



FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN DEL ANCIANO TRAS LA
IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE APOYOS EN EL
EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA POR LA LEY
08/2021**

Autor: Carla Goicolea Sorando
4º E-5 FIPE
Derecho Civil
Trabajo Fin de Grado

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid
Junio de 2024

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	6
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	7
1. LA CUESTIÓN DE LA ANCIANIDAD EN NUESTRA SOCIEDAD.....	7
2. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA.....	8
2.1. Metodología. Objetivos de la investigación.	8
2.2. Plan de exposición.	9
CAPÍTULO II. NOCIONES JURÍDICAS GENERALES.	10
1. CONCEPTO DE ANCIANO.	10
2. LA CDPD Y SU PROPUESTA DE CAMBIO.	14
2.1. Los principios de la CDPD de 2006.....	14
2.2. Concepto de ‘persona con discapacidad’	16
3. SENSIBILIDAD CONSTITUCIONAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE TERCERA EDAD EN ESPAÑA.....	18
CAPÍTULO III. LEY DE APOYOS.....	19
1. ESTRUCTURA DE LA LEY DE APOYOS.....	20
2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA – LA UNIFICACIÓN DE LA FACETA ESTÁTICA Y DINÁMICA.....	21
2.1. Concepto tradicional de la personalidad jurídica y cambio derivado de la interpretación del artículo 12 de la CDPD.....	21
2.2. Diferencias interpretativas. Problemas fundamentales derivados de la unificación de facetas.....	22
3. EL NUEVO SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO.....	25
3.1. El sistema de apoyos en términos generales.....	25
3.2. Consecuencias de una autonomía personal suprema.....	27
3.3. Las figuras de apoyo.....	28
3.3.1. Medidas voluntarias.....	30
a. Poderes y mandatos preventivos.....	30

b. Autocuratela.....	32
3.3.2. Guarda de hecho.....	33
3.3.3. Medidas judiciales de apoyo	35

CAPÍTULO IV. REFLEXIONES – VALORACIONES FINALES DEL NUEVO SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO EN LO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS ANCIANOS.	36
--	----

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES.....	43
-------------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	46
-------------------	----

¿Qué aúllas, can, qué gimes?

¿Se te ha perdido el amo?

No: se ha muerto.

- Dámaso Alonso, Hijos de la ira

RESUMEN

Los ancianos son un colectivo especialmente vulnerable en nuestras sociedades, en particular por el olvido legal al que en muchas ocasiones se enfrentan. Ante las altas tasas de envejecimiento, nuestros sistemas normativos deben dar respuesta a esta realidad, atendiendo a su dignidad inherente y considerándoles iguales en el ámbito democrático, al mismo tiempo que aseguran su protección. En este trabajo se analizará si la Ley 08/2021 es capaz de lograr este cometido en cuanto a los ancianos con discapacidad.

Palabras clave: anciano, tercera edad, discapacidad, ejercicio de la capacidad jurídica, Ley de Apoyos, 08/2021, apoyo, protección.

ABSTRACT

Elders conform an especially vulnerable community in our societies, in particular because of the legal oversight they face on many occasions. Before the high aging rates, our legal systems must give a response to this reality, taking care of their inherent dignity and considering them equal in our democracies while ensuring their protection. In this assignment I will analyze the Law 08/2021 to determine if it responds to this task.

Key words: Elder, third age, disability, exercise of the juridical capacity, Law of Support, 08/2021, support, protection.

LISTADO DE ABREVIATURAS

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

Ley de Apoyos: Ley 08/2021, 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.

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CDPD: Convención de Nueva York de las Personas con Discapacidad

OMS: Organización Mundial de la Salud

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

AAP: Auto de Audiencia Provincial

FJ: Fundamento Jurídico

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.

1. LA CUESTIÓN DE LA ANCIANIDAD EN NUESTRA SOCIEDAD.

En los últimos años la percepción de los ancianos ha cambiado. Este es un hecho irrefutable, sobre todo en Occidente, donde se ha generalizado con el paso de los años ensalzar la juventud e infravalorar la vejez.

Siempre se ha sabido que la tercera edad supone ser más propenso al desgaste físico y cognitivo, pero se ha sumado a esta idea la difícil adaptación de este colectivo a las nuevas tecnologías y el cambio de la perspectiva social, donde se reduce la valía del individuo a su productividad. Los jóvenes actuales consideran que nada pueden aprender de los ancianos porque desconocen el mundo de ahora, y, además, al conformar la población pasiva a la que se debe mantener, son vistos por muchos como una carga.

Da la impresión de que se olvida a los ancianos como si uno no fuese a convertirse en uno de ellos. Aquí cobran sentido las palabras de Simone de Beauvoir: “para la sociedad, la vejez parece una especie de secreto vergonzoso del cual es indecente hablar”¹. Quizás se les ignora por temor o desagrado – es natural que no quiera uno convertirse en aquel que considera falta de facultades, impedido para realizar acciones cotidianas y dependiente de terceros. Lo que está cada vez más claro es que lejos parece haber quedado la figura del anciano sabio, que ha sido sustituida progresivamente por la imagen del anciano incapaz.

