2022 N.Y. Slip Op. 22321].

que todos los Estados deben fomentar, a través de su legislación, la máxima integración de estos individuos en la sociedad, a través de servicios destinados a las personas con discapacidad.

En ambos países, se considera que cuando una persona discapacitada no puede ejercer su capacidad jurídica existan medidas de apoyo en las que una persona asume la obligación de actuar en nombre de la persona discapacitada para ayudarla. La intención de respetar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad en el Estado de Nueva York, EEUU, es similar a la regulación española desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

El pasado 26 de julio, el Estado de Nueva York aprobó la Supported Decision-Making Agreement Act (SDMAA)¹¹², que defiende que las personas con discapacidad tienen capacidad suficiente para tomar sus propias decisiones. La norma SDMAA garantiza el ejercicio del derecho de los discapacitados, estableciendo un sistema en el que una persona de confianza de su entorno les apoyará cuando lo necesiten, una medida menos restrictiva que la tutela del artículo 17-A del Subrogated Court Procedure¹¹³. La norma New York Mental Hygiene Law (NYMHL) 82.11¹¹⁴ regula que cuando la persona de apoyo tome decisiones sobre los derechos del discapacitado, se deberá basar en un acuerdo previamente elaborado entre la persona con discapacidad y la persona que le presta el apoyo. En consecuencia, se mantiene la autonomía de la persona, actuando siempre conforme a su voluntad y preferencias. La persona que le ayuda siempre tendrá en cuenta lo establecido por la persona con discapacidad. Por otro lado, también es oportuno hacer un comentario por la similitud que muestra con la preferencia de las medidas voluntarias frente a las legales, como el Tribunal hace referencia a que las medidas de tutela establecidas en el artículo 17-A son medidas muy restrictivas de la capacidad de la persona, debiendo ser solo utilizadas en ausencia de alternativas menos restrictivas. El Tribunal defiende que la aplicación del artículo 81 de NYMHL es más adecuado, al permitir la adaptación de las medidas necesarias respectivas para cada individuo.

Por lo tanto, las medidas que utilizan ambos estados son similares, aunque los términos sean diferentes. Por un lado, Nueva York reconoce que el sistema de apoyo en la actuación de las personas con discapacidad es la opción más adecuada y respetuosa con

¹¹² Supported Decision-Making Agreement Act of the state of New York.

¹¹³ Court Acts of New York, chapter 59-A, Surrogatye's Court Procedure, Article 17-A. 2022.

¹¹⁴ New York Mental Hygiene. Law (2015).

los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, el sistema estadounidense sigue manteniendo la tutela entre las medidas de protección. El punto interesante de la comparación es cómo el término tutela, en la regulación americana, reconoce a la persona con discapacidad como un individuo con capacidad jurídica. La legislación neoyorquina está evolucionando hacia un concepto en el que el tutor actúa como auxiliar que sigue su voluntad, deseos y preferencias para que el individuo con discapacidad pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, de forma similar a como concibe la curatela la actual normativa española.

CONCLUSIONES

Tras la realización del trabajo de acuerdo con los objetivos se han alcanzado las siguientes conclusiones:

1. La Ley 8/2021 ha modificado significativamente el antiguo sistema de incapacitación judicial y las limitaciones a la capacidad de obrar. En cuanto a la incapacitación total, aunque inicialmente fue considerada por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 282/2009 acorde al respeto de la dignidad, la igualdad y la personalidad jurídica de la persona con discapacidad implantados por la Convención, esto se ha podido observar que no era suficiente para garantizar la protección de los derechos y la dignidad de éstas. El término capacidad de obrar, ha sido superado por el actual concepto de ejercicio de la capacidad jurídica. La Ley 8/2021 ha eliminado las medidas legales excesivamente proteccionistas y restrictivas que previamente se imponían con respecto a la capacidad de obrar, aunque todavía están presentes en algunos ámbitos como la contratación y la capacidad procesal cuando existan medidas de apoyo. La Convención ha provocado un impacto sustancial en la regulación española sobre el ejercicio de los derechos derivados de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Esta reforma representó un importante avance hacia la no discriminación, la inclusión y la igualdad de las personas con discapacidad, al reconocer y promover el ejercicio de su capacidad jurídica y autonomía en la toma de decisiones que afectan a sus vidas. Al cuidar y respetar la voluntad de las personas con discapacidad en el sistema de apoyos en el Derecho, se fortalece su posición como sujetos de derecho y se les permite tener un mayor control sobre sus vidas y su futuro.

