



FACULTAD DE DERECHO

La protección de las personas con discapacidad en el
Derecho civil español

Autora: Marta Cano Álvarez
5º E-3 Analytics
Área de Derecho civil
Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid
Abril 2023

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	LA DISCAPACIDAD	4
1.	CONCEPTO.....	4
2.	MODELOS DE DISCAPACIDAD	5
2.1.	Introducción	5
2.2.	Los modelos médico y biopsicosocial	6
2.3.	Los modelos social y de la diversidad	7
III.	LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA	8
1.	CONSIDERACIONES GENERALES	8
2.	EN ESPECIAL, LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	11
2.1.	Los principios generales de la Convención	13
IV.	LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.....	16
1.	CONSIDERACIONES GENERALES	16
2.	LA PERSONA DISCAPACITADA EN EL CÓDIGO CIVIL	23
3.	LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO	24
4.	LAS MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO	26
4.1.	La curatela	26
4.2.	El defensor judicial	30
5.	LA GUARDA DE HECHO	33
V.	CONCLUSIONES	36
	BIBLIOGRAFÍA	38
1.	LEGISLACIÓN	38
2.	JURISPRUDENCIA	39
3.	OBRAS DOCTRINALES.....	39
4.	RECURSOS DE INTERNET	41

LISTADO DE ABREVIATURAS.

CDPD: Convención de Nueva York: Convención Internacional de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Art.: artículo

OMS: Organización Mundial de la Salud

RAE: Real Academia Española

CE: Constitución Española

CC: Código Civil

LECiv: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LN: Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889

LH: Decreto de 8 de febrero de 1946

LRC: Ley 20/2011, de 21 de julio

LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio

CCo: Real Decreto de 22 de agosto de 1885

I. INTRODUCCIÓN

Este Trabajo de Fin de Grado tiene como cuestión objeto de la investigación los mecanismos de protección a disposición de las personas con discapacidad en el Derecho Civil español tras la reforma de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, la Ley 8/2021¹). Como más adelante se desarrollará, las personas con discapacidad llevan enfrentándose a la sociedad, y al concepto que esta les atribuye desde los inicios de la historia, viéndose sometidas a distintas regulaciones y modificaciones de estas a lo largo de la historia.

Este trabajo suscita gran interés en mí por razones personales. Desde el primer momento me interesó afrontar este tema y ver los cambios que la Ley 8/2021 había supuesto en el mundo de la discapacidad, dado que afecta de cerca a mi familia al tener un miembro con discapacidad en ella. Así, decidí estudiar cómo la nueva Ley iba a modificar las medidas de apoyo ya establecidas hasta entonces. Por ello, el objetivo perseguido con este trabajo es entender e interiorizar los mecanismos de protección disponibles para mi familiar en comparación con el antiguo sistema.

En cuanto a la metodología o plan de trabajo, en primer lugar, analizaremos el concepto de discapacidad en sentido amplio y su concepción a lo largo de la historia a través de los distintos modelos generados en torno al concepto. En segundo lugar, se realizará un estudio de la regulación de la discapacidad en España centrándonos en la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, ratificada por el Reino de España en Instrumento de 2 de noviembre de 2007 (en adelante, CDPD)², ahondando en algunos principios generales de la Convención interesantes a mi parecer. Se continuará el trabajo pasando al eje central del trabajo: la protección de las personas con discapacidad en el Código Civil español. Así, en este capítulo se realizará primeramente un análisis de los cambios introducidos por la Ley 8/2021 de manera introductoria seguido del estudio más profundo de las medidas de apoyo de la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho tras la reforma de la nueva Ley. Por último, se describirá sucintamente la regulación del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad a través del estudio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, la Ley 41/2003³).

El último apartado se dedicará a realizar las conclusiones que engloben lo aprendido y lo opinado respecto a todo lo realizado en este trabajo.

¹ BOE 3 de junio de 2021.

² BOE 21 de abril de 2008.

³ BOE 19 de noviembre de 2003.

II. LA DISCAPACIDAD

1. CONCEPTO

El artículo 1 CDPD ofrece una definición generalizada de las personas con discapacidad versando de la siguiente manera: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones.”

Como vamos a comentar a continuación, las personas con discapacidad se han tenido que enfrentar desde el inicio de los tiempos a los estigmas sociales que se establecían sobre ellos, concretándose estos estereotipos en tres modelos que han acompañado a la evolución del concepto de discapacidad a lo largo de las épocas.

Históricamente, en la Antigüedad la reacción inmediata ante las personas con discapacidad era la exclusión, dado que se consideraba que la discapacidad eliminaba la condición de ser humano, creando una especie de monstruo. Esta primera fase es considerada como la fase del modelo tradicional o de prescindencia, el cual está asociado, en opinión de Egea García y Sarabia Sánchez a “una visión animista clásica relacionada con el castigo divino o la intervención del Maligno”⁴. Se tendía a pensar que la discapacidad era por causas religiosas y que el discapacitado no tenía nada que aportar a la sociedad. No obstante, no se daba el mismo tratamiento a los niños que nacían con discapacidad, que a aquellas personas que la desarrollaban en su época adulta. En las ocasiones en las que la discapacidad era congénita, “se consideraba necesaria la eliminación de la persona, evitándose de aquel modo que crecieran niños débiles o deficientes”⁵. Ante esta concepción, la respuesta era la eugenesia o infanticidio, o la marginación dada la percepción que la gente habitante en estos tiempos de Antigüedad tenía de la discapacidad.

Observamos un ejemplo de infanticidio en los inicios de los tiempos en las Leyes de Licurgo (siglo IX a.C.)⁶. Estas permitían en Esparta eliminar a las personas que naciesen con algún tipo de defecto físico, sometiéndose a un examen previo por parte de un consejo ciudadano llamado Gerusía y compuesto por ancianos que decidían el destino del niño. En caso de encontrar algún defecto congénito en el infante, la solución era despeñarle por el monte Taigeto. Dicha teoría era apoyada por importantes filósofos como Platón o Aristóteles, agregando este último que “en cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ni uno defectuoso”⁷. Ante la marginación, la

⁴ Egea García, C. y Sarabia Sánchez, A., “Visión y modelos conceptuales de la discapacidad”, *Polibea*, núm. 73, 2004, p. 1.

⁵ Velarde Lizama, V. “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Revista empresa y humanismo*, vol. XV, núm. 1, 2012, p. 118.

⁶ López Bastías, J.L. “La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXIX, número 273, 2019, pp. 838-840.

⁷ Aristóteles, “Política”, traducción de García Gual, C. y Pérez Jiménez, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 154.

sociedad tendía a excluir a las personas con discapacidad por dos motivos: o bien las menospreciaban y consideraban objeto de compasión, o tendían a rechazarlas por considerar que eran una advertencia de un mal inminente. Ya fuese por eugenesia o por marginación, la respuesta en esa época para las personas con discapacidad era la misma: la exclusión de la sociedad.

A todo lo explicado *supra* se le puede denominar el modelo eugenésico y el modelo de la marginación en relación con los estudios relacionados con el tratamiento social de las personas con discapacidad en cada época.

Con el paso del tiempo, esta concepción evoluciona y comienza la “fase de reclusión o de la persona con discapacidad como animal doméstico”⁸ a la que se relaciona posteriormente con el modelo médico y el modelo biopsicosocial. Es en esta fase cuando se empieza a considerar que las personas con discapacidad sean seres humanos, pero sin olvidar que son enfermos. Así, se instala el castigar con pena capital a aquellos padres que abandonasen o matasen a sus hijos antes o después de nacer. En este período, siguiendo a López Batías, atendemos a dos interpretaciones. En primer lugar, la discapacidad como resultado del pecado original o la obra del diablo, y por otro lado, como la obra de Dios, convirtiéndose la persona con discapacidad en objeto de misericordia y caridad cristiana⁹. Por último, la tercera fase se alcanza a partir de los años setenta del siglo XIX, donde el discapacitado es considerado como una persona humana, incluido en la sociedad y su discapacidad, una diferencia respecto de los demás. Sea como fuese, el objetivo que se persigue en este momento es rehabilitar a la persona minusválida, entrando así en la llamada fase de rehabilitación. Esto surge con especial fuerza durante el fin de la Primera Guerra Mundial, al observar el alto número de mutilados que hubo a consecuencia de la batalla. Se empieza a relacionar la discapacidad con los heridos de guerra y comienza a ser vista como una insuficiencia, una deficiencia que debe ser erradicada¹⁰.

2. MODELOS DE DISCAPACIDAD

2.1. Introducción

Como se puede observar de su evolución, la discapacidad es una realidad que siempre ha existido, pero que ha sido comprendida y abordada de distintas formas a lo largo de los años. No obstante, cada vez es más necesario reconocer que no estamos ante un problema del individuo, sino del entorno. Para entender las grandes contradicciones que se han dado en el tratamiento social de las personas con discapacidad es necesario atender a los diferentes modelos que se han dado a lo largo de la historia.

⁸ Antonio Seoane, J., “¿Qué es una persona con discapacidad?”, *Papeles de Filosofía*, vol. 30, núm. 1, 2011, p. 145.

⁹ López Batías, J.L., *op. cit.*, p. 840.

¹⁰ Palacios, A. y Bariffi, F. “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Colección Telefónica Accesible*, 2007, p. 16.

Dentro de la fase de prescindencia, como ya hemos mencionado previamente, encontramos dos modelos: el modelo eugenésico y el modelo de la marginación. En la fase de rehabilitación, se halla el modelo médico y el modelo biopsicosocial. Por último, se presenta el modelo social y el modelo de la diversidad funcional al rechazarse en los tiempos actuales los dos modelos previos y considerar prioritario la aceptación de la discapacidad como una diversidad humana. Todos ellos serán desarrollados en los subíndices siguientes, exceptuando los modelos de la fase de prescindencia, que ya han sido explicados anteriormente.

2.2. Los modelos médico y biopsicosocial

En el modelo médico, la discapacidad no se considera un problema que deba ser abordado por la sociedad, se trata de una dificultad individual en el que el inconveniente son las limitaciones de la persona que han de ser rehabilitadas por los médicos. Por ello, en este punto, Pinillos Patiño y Naranjo Aristizábal aluden “en primer lugar a la discapacidad en términos de “enfermedad” o como “ausencia de salud” y se entiende que “las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, pero solo en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas”¹¹. De esta manera, únicamente se tiene la consideración de que la persona es digna o útil cuando se ha sometido al tratamiento médico curativo, y se ha conseguido rehabilitarle con éxito. En este sentido, al tratarse de un modelo donde la discapacidad es considerada un problema personal que ha de ser curada y tratada por médicos, desde un punto de vista político, se debe “modificar y reformar la política de atención a la salud”¹². Es por este modelo que empiezan a surgir las instituciones de rehabilitación, ya que se ve a la persona con discapacidad relegada de cualquier responsabilidad social. El papel primordial lo tienen los médicos y se comienza a describir a los pacientes clínicamente.

Entre los beneficios de este modelo, encontramos que los tratamientos, pese a no rehabilitar del todo a las personas, mejoraban indudablemente su calidad de vida, e igualmente, ha sido fuente de influencia para las políticas públicas en cuanto a beneficios sociales. No obstante, observa Palacios¹³ de la misma forma un lado negativo, y es que al tratarse de un problema únicamente individual se relega a las personas con discapacidad a instituciones y se deposita fe ciega en los médicos para que puedan “salvarlos”. De esta forma, la sociedad se desentiende completamente. Igualmente, estas instituciones contaban siempre con el riesgo de acabar marginando o maltratando a la persona en

¹¹ Pinillos Patiño, Y. y Naranjo Aristizábal, M.M., “Modelos conceptuales que explican la discapacidad: de la teoría a la comprensión del funcionamiento” en *Modelos conceptuales y evolución histórica de la discapacidad*, Barranquilla, 2018, p. 61.