Se ha escogido este colectivo como objeto del trabajo no solo por el olvido al que se enfrentan legalmente, que lleva a autores como CORRIPIO a pensar que deberían tener una mayor protección en nuestro ordenamiento², ya que nuestra regulación no atiende de forma satisfactoria a su naturaleza más vulnerable y diferenciable de la del mero discapacitado. Otra razón por la que se ha elegido este tema es por el envejecimiento progresivo de nuestras sociedades – sumado a la baja natalidad –, que acarrea una tasa de dependencia cada vez mayor. Solo hace falta observar los datos para comprobarlo: en España en 2023 la dependencia de la población mayor de 64 años fue del 30,91 mientras que en el 2000 era de 24,51³. En Europa la esperanza de vida “ha aumentado alrededor de diez años”⁴ en cinco décadas. Este incremento muestra una realidad a la que el Derecho

¹ Simone de Beauvoir, *La vejez*, trad. Aurora Bernárdez, Debolsillo, Colombia, 2013, p. 7

² Cfr. Corripio Gil Delgado, M^a R., 2020, “La protección patrimonial de la persona mayor”, en ADC, tomo LXXIII, fasc. I, Pg. 103

³ Datos de Tasa de Dependencia de la población mayor de 64 años del INE desde el 2000 a 2023 a nivel nacional.

⁴ Comisión Europea, *Libro verde sobre el envejecimiento*, pg. 2, Bruselas, 2021

va a tener que hacer frente si pretende asegurar de forma eficaz la protección de la individualidad y libertad de decisión de las personas de tercera edad, defendiéndoles como iguales en el ámbito democrático, al mismo tiempo que se les protege de su propia falta de discernimiento, en caso de haberla, y de las consecuencias de sus actos.

2. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA.

2.1. Metodología. Objetivos de la investigación.

El presente trabajo pretende realizar un análisis legal-positivista de la Ley 08/2021, 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, Ley de Apoyos). Más concretamente, se pretende hacer hincapié en las medidas de apoyo propuestas para la protección de este sector de la población y cómo esta regulación pretende cambiar la visión, hasta ahora generalizada, de la tercera edad, lo cual exige también una revisión de las categorías dogmáticas del Derecho de la Persona. Esta Ley ha adaptado el ordenamiento jurídico español a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) del 13 de diciembre de 2006.

Considero también oportuno esclarecer que este trabajo no es de sociología jurídica, a pesar de que en ocasiones se atenderá a la realidad social a la que afecta esta Ley para ver cuál es el punto de partida y si se consigue el efecto pretendido.

La Ley de Apoyos constituye un claro ejemplo del Derecho legal como instrumento para producir un cambio social. De igual manera que la CDPD, el propósito de la Ley es permitir que la persona discapacitada pueda actuar de forma autónoma, lo que implica un reconocimiento por parte de la sociedad de que estos individuos son *capaces*. Por ello se erradica el concepto de incapacitado, viéndolos en cambio como necesitados de apoyos en momentos puntuales con la intención de respetar así la dignidad inherente de cada individuo. Por supuesto, habrá casos en los que sí serán necesarias medidas de representación, pero la intención es que no se vea esta como la primera y única opción como se tendía a hacer con la anterior regulación.

Además, se quiere dar visibilidad al colectivo de la tercera edad, porque protegiéndoles nos protegemos a nosotros mismos, y porque es necesario demostrar que a pesar de que el anciano no hace lo mismo que los jóvenes, sus actuaciones deben considerarse igual de importantes porque están marcadas por “prudencia, autoridad moral

y conocimiento”⁵. Esto es de especial importancia en una sociedad cada vez más dividida, donde existe la posibilidad latente de crear conflictos intergeneracionales⁶ y donde comienza a surgir un término para la discriminación de las personas por su edad: el ‘edadismo’⁷, uno que puede ser institucional, interpersonal o autodirigido⁸.

Así, los objetivos de este trabajo son:

- Delimitar un concepto jurídico de anciano,
- Analizar los principios de la CDPD y determinar su utilidad en la práctica, atendiendo a sus ideales y los conceptos propuestos,
- Demostrar una falta de sinceridad en la terminología utilizada por los legisladores españoles a la hora de elaborar la reforma, sobre todo en lo relativo a los conceptos de ‘ejercicio de la capacidad de obrar’ y ‘curatela representativa’ por aparentar un mayor cumplimiento con la Convención, que solo resulta en una mayor confusión y problema a la hora de aplicar la norma a la realidad y que acaba comprometiendo a las personas más vulnerables,
- Determinar las fortalezas y debilidades de la nueva Ley de Apoyos, incidiendo en la eliminación del principio de interés superior, que deriva en la omisión de la incapacitación, así como las figuras de tutela, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada, con la intención de ver si este nuevo sistema de medidas de apoyo logra la efectiva protección del anciano.

2.2. Plan de exposición.

⁵ Cicerón, *Sobre la vejez*, trad. Antonio López Fonseca, Los secretos de Diotima, Madrid, 2020, p. 20.

⁶ Por la progresiva discriminación hacia las personas de tercera edad en distintos ámbitos, y la división entre generaciones, Europa toma medidas como la del “Libro Verde sobre el Envejecimiento – fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones”, donde se tratan temas como su introducción en el mercado laboral, otorgarles nuevas oportunidades, analizar los problemas de la jubilación, proponer alternativas para una vejez más saludable y activa, atender a las necesidades de estas personas, tanto sanitarias como de movilidad, etc.

⁷ Cfr. Morente Parra, V., “Los derechos digitales de las personas mayores. Hacia el fin de la brecha digital generacional”, Adroher Biosca, S. (directora), Tratado de Derecho de mayores, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024.

⁸ Id.

Se comenzará delimitando el concepto de anciano para poder hacer un estudio efectivo de la Ley y sus efectos sobre este colectivo. Después, se analizarán los principios de la CDPD y su propuesta, además de reflexionar sobre el concepto que otorga de ‘persona con discapacidad’.

Tras una breve mención a la sensibilidad de nuestro país a esta problemática, reflejada en nuestra Constitución, se pasará a la Ley de Apoyos.