2. La reforma introducida por la Ley 8/2021 representa un avance significativo en el reconocimiento del ejercicio de la capacidad los derechos de las personas con discapacidad, pero aún no se ha alcanzado un sistema que reconozca los derechos de las personas con discapacidad a la vez que les proteja. Esto es porque, aunque se ha eliminado la incapacitación de las personas, siguen existiendo situaciones en las que las medidas voluntarias no serán suficientes para proteger a las personas con discapacidad. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que las personas con discapacidad deben de gozar del ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones al resto de personas pero que, en ocasiones, pueden necesitar medidas de apoyo para ejercerla. Es importante destacar que la CIDPD no se ha plasmado completamente, debido a que el ejercicio de la capacidad sin salvaguardias puede conllevar un gran peligro jurídico para las personas con discapacidad, por ello la Ley establece medidas de protección individualizadas en cada caso. Un ejemplo es la posibilidad de probar la falta de discernimiento de la persona con discapacidad o el hecho de que, si la autoridad judicial observa que las medidas voluntarias no son suficientes para las necesidades de la persona con discapacidad, podrán prescindir de las mismas con causa motivada. Estas medidas de protección no implican la negación de sus derechos, sino que buscan ofrecer mecanismos de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. La reforma introducida por la Ley 8/2021 reconoce el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en diferentes ámbitos, aunque aún se tienen en cuenta la existencia de medidas de apoyo y salvaguardias para garantizar su protección.
3. Tanto la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil han introducido importantes cambios que suponen un avance en cuanto al reconocimiento de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en el sistema de apoyo. Aunque se han incluido en el sistema jurídico español medidas de apoyo de carácter asistencial y representativo, éstas otorgan medios para que las personas con discapacidad puedan comprender el proceso, expresar sus preferencias y reflejar su voluntad. Se ha introducido cambios notables, como que, el Ministerio Fiscal no promoverá medidas de apoyo si considera que existen medios más adecuados. Además, el CC, después de la reforma, en su artículo 250 muestra una clara preferencia por las medidas voluntarias frente a las judiciales, siendo estas últimas un recurso al que se deberá de acudir solamente cuando una persona no pueda expresar

su voluntad. Cabe resaltar que, aunque se reconoce la voluntad y las preferencias como elementos ordenadores de las medidas de apoyo, la discapacidad sigue siendo un factor que puede restringir el ejercicio de la capacidad jurídica para prestar consentimiento de manera válida. Por lo tanto, los contratos celebrados por personas con discapacidad pueden ser anulables si se hubieran realizado desatendiendo las medidas de apoyo relativas al ámbito negocial. Por otra parte, esto también queda demostrado en como cuando una persona con discapacidad requiera claramente asistencia, las autoridades judiciales pueden establecer medidas judiciales en contra de su voluntad de forma motivada. siendo apreciable en mi opinión que esta reforma ha sobrecargado excesivamente a los tribunales al tenerse que plasmar todos los cambios de medidas en sentencias.

En cuanto a la similitud entre la tutela y la curatela, creo que la eliminación de esta figura representativa no tiene un efecto sustancial, al establecerse en la disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021 que una figura se sustituirá por la otra. Aunque el curador debe tener en cuenta la voluntad de la persona, es importante preguntarse hasta qué punto observar la trayectoria vital de esa persona permitirá apreciar su voluntad real.

4. Sin embargo, la Ley 8/2021 en lo relativo a la autonomía de la voluntad se aleja de la interpretación provista por la Observación General n.º 1 de que los países que ratifiquen la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad deben dejar de utilizar la tutela y la curatela, al haber mantenido la Ley la curatela como medida de apoyo judicial. La Comisión Nacional de Derechos Humanos argumenta que la Convención debe ser interpretada en línea con el principio de autonomía de la voluntad, mientras que un amplio sector de la doctrina apoya la decisión del legislador para no dejar sin protección a las personas con discapacidad más grave.
5. En cuanto a la comparación de las leyes relativas a la capacidad en Estados Unidos y España, se puede concluir que, aunque existen algunas diferencias entre sus leyes, en general, ambos países ofrecen garantías de protección contra la discriminación y la tutela de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Sin embargo, una diferencia significativa es que en España se considera a las personas con discapacidad más vulnerables y estarán más protegidas por los tribunales que en EEUU donde se les considera equiparables al resto. Además, se puede concluir que el Estado de Nueva York busca fomentar la integración de las personas con

discapacidad teniendo en cuenta sus preferencias y voluntades al igual que el sistema español, aunque EEUU no haya ratificado la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, siendo interesante como la única figura de apoyo que tienen es la tutela, pero que a efectos prácticos sería la curatela española.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Instrumento de Ratificación hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, pp.16 a 22).