¹² Organización Mundial de la Salud, “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud” en Vázquez Barquero, J.L. (coord.), *Borrador Beta-2 de la CIDDMM-2 Versión Completa*, 1999, p. 32 (disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf, última consulta: 11/11/2022)

¹³ Palacios, A., “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Editorial Cinca, 2008, p. 67

cuestión. Por ello, es necesario un modelo que vaya más allá de la concepción de la discapacidad de manera individual, desarrollándose así el modelo social.

En cuanto al modelo biopsicosocial, según Pinillos Patiño y Naranjo Aristizábal, se deja de valorar a la discapacidad como una condición puramente negativa, ya que hay que atender a los rasgos que obligan a la sociedad a estimar a las personas con discapacidad dejándoles desarrollar sus capacidades e intentando mejorar las posibilidades de actuación. En este modelo, observamos rasgos del posterior modelo social donde se entiende que la discapacidad no depende únicamente de la persona sino también de los grupos sociales a los que pertenece.

2.3. Los modelos social y de la diversidad

Se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales. En primer lugar, la diferencia respecto al modelo médico (el cual abogaba por una solución individual proporcionada por los doctores), es que se apuesta por la rehabilitación de la sociedad, instruyéndola para hacer frente a las necesidades de las personas con discapacidad. Ya no se entiende la discapacidad como una carencia individual que necesita ser tratada para esa persona servir a la sociedad, sino que se empieza a atender a las deficiencias de las interacciones entre el individuo y la sociedad que no está preparada para él. Dicho modelo surge como respuesta a la necesidad de comprender que la persona con discapacidad también se trata de un ser humano que merece ser respetado socialmente. Siguiendo a Palacios y Bariffi¹⁴, así, surge gracias a manifestaciones activistas en Estados Unidos o Reino Unido en los años 60.

En Estados Unidos se puede focalizar el origen en el Movimiento de Vida Independiente llevado a cabo en los años 60 en la Universidad de Berkeley, California, como consecuencia del ingreso en la universidad de Ed Roberts para estudiar Ciencias Políticas, abriendo la veda para que otras personas con discapacidad puedan adoptar y seguir su ejemplo. De la misma forma, las luchas por los derechos civiles en Estados Unidos acabaron influenciando a las organizaciones de personas con discapacidad. Y en Reino Unido las propias personas con discapacidad luchaban por obtener cambios en la política social o en la legislación de derechos humanos, buscando que el Estado diese bienestar a aquellas personas con discapacidad. De esta manera, este modelo consiguió acentuar los derechos civiles de las personas con discapacidad, la sensación de unión y apoyo entre ellos, la desmedicalización y la desinstitucionalización. Se relaciona este modelo a una lucha por los derechos humanos de las personas con discapacidad, buscando que dichos individuos pudiesen tener las mismas oportunidades que los demás. Se comienza a ver la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, comenzando a considerar a la persona sujeto de derecho, y no objeto de políticas asistenciales.

¹⁴ Palacios, A. y Bariffi, F., *op. cit.*, p. 20.

Según Palacios¹⁵, el modelo social parte de tres presupuestos básicos. En primer lugar, se considera que toda vida humana goza del mismo valor en dignidad, independientemente de la naturaleza o de la diversidad funcional que le afecte. En segundo lugar, todas las personas deben tener la misma oportunidad de decidir sobre todo aquello que pueda afectar a su desarrollo como sujeto moral. Y en tercer y último lugar, el reclamo de igualdad ante la participación en todas las actividades, ya sean económicas, culturales, sociales o políticas, defendiendo el mismo derecho a participar en dichas acciones que el que ostentan las personas sin discapacidad.

En cuanto a la desinstitucionalización, Palacios defiende que se debe luchar para que “las personas con discapacidad puedan elegir vivir una vida fuera de las instituciones, al igual que el resto de personas”¹⁶. Así, se observa a raíz de la desinstitucionalización una mejora en las personas con discapacidad al ser colocadas en ambientes ordinarios con otras personas de su misma condición.

No obstante, como todo, también tiene su lado negativo. Se da tanta importancia a la sociedad y a la visión de que es la culpable, que se comienzan a omitir las causas médicas ocasionando problemas en el tratamiento de ciertos tipos de discapacidad o no teniendo en cuenta otros factores más allá del social que también pueden determinar la discapacidad. Igualmente, se convierte en un modelo activista que inspira a la lucha de los derechos de las personas con discapacidad dejando de lado el tratamiento real de la discapacidad en sí como diferencia respecto a los demás.

Siguiendo a los mismos autores, el componente diferencial del modelo de diversidad es que en este prototipo se subraya la discapacidad como un rasgo de disparidad humana y un factor de enriquecimiento social. Se considera la discapacidad como un atributo distintivo y configurador de la identidad personal de la persona el cual proporciona un sentido de pertenencia.

En conclusión, se contempla y valora la discapacidad de forma positiva.

III. LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El Consejo General del Poder Judicial y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado realizaron conjuntamente una recopilación de la normativa nacional sobre la discapacidad, dándole el nombre de “Código del Derecho de la Discapacidad. Legislación Estatal”¹⁷. Resulta interesante su mención debido a que se trata de un código al que cualquier persona interesada en efectos jurídicos de la discapacidad puede acudir, recogiendo todas las áreas del derecho español.

¹⁵ Palacios, A., *op. cit.*, pp.141-143.

¹⁶ Palacios, A., *op.cit.*, p. 146.

¹⁷BOE (obtenido de

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=125_Codigo_del_Derecho_de_la_Discapacidad_Legislacion_Estatal&modo=2, última consulta: 21/03/2023).

Dentro de la regulación sobre la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico deben destacarse principalmente, a nuestro juicio, cuatro disposiciones normativas. En primer lugar, la Constitución Española, donde se mencionan los derechos y libertades fundamentales de toda persona, regulándose explícitamente lo relacionado a las personas con discapacidad en el artículo 49, el cual reza de la siguiente manera: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”¹⁸*. Este artículo lleva siendo objeto de controversia unos años, generando diferentes polémicas entre los partidos políticos. En un primer momento, la reforma del artículo 49 de la Constitución estaba dirigida únicamente a realizar una modificación en el término de “disminuidos” sustituyéndolo por “personas con discapacidad”, tal y como lo propusieron el Partido Popular y Vox. No obstante, el Gobierno quería ir más allá reformando la estructura y el contenido del artículo, dando lugar a la controversia sobre si estaban yendo más allá aprovechando la oportunidad siendo guiados por motivaciones ideológicas. Por un lado, con la reforma de la estructura se pretende reformular el artículo dividiéndolo en cuatro apartados y destinando cada uno de ellos a reflejar una dimensión de protección diferente de las personas con discapacidad. En cuanto a modificar su contenido, el objetivo es adaptarlo a la concepción actual de personas con discapacidad, enfatizando en los derechos y deberes de estas. Finalmente, tras reunirse el PP con el Gobierno, se acuerda que la reforma se ciña estrictamente al cambio de terminología respecto a la palabra “disminuidos”. Actualmente, esta reforma se prevé que se lleve a cabo en los próximos votos tras decidir el Partido Popular que apoyará el cambio siempre y cuando el Gobierno no fuese más allá de este único cambio terminológico. Según el periódico 20minutos¹⁹, el pasado 4 de febrero, el ministro de Presidencia, Félix Bolaños, se reunió con Pablo Echenique, realizando este último posteriores declaraciones donde mostraba la conformidad de su partido a remitir la reforma únicamente al cambio de términos, a pesar de considerar que deberían cambiarse muchas más cosas de la Constitución. Así, esta propuesta de reforma lleva en el Congreso desde mayo de 2021, habiendo sido superado ya el trámite de enmiendas. Por ello, se prevé que se lleve a cabo próximamente.

En segundo lugar, la CDPD a la que nos referiremos seguidamente.

En tercer lugar, el 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

¹⁹ Ríos, D., “La primera reforma de la Constitución en 12 años, encarrilada: vía libre para dejar de llamar ‘disminuidos’ a los discapacitados”, *20minutos*, 04 de febrero de 2023 (disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/5098195/0/la-primer-reforma-de-la-constitucion-en-12-anos-encarrilada-via-libre-para-dejar-de-llamar-disminuidos-a-los-discapacitados/>, última consulta: 21/03/2023).

social²⁰. Tal y como se establece en el preámbulo de esta ley, las personas con discapacidad se enfrentan día a día a una gran cantidad de objeciones que privan su derecho a ejercer de manera plena sus derechos. Si bien es cierto que tanto los ciudadanos como las entidades deben ayudar a la opresión de estos impedimentos, el poder principal de ello radica en el legislador. Es por ello que el objeto de esta ley, recogido en su artículo 1, es: *“a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación (...) b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad²¹”*.

Y por último, la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación²². Concretamente, el objetivo de esta última ley es *“garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación”*, tal y como se desprende del tenor literal de su artículo primero.

Asimismo, no debe olvidarse que existe normativa específica en ámbitos como el penal, la protección social, trabajo y empleo o el sistema tributario, entre otros.

Por lo que se refiere al Derecho civil, destacamos las disposiciones normativas siguientes: la Ley 41/2003, la Ley del Notariado²³, el Código Civil²⁴, la Ley sobre propiedad horizontal²⁵, la Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen²⁶, la Ley de Arrendamientos Urbanos²⁷, la Ley de Protección Jurídica del Menor²⁸, la Ley de Propiedad

²⁰ BOE 3 de diciembre de 2013.

²¹ Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>, última consulta 27/02/2023).

²² BOE 1 de abril de 2022.

²³ BOE 29 de mayo de 1862.

²⁴ BOE 25 de julio de 1889.

²⁵ BOE 23 de julio de 1960.

²⁶ BOE 14 de mayo de 1982.

²⁷ BOE 25 de noviembre de 1994.

²⁸ BOE 17 de enero de 1996.

Intelectual²⁹, la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁰, la Ley de Arrendamientos Rústicos³¹, la Ley del Registro Civil³², la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles³³, la Ley de Jurisdicción Voluntaria³⁴, la Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil³⁵, la Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales³⁶, y la Ley 8/2021.

Al margen de toda la normativa, en España se aprobó por el Consejo de Ministros, el 3 de mayo de 2022, la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030³⁷, para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Y, finalmente, no podemos dejar de mencionar a la normativa de más reciente entrada en vigor. Nos referimos a la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos³⁸, la cual busca garantizar la protección y todos los derechos inherentes a las personas con discapacidad en Navarra. Se adopta el modelo social de la Convención de Nueva York y se explica cómo Navarra cuenta con una estrategia propia, aparte de lo establecido en la Convención.

2. EN ESPECIAL, LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Según Biel Portero³⁹, una de las múltiples consecuencias de la Segunda Guerra Mundial fue la gran cantidad de personas con discapacidad física que ocasionó.