Se hará alusión a su estructura y el cambio que ha generado sobre la personalidad jurídica, al causar la unificación de las facetas estática y dinámica que la conformaban. Se terminará analizando el nuevo sistema de medidas de apoyo para determinar si se protege a las personas de tercera edad.

CAPÍTULO II. NOCIONES JURÍDICAS GENERALES.

1. CONCEPTO DE ANCIANO

Antes de comenzar es importante matizar el concepto objeto de estudio porque de lo contrario se dificultaría su análisis. ¿Qué se entiende por anciano? ¿Qué es la ancianidad? No existe, como tal, “un concepto jurídico de persona mayor”⁹, pero estos términos pueden encontrarse definidos en la Real Academia Española: la primera acepción de ‘anciano’ es “dicho de una persona: de mucha edad” y la segunda acepción de ‘ancianidad’ es el “último periodo de la vida ordinaria del ser humano, cuando ya se es anciano”.

A pesar de que estas definiciones nos otorgan una primera aproximación, no se especifica la edad a partir de la cual uno se puede considerar parte de este colectivo. Se puede matizar esta falta a partir de otros saberes, como la sociología o la medicina, atendiendo a los conceptos que estos tienen de la ancianidad.

Reparando en la sociología, se puede considerar persona mayor a aquella que supere los 65 o 67 años, porque coincide con la edad de jubilación¹⁰ en nuestro país. Esta es la razón por la cual el CSIC en sus estudios sobre personas de tercera edad parte de la edad de los 65 años. Es importante mencionar que existen ciertas profesiones donde se pasa a formar parte de la población pasiva a una edad más temprana – a partir de los 52 años – como sería el caso de la minería, pero por la excepcionalidad de estos casos no se tendrán en consideración al tratar de hallar una definición general de este concepto.

⁹ Barranco Avilés, M^a C., 2020, “Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos”, en Tiempo de Paz, N. 138, p. 74.

¹⁰ Ibid. Además – art 124.1 ley general de la seguridad social

También es cierto que esta concepción puede verse comprometida en el futuro por el progresivo envejecimiento poblacional, que conllevará a un inevitable retraso de la edad de jubilación, pero para definir este término se atenderá al momento actual y no a suposiciones tardías.

Desde el punto de vista biológico médico, la OMS dice que el envejecimiento es “el resultado de la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo... que lleva a un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, a un mayor riesgo de enfermedad y, en última instancia, a la muerte. Estos cambios no son lineales ni uniformes”¹¹. Además, nos proporciona en su reflexión sobre la ancianidad una visión dual de esta: “la diversidad que se aprecia en la vejez no es una cuestión de azar. Más allá de los cambios biológicos, el envejecimiento suele estar asociado a otras transiciones vitales”¹². Las Naciones Unidas, por su parte, considera en su plan de acción de 2020 llamado *Decade of Healthy Aging (2021-2030)* que el proceso de envejecimiento comienza a partir de los 60. La Comisión Europea insinúa en su Libro Verde de Envejecimiento que la ancianidad es subjetiva al hablar de “envejecimiento saludable”¹³.

Otros autores comparten esta última idea – consideran que la vejez es un “proceso vital del sujeto”¹⁴, que puede variar dependiendo de la persona. A pesar de que esta idea es cierta, compromete el estudio de forma significativa, ya que reduce todo a relativismos, creando así un grupo con características heterogéneas que comparten vivencias subjetivas. Dependería el considerarles parte de este colectivo su “estilo de vida”¹⁵, lo que llevaría a la ancianidad a basarse en ‘sentirse anciano’ y en el hecho de que se manifestasen – o no – las consecuencias que normalmente van ligadas a esta etapa. Existirían entonces sujetos de más de 65 años que no podrían considerarse como tales, ya que no contarían con un deterioro físico y/o psicológico, y otros que, más jóvenes, presentarían estos problemas.

Aun con su dificultad, es importante tratar esta realidad: los términos ‘anciano’ y ‘persona con discapacidad’ no son sinónimos. El hecho de envejecer no tiene por qué suponer el desarrollo de una discapacidad o de una situación análoga que afecte a la

¹¹ OMS, “Envejecimiento y salud”, octubre de 2022

¹² Id.

¹³ Comisión Europea, *Libro verde sobre el envejecimiento*, pg. 4, Bruselas, 2021

¹⁴Morente Parra, V., “Los derechos digitales de las personas mayores. Hacia el fin de la brecha digital generacional”, Adroher Biosca, S. (directora), Tratado de Derecho de mayores, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 654

¹⁵ Ibid.

capacidad cognitiva o física. Así lo establece el Tribunal Supremo en la sentencia nº 1017/1995: “la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico”¹⁶. Su distinción es esencial para no caer en prejuicios que acaben atentando contra la dignidad inherente de las personas de tercera edad o su autonomía para tomar decisiones futuras, además de para poder delimitar de forma eficiente lo que es, verdaderamente, un anciano, y que así cobre sentido la protección de las leyes que se dirigen a ellos.

Atendiendo a todo lo anterior, se deduce que el concepto de anciano, para poder ser utilizado en un contexto como el presente – de análisis jurídico – no puede basarse en características subjetivas personales. No puede alguien ser considerado anciano por su ‘sabiduría’, ‘perseverancia’ o ‘paciencia’, u otras cualidades de carácter personal, ya no solo por el hecho de que estas cualidades pueden ser compartidas por personas jóvenes, también porque, como se ha dicho en la introducción, estas suposiciones se han podido ver comprometidas en la actualidad por el cambio de mentalidad social.