Constitución Española («BOE» núm. 311, de 29/12/1978.)

Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 7, de 08/01/2000.)

Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo ciegas. («BOE» núm. 255, de 24/10/2007.)

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. («BOE» núm. 175, de 22/07/2011.)

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. («BOE» núm. 184, de 02/08/2011.)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. («BOE» núm. 158, de 03/07/2015).

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» núm. 132, de 03/06/2021.)

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 03/12/2013.)

Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos (BOE» núm. 3, de 4 de enero de 2000)

JURISPRUDENCIAL

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) asunto C-485/20, de 10 de febrero de 2022 [versión electrónica – InfoCuria jurisprudencia. ECLI:EU:C:2022:85©.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionId=8E1E516B15A82CADC CF350799B9F0E97?text=&docid=253723&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=221029>

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), 21 de diciembre de 2022 núm. 964/2022, rec. 5147/2020. Versión electrónica - base de datos LEFEBVRE. Ref. EDJ 2022/784483. <https://online.elderecho.com/login.do>

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 634/2022 de 3 octubre 2022 (JUR. 2022. Ref. 324073.).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 706/2021, de 19 de octubre de 2021 [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. Tol 8628066]. <https://www.tirantonline-com.eu1.proxy.openathens.net/tol/documento/show/8628066>

Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de septiembre julio de 2021. Versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. ECLI:ES:TS:2021:3276. <https://vlex.es/vid/875733238>

Sentencia del Tribunal Supremo 4374/2017 (Sala de lo Civil, Sección 1ª a), de 18 julio 2018. Versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. ECLI:ES:TS:2018:2805). <https://vlex.es/vid/736115597>

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 269/2021 de 6 de mayo [versión electrónica - base de datos Tirant online]. Ref. *Tol 8431634*. <https://www.tirantonline-com.eu1.proxy.openathens.net/tol/documento/show/8431634>

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de marzo de 2009. Versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. RC núm. 1259/2006. <https://vlex.es/vid/-60279937>

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 899/2021, de 21 de noviembre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. *Tol 8739270*]. <https://www.tirantonline-com.eu1.proxy.openathens.net/tol/documento/show/8739270>

Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, 9 de octubre de 2002. Versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. RA núm. 1401-2000. <https://vlex.es/vid/1401-2000-f-g-170644>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 23 de marzo de 2010 (JUR 2010. Ref. 220627).

Sentencia Audiencia Provincial de Valencia núm. 439/2021, de 16 de septiembre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. Tol. 8660564]. <https://www.tirantonline-com.eu1.proxy.openathens.net/tol/documento/show/8660564>

Sentencia del Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 444/2021, de 29 de noviembre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. Tol 8833055]. <https://www-tirantonline.com.eu1.proxy.openathens.net/tol/documento/show/8833055>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 405/2021 de 2 de noviembre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. Tol.8751314]. <https://www-tirantonline-com.eu1.proxy.openathens.net/tol/documento/show/8751314>

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, núm.781/2018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 206/2019 (Sección 5.a), de 19 de junio de 2019. Versión electrónica- base de datos VLEX. Ref. RC 0000206 /2019. <https://vlex.es/vid/846963319>

Sentencia de la Audiencia provincial de Salamanca 822/2021 23 de diciembre de 2021. Versión electrónica – base de datos LEFEBVRE *EDJ 2021/870879, rec. 894/2021*. https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do;jsessionid=E5301724DB581FB0993834EA22AB0742.TC_ONLINE02?producto=UNIVERSAL#presentar.do%3Fnref%3D7e5d49df%26producto%3DA%26jurisdiccion%3D1%26fulltext%3Don

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 509/2021 de 20 de octubre [versión electrónica - base de datos Tirant online. Ref. Tol 8747618].

Sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid (Sección Vigésimocuarta Bis) 6439/2022, de 25 de abril de 2022. Versión electrónica- base de datos CENDOJ. Ref. 28079370242022100178. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

OBRAS DOCTRINALES

Berrocal Lanzarot, A.I (2022). Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.o 794, pp. 3222/3286

Castán Pérez-Gómez, S. (2022). Las medidas de apoyo tras la reforma La curatela: ¿una nueva institución? En M. Núñez Núñez, M. Pereña Vicente, & M. del Mar Heras Hernández (coords.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch Online.

Castillo Martínez, C. del C (2022). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. En Á. Bueno Biot, P. Chaparro Matamoros y J.R. de Verda y Beamonte (coords.). Versión electrónica: Tirant lo Blanch Online. https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/9215701?general=ley+8%2F2021+reforma+procesal+++Y++LEC&librodoctrina=19017&navigate_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%2Fnavigate%3Ftoken_id%3D64008c2be93f3d0016db1ca4&next_index=8&num_found=9&pais=esp&prev_index=6&search_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%3Findex%3D7%26token_id%3D64008c2be93f3d0016db1ca4&tolweb_search_token_id=64008c2be93f3d0016db1ca4. Lugar de publicación: Tirant lo Blanch, Madrid, 2022.

Fernández-Tresguerres García, A. (2021). “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad: consideraciones generales”. *El ejercicio de la capacidad jurídica: Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Thomson Reuters Aranzadi (Proview). Cizur Menor.

García Iriarte, E., (2016). *Disability and human rights: Global perspectives*. McConkey, R., & Gilligan, R. (Eds.) Macmillan Education: Palgrave Mcmillan. Estados Unidos

Guilarte Martín-Calero, C. (2019). La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018, S. En de Salas Murillo y M^a Victoria Mayor del Hoyo (direc.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Guilarte Martín-Calero (2021). Comentario al art. 250. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.

Ribot Igualada, J. (2021) Comentario de los artículos 256 a 262 del Código Civil y 51 bis Ley de Jurisdicción Voluntaria, Poderes y mandatos preventivos. En Guilarte Martín-Calero, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi.

Toribios Fuentes, F. (2021). Artículo cuarto modificación de la Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil. En Guilarte Martín-Calero, C. (dir.). García, L. (dir.), Pérez Bueno, L.C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8-2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Hualde Sánchez, J.J., (1997). La personalidad jurídica. En Puig Ferriol, L. (coord.), *Manual de Derecho Civil*. Marcial Pons, Madrid.

Díez Picazo, L. (1967). Lecciones de Derecho Civil, Tomo I. Tecnos.

Lacruz Berdejo, J. L. y Delgado Echeverría, J. (2010). *Elementos de Derecho Civil. I. Parte I*. Tirant lo Blanch.

Lacruz Berdejo, José Luis y Delgado Echeverría, J. (2010). *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*. Tirant lo Blanch.

Lora-Tamayo Rodríguez, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. p. 117. Francis Lefebvre, Madrid.

Munar Bernat, P. (2021). Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto. Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*. Marcial Pons, Madrid.

Navarro Mendizábal, I. A. (2019). Elementos Esenciales del Contrato I. *Derecho de Obligaciones y Contratos (Tercera edición) S.P.* Thomson Reuters Proview, Madrid.

Navarro Mendizábal, I. A. (2022). Elementos Esenciales del Contrato. *Derecho de Obligaciones y Contratos (Tercera edición)*. Thomson Reuters, Madrid.

Nieto, R. (2011). El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad; *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 18, pp.176-177.

Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M. d. M., & Núñez Núñez, M., (2022). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Versión electrónica: Tirant lo Blanch Online.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M. (2019). Persona, Capacidad y Estado Civil., *Derecho de la Persona*, 2 ed. Dykinson S.L, Madrid.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M. (2021), Persona, Capacidad y Estado Civil, *Derecho de la Persona 3 ed*. Dykinson S.L, Madrid.

RECURSOS DE INTERNET

Arnau Moya, F (2022). Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. *Rev. Boliv. de Derecho N° 33*, pp. 534-573.