Ante tal situación, los Estados participantes en la Convención de Nueva York mostraron su preocupación al considerar lastres sociales y económicos a dichas personas, y ante la carencia de una política real que regulase todas las discapacidades. De esta manera, empezaron a surgir iniciativas para intentar regular el concepto de “discapacidad”, si bien con ciertos problemas dado que al inicio se centraban únicamente en las discapacidades físicas y sensoriales, y resultaba de gran dificultad conseguir un tratamiento para los mismos como personas.

²⁹ BOE 22 de abril de 1996.

³⁰ BOE 8 de enero de 2000.

³¹ BOE 27 de noviembre de 2003.

³² BOE 22 de julio de 2011.

³³ BOE 7 de julio de 2012.

³⁴ BOE 3 de julio de 2015.

³⁵ BOE 14 de julio de 2015.

³⁶ BOE 6 de diciembre de 2018.

³⁷ Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 (Obtenida de <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/estrategia-espanola-discapacidad-2022-2030-def.pdf>, última consulta: 24/02/2023).

³⁸ BOE 27 de diciembre de 2022.

³⁹ Biel Portero, I. “Normativa internacional en materia de discapacidad” en Tirant Lo Blanch (ed.), *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 52.

Siguiendo a Biel Portero, en los años setenta son reconocidas por primera vez las personas con discapacidad como sujetos titulares de derecho a través de dos declaraciones: la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*⁴⁰ en 1971 y la *Declaración de Derechos de los Impedidos*⁴¹ en 1975. No obstante, tras diversos intentos como las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*⁴² o las *Directrices de Tallín para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos*⁴³, seguía latente el problema principal: “la ausencia de un instrumento específico de naturaleza vinculante dirigido a ofrecer una protección cualificada de sus derechos”⁴⁴. Como solución, en 2001 se presentó por parte del Gobierno de México la propuesta de crear una convención que regulase dichos derechos.

Tras el establecimiento por la Asamblea General de las Naciones Unidas de un Comité Especial, encargado de examinar las propuestas en relación con el objetivo, y de un Grupo de Trabajo, cuya tarea era redactar y presentar un proyecto de texto para negociar la convención, en agosto de 2006 finalizan las negociaciones y se adopta el Proyecto definitivo. El 30 de marzo de 2007 se abre el proceso de firma y el tratado fue ratificado por 82 países ese mismo día, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008 al recibir su vigésima ratificación.

La CPDP se trata de un instrumento internacional de las Naciones Unidas aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en la sede en Nueva York, el cual entró en vigor en España el 21 de abril de 2008 a través del Instrumento de Ratificación de la Convención publicado en el Boletín Oficial del Estado.

Tal y como se establece en su art. 1 su propósito es “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad*”. Así, como afirma Vivas Tesón, del precepto citado se desprende la “necesidad de una toma de conciencia internacional, europea e interna la materia”.⁴⁵

⁴⁰ Resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971 (obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/declaracion_ag-26-2856_1971.pdf, última consulta: 27/02/2023).

⁴¹ Resolución de la Asamblea General 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975 (obtenido de https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/FDO5018/declaracion_dchos_impelidos.pdf, última consulta: 27/02/2023).

⁴² Resolución de la Asamblea General 46/96, de 20 de diciembre de 1993 (obtenido de https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/tratados_internacionales/es_tratados/adjuntos/10_4_Normas_igualdad_personas_discapacidad.pdf, última consulta: 27/02/2023).

⁴³ Obtenido de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/disa54s2.htm> (última consulta: 27/02/2023).

⁴⁴ Biel Portero, I. “Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional, universal y europeo”, Castellón, 2009, p. 516 (obtenida de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38308.pdf>, última consulta: 27/02/2023).

⁴⁵ Vivas Tesón, I., “La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad” en *Comunitania. Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, Editorial Universitas, S.A., 2011, p. 125.

2.1. Los principios generales de la Convención

El art. 3 de la CDPD establece los principios generales que deberán respetar los Estados miembro de la siguiente manera:

“Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;*
- b) La no discriminación;*
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;*
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;*
- e) La igualdad de oportunidades;*
- f) La accesibilidad;*
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;*
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.*

Lo importante de la Convención de Nueva York radica, en opinión de Biel Portero, en su carácter vinculante y preceptivo, a diferencia de otras Declaraciones de derechos, obligando a los países que ratifiquen la misma a adaptar sus legislaciones nacionales a lo tratado en dicha Convención.

Advierte Biel Portero que una gran cantidad de los principios recogidos en el artículo 3 CDPD son “generalmente aceptados y reconocidos por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, como por ejemplo: el respeto a la dignidad inherente como fundamento de los derechos humanos, la autonomía individual, que incluye la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la igualdad de oportunidad; o la igualdad entre el hombre y la mujer”⁴⁶. No obstante, en esta Convención se introducen o regulan unos principios que marcan la distinción respecto a los derechos humanos generalmente reconocidos. Entre ellos mencionar el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana o el principio de accesibilidad.

Resaltando, a nuestro juicio, lo más interesante y diferencial de la CDPD, nos centramos en primer lugar en el principio de autonomía. Si bien en la CDPD no hay un artículo que regule expresamente el mismo, se menciona varias veces a lo largo del texto y se reconoce la “importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual” en el preámbulo. Según la RAE, la autonomía se puede interpretar como la “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie” o la “capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos

⁴⁶ Biel Portero, I., *op. cit.*, 2009, p. 114.

y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala”. Así, se entiende la autonomía como la potestad de tomar decisiones sin injerencias ajenas.

Siguiendo a Miguel del Águila⁴⁷, se podría considerar el fundamento de todas las demás libertades. En el CDPD encontramos este principio vinculado con derechos como el derecho a la vida independiente o el derecho a la participación política, entre otros. No obstante, el principio de autonomía puede ser cuestionado en relación con las personas con discapacidad, imponiendo a veces el criterio de aquellas personas que les rodean y omitiendo completamente la consulta a las mismas. Si bien esto último no se puede permitir, se debe evitar también caer en el lado opuesto, es decir, pretender que las personas con discapacidad no necesitan el apoyo de nadie más. Esto puede derivar en el gran error de equiparar la “independencia” con la “autosuficiencia”.

En ningún momento se puede perder de vista que las personas con discapacidad, en mayor o menor medida, van a requerir un grado de ayuda superior. En este sentido se debe comprender que la autonomía no implica que se deba prescindir de apoyos. Es así como surge el concepto de “interdependencia” en relación con este principio. En el marco al que nos referimos, entendemos la interdependencia como la mutua dependencia entre dos personas (una de ellas con discapacidad), que no implica la exclusión de la posibilidad de desarrollar la autonomía. Es decir, no se priva a la persona con discapacidad de su autonomía por brindarle apoyo, ofreciéndole ayuda de manera complementaria.

Otros principios que son reformulados sobre la base del modelo social de discapacidad en la CDPD son los de igualdad y no discriminación, establecidos en el artículo 5. Estos han ido de la mano a lo largo del tiempo y en el pasado la no discriminación podía ser entendida o interpretada como el aspecto negativo del principio de igualdad, tal y como establece Miguel de Águila⁴⁸. De esta forma, la infracción del principio de igualdad radicaba en una actitud discriminatoria. Las personas con discapacidad siempre han sido objeto de prejuicios o estereotipos por su aspecto físico o forma de ser. Por ello, se viene infringiendo el principio de igualdad y no discriminación desde los inicios. Así, se puede entender que el artículo 5 CDPD requiere “igual trato en igual situación y diferente trato en situaciones desiguales”⁴⁹.

En conclusión, ambos conceptos deben entenderse de manera separada, pero similar, ya que siempre han de ir de la mano, y entender que las personas con discapacidad pueden tener diferencias respecto a las no discapacitadas. Comprender esto es el primer paso que se debe dar hacia la igualdad, ya que

⁴⁷ Miguel del Águila, L., “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector” en Salmón, E. y Bregaglio, R. (ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 61.

⁴⁸ Miguel del Águila, L., *op.cit.*, p. 60.

⁴⁹ *Id.*

una vez entendido eso, se debe interiorizar que no se trata de darles un idéntico trato al dado a todo el mundo, sino que se debe promover la consecución de un mundo donde dichas personas gocen de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las mismas condiciones a las personas no discapacitadas.

Por otro lado, respecto al principio de no discriminación, este ha adquirido, con el paso del tiempo, “un sentido autónomo, específico y concreto”⁵⁰. En este sentido, se deben reunir ciertas condiciones para considerar que estamos ante un acto discriminatorio: “un trato diferenciado o desigual, un motivo prohibido sobre la base del cual se ha diferenciado y un objetivo o resultado, es decir, la búsqueda de la exclusión o el menoscabo de los derechos de la persona que recibe el trato diferente.”⁵¹. A este respecto, podemos afirmar que la discapacidad ha sido tratada como motivo prohibido a lo largo de la historia, no dejando a las personas con discapacidad disfrutar a veces de ciertos derechos como la educación o el derecho al voto. No obstante, a través de los principios de igualdad y de no discriminación, se trata de concretar en el CDPD grandes mejoras para este colectivo como el derecho de accesibilidad consagrado en el art. 9 o el acceso a la educación reconocido en el art. 24.

Con el objetivo de conseguir un mundo mejor donde las personas con discapacidad gocen del pleno ejercicio de sus derechos, el art. 9 CDPD, establece el principio de accesibilidad según el cual todos los Estados Parte trataran de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las no discapacitadas, a aspectos básicos de la vida como la información, el transporte, o las instalaciones abiertas al público o de uso público. En otras palabras, el principio de accesibilidad garantizaba la supresión de las barreras que hasta ese momento hacían imposible el acceso al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

De la misma manera, se otorga igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso a la justicia, garantizando así la protección necesaria frente a situaciones vejatorias o denigrantes en las que las personas con discapacidad pueden verse envueltas como la tortura, los tratos degradantes, la explotación o el abuso.

⁵⁰ Bregaglio Lazarte, R., “El principio de no discriminación por motivo de discapacidad” en Salmón, E. y Bregaglio, R. (ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 75.

⁵¹ *Ibid.* p.77.

IV. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En el ámbito de protección y puesta a disposición de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, lo más novedoso, actual e interesante para introducir este apartado en mi opinión, es la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁵².

La Ley 8/2021 entra en vigor en España el 3 de septiembre de 2021. Su objetivo principal es adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York. Esta Ley se basa en el art. 12 de la CDPD, el cual establece en su apartado 2 que *“los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*, debiendo así los Estados Partes adoptar todas las medidas necesarias en los ordenamientos jurídicos correspondientes para garantizar lo establecido en el artículo a las personas con discapacidad.

Con esta nueva Ley se produce un gran cambio. Se pasa de predominar en el ordenamiento jurídico español la sustitución en la toma de decisiones que afectaban a las personas con discapacidad por el respeto a la voluntad y preferencias de dicha persona, tratando de imponerse como regla general que sean ellas quienes se encarguen de tomar sus propias decisiones.

El objetivo prioritario es dar máxima importancia a las medidas voluntarias, en especial en aquellas situaciones en las que se pueda anticipar una futura discapacidad, dando la oportunidad a la persona en cuestión de decidir las propias medidas que quiere que se le apliquen en el porvenir. Adquieren así notable relevancia los poderes preventivos y la auto curatela.

Se producen importantes modificaciones en la Ley del Notariado, en el Código Civil, en la Ley Hipotecaria, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la Ley 41/2003, en la Ley del Registro Civil, en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, y por último, en el Código de Comercio.