Se determina, visto lo anterior, que la ancianidad es un concepto tridimensional – se conforma por una avanzada edad, (potencial) vulnerabilidad y posible discapacidad. Las dos primeras serían condiciones necesarias y la última condición ocasional.

a) Edad

Lo que está claro es que el anciano es aquel que se encuentra en la última fase de la vida humana, por lo que las opiniones anteriores sobre que la vejez era un proceso vital se considerarán dentro de una determinada horquilla de años. Aun así, lo que interesa en este trabajo es determinar desde qué edad – es decir, desde qué punto objetivo – puede uno considerarse anciano, o a qué edad comienza esta ‘última fase de vida’. Por practicidad y para estar en sintonía con el resto de lo establecido por nuestro ordenamiento – la jubilación mencionada al principio – y por el hecho de que el objeto de trabajo es una norma interna, se tomará como comienzo la edad de 65 años.

b) (Potencial) vulnerabilidad

En la edad avanzada, haya o no degeneración cognitiva, existe vulnerabilidad¹⁷, o al menos una vulnerabilidad potencial, en comparación con los demás sujetos de la

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1017/1995, de 27 noviembre. FJ Tercero.

¹⁷ Cfr. Corripio Gil Delgado, M^a R., 2020, “La protección patrimonial de la persona mayor”, en ADC, tomo LXXIII, fasc. I, Pg. 105

sociedad de edad adulta. Sin ir más lejos, se observa ésta en el ámbito de la contratación y el consumo tras la digitalización de este sector¹⁸, la cual se ha visto acentuada durante el confinamiento causado por el COVID-19 por la excesiva dependencia que se dio durante esa época de las nuevas tecnologías para realizar trámites de diversa naturaleza, como los bancarios.

La brecha digital es un fenómeno real que se da por el “desconocimiento de (las) tecnologías o por falta de medios para adquirir los dispositivos electrónicos necesarios”¹⁹, además de una falta de interés por parte de muchos mayores. Pero no emana la vulnerabilidad solo de la brecha digital, también de la tendencia a infantilizar a las personas de tercera edad, el aislamiento social que sufren y a su deterioro físico y cognitivo²⁰. Como dice NAVARRO, estas personas son especialmente vulnerables²¹ a coacciones, presiones indebidas, cláusulas abusivas, o fraudes que acaban viciando su consentimiento, además de ser víctimas de una infantilización que lleva a desconocer lo que firman porque esta simplificación deriva en una “falta de exposición de todos los datos”²². Todo ello incide en la autonomía de la voluntad – expresión de libertad individual.

Por esta vulnerabilidad tienen los ancianos la opción de solicitar las medidas de apoyo planteadas por la ley y derecho a que existan mecanismos de protección para ellos.

c) Posible discapacidad

Se ha hecho mención a la diferencia entre el hecho de envejecer y el desarrollo de una deficiencia física o cognitiva y cómo estas dos ideas no son idénticas ni necesariamente supone una el desencadenamiento de la otra.

DÍEZ RIAZA expresa claramente esta idea al declarar que la discapacidad puede derivar del “propio envejecimiento... (o proceder) de una enfermedad cuyas consecuencias se manifiestan en edad avanzada, o bien la situación de discapacidad estar arrastrada desde antes de llegar a mayor”.²³ Además, hace mención a la clasificación

¹⁸ Cfr. Martínez Muñoz, M., “Protección jurídica del consumidor mayor” Adroher Biosca, S. (directora), Tratado de Derecho de mayores, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 633

¹⁹ Id. p. 640

²⁰ Cfr. OCDE, Financial Consumer Protection and Ageing Populations, 2020

²¹ El consentimiento es uno de los elementos esenciales del contrato, tal y como establece el art. 1261 CC.

²² Navarro Mendizábal, I., “El consentimiento contractual informado de las personas de edad avanzada” Adroher Biosca, S. (directora), Tratado de Derecho de mayores, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 612

²³ Díez Rianza, S., “Medidas judiciales de apoyo a mayores con discapacidad” Adroher Biosca, S. (directora), Tratado de Derecho de mayores, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 889

internacional del funcionamiento de la discapacidad y la salud, que distingue cinco tipos – la física, la sensorial, la mental, la intelectual y la pluridiscapacidad – considerando que son estos tres últimos los necesitados de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Además, es importante resaltar que hoy en día se está produciendo un envejecimiento del envejecimiento: la esperanza de vida ha aumentado y con ella se ha incrementado la posibilidad de desarrollar una enfermedad neurodegenerativa que afecta a la capacidad para entender y expresar la voluntad individual²⁴.

En conclusión, la ancianidad es un concepto pluridimensional. Se considerará anciano en términos generales a aquel que tenga estas dos primeras condiciones necesarias, independientemente de si tiene o no patologías. La propia situación de vulnerabilidad propiciada por la edad, como es la progresiva dificultad de integrarse en el funcionamiento de la vida ordinaria por la situación socioeconómica, entre otras, debería ser suficiente supuesto para que se dieran ciertas ayudas de carácter económico, no teniendo por qué ser estas ‘medidas de apoyo’ per se.

Aun así, en este trabajo se usará el término *persona con discapacidad* como sinónimo de *anciano*, ya que el objeto de este trabajo versa en determinar si las medidas de apoyo establecidas por la ley son verdaderamente útiles y logran proteger a la persona de tercera edad, por lo que se sobrentiende que el individuo cumple con el tercer requisito al necesitar los apoyos - tiene una discapacidad que afecta a sus capacidades volitivas y cognitivas y por ende al ejercicio de su capacidad jurídica.