Comité Ad Hoc para una Convención Internacional Amplia e Integral para la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (del 24 de enero al 4 de febrero de 2005)

Consejo de Europa. (2017). Derechos Humanos: “Una realidad para todos”. Estrategia sobre Discapacidad (2017-2023). Ap. 63, p. 25. <https://edoc.coe.int/en/people-with-disabilities/7276-pdf-human-rights-a-reality-for-all-council-of-europe-disability-strategy-2017-2023.html>

Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, 2005. *UN enable - fifth session of the ad hoc committee - report*. (s/f). www.un.org. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm>. (21 páginas)

Ganzenmüller, C (2018). De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno. *Fiscal.es*. pp.133
<https://www.fiscal.es/documents/20142/145691/De+la+efectiva+aplicación+de+la+Convención+Internacional+de+las+Naciones+Unidas+sobre+los+Derechos+de+las+Personas+con+Discapacidad%2C+y+sus+efectos+en+el+derecho+interno.pdf/73057570-87c1-982d-6e0d-393a3f1382c2?version=1.1&t=1532333672537>.

Ilustre colegio de abogados de Madrid. Cuadro comparativo. 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. Versión PDF. pp. 21-147.

Uerpmann-Witzack, R. The Committee on the Rights of Persons with Disabilities—The Role of National Human Rights Institutions: A Comment. *Journal of Human Rights Practice*, 14 (1), 2022, pp.128-133.

ONU: Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 diciembre 1948, 217 A (III). <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>

Observaciones generales número 1 del 2014 elaboradas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11o periodo de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Fecha de última el 25 de octubre.
https://www.google.com/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK Ewj717aiiKn7AhUhg4kEHSyDBosQFnoECDMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2FDocuments%2FHRBodies%2FCRPD%2FGC%2FDGCArticle12_sp.doc&usg=AOvVaw17wRbFwSpxIhAIUzOiyq1g

Serrano Chamorro, M^a E (2022). “Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo”. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 94/2022 parte Artículos doctrinales. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

Rabanete Martínez, I. J. (2019) “La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad”, *Tribuna, revista electrónica de IDIBE.s.p.*

<https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/>.

Ramón De Verda Y Beamonte, J. (2022). “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”. *Diario La Ley*, N° 10021. Sección Dossier. Wolters Kluwer. pp. 2-3/9

Sanchez Hernandez, (2021) A. “Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo”. *REDUR 19*. págs. 23-55. <http://orcid.org/0000-0001-8196-3754>

ESTADOS UNIDOS

LEGISLACIÓN

Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, §1.

29 USC. § 794(a) (1990). Nondiscrimination under Federal grants and programs. *Legal Information Institute, Universidad de Cornell*.

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/794>

Americans with Disabilities Act, - 42 USC. § 12102, January 1, 2009 [versión electrónica- base de datos WestLaw].

[https://1.next.westlaw.com/Document/N8B5B4F70E33211DD86F1EB84899989F9/View/FullText.html?transitionType=UniqueDocItem&contextData=\(sc.Search\)&userEnteredCitation=42+U.S.C.+s+12102](https://1.next.westlaw.com/Document/N8B5B4F70E33211DD86F1EB84899989F9/View/FullText.html?transitionType=UniqueDocItem&contextData=(sc.Search)&userEnteredCitation=42+U.S.C.+s+12102)

42 USC. § 12102 (1) (2010). *Página gubernamental sobre la Ley de Estadounidenses con Discapacidades (ADA)*.

<https://portal.ct.gov/DSS/Affirmative-Action/Americans-With-Disability-Act>

New York Mental Hygiene Law (2015). [versión electrónica- base de datos WestLaw.]

<https://1.next.westlaw.com/Browse/Home/StatutesCourtRules/NewYorkStatutesCourtR>

ules?guid=N10262439ADCD4FB4B69E3E335C498B9D&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Category)

Bill - Freedom and Right to Emancipate from Exploitation (FREE) Act. 177th Congress. Introduced in House 20 of July of 2021. Referencia: H.R., de: 4545. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/4545/text>

Supported Decision-Making Agreement Act of the state of New York, signed by, Governor Kathy Hochul, July 26, 2022, the 32nd anniversary of the Americans with Disabilities Act.