Se introduce como principal cambio la supresión de la incapacitación judicial. Esta implicaba la imposibilidad de una persona de tomar sus propias decisiones, debido al padecimiento de una discapacidad física, psíquica o intelectual, mediante el inicio de un procedimiento judicial con la finalidad de incapacitarla. Tras esta reforma, desaparece cualquier tipo de declaración judicial de modificación de capacidad, y se instaura un régimen que busca adoptar medidas de apoyo que respondan a las necesidades de las personas, teniendo en cuenta sus deseos y preferencias. Como consecuencia de ello, se eliminan los términos jurídicos de “incapaz”, “incapacitado” y “discapacitado”, hablando ahora en la nueva Ley de “personas con discapacidad”.

⁵² BOE 3 de junio de 2021.

Se suprime igualmente las instituciones de la tutela, la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y la prodigalidad.

Toda eliminación requiere de una sustitución. Por ende, se implementan nuevas instituciones cuyo fin es el apoyo a las personas con discapacidad.

Así, se ve un ejemplo de ello en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre. En esta sentencia, el Tribunal Supremo aplica el nuevo régimen para resolver acerca de un recurso frente a una sentencia en la cual se modificaba la capacidad del sujeto y se constituían medidas de apoyo bajo el régimen de incapacitación anterior. En este caso, nos encontramos ante un señor el cual padece Síndrome de Diógenes (trastorno caracterizado por el abandono personal y social, el aislamiento voluntario en el domicilio habitual, y la acumulación en el mismo de cantidades ingentes de basura y objetos inservibles, según lo definido en el blog *Psiquion*⁵³).

Ante las quejas de los vecinos, el Ministerio Fiscal presenta una demanda solicitando que se determinase la capacidad del señor, así como la constitución de apoyos necesarios. La Sentencia de Primera Instancia modifica la capacidad de obrar del sujeto y acuerda la asistencia en el orden y limpieza como medida de apoyo. Esta sentencia es recurrida en apelación por el sujeto en cuestión, mostrando su total disconformidad con la figura de apoyo impuesta en la Sentencia de Primera Instancia, siendo éste desestimado y llegando por ello al Tribunal Supremo en casación. El Tribunal Supremo se pronuncia en la Sentencia por primera vez sobre el nuevo régimen legal y resuelve que se debe suprimir la modificación de capacidad del sujeto establecida en la Sentencia de Primera Instancia y se sustituye la tutela por la curatela, ajustándolo así al nuevo régimen establecido por la Ley 8/2021. No obstante, el Tribunal Supremo establece que “no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre”⁵⁴, por ello, pese a sustituir la tutela por la curatela confirma el contenido de las medidas de apoyo.

Extraemos como conclusión que, aun habiéndose suprimido la figura de la tutela, se siguen aplicando medidas de apoyo dirigidas a proporcionar la mejor ayuda posible en función de las necesidades de la persona en cuestión.

Cabe mencionar respecto a las modificaciones que, únicamente en Cataluña, se introduce la figura del asistente. Esto es aprobado por el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el

⁵³ “Síndrome de Diógenes”. *Psiquion*, 2019 (obtenido de <https://www.psiquion.com/blog/sindrome-diogenes-sintomas-causas>, última consulta: 18 de marzo de 2023).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2021, de 8 de septiembre. FJ Cuarto (obtenido de <https://vlex.es/vid/875733238>, última consulta: 18/03/2023).

Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. El asistente es una persona que presta apoyo a la persona con discapacidad en cuestión, en función de las necesidades que ésta tenga. Se trata de una figura “hecha a medida” para cada caso concreto.

La figura del asistente únicamente presente en Cataluña, se sustituye por la curatela (figura recogida previamente en el Código Civil a la que se le otorgan nuevas funciones) en el resto de España, siendo las funciones de ambas idénticas en la práctica al otorgarse a la curatela la función representativa.

Esta figura se encuentra regulada en los arts. 268 y ss. del Código Civil. La curatela se constituye por resolución judicial motivada, la cual establece los actos en los que se prestará apoyo, dado que se trata de una figura asistencial con carácter general, y de forma excepcional representativa, debiendo ser fijados por la autoridad judicial los actos concretos en los que el curador está legitimado para actuar como representante.

Por otro lado, está la figura del defensor judicial, la cual únicamente será nombrada en ciertos casos expresamente previstos por Ley, y la del guardador de hecho, quien sin falta de nombramiento judicial cuida y atiende a la persona con discapacidad. Todas estas figuras se desarrollarán de manera más detallada en el apartado previsto para hablar de los mecanismos de protección a disposición de las personas con discapacidad.

Si bien esta Ley ha implementado una gran cantidad de novedades en parte del ordenamiento jurídico español, también ha supuesto que se den aspectos polémicos al respecto. En primer lugar, debemos atender a la sustitución del interés superior por la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Así, como se mencionaba antes se produce una alteración en el sistema, dado que se elimina el anterior sistema de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, estableciéndose como regla general el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del individuo en cuestión.

No obstante, reciente jurisprudencia reconoce que cabe la posibilidad de imponer medidas de apoyo a pesar de ir contra la voluntad de la persona con discapacidad. Esto se desprende del tenor literal establecido en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 (mencionada previamente), el cual versa de la siguiente manera: *“En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación.*

*El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”.*⁵⁵

Gracias a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se permite la imposición de medidas de apoyo que no tengan en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad, en casos excepcionales donde sea necesaria la ayuda asistencial.

Esta ley, además, proporciona la posibilidad de “acudir a un procedimiento contradictorio en el caso de la oposición de una persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo”⁵⁶.

Esta posibilidad es consolidada de nuevo por el Tribunal Supremo en la misma Sentencia mencionada previamente, estableciendo lo siguiente: “*Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42 bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b].5 LJV)*”.⁵⁷

Tras observar estos ejemplos donde se ve que aún cabe la imposición de medidas de apoyo en caso de oposición por parte del discapacitado, no se puede perder de vista que con la entrada en vigor de esta nueva Ley prima la voluntad del incapaz. Así queda constatado en los artículos 249 CC, 264.1 CC o 268.1 CC, haciendo referencia en todos ellos a la “voluntad, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad.

Este principio también se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Civil, atendiendo como ejemplo al art. 749 LECiv. Con carácter previo a la Ley 8/2021, en este artículo se establecía que cuando el Ministerio Fiscal interviniese en procesos sobre capacidad este “*velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada*”. Sin embargo, tras la introducción de la nueva Ley, se establece lo siguiente: “*El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor*”. Al respecto de esta modificación en cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, y como conclusión, Arnau Moya⁵⁸ considera que es un error por parte del órgano legislativo haber suprimido el principio del interés superior de la persona, dado que este se trataba de un mecanismo que principalmente impedía que la persona se hiciese daño a sí misma. En este sentido, se debe tener en cuenta que si bien las personas con discapacidad deben contar con libertad para tomar decisiones, puede haber ciertas decisiones que

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista de Bolivia de Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 554 y 555.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2021, de 8 de septiembre, *op.cit.*

⁵⁸ Arnau Moya, F., *op.cit.*, pp. 558 y 559.

tomen que vayan en contra de sus intereses patrimoniales o personales generándoles daño. Por ello, su voluntad debe tener algún límite legislativo.

Por otra parte, a lo largo de la nueva ley se emplea de manera continuada la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica”, eliminando básicamente el concepto de “capacidad de obrar”. En este sentido, cabe realizar la distinción entre ambos conceptos. Atendiendo a la RAE, la capacidad jurídica hace referencia a la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar es la aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación. La diferencia primordial entre ambas capacidades reside en que la capacidad jurídica la ostenta toda persona desde su nacimiento por el simple hecho de serlo. No obstante, la capacidad de obrar puede modularse, y depende de dos factores: la edad y de la capacidad modificada judicialmente. La expresión “capacidad de obrar” no se menciona ni una sola vez en este nuevo texto legal, pareciendo que ambas capacidades se han fusionado en la expresión de “capacidad jurídica”. Por ello, según Arnau Moya debe distinguirse entre capacidad jurídica, como una situación estática, si se va a abandonar la expresión “capacidad de obrar”⁵⁹.

Por último, y a mi parecer, uno de los grandes cambios que se ocasiona con esta nueva Ley es la desaparición de la tutela de las personas con discapacidad. Previa modificación introducida por la Ley 8/2021, la tutela se regulaba en los arts. 222 y ss. del CC, recogiendo en el art. 222 los grupos de personas sobre los que se podía ejercer tutela: los menores y los incapacitados. No obstante, con la nueva regulación esto cambia, y únicamente se puede ejercer tutela sobre menores no emancipados que no se hallen sujetos a la patria potestad o sobre menores que se encuentren en situación de desamparo.

Así, se establece la curatela como gran medida de apoyo para las personas discapacitadas. En este sentido, la curatela es más que adecuada para aquellas personas con discapacidades moderadas, dado que el curador únicamente se limita a complementar la capacidad de aquellas personas que no la ostenten completamente, siempre respetando la voluntad y preferencias del individuo en cuestión. Al hilo de lo anterior, en caso de ser una persona que necesite la sustitución en ciertos actos que le sean imposibles, se acudiría a la curatela representativa de acuerdo con la nueva regulación. El problema radica esencialmente en la situación de que la discapacidad sea avanzada e implique una gran dependencia dado que se trata de una persona que quizás su voluntad no tiene entidad suficiente como para que pueda complementarse, no cabiendo así ni siquiera la curatela representativa. Atendiendo a esto, quizás lo correcto sería mantener la tutela como un mecanismo reservado para casos extremos y aplicado de forma subsidiaria a la curatela.

⁵⁹ *Ibid*, pp.560-562.

Como ya hemos mencionado previamente, a raíz del artículo 12 de la CDPD, en especial del apartado 2, que establece el igual reconocimiento como persona ante la ley y versa de la siguiente manera: “*Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”, se produce la instauración del sistema de apoyo frente al antiguo sistema de sustitución en la toma de decisiones.

No obstante, antes de adentrarnos en este cambio, considero preciso mencionar o explicar en qué consistía el antiguo sistema de sustitución para apreciar realmente la modificación que supuso. Este sistema se fundamentaba principalmente en el modelo médico que explicamos anteriormente, donde se consideraba que las personas con discapacidad era imposible que tomaran decisiones de manera racional. De esta manera se encontraba justificación a que un tercero entrase en la vida de la persona con discapacidad para restringir o incluso anular su capacidad jurídica tomando las decisiones por la persona en cuestión.

La incapacitación en la legislación española se encontraba regulada en el artículo 200 del Código Civil en materia de tutela, donde un título entero se dedica a la incapacitación. De este artículo se desprende lo siguiente: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. Se trata pues de una institución que limita o restringe la autonomía de la persona por considerar que no es capaz de autogobernarse a sí mismo y a sus bienes. Esta institución está orientada teóricamente a proteger a la propia persona que requiere de la misma. Sin embargo, siguiendo a Cuenca Gómez “la regulación de la capacidad jurídica en nuestro sistema, y en otros muchos, no se orienta sólo a proteger a la persona “incapacitada”, sino también a proteger la integridad, el valor y la utilidad de ciertas prácticas consideradas socialmente relevantes determinando quiénes pueden y quiénes no pueden participar en ellas”⁶⁰.