2. LA CDPD Y SU PROPUESTA DE CAMBIO.

2.1. Los principios de la CDPD de 2006

La CDPD fue firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, entrando en vigor en mayo de 2008. Por esta razón, atendiendo al art. 96 de nuestra Constitución, pasó a formar parte del ordenamiento interno español. Su inclusión desde el principio fue controvertida porque no casaba con el resto de la regulación nacional vigente en el momento: en nuestro Código Civil se distinguía la capacidad jurídica de la capacidad de obrar, además de existir un sistema de

²⁴ Cfr. García Rubio, M^a P., “La reforma de la discapacidad en el código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada” en *AFDUAM*, 2021, p. 82

protección basado en un modelo médico que algunos tachaban de paternalista²⁵ y otros muchos consideraban “unilateral, desproporcionado y desequilibrado”²⁶, ya que no tenía en cuenta las situaciones personales del individuo y tendía a imponer la modificación total de la capacidad de obrar en casos donde no era necesaria. Progresivamente se hicieron adaptaciones de distinta índole, como en materia de movilidad y acceso²⁷, para cumplir con la Convención.

La CDPD busca modificar la concepción social al hacer que nuestro ordenamiento pase de ser un modelo médico a uno social. Este objetivo queda reflejado no solo de forma indirecta en su preámbulo, donde menciona en numerosas ocasiones su defensa por los derechos humanos y la necesaria “autonomía e independencia individual”²⁸ de las personas con discapacidad, también lo hace de forma expresa en su artículo octavo llamado “toma de conciencia”. En este se obliga a los Estados Miembro que ratifiquen la Convención a concienciar a la población sobre el respeto a las personas con discapacidad para reconocer sus cualidades y lo que aportan a la sociedad, evitando así caer en prejuicios.

Este objetivo es esencial para que el artículo 12, responsable de la reforma de nuestro Código Civil, despliegue los efectos pretendidos – si no se llevase a cabo el cambio de mentalidad la reforma sería otro intento fallido de regular esta realidad. Es importante recordar que la anterior redacción del Código Civil contemplaba como sistema de protección dos tipos de incapacitación: la parcial y la total; y que se acababa en la práctica tendiendo más a la incapacitación total por un tema de practicidad y por considerar al sujeto incapaz de gobernarse, sobreprotegiéndole²⁹ en el proceso. Por esta razón es tan necesario el cambio progresivo de concepción, porque la condición de cada uno “le es impuesta por la sociedad a la que pertenece”³⁰ y porque la vejez “no es solo un hecho biológico, sino un hecho cultural”³¹.

²⁵ Cfr. Id.

²⁶ Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M^a., “Protección jurídica de las personas con discapacidad” en *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2022, p. 263

²⁷ En este caso, se estaría cumpliendo con lo establecido en los artículos 9 – accesibilidad – y 20 – movilidad personal – de la CDPD.

²⁸ Preámbulo del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, (BOE 21 de abril de 2008).

²⁹ Cfr. Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M^a., “Protección jurídica de las personas con discapacidad” en *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2022, p. 262

³⁰ Simone de Beauvoir, *La vejez*, trad. Aurora Bernárdez, Debolsillo, Colombia, 2013, p. 15

³¹ *Ibid.*, p. 20

La STS número 282/2009 (en adelante, STS 2009), que se encargó de interpretar la CDPD y trató de argumentar que las instituciones tradicionales del sistema jurídico español en esta materia eran conformes a sus propuestas, menciona que se puede sintetizar la intención de la Convención en tres palabras: respetar, proteger y actuar en favor de los discapacitados. En el artículo 3 de la Convención se enumeran los principios por los que se rige, como es el respeto a la dignidad inherente y a la autonomía personal, la no discriminación, la participación plena y efectiva en sociedad, la igualdad entre hombres y mujeres y su acceso a las mismas oportunidades, el respeto a la diferencia, al desarrollo de facultades de los niños discapacitados y a la preservación de su identidad.

Todo esto queda comprendido en el propósito de la Convención, contenido en el artículo 1.1: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

2.2. Concepto de ‘persona con discapacidad’ según la Convención.

Se incluye en la definición de *persona con discapacidad* a aquellos “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”³² que puedan tener dificultad a la hora de participar plena y efectivamente en sociedad, o a los que incluso les resulte imposible. La Convención también hace mención a la diversidad³³ entre individuos con discapacidad, reconociendo que entre ellos no deben tener un trato idéntico, sino uno que atienda a cada caso concreto. Además, comprende que el concepto de “discapacidad” es uno que evoluciona³⁴ y que nace de la relación entre los individuos con deficiencias y su contexto.

Con esto último la CDPD reconoce que los obstáculos de la sociedad impiden, en muchos casos, la participación plena en igualdad de condiciones con aquellos que no padecen ninguna deficiencia. Esta idea puede ser criticada, ya que parece que la Convención pretende negar la existencia de la limitación natural que conlleva una discapacidad e insinúa que esta es una restricción artificial que nace como resultado de una relación social.

³² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, art. 1.2, (BOE 21 de abril de 2008).

³³ Preámbulo del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, (BOE 21 de abril de 2008).

³⁴ Id.

Cierto es que la sociedad debe hacer lo posible por adaptarse a las necesidades de estos individuos, porque en caso de no hacerlo puede agravar su limitación natural, pero es innegable la base de la que se parte, el hecho de que la dificultad de interactuar de forma plena con la sociedad es una cuestión de índole personal – puede y debe el Estado facilitarles la integración (art. 49 CE), pero ninguna actuación externa podrá solventar de forma completa un problema físico o psíquico que impida ver, caminar o razonar.

Se aprecia, pues, que la definición dada de persona con discapacidad es una bastante vaga. Este problema se ha arrastrado desde el plano internacional hasta nuestra regulación nacional. La propia STS de 2009 admite que es un “concepto mínimo y abierto”³⁵. Por supuesto, se puede argumentar si su vaguedad resulta beneficiosa o no dependiendo de la perspectiva que se tome – puede englobar casos sobrevenidos por el paso del tiempo, lo que resultaría pertinente al tratar los problemas de la vejez, pero el hecho de no acotar supuestos también puede generar una gran inseguridad jurídica al no saber determinar a qué personas debe aplicarse la norma. El riesgo se encuentra en extrapolar la célebre cita “amigo de todos, amigo de nadie” a esta situación: lo que acaba queriendo abarcar todo, acaba abarcando nada.