Court Acts of New York, chapter 59-A, Surrogatye's Court Procedure, Article 17-A. *Sitio web oficial del Senado del Estado de Nueva York.* <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/SCP/A17>

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo EEUU - Marbury v. Madison, de febrero de 1803 [versión electrónica- base de datos WestLaw]. Ref. 1 Cranch 137, 5 U.S. 137, 1803 WL 893, 2 L.Ed. 60]. [https://www.westlaw.com/Document/I14889a039cc411d9bdd1cfdd544ca3a4/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I14889a039cc411d9bdd1cfdd544ca3a4/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0)

Sentencia del Tribunal Supremo EEUU - Fletcher v. Peck, de 1810 [versión electrónica- base de datos Lexis+]. Ref., 10 U.S. 87 * | 3 L. Ed. 162 ** | 1810 U.S. LEXIS 322 *** | 6 Cranch 87]. <https://plus.lexis.com/search/?pdmfid=1530671&crd=54345215-0a76-454f-be68-3ce10dd5daf4&pdsearchterms=fletcher+v.+peck%2C+10+u.s.+87&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdstartin=&pdpsf=&pdqtype=and&pdquerytemplatedid=&ecomp=h7ttk&earg=pdfsf&priid=258a2bac-853b-48cd-9610-34aa4dcb24de>

Sentencia del Tribunal Supremo EEUU, No. 84-468 - City of Cleburne, Tex. v. Cleburne Living Ctr., de 18 de marzo de 1985 [versión electrónica- base de datos WestLaw]. Ref. 473 U.S. 432, 105 S.Ct. 3249, 87 L.Ed.2d 313, 53 USLW 5022]. <https://www.westlaw.com/SharedLink/fad4631300404b1fa6832f332c1ab4d5?VR=3.0&RS=cblt1.0>

Nassau Cty. Fla. v. Arline Sch. Bd., de 1987 480 US. 273. versión electrónica- base de datos: FindLaw. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/480/273.html>

Sentencia del Tribunal Supremo EEUU No. 80-1538 - Plyler v. Doe, de 15 de junio de 1982 [versión electrónica- base de datos WestLaw. Ref. 457 U.S. 202, 102 S.Ct. 2382, 72 L.Ed.2d 786, 4 Ed. Law Rep. 953]. [https://www.westlaw.com/Document/Ia09b01b09c9a11d993e6d35cc61aab4a/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/Ia09b01b09c9a11d993e6d35cc61aab4a/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0)

Sentencia del Tribunal Supremo EEUU No. 85-1277 - Nassau City. Florida. v. Arline School Board, de 3 de marzo de 1987 [versión electrónica- base de datos Findlaw. Ref. 480 U.S. 273]. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/480/273.html>

Sentencia del Tribunal Supremo EEUU, No. 71—1694 - Frontiero v. Richardson de 14 de mayo de 1973 [versión electrónica- base de datos WestLaw. Ref. 411 U.S. 677, 93 S.Ct. 1764, 36 L.Ed.2d 583, 9 Fair Empl.Prac. Cas. (BNA) 1253, 5 Empl. Prac. Dec. P 8609].

[https://www.westlaw.com/Document/I235fc0949c1e11d9bdd1cfdd544ca3a4/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I235fc0949c1e11d9bdd1cfdd544ca3a4/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0)

Tribunal Testamentario de Nueva York, EEUU, núm. 1990-5329/A - In the Matter of the Appointment of a Guardian for Grace J., Pursuant to SCPA Article 17-A, de 14 de octubre de 2022 [versión electrónica- base de datos WestLaw. Ref. 77 Misc.3d 367, 176 N.Y.S.3d 450, 2022 N.Y. Slip Op. 22321].

<https://1.next.westlaw.com/Document/I570a53604e5311ed8b8ab5db4bb1b997/View/FullText.html?listSource=Foldering&originationContext=clientid&transitionType=MyResearchHistoryItem&contextData=%28oc.Search%29&VR=3.0&RS=cblt1.0>

ARTÍCULOS Y LIBROS

Burnham, W. & Reed, S (2021). *Introduction to the law and legal system of the United States*. West Academics,

<https://eproducts.westacademic.com/MyBookshelf/Bookshelf/BookDetail?productKeyId=c8856840-c028-ed11-bd6e-14cb654c3ebb&bookNSIID=327853>.

Clark B.; Brown E.; Gatter R. et al. (2022), *Health law, Cases, Materials and Problems*. West Academics.

<https://eproducts.westacademic.com/MyBookshelf/Bookshelf/BookDetail?productKeyId=1591d9bf-bf28-ed11-bd6e-14cb654c3ebb&bookNSIID=328765>

New York State Unified Court System (2022). Guardianship of an intellectually or developmentally disabled adult Guardianship of a Developmentally Disabled Person | NY *CourtHelp*. <https://nycourts.gov/courthelp/Guardianship/17A.shtml>