En este momento, conviene señalar que, según Cuenca Gómez⁶¹, la legislación española partía de una presunción *iuris tantum*, es decir, de que todas las personas mayores de edad tenían plena capacidad de obrar. No obstante, la concurrencia de determinadas circunstancias legalmente tasadas podía ocasionar que esta presunción se rebata en el contexto de un proceso judicial. Y si bien la solución lógica ante estas situaciones de incertidumbre debería haber sido, a nuestro juicio, el ofrecer a la persona un sistema de apoyo y asistencia, la decisión de la mayoría de las sentencias judiciales que resolvían al respecto resultaba ser la incapacitación y la proporción de un sistema de tutela, el cual se debía ejercer siempre en beneficio del tutelado.

⁶⁰ Cuenca Gómez, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica de derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, vol.10, p.64.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 66-69.

Pero ahora bien, ¿qué se entendía por el “beneficio del tutelado”? Para Álvarez Lata y Antonio Seoane significaba que el guardador “había de buscar el (mayor) interés del tutelado, interés que había de prevalecer sobre otros intereses en juego y, por supuesto, sobre el interés del guardador”⁶². Sin embargo, a pesar de establecerse esta regla, no se regulaba ninguna disposición que obligase a escuchar al incapaz o llevar a cabo actuaciones conforme a su voluntad o preferencias. De esto se desprendía, que el sistema español no tenía en cuenta a la persona incapacitada a la hora de tomar decisiones. La única excepción sería en el caso de la autotutela donde la persona prevería su incapacitación futura.

No obstante, tras la Convención de Nueva York se adopta un nuevo sistema de apoyo. La primera diferencia respecto al sistema anterior es que en esta ocasión el fundamento está en el modelo social. En línea con este modelo, la cuestión no radica en la adaptación de las personas con discapacidad para poder tener una vida social plena, sino en la remodelación de la sociedad para ofrecer la inclusión de estas en igualdad de condiciones. Así, el artículo 12.3 de la CDPD establece que “*los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Es así como a lo largo de la Convención se tratan de eliminar las barreras que impedían el libre acceso en igualdad de condiciones a través del establecimiento de diferentes principios como el principio de accesibilidad, acceso a la justicia o libertad de desplazamiento y nacionalidad.

Con este nuevo sistema se trata de delegar a un segundo plano el antiguo sistema de incapacitación intentando en un primer lugar y como primera alternativa ofrecer un sistema de apoyo que beneficie el ejercicio de la persona en cuestión en las tomas de decisiones. De no ser esto posible, se deja como última opción el sistema de representación, dándole un carácter puntual. Así, la capacidad jurídica pasaría de limitarse o restringirse como en el antiguo sistema a ejercerse en distintas modalidades. Según Cuenca Gómez, “de acuerdo con esta interpretación la presunción de capacidad jurídica establecida por el artículo 12.2 se presenta como un principio general que no admite excepciones, como una presunción *iuris et de iure*, y el sistema de apoyo reemplaza completamente al sistema de sustitución, lo que supone no ya la necesidad de reformar y complementar los sistemas de incapacitación y de sustitución hasta entonces vigentes, sino que implica su total desmantelamiento”⁶³.

En los siguientes apartados ahondaremos más profundamente en las distintas figuras de apoyo a disposición de las personas con discapacidad.

⁶² Álvarez Lata, N. y Antonio Seoane, J., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, p. 36.

⁶³ *Ibid.*, Cuenca Gómez, P., p. 74.

2. LA PERSONA DISCAPACITADA EN EL CÓDIGO CIVIL

Resulta conveniente, para entender quiénes son para el derecho civil las personas con discapacidad, empezar este apartado haciendo referencia a la Disposición Adicional Cuarta del Código Civil, según la cual:

“La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

El primer párrafo de esta disposición fue introducido como una de las modificaciones de la Ley 41/2003, haciendo referencia a ciertos artículos del Código Civil que también se han visto reformados tras la nueva redacción que le otorga la Ley 8/2021.

En este sentido, para los seis artículos mencionados en el propio precepto y siguiendo a Gomá Lanzón⁶⁴, se entiende la discapacidad como la existencia de deficiencias tanto físicas como psíquicas. Aquí irradia una de las principales novedades introducida por la Ley 8/2021, puesto que previa entrada en vigor de esta ley, se consideraba como personas con discapacidad a aquellas que necesitaban medidas de apoyo, considerando como medida de apoyo fundamental la incapacitación según el antiguo artículo 200 CC. Así, en su momento se entendía que únicamente las personas con deficiencias psíquicas precisaban de esta ayuda para poder realizar otorgamientos negociales.

Gomá Lanzón⁶⁵ establece que, previa existencia de esta ley, las personas con discapacidades físicas no requerían de medidas de apoyo, venían realizando declaraciones de voluntad u otorgamientos negociales, sin precisar más apoyo que el básico relacionado con la discapacidad en cuestión. Es decir, si una persona ciega estaba ante una compraventa, se le leía la escritura notarial.

No obstante, nadie interfería en su decisión, pues su voluntad y su manera de expresarla no suponían un inconveniente. Con la nueva redacción de la Disposición, en relación con los seis artículos del Código Civil, el discapacitado puede ser tanto físico, cuando su discapacidad sea considerada de dependencia II o III o tenga una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, como

⁶⁴ Gomá Lanzón, F., “Quiénes son las personas con discapacidad y qué son las medidas de apoyo en la ley 8/2021”, *Hay Derecho*, 2022 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2022/12/01/quienes-son-las-personas-con-discapacidad-y-que-son-las-medidas-de-apoyo-en-la-ley-8-2021/>, última consulta: 27/02/2023).

⁶⁵ *Id.*

psíquico, cuando la discapacidad sea igual o superior la 33%. Para el resto de artículos, la persona con discapacidad será aquella que necesite de medidas de apoyo para el desarrollo y ejercicio de su capacidad jurídica según Gomá Lanzón⁶⁶ y la propia Disposición Adicional Cuarta.

En los apartados siguientes, se ahondará de manera más detallada en tres de las disposiciones normativas más interesantes en relación con la discapacidad.

3. LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

Como ya hemos mencionado, la Ley 8/2021 aboga por dar preferencia a la libertad de decisión y mayor autonomía a las personas con discapacidad. Por ello, esta ley insta un nuevo sistema de medidas voluntarias de apoyo, encontrándose reguladas las mismas en su Capítulo II. Nos estamos refiriendo a los poderes y mandatos preventivos.

Siguiendo a Sospedra Navas, “la reforma del Código Civil operada por la Ley 41/2003 incorporó un último párrafo al art. 1732 del CC, en la regulación del contrato de mandato, que daba entrada a los denominados poderes preventivos, al no extinguirse el mandato por la incapacitación sobrevenida del mandante cuando en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante”⁶⁷.

En la Ley 41/2003, se encontraban recogidos los poderes preventivos, si bien como una medida de apoyo la cual siempre podía ser revocada si una autoridad judicial lo consideraba conveniente. Tras la Ley 8/2021, se considera por primera vez el apoderamiento como una institución separada, dedicándole los artículos 256 al 257 de la misma.

Según García Fernández, las medidas voluntarias son aquellas “establecidas por el propio sujeto, a través de las cuales designa quién o quiénes deben, a su vez, prestarle apoyo ante una situación de pérdida o falta de capacidad, y con qué alcance”⁶⁸. Las medidas de apoyo, ya sean voluntarias o judiciales, tienen como objetivo garantizar el libre desarrollo de la personalidad de la persona en igualdad de condiciones, sin que esto implique una restricción en su autonomía. La diferencia principal que radica entre las medidas judiciales y voluntarias es que mientras a las primeras las designa una autoridad judicial, a las segundas cualquier persona mayor de edad o menor emancipado puede recoger en escritura pública las medidas de apoyo de las que quiere verse beneficiado ante un

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Sospedra Navas, F.J. “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad” en *Aranzadi Digital*, núm. 1/2021, parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021, p.6 (disponible en [https://insignis-aranzadidigital-es.eu1/BIB 2021\3733](https://insignis-aranzadidigital-es.eu1/BIB%2021\3733), última consulta: 28/03/2023).

⁶⁸ García Fernández, J. “La especial importancia de los poderes preventivos en el nuevo régimen de protección a las personas con discapacidad”, *Garrigues Comunica*, 2021 (disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/especial-importancia-poderes-preventivos-nuevo-regimen-proteccion-personas-discapacidad, última consulta: 01/03/2023).

posible desarrollo futuro de alguna discapacidad, regulando igualmente el contenido y alcance de estas. Sin embargo, con la reforma de la Ley 8/2021, las medidas judiciales únicamente podrán ser adoptadas en defecto o ante la insuficiencia de las voluntarias. Los poderes preventivos constituyen para la persona con discapacidad una forma de proteger sus intereses, tanto personales como patrimoniales llegado el momento en el que la persona en cuestión no puede gobernarse a sí mismo y cede su gobierno al apoderado o mandatario en los términos establecidos por él mismo.

Siguiendo a Gomá Lanzón⁶⁹, el poder concedido por el poderdante puede tener un contenido muy variado, dado que puede incluir lo que considere necesario, concediendo al apoderado facultades para vender, administrar, comprar... en su nombre. También puede darse la opción del comúnmente llamado “poder de ruina”, que se trata de un poder general donde se incluyen todas las facultades de carácter patrimonial.

Los poderes preventivos tienen dos modalidades. Por un lado, el poder continuado o prorrogado, y por otro lado, el poder preventivo puro.

Según Benavides Lima, el poder continuado o prorrogado despliega sus efectos desde su concesión, pero con la especialidad de que, además, “subsista y mantenga su vigencia una vez declarada la incapacitación del poderdante”⁷⁰. Por otro lado, el poder preventivo puro, considerado el poder *ad cautelum*, y el cual se otorga para el supuesto de que el concedente empiece a precisar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. En relación con esta segunda modalidad de poderes preventivos, siguiendo a García Fernández “para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, con posibilidad de que el cumplimiento de estas se garantice mediante acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial al respecto”⁷¹. En cuanto a su extinción, los poderes se extinguen ante la muerte del poderdante y ante su caída en discapacidad mental. No obstante, se regula una excepción a esto último en el artículo 256 CC donde se establece que “el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad”. Esta condición tiene mucho sentido dado que, si bien es cierto que si el poderdante no consta de sus plenas facultades mentales no tendrá la opción de revocar el poder si lo deseara, en el ámbito familiar resulta conveniente permitir esta excepción y delegar en ellos el poder de decidir sobre uno mismo, en caso de ser personas de confianza. Sobra decir que la condición imprescindible para que las medidas voluntarias sean eficaces es que la persona

⁶⁹ Gomá Lanzón, F. “Los poderes preventivos en la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *Hay Derecho*, 2021 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/06/08/los-poderes-preventivos-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>, última consulta: 01/03/2023).

⁷⁰ Benavides Lima, “Más vale prevenir que curar: ¡Haz tu poder preventivo!, 2017 (disponible en <https://www.jesusbenavides.es/blog/que-son-poderes-preventivos>, última consulta: 01/03/2023).

⁷¹ García Fernández, J. , *op.cit.*

con discapacidad cuente con plenas facultades en el momento del otorgamiento del poder, por ello, se debe realizar el mismo en escritura pública.

4. LAS MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO

4.1. La curatela

La curatela viene regulada como la medida judicial principal de apoyo para las personas con discapacidad en los arts. 275 a 294 de nuestro Código civil. Siguiendo la filosofía de esta ley, es esencial que sea la persona en sí quien goce de la mayor autonomía posible y tome sus propias decisiones. Es por ello por lo que se elimina la figura de la tutela, cuyo carácter era puramente representativo, sustituyéndolo por la curatela, con carácter asistencial exceptuando ciertos casos que mencionaremos posteriormente. Si bien es cierto que la curatela se adoptará únicamente en el caso de que las medidas voluntarias sean insuficientes, dado que no debemos olvidar su preferencia en este nuevo sistema.