La Ley de Apoyos, con su carácter indeterminado, no resuelve este problema, ya que no se especifica qué medidas de apoyo son mejores para qué tipo de discapacidad, lo que nos impide matizar la definición dada por la CDPD. Afortunadamente para detallarla se pueden tomar en consideración dos leyes nacionales: 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 la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La primera en su artículo 2.2 menciona que los beneficiarios de la ley serán aquellos con una discapacidad psíquica igual o superior al 33% y física o sensorial igual o superior al 65%, y acreditarán su condición mediante certificado expedido o resolución judicial firme. La segunda, en su artículo 26, distingue entre tres grados de discapacidad: Grado I (dependencia moderada), Grado II (dependencia severa), Grado III (Gran dependencia). Queda claro la discapacidad de especial relevancia para que se den o no las medidas de apoyo será la de carácter psíquico³⁶, y su grado podrá resultar orientativo a la

³⁵ Sentencia Tribunal Supremo, núm. 282/2009, 29 de abril, FJ Tercero.

³⁶ Cfr. Gomá Lanzón, F., “Una visión práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo-Junio, 2024 ; como bien dice, nadie se plantea si

hora de determinar qué clase de apoyo deberá darse, pero como ya se ha dicho la Ley objeto de trabajo no se pronuncia al respecto.

3. SENSIBILIDAD CONSTITUCIONAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE TERCERA EDAD EN ESPAÑA

España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, lo que quiere decir que se contempla una actuación estatal para asegurar el bienestar colectivo. Esta idea del Estado de Bienestar subyace a lo largo de todo el texto constitucional, al ser uno de los valores característicos de la democracia.

La Constitución española contempla la protección de las personas con discapacidad y las de tercera edad. Se aprecia esta protección en los artículos 10, 14 y 15 de la CE – todos ellos derechos fundamentales. El primero versa sobre “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad...”; el segundo defiende la igualdad ante la ley de todos los españoles, que se fundamenta en la dignidad humana, y el último el derecho fundamental a la vida y la integridad física. Nos podemos referir a ellos en lo relativo a la protección de los ancianos, porque demuestran que en nuestro ordenamiento la vida de estos tiene el mismo valor que la de cualquier otra persona y que por ello deben ser protegidas en igualdad de condiciones, asegurando además su bienestar físico en la medida de lo posible. Se puede complementar esta visión con el art. 9.2 de la CE, que promulga que los poderes públicos promuevan las condiciones de libertad e igualdad de individuos y grupos de forma real y efectiva.

Además, los artículos 49 y 50 CE son esenciales al tratar este tema porque hacen mención a la actividad estatal en este ámbito. El artículo 50 contempla promover el bienestar de las personas de tercera edad mediante servicios sociales y garantizarles un sistema de pensiones. El art. 49, que versa sobre las personas con discapacidad, ha sido discutido desde la ratificación de la Convención de 2006, ya que se consideraba que su

personas como Borges, con su ceguera, o Goya, con su sordera, necesitaban de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, ya que estas limitaciones no afectan a su capacidad para formar su voluntad o expresarla – además de porque obviamente en ese momento esta alternativa no era contemplada por la ley.

redacción era reflejo del modelo anterior, uno que España se había comprometido superar³⁷.

El artículo 49 CE contemplaba en su anterior redacción que existía una responsabilidad por parte de los poderes públicos de realizar políticas que previniesen, tratarasen, rehabilitasen e integrasen a los “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, además de prestarles la “atención especializada” necesaria.

El pasado 18 de enero de 2024 se comenzó la reforma de este artículo para modificar el término ‘disminuidos’ por ‘personas con discapacidad’, además de incluir una mención a su autonomía personal y su inclusión en sociedad, lo que demostró una labor de adaptación del texto constitucional a la CDPD, y también una sensibilidad del pueblo español a esta problemática, ya que fue aceptada con 312 votos a favor³⁸. Fue aprobada por la Cámara Alta el 25 de enero de 2024 y sancionada por el Rey el 15 de febrero de mismo año³⁹, quedando consagrada en la Carta Magna. Este cambio no es uno meramente formal – denota la transformación de nuestro sistema, que ha pasado de ser un modelo médico a uno social, donde se antepone la autonomía personal al interés superior y se atiende a las circunstancias personales.

Aun así, es importante mencionar que no hubo unanimidad. Esto se debe a que, a pesar de que la CDPD hace referencia en sus artículos 6 y 7 a la especial protección de las mujeres y niños con discapacidad, algunos defienden que el hecho de que en la reforma constitucional se haga referencia directa a estos colectivos implica que se les da prioridad y se refuerza su protección frente a la de los hombres con discapacidad, vulnerando así el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE⁴⁰. Esta controversia no es objeto de trabajo, pero es oportuno incluirla porque de esta manera se observa la dificultad de adaptación de nuestro ordenamiento a los valores de la Convención y los problemas que surgen a partir de esta labor, unos que tendrán efectos en la práctica de forma inevitable.