La institución de la curatela tuvo gran importancia en el Derecho Romano proviniendo de la función jurídica del *curator*, según Oliver Sola⁷², quien expone las distintas clases de curatela que se daban en aquella época como la *cura furiosi* (otorgada a aquella persona que carecía de padre de familia o tutor) o la *cura prodigi* (ejercida sobre aquellas personas incapaces de llevar sus gastos económicos), siendo considerada ambas por Oliver Sola como las clases más antiguas de curatela. El *curator* era aquella persona cuyo objetivo era cuidar y salvaguardar a aquellas personas que no cumplían los requisitos legales de tener un *tutor*. Así, la propia palabra implica ayuda y asistencia, dando por ello a esta institución una naturaleza primordialmente asistencial. No obstante, habrá casos en los que el curador pueda desarrollar funciones representativas.

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se eliminan para las personas con discapacidad las clásicas figuras de la tutela, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada, por considerar que son “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad”⁷³, tal y como se establece en su preámbulo. Se elimina igualmente la prodigalidad como una institución autónoma, por considerar que tiene cabida en las distintas medidas de apoyo judiciales establecidas en la reforma.

En el art. 269 CC se establece que la autoridad judicial constituirá la curatela por medio de resolución motivada, en defecto o insuficiencia de las medidas voluntarias. También será la autoridad judicial quien determine los actos en los que el curador deberá prestar asistencia teniendo en cuenta las necesidades de la persona que requiere de apoyo. Es el precepto citado el que introduce que en ciertos

⁷² Oliver Sola, M.C., “Precedentes romanos sobre adopción, tutela y curatela”, *Dereito*, vol. 18, núm. 2, pp. 208-209.

⁷³Exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en apartado III (obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>, última consulta: 22/03/2023).

casos excepcionales el curador podrá asumir la representación de la persona con discapacidad al estar ante circunstancias donde sea imprescindible, determinándose en la resolución motivada los actos específicos donde podrá actuar como representante. No obstante, no se deja atrás la esencia de la reforma de esta ley, y se concreta que en ningún caso se podrá privar de sus derechos a la persona mediante resolución judicial.

En cuanto al nombramiento del curador, se regula en los arts. 275 a 281 CC. Se especifica quiénes podrán y quiénes no podrán ser curadores. Respecto a lo primero, únicamente se precisa de manera general que se traten de personas mayores de edad aptas para el desempeño de la función según la autoridad judicial. También podría nombrarse curador a fundaciones o personas jurídicas sin ánimo de lucro que persigan la promoción de autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

Respecto a quiénes no pueden ser nombrados como curador, están aquellas personas excluidas por la propia persona necesitada de apoyo, quienes estuviesen suspendidos o removidos en el ejercicio de cualquier medida de apoyo por resolución judicial, quienes hubiesen cometido un delito dando a suponer que no desarrollaran adecuadamente el papel de curador, los que tengan conflicto de intereses con la persona en cuestión y aquellos que puedan ser culpables de un procedimiento concursal.

De igual manera, en el art. 276 CC se señalan las personas a las que la autoridad judicial nombrará curador en defecto de una propuesta por parte de la persona que precise apoyo, siendo preferidas las del ámbito familiar: cónyuge, descendientes y ascendientes. En este caso, la persona en cuestión será oída para atender sus preferencias, y de no ser clara su voluntad, la autoridad nombrará a quien le resulte más idónea para respetar y garantizar la autonomía y deseos del individuo necesitado.

No es preciso nombrar a un único curador, dándose la opción en el art. 277 CC de separarse los cargos de curador de la persona como tal y de curador de sus bienes. Mediante expediente de jurisdicción voluntaria, el art. 278 CC regula la terminación del cargo de curador si incurre en causa legal de inhabilidad o desarrolla de forma incorrecta su papel incumpliendo los deberes encomendados o ante problemas de convivencia con la persona con discapacidad. Cabe mencionar que el curador obtiene una retribución en el caso de que el patrimonio del individuo que precise apoyo sea suficiente para ello, y el reembolso de todos los gastos justificados o indemnización por daños sufridos en el transcurso de su función.

El curador tiene la obligación de mantener contacto cercano y personal con la persona con discapacidad prestándole apoyo en todo momento y desempeñando las funciones encargadas, siempre respetando los deseos y preferencias del individuo y actuando con la debida diligencia para ello.

Respecto al curador representativo, esta es una de las principales novedades introducidas por la reforma de la Ley 8/2021. Previamente, era el tutor quien representada al menor o incapacitado, y el curador únicamente complementaba la capacidad de quien lo necesitase. Tras la reforma y ante la

supresión de la figura de la tutela, “se amplía el ámbito de las funciones del curador al permitírsele que pueda realizar funciones representativas que hasta el momento, tanto en el caso de los menores como de las personas con capacidad modificada judicialmente, habían venido estando reservadas en exclusiva al tutor”⁷⁴. De acuerdo con el art. 269 CC, las funciones representativas se deberán desarrollar atendiendo a los criterios del art. 249 CC que establece que “*se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*”.

Por último, en relación con el curador representativo, el art. 287 CC precisa que habrán determinados actos para los que requiera autorización judicial, y enumera unos cuantos entre los que se encuentra la realización de actos que puedan tener trascendencia personal o familiar para la persona afectado o la enajenación de bienes inmuebles, objetos preciosos... entre otros.

La extinción de la curatela se regula en el art. 291 y tiene lugar ante la muerte o declaración de fallecimiento de la persona que precisa apoyo. De igual manera, también se puede extinguir mediante resolución judicial si desaparece la necesidad de esta medida de apoyo o cuando se adopta una distinta por considerarla más adecuada.

Dentro de este apartado, es necesario mencionar la autocuratela. Ésta se trata de una medida voluntaria que precisa de intervención judicial. Se encuentra regulada en los arts. 271 al 274 CC. En virtud del art. 271, “*cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador*”. Será la propia persona quien determine también el régimen jurídico del curador especificando las funciones y contenido de la curatela. Siguiendo a Sospedra Navas, “la autocuratela es reflejo de los principios de libertad civil y de autonomía de la voluntad”⁷⁵, por lo que es preciso cumplir lo dispuesto en el documento de autocuratela por la persona con previsión de futura inhabilitación. La autoridad judicial únicamente podrá prescindir de las disposiciones estipuladas por la persona ante la concurrencia de circunstancias graves que la persona que las estableció desconoce o alteración de las causas expresadas por ella.

⁷⁴ Arnau Moya, F., *op.cit.*, p. 551.

⁷⁵ Sospedra Navas, F.J., *op.cit.*, p. 8.

Por último, siguiendo a Velilla Antolín⁷⁶, se comentan a continuación ciertos aspectos polémicos sobre la actual regulación de la curatela.

En primer lugar, tras la eliminación de la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada, las personas que se ocupan de individuos que sufren discapacidades altas o graves se enfrentan a un problema. Tras esta reforma, los progenitores que tienen hijos con enfermedades o patologías que necesitan ser asistidos en las actividades más básicas en todo momento, pasan a ser curadores representativos al parecer de Velilla Antolín⁷⁷, puesto que debe tenerse en cuenta que muchas enfermedades impiden al discapacitado dar consentimiento a sus padres para actuar en su representación, siendo por ello propenso acudir a la excepción de la curatela representativa. Con la anterior patria potestad prorrogada los padres en este caso tenían esta institución hasta su fallecimiento o incapacitación, sin tener la obligación de rendir cuentas anuales ante un juez según Velilla Antolín, a diferencia de lo que ocurre con la curatela, que atendiendo al art. 292 CC el curador deberá rendir cuentas periódicamente.

Ahora, no obstante, debido al art. 285 CC, el curador representativo deberá hacer inventario ante el juez. En segundo lugar, el preámbulo de la ley establece que *“todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación”*.

Ante este artículo, Velilla Antolín⁷⁸ opina que debería establecerse la discrecionalidad judicial para poder excluir los casos en los que no haya perspectiva de “recuperación” o de llegar a un grado de autogobierno mayor al actual. En mi opinión, si bien la Ley 8/2021 realiza una buena labor intentando favorecer la autonomía y la consideración de las preferencias de las personas con discapacidad, sin embargo, creo que debería ser más explícita contemplando aquellos casos donde la discapacidad es tan elevada que la persona jamás podrá valerse por sí misma, requiriendo siempre una figura que le represente y apoye. Ante esta situación se podría defender que para ello existe la curatela representativa, no obstante, creo que precisa de muchos procedimientos judiciales periódicos como la rendición de cuentas regulada en el art. 292 CC o la obligación de hacer inventario del patrimonio de la persona con discapacidad del art. 285 CC que pueden dificultar en cierta medida la función tuitiva.

⁷⁶ Velilla Antolín, N., “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El notario del siglo XXI*, núm. 107, 2023 (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>, última consulta: 02/03/2023).

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

4.2. El defensor judicial

La institución del defensor judicial se trata de una medida de apoyo autónoma y coyuntural; autónoma en el sentido de que no depende de la existencia de otras medidas de apoyo (una persona es designada judicialmente para proteger a una persona con discapacidad en una serie de casos concretos tipificados que abordaremos más adelante) y, coyuntural, pues es una figura de carácter no estable, dado que entra en juego en determinadas situaciones específicas, especialmente cuando hay crisis con las demás medidas de apoyo.

Otra novedad introducida por la reforma es la diferenciación entre el defensor judicial del menor, regulado en el art. 235 CC, y el defensor judicial de la persona con discapacidad, recogido en el art. 295 CC. Si bien nuestro estudio no va a centrarse en el menor, cabe mencionar que el art. 235 CC recoge los casos en los que se nombrará defensor judicial para el mismo, pero la regulación al respecto es escasa remitiéndose en el siguiente artículo a las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad.

En cuanto a los supuestos legales de actuación del defensor judicial, se encuentran recogidos en el art. 295 CC, que establece lo siguiente:

“Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.”

Como se puede observar, el precepto presenta cinco supuestos de diversa índole. Algunos de ellos surgen a raíz de un conflicto en el funcionamiento de las medidas de apoyo, en otros casos es para que el defensor administre los bienes de la persona mientras se decide la medida de apoyo que precisa el caso concreto, y en otras situaciones es para adoptar esta ayuda como medida formal.

Veamos cada una de ellas:

En primer lugar, se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad *“cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona”*. Esto proporciona una seguridad y protección de la persona con discapacidad en el caso de que a la persona que estuviese ejerciendo una medida de apoyo sobre ella le resultara imposible desempeñarla correctamente. De esta manera se persigue el fin máximo de las medidas de apoyo, tanto voluntarias como judiciales, que es no dejar desamparadas a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El impedimento de la persona encargada puede ser puntual o prolongado. En el primer caso, el defensor judicial será designado y realizará las funciones correspondientes hasta la reincorporación de la persona en cuestión. No obstante, siguiendo a Martín Azcano⁷⁹, puede darse el impedimento reiterado, ante el cual se removerá al individuo encargado de prestar apoyo de sus funciones, y el defensor judicial se haría responsable de la persona con discapacidad hasta el nombramiento de un nuevo curador o guarda de hecho.