CAPÍTULO III. LEY DE APOYOS

³⁷ García Rubio, M.P., “La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2021, p 88

³⁸ A.B. Ramos, “El Congreso aprueba la tercera reforma de la Constitución con el voto en contra de Vox”, *El Confidencial*, 18 de enero de 2024

³⁹ Constitución Española, Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 (BOE de 17 de febrero de 2024)

⁴⁰ Redacción Lefebvre, “Aprobada la reforma del artículo 49 de la Constitución sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *El Derecho*, 18 de enero de 2024

1. ESTRUCTURA DE LA LEY DE APOYOS

La Ley 08/2021 de 2 de junio cuenta con un preámbulo, ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una única disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

La ley modifica leyes civiles especiales, procesales, el Código de Comercio, el Código Penal, y por supuesto, el Código Civil. Esta última ha sido sin duda la más ambiciosa, y ha llevado a varios juristas a considerarla una de las “modificaciones más importantes que nuestro sistema normativo ha experimentado”⁴¹, no solo por la cantidad de artículos modificados, sino porque ha eliminado instituciones tradicionales, haciendo que se discutieran “los valores profundos y principios básicos que cimientan el orden social”⁴² de nuestro país en el proceso.

Los títulos IX – “de la tutela y de la guarda de los menores” – y X – “de la mayor edad y de la emancipación” – han sido objeto de reforma, pero no serán estudiados en este trabajo porque no versan sobre el colectivo que nos interesa. Se hará referencia exclusivamente al Título XI – “de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Los puntos que nos interesan de la reforma se pueden resumir de la siguiente manera:

1. La eliminación del concepto de capacidad de obrar y la institución de incapacitación por razón de los valores de autonomía personal y libertad individual defendidos por la CDPD;
2. La supremacía de la autonomía personal frente al interés superior, que es el principio que da valor al nuevo sistema y es permitido a su vez por el primer punto, ya que la capacidad de obrar tal y como se concebía antes impedía que la voluntad de la persona primase por encima del interés superior;
3. La supresión de la tutela, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada para las personas con discapacidad, con la intención de dar paso

⁴¹ García Rubio, M.P., “La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2021, p.82

⁴² Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M^a., “Protección jurídica de las personas con discapacidad” en *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2022, p. 164

a un modelo de medidas de apoyo, consecuencia de esta primacía de la voluntad.

La omisión de la autonomía de la prodigalidad no se analizará en detalle, pero es importante mencionar que este ha sido otro más de los cambios de la reforma, porque se consideró que las situaciones a las que atendía esta figura podían ajustarse sin dificultad al nuevo sistema de medidas de apoyo.

Teniendo todo lo anterior en cuenta, se analizará la modificación sobre la capacidad de obrar y su consecuencia: el sistema de apoyos.

2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA – UNIFICACIÓN DE LA FACETA ESTÁTICA Y DINÁMICA.

2.1. Concepto tradicional de personalidad jurídica y cambio derivado de la interpretación del artículo 12 de la CDPD

En los Estados democráticos el concepto de persona implica personalidad jurídica por su fundamento humanista. Esto quiere decir que no es el Derecho aquel que otorga personalidad jurídica, sino que su labor se limita a su reconocimiento⁴³, ya que el hombre nace con ella por su dignidad inherente⁴⁴. El ser persona, por lo tanto, significa ser sujeto de Derecho⁴⁵.

La personalidad jurídica se caracteriza por dotar al sujeto de individualidad, unidad y por su permanencia en el tiempo – distingue así al hombre de entre los demás, considerándole un todo único y además asegurando la inmutabilidad de su condición mientras viva⁴⁶.

La personalidad jurídica se divide en una faceta estática, formada por la esfera jurídica singularizada y la capacidad jurídica (su razón de ser); y de una faceta dinámica, formada por la capacidad de obrar.

⁴³ Característica de la teoría iusnaturalista, que defiende que existen unos valores superiores que deben ser defendidos y protegidos, aunque no queden recogidos en un texto legal. Se distingue, por ello, la norma humana de la norma natural. Estos derechos son reconocidos por el Derecho, no otorgados por él.

⁴⁴ Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M^a., “Protección jurídica de las personas con discapacidad” en *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2022, p. 157

⁴⁵ *Ibid.*, p. 156

⁴⁶ La personalidad jurídica se extingue con la muerte: el cadáver en nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una protección distinta, a considerarlo cosa mueble de naturaleza jurídica especialísima, lo que significa su exclusión del comercio humano, entre otras cosas.

La capacidad jurídica se refiere a la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones. Es natural a toda persona e igual para todos. La capacidad de obrar, término ahora obsoleto en nuestra normativa interna, se refería a la posibilidad del sujeto de ejercitar con plena eficacia actos jurídicos o derechos en el tráfico jurídico. Este segundo concepto nació con la intención de proteger a los individuos que por falta de discernimiento podían perjudicarse al actuar por su cuenta, por lo que se permitía su graduación. Esta idea de capacidad de obrar fue la que derivó en la creación de los estados civiles y las limitaciones parciales o totales mediante sentencia judicial. Si no hubiese un interés mayor a proteger, no existiría justificación suficiente para esta graduación en la capacidad de obrar.

Como se ha adelantado, la Ley de Apoyos ha supuesto una superación del concepto de capacidad de obrar, que se ha pasado a denominar ‘ejercicio de la capacidad jurídica’ y considerarse parte de la capacidad jurídica. Se ha dado, por lo tanto, una unificación de ambas facetas, al considerar que la dinámica (el ejercicio de la capacidad jurídica) se integra en la estática (capacidad jurídica). Se observa pues que nuestros legisladores han interpretado el art. 12 de la CDPD en lo relativo a la unión de ambas de forma similar – pero no igual, como se verá – al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2014 en la Observación General 1ª, porque consideraban que solo de esta forma se aseguraba la autonomía individual y la ‘igualdad de condiciones’ en el ejercicio de los derechos.