En segundo lugar, se contempla el nombramiento de defensor judicial *“cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestar apoyo”*. Según Martín Azcano⁸⁰, hay una multitud de supuestos que podrían encuadrarse dentro de “conflicto de intereses”. No obstante, en este caso se entiende de manera general que se trata de aquellos que resulten tan irreconciliables entre la persona con discapacidad y quien le presta apoyo que pueda llevar a la pérdida de ecuanimidad en el curador o guardador de hecho, produciendo esto un perjuicio a la persona con discapacidad.

El apartado tercero considera que también puede nombrarse defensor judicial *“cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario”*. El art. 279 CC excusa al curador del desempeño de su función “si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo” o si le surgen motivos de excusa en el período de desempeño de su función. La excusa por parte del curador deberá ser alegada en los quince días desde su nombramiento, si bien deberá desempeñar su función hasta que la autoridad judicial resuelva sobre la excusa. En el caso de no hacerlo, se nombrará a un defensor judicial, entrando así en el supuesto tercero recogido en el art. 295 CC.

El cuarto grupo de supuestos hace referencia a que se nombrará también defensor judicial *“cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga*

⁷⁹ Martín Azcano, E. M^a., “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M.^aM. (dir.); Nuñez Nuñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 288.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 290.

resolución judicial”. Este apartado se relaciona con el antiguo y derogado art. 299 bis CC por el cual se establecía que *“cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida*”. En la nueva redacción al respecto de la administración de bienes durante el tiempo de provisión de medidas de apoyo, ya no se hace referencia al Ministerio Fiscal, y no se establecen reglas específicas respecto al nombramiento, sino que se generaliza que el defensor judicial será nombrado cuando la autoridad lo considere necesario.

Por último, procede el nombramiento de un defensor judicial *“cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente*”. Señala Martín Azcano cómo esta medida de apoyo puede ser útil *“para integrar la laguna existente en el régimen anterior respecto de quienes padecen alguna afección no persistente o puntual”*⁸¹.

No será necesario el nombramiento de defensor judicial si se ha concedido el apoyo a más de una persona, salvo en el caso de que ninguna de las personas pueda desempeñar la función correctamente o la autoridad judicial lo considere necesario (art. 296 CC).

En cuanto al procedimiento para nombrar al defensor judicial se encuentra regulado en los arts. 27 a 32 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. El art. 28 LJV establece que el nombramiento de defensor judicial será a través de un expediente iniciado de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o cualquier otra persona que actúe en interés de éste. Asimismo, serán competentes para el conocimiento de este expediente los Letrados de la Administración de Justicia, *“del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento del defensor judicial*”. Según el art. 30 LJV, el Letrado de la Administración de Justicia llamará a comparecer al solicitante del nombramiento de defensor judicial, a aquellos que consten como tal en el expediente, a la persona con discapacidad en el caso de que tenga suficiente madurez, y a quienes considere pertinentes. Posteriormente, se nombrará defensor judicial a quien al Letrado le parezca más idóneo para el cargo.

Respecto a la idoneidad en el nombramiento del cargo se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 597/2017, de 08 de noviembre de 2017. En esta sentencia se establece que *“para el cargo de defensor judicial (...) no se establece un orden de prelación. Tampoco se exige motivación alguna aunque, naturalmente, para valorar la idoneidad el juez debe atender al beneficio del menor o incapaz,*

⁸¹ *Ibid.*, p. 295.

lo que dependerá del motivo que ocasione su nombramiento. En cada caso, el juez deberá escoger atendiendo a las circunstancias, a la amplitud y disponibilidad del círculo de personas cercanas al menos o incapacitado, pero también del asunto en cuya intervención esté requerida la actuación del defensor judicial⁸².

Respecto al contenido del cargo de defensor judicial, no se halla establecido en la ley. Dependiendo del supuesto que haya dado lugar al nombramiento, el alcance será determinado por la autoridad judicial en cada caso. Teniendo en cuenta que varios supuestos de defensor judicial se dan como método sustitutivo a otras medidas de apoyo, habrá de atenderse al régimen de estas, no pudiendo sobrepasar su alcance. Por último y en relación con la extinción, el defensor judicial será removido de su cargo cuando cese la causa que dio lugar al mismo.

5. LA GUARDA DE HECHO

Esta institución de protección para las personas con discapacidad se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico español desde 1983 como una figura provisional. Siguiendo a Lora-Tamayo Villacieros y Pérez Ramos, “la guarda de hecho se contemplaba para aquellas situaciones en las que una persona necesitada de protección no había sido sometida a un procedimiento de incapacitación judicial, careciendo, por tanto, de un representante, pero que sin embargo era –“de hecho”- atendida o asistida por otra, normalmente algún familiar que convivía con ella”⁸³. Así, vemos como en el antiguo sistema español la guarda de hecho era una opción residual en caso de que no hubiera el modelo de sustitución que caracterizaba el régimen previo.

En el preámbulo de la propia Ley 8/2021 se manifiesta como la guarda de hecho deja de ser una figura transitoria y pasa a ser una institución jurídica de apoyo independiente. Ello se debe a que, como dice el propio preámbulo, “la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardado de hecho – generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”⁸⁴.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017, de 8 de noviembre de 2017 (disponible en <https://vlex.es/vid/697246757>, última consulta: 06/03/2023).

⁸³ Lora-Tamayo Villacieros, M. y Pérez Ramos, C., “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *Notario del Siglo XXI*, núm. 107, 2023 (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>, última consulta: 08/03/2023).

⁸⁴ Exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *op. cit.*, apartado III.

Siguiendo a Díaz Pardo⁸⁵, la guarda de hecho no se constituye judicialmente, a diferencia de la curatela y el defensor judicial. También difiere de las medidas voluntarias pues éstas requieren de escritura pública para poder ser establecidas. Es por ello por lo que la guarda de hecho recibe el término de informal, refiriéndose a su falta de forma, sin confundir su informalidad con inestabilidad. Una de las novedades de la Ley 8/2021 es precisamente la dotación de estabilidad y fuerza que se da a esta figura que en el régimen previo tenía poco reconocimiento.

Según, Gomá Lanzón⁸⁶, la informalidad de esta figura, si bien no genera inestabilidad puesto que el guardador suele ser una persona de confianza que no va variando habitualmente, puede ocasionar un problema en la formalización de negocios con terceros, pudiendo llegar a chocar con la seguridad jurídica de los mismos. Por ello, más adelante se analizará los actos que el guardador puede realizar en aras de salvaguardar dicha seguridad jurídica.

Atendiendo al art. 263 CC la guarda de hecho se aplicará de manera subsidiaria en el caso de que ya existan otras medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, que no se estén desempeñando eficazmente. Por ello, en la práctica será importante investigar si existen medidas de apoyo previas, a través de consultas en el Registro Civil o interrogando al propio interesado. También se consagra esta figura de manera independiente a otras medidas de apoyo, dándose el caso de guardadores de hecho que prestan su apoyo de manera adecuada y suficiente, permitiendo el ejercicio de la capacidad jurídica del guardado. En opinión de Berrocal Lanzarot⁸⁷, en estos casos podrán continuar desarrollando esa función de apoyo durante el tiempo que resultase necesario y con el alcance que precise, sin que se deba adoptar otras medidas de apoyo. Este último sería el caso de unos padres cuyo hijo nace con una discapacidad o enfermedad congénita, y cuidan de él desde el principio buscando en todo momento su bienestar.

El art. 264 CC regula la actuación representativa del guardador de hecho. Se establece que para representar a la persona con discapacidad el guardador deberá obtener una autorización mediante el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se atenderá a lo que diga el guardado. Esta autorización puede contener uno o varios actos, los que sean necesarios para la función de apoyo. El segundo párrafo establece que en todo caso el guardador de hecho requerirá de autorización judicial *“para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287”*. Este artículo hace

⁸⁵ Díaz Pardo, G., “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M^a. M (dir.); Nuñez Nuñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 310.

⁸⁶ Gomá Lanzón, F., “El guardador de hecho en la ley 8/2021”, *Hay Derecho*, 2022 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2022/12/26/el-guardador-de-hecho-en-la-ley-8-2021/>, última consulta: 08/03/2023).

⁸⁷ Berrocal Lanzarot, A.I., “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en De Verda y Beamonte, J.R. (dir.); Chaparro Matamoros, P. y Bueno Biot, A. (coord.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 230.

referencia a los actos para los que el curador representativo precisa de autorización judicial. En el párrafo tercero se establece que “no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”.

En la vida de la persona con discapacidad, la mayoría de las operaciones van a ser de escasa relevancia, como puede ser realizar la compra de la semana o pagar el alquiler del piso donde reside. Por ello, el guardador va a poder actuar sin necesidad de solicitar autorización judicial.

De acuerdo con la normativa derogada, el guardador de hecho desempeñaba de manera natural sus funciones hasta el momento en el que había que realizar una actuación para la que necesitaba ser el representante de la persona con discapacidad. En estos casos, se recurría a la incapacitación judicial y al nombramiento de un tutor atendiendo a Lora-Tamayo Villacieros y Pérez Ramos⁸⁸.

Tras la reforma y como ya hemos visto, el guardador de hecho podrá obtener la autorización para representar a la persona él mismo, siendo este un cambio más eficaz y sencillo pues evita comenzar procedimientos para adoptar nuevas medidas de apoyo.

Pueden surgir dudas sobre cómo acreditar la cualidad de guardador de hecho. Ante esto Ortiz Tejonero⁸⁹ comenta que en las Conclusiones de las Jornadas de fiscales Especialistas de las Secciones de Atención a Personas con Discapacidad y mayores de la Fiscalía General del Estado, celebradas en 2021, se mencionaron ciertos documentos que podían acreditar dicha cualidad como el libro de familia, el certificado de empadronamiento, certificado de la entidad bancaria donde el guardador está autorizado para manejar la cuenta del inválido, o incluso certificados médicos donde conste que el paciente acude acompañado por el guardador.

El art. 265 CC establece el control de actividad del guardador, y es que, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, el mismo podrá ser requerido en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio fiscal o a instancia de quien tenga interés, para que explique su actuación, y establecer salvaguardas en caso de ser necesarios. Igualmente, el art. 266 CC establece que el guardador tendrá derecho a reembolsarse los gastos justificados y a la indemnización por daños que hayan derivado del desempeño de su función, todo ello a cargo de los bienes de la persona con discapacidad.

Por último, la guarda de hecho se extingue cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo, cuando desaparezcan las causas que la motivaron, cuando el guardador desista de su actuación y cuando la autoridad judicial lo considere conveniente s

⁸⁸ Lora-Tamayo Villacieros, M. y Pérez Ramos, C., *op.cit.*

⁸⁹ Ortiz Tejonero, M., “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Diario La Ley*, núm. 10053, 2022 (disponible en <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4004/ARTICULO%20LA%20LEY.pdf>, última consulta: 08/03/2023).

V. CONCLUSIONES

1. La discapacidad conforma una realidad en nuestra sociedad que ha tenido diversas concepciones a lo largo de la historia considerándose en primer lugar como algo a erradicar, pasando por la consideración de esta como una enfermedad individual a tratar (siendo el resultado más común la institucionalización) y avocando finalmente por un modelo donde la sociedad también ha de adaptarse a la condición de las personas que lo padecen, debiéndose garantizar una efectiva protección a las mismas.
2. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad se instaura en España como un instrumento vinculante cuyo objetivo es promover el pleno disfrute y desarrollo de las personas con discapacidad de su capacidad jurídica con las mismas condiciones que aquellas personas que no tienen ningún tipo de deficiencia. Su objetivo principal es dar autonomía a la persona e implementar en los Estados parte de la Convención un sistema que respete la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.
3. La Ley 8/2021 acoge la CDPD eliminando el antiguo sistema de sustitución, a través de la supresión de figuras como la tutela o la patria potestad prorrogada, y aboga por un nuevo sistema de medidas de apoyo más flexible donde se da prioridad a la voluntad de la persona con discapacidad, garantizando su autonomía y el respeto a sus deseos. Este nuevo sistema ofrece medidas de carácter voluntario y de carácter judicial, dando prioridad a las primeras y aplicando las segundas en caso de insuficiencia o en defecto de las medidas adoptadas por la propia persona con discapacidad.
4. Las medidas voluntarias son el claro reflejo de lo pretendido por la Ley 8/2021 al depender del individuo en cuestión, el cual prevé una futura inhabilitación y establece el contenido de la medida de apoyo, así como la persona que la ejercerá, atendiendo con esta posibilidad a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.
5. La reforma de la Ley 8/2021 sobre las medidas judiciales, a mi parecer, ha introducido aspectos muy positivos en algunas y negativos en otras. En primer lugar, respecto a la curatela, creo que es positivo el mayor reconocimiento de esta figura como sustitución de la tutela. No obstante, considero que la curatela representativa puede no ser tan eficaz en la práctica como podía ser la tutela al estar tasados los casos en los que se opta a representar por el curador. Así, considero primeramente que la eliminación completa de la incapacitación a través de la supresión de la tutela puede tratarse de un error para determinados casos donde el nivel de representación necesitado es muy superior al proporcionado o permitido por la curatela representativa.
6. La figura del defensor judicial considero que es imprescindible y una salvaguarda para aquellos casos donde medidas de apoyo previas no estén siendo suficientes o no se estén ejerciendo

adecuadamente. Así, en mi opinión, la Ley 8/2021 refleja en gran medida su principal objetivo de proteger a la persona con discapacidad en esta figura, ofreciéndole esta protección en caso de verse apoyado escasa o incorrectamente por otras medidas.

7. Por último, la Ley 8/2021 afecta positivamente a la guarda de hecho dando reconocimiento a una figura muy habitual en el ámbito de la discapacidad que en el antiguo sistema tenía concepción de transitoria y actuando en interés de la persona con discapacidad al no tener que acudir a distintas medidas de apoyo en el caso de necesitar de la actuación de un representante si se está ejerciendo la guarda de hecho de manera eficaz y suficiente. En mi opinión, esta nueva Ley se alinea con la realidad al darse cuenta de que la guarda de hecho normalmente es ejercida por un miembro familiar o cercano a la persona con discapacidad, dando así la opción de ejercer esta medida de manera independiente.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1862-4073>, última consulta 13/2/2023).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>, última consulta 13/2/2023).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, última consulta 8/2/2023).
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>, última consulta 13/2/2023).
- Constitución Española (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, última consulta 27/02/2023).
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-28123>, última consulta 15/02/2023).
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>, última consulta 16/11/2022).
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006 (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6963>, última consulta 15/11/2022).
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>, última consulta 13/2/2023).
- 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 (obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>, última consulta 27/02/2023).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391>, última consulta 13/2/2023).
- 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 (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>, última consulta 16/11/2022).

- Decreto-Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad (obtenido de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-18037, última consulta 8/2/2023).
- Ley 1/2022, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>, última consulta 13/2/2023).
- Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación (obtenida de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-5140>, última consulta: 18/03/2023).
- Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos (obtenida de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-22470, última consulta 13/2/2023).
- Código del Derecho de la Discapacidad. Legislación Estatal. Edición actualizada a 8 de febrero de 2023 (obtenida de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=125_Codigo_del_Derecho_de_la_Discapacidad_Legislacion_Estatal&modo=2, última consulta 13/2/2023).

2. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017, de 8 de noviembre (disponible en <https://vlex.es/vid/697246757>, última consulta: 06/03/2023).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2021, de 8 de septiembre. FJ Cuarto (obtenido de <https://vlex.es/vid/875733238>, última consulta: 08/02/2023).

3. OBRAS DOCTRINALES

- Álvarez Lata, N. y Antonio Seoane, J., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.
- Antonio Seoane, J., “¿Qué es una persona con discapacidad?”, *Papeles de Filosofía*, vol. 30, núm. 1, 2011, pp. 143-161.
- Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista de Bolivia de Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 536-573.

- Berrocal Lanzarot, A.I., “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en De Verda y Beamonte, J.R. (dir.); Chaparro Matamoros, P. y Bueno Biot, A. (coord.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 227-298.
- Biel Portero, I. “Normativa internacional en materia de discapacidad” en Tirant Lo Blanch (ed.), *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 27-300.
- Bregaglio Lazarte, R., “El principio de no discriminación por motivo de discapacidad” en Salmón, E. y Bregaglio, R. (ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 73-98.
- Cuenca Gómez, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, vol.10, pp. 61-94.
- Díaz Pardo, G., “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M^a. M (dir.); Nuñez Nuñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 307-340.
- Egea García, C. y Sarabia Sánchez, A., “Visión y modelos conceptuales de la discapacidad”, *Polibea*, núm. 73, 2004, pp. 1-20.
- López Bastías, J.L. “La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXIX, número 273, 2019, pp. 837-855.
- Martín Azcano, E. M^a., “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en Pereña Vicente, M., Heras Hernández, M.^aM. (dir.); Nuñez Nuñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 281-306.
- Miguel del Águila, L., “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector” en Salmón, E. y Bregaglio, R. (ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 51-72.

- Oliver Sola, M.C., “Precedentes romanos sobre adopción, tutela y curatela”, *Dereito*, vol. 18, núm. 2, pp. 181-220.
- Palacios, A., “Caracterización del modelo social y su conexión con los Derechos Humanos” en Cayo Pérez-Bueno, L. (dir.), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Editorial Cinca, 2008, pp.103-204.
- Palacios, A. y Bariffi, F. “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Colección Telefónica Accesible*, 2007, pp. 9-139.
- Pinillos Patiño, Y. y Naranjo Aristizábal, M.M., “Modelos conceptuales que explican la discapacidad: de la teoría a la comprensión del funcionamiento” en *Modelos conceptuales y evolución histórica de la discapacidad*, Barranquilla, 2018, pp. 53-74.
- Velarde Lizama, V. “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Revista empresa y humanismo*, vol. XV, nº 1, 2012, pp. 115-136.
- Vivas Tesón, I., “La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad” en *Comunitania. Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, Editorial Universitas, S.A., 2011, p. 113-128.

4. RECURSOS DE INTERNET

- “Artículo 49 de la Constitución. ¿Qué dice y por qué se quiere modificar?”, *Cope*, 25 de enero de 2023 (disponible en https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/articulo-20230125_2513801, última consulta: 27/02/2023).
- Benavides Lima, “Más vale prevenir que curar: ¡Haz tu poder preventivo!, 2017 (disponible en <https://www.jesusbenavides.es/blog/que-son-poderes-preventivos>, última consulta: 01/03/2023).
- Biel Portero, I. “Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional, universal y europeo”, Castellón, 2009 (obtenida de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38308.pdf>, última consulta: 27/02/2023).
- Bravo Advocats, “Personas con discapacidad: las claves de la nueva Ley 8/2021”, *Bravo Advocats*, 23 de diciembre de 2021 (disponible en <https://www.bravoadvocats.com/personas-con-discapacidad-las-claves-de-la-nueva-ley-8-2021/#:~:text=Uno%20de%20los%20aspectos%20más,un%20procedimiento%20judicial%20para%20incapacitarla>, última consulta: 09/12/2022).

- Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 (Obtenida de <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/estrategia-espanola-discapacidad-2022-2030-def.pdf>, última consulta: 24/02/2023).
- García de Blas, E., “Principio de acuerdo entre el Gobierno y el PP para eliminar el término ‘disminuidos’ del artículo 49 de la Constitución”, *El País*, 25 de enero de 2023 (disponible en <https://elpais.com/espana/2023-01-25/el-gobierno-anuncia-un-principio-de-acuerdo-con-el-pp-para-reformar-el-articulo-49-de-la-constitucion.html>, última consulta: 27/02/2023).
- García Fernández, J. “La especial importancia de los poderes preventivos en el nuevo régimen de protección a las personas con discapacidad”, *Garrigues Comunica*, 2021 (disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/especial-importancia-poderes-preventivos-nuevo-regimen-proteccion-personas-discapacidad, última consulta: 01/03/2023).
- Gomá Lanzón, F., “El guardador de hecho en la ley 8/2021”, *Hay Derecho*, 2022 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2022/12/26/el-guardador-de-hecho-en-la-ley-8-2021/>, última consulta: 08/03/2023).
- Gomá Lanzón, F. “Los poderes preventivos en la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *Hay Derecho*, 2021 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/06/08/los-poderes-preventivos-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>, última consulta: 01/03/2023).
- Gomá Lanzón, F., “Quiénes son las personas con discapacidad y qué son las medidas de apoyo en la ley 8/2021”, *Hay Derecho*, 2022 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2022/12/01/quienes-son-las-personas-con-discapacidad-y-que-son-las-medidas-de-apoyo-en-la-ley-8-2021/>, última consulta: 27/02/2023).
- Lora-Tamayo Villacieros, M. y Pérez Ramos, C., “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *Notario del Siglo XXI*, núm. 107, 2023 (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>, última consulta: 08/03/2023).
- Organización Mundial de la Salud, “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud” en Vázquez Barquero, J.L. (coord.), *Borrador Beta-2 de la CIDDM-2 Versión Completa*, Ginebra, 1999 (disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf, última consulta: 11/11/2022).
- Ortiz Tejonero, M., “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Diario La Ley*, núm. 10053, 2022 (disponible en

- <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4004/ARTICULO%20LA%20LEY.pdf>, última consulta: 08/03/2023).
- “Reforma del artículo 49 de la Constitución”, *La Moncloa*, 11 de mayo de 2021 (disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/110521-enlace-constitucion.aspx>, última consulta: 27/02/2023).
 - Resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971 (obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/declaracion_ag-26-2856_1971.pdf, última consulta: 27/02/2023).
 - Resolución de la Asamblea General 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975 (obtenido de https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/FDO5018/declaracion_dchos_impelidos.pdf, última consulta: 27/02/2023).
 - Resolución de la Asamblea General 46/96, de 20 de diciembre de 1993 (obtenido de https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/tratados_internacionales/es_tratados/adjuntos/10_4_Normas_igualdad_personas_discapacidad.pdf, última consulta: 27/02/2023).
 - Ríos, D., “La primera reforma de la Constitución en 12 años, encarrilada: vía libre para dejar de llamar ‘disminuidos’ a los discapacitados”, *20minutos*, 04 de febrero de 2023 (disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/5098195/0/la-primera-reforma-de-la-constitucion-en-12-anos-encarrilada-via-libre-para-dejar-de-llamar-disminuidos-a-los-discapacitados/>, última consulta: 21/03/2023).
 - Sospedra Navas, F.J. “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad” en *Aranzadi Digital*, núm. 1/2021, parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021, p.6 (disponible en https://insignis-aranzadidigital-es.eu1/BIB_2021\3733, última consulta: 28/03/2023).
 - Velilla Antolín, N., “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El notario del siglo XXI*, núm. 107, 2023 (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>, última consulta: 02/03/2023).