2.2. Diferencias interpretativas. Problemas fundamentales derivados de la unificación de facetas.

Esta redefinición del concepto de capacidad jurídica, y por ende de personalidad jurídica, no está exenta de problemas.

La unión de ambas facetas da lugar a distintas interpretaciones que pueden tener diversos efectos en la realidad de especial relevancia.

Lo que hay que comprender antes de analizar estas divergencias interpretativas entre la Observación General 1ª y la Ley de Apoyos es el hecho de que ambas están intentando transformar nuestro modelo de uno donde prima el interés superior a uno donde prevalece la autonomía personal. Por lo tanto, este subsumir la faceta dinámica a la estática no es más que un intento de crear una coherencia entre el ordenamiento y la teoría del Derecho que la sostiene.

La CDPD no hace mención al interés superior de la persona con discapacidad o la de tercera edad. Todo lo contrario: da prioridad a “la voluntad y las preferencias de la persona”⁴⁷, estableciendo que el sistema de apoyos debe actuar en atención a ellos. A pesar de que este ideal queda claro en la redacción de la Convención, la interpretación de nuestro Tribunal Supremo en la STS 2009 lo pasa por alto⁴⁸ e interpreta los artículos de la CDPD atendiendo al tradicional concepto de interés superior⁴⁹, característico del modelo que España tenía en ese momento. La sentencia vuelve a subordinar la voluntad personal e individual a un interés mayor.

Aun así, la presente reforma retoma la intención de la CDPD e ignora lo señalado por la STS de 2009.

De esta autonomía personal nacen dos ideas – la primera, la posibilidad del derecho a equivocarse y el derecho a no recibir apoyos; y la segunda, la prohibición de la sustitución. Estas dos son defendidas por la Observación General 1ª, mientras que nuestro Código adopta una postura menos extrema – no acepta la existencia de estos primeros derechos, lo que evita el problema de determinar qué consecuencias tendrían las actuaciones de las personas que hubiesen decidido no tener medidas de apoyo en el tráfico jurídico, o si pudiesen actuar en absoluto, y además permite la sustitución en casos ‘excepcionales’. Las decisiones del legislador nacional, a pesar de no seguir fielmente la intención de la Convención, denotan una comprensión de la complejidad de esta realidad, ya que es consciente de que habrá situaciones en las que atender a la voluntad o ‘trayectoria vital’ de la persona no será suficiente, o incluso imposible⁵⁰, y tendrán que primar las medidas legales o judiciales para asegurar su protección.

Pero más allá de eso, el problema fundamental de esta unificación es el hecho de que no es coherente⁵¹. No es coherente porque se fundamenta en la igualdad de condiciones a la hora de ejercitar los derechos y al mismo tiempo plantea un sistema de medidas de apoyo. El hecho de que unos individuos vayan a necesitar de estos apoyos ya denota una desigualdad de condiciones entre unos y otros – aquellos que necesiten una

⁴⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, art. 12.4, (BOE 21 de abril de 2008).

⁴⁸ Cfr. PAU, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Civil* (vol. V, No.3, 2018), de P. 415

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 282/2009, de 29 de abril, FJ Tercero.

⁵⁰ Esta imposibilidad puede darse en casos en los que un individuo haya nacido con una discapacidad psíquica grave que le impida exteriorizar su voluntad en absoluto, ya sea por falta de habla, de raciocinio, etc.

⁵¹ Cfr, Ruiz de Huidobro de Carlos, J. Mª., “Protección jurídica de las personas con discapacidad” en *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2022, p.172

actuación heterónoma para que su actuación tenga plenos efectos y aquellos que actúen de forma autónoma.

Aun así, existen autores que defienden esta idea de igualdad de condiciones porque consideran que la CDPD – Convención que inspiró su uso – trata de “conservar la idea de autonomía, pero desligándola de una visión capacitista”⁵² que dio lugar a la tradicional concepción liberal de los derechos humanos y que se encuentra hoy en decadencia. A pesar de valorar esta opinión, en el presente trabajo se partirá de la primera crítica, ya que la CDPD pretende asegurar que existe una igualdad entre grupos tras establecer una diferencia para la efectividad de su actuación en el tráfico jurídico.

Por esta razón, y atendiendo a la permisividad de la ley en materia de sustitución, se puede plantear la cuestión de cuál es verdaderamente la diferencia entre la tradicional capacidad de obrar y el nuevo ejercicio de la capacidad jurídica. Al final, ambas parecen tener el mismo fin, la protección de la persona que no tenga el grado de discernimiento suficiente para realizar un determinado acto, y puede ser graduada de la misma manera, al permitirse la sustitución en nuestro ordenamiento y al existir distintas medidas de apoyo de carácter heterónomo. La única diferencia fundamental, como hemos visto, es el hecho de que prevalece la voluntad del individuo y se tienen en cuenta sus circunstancias personales, pero como bien dice ARNAU MOYA, habría sido suficiente con modificar ciertos artículos del Código para conseguir esto en vez de llevar a cabo una modificación tan vasta y que atenta contra una “expresión plenamente consolidada en nuestro ordenamiento jurídico”⁵³ como es la capacidad de obrar. Además, aunque admite que la CDPD no hace mención a este concepto, considera que el legislador español ha errado al eliminarla – no solo por el hecho de que va a causar una gran confusión, también porque la Convención, por su carácter internacional, tiende a utilizar terminología genérica para poder referirse al mayor número de ordenamientos jurídicos posible⁵⁴, por lo que el no uso de cierta terminología no implica su intención de prohibirla.

Aun con todas sus críticas, lo importante es comprender que nuestra regulación interna actual contempla la capacidad jurídica y la tradicional capacidad de obrar como “un todo inseparable”⁵⁵.

⁵² Rey Pérez, J.L., “Edadismo y el derecho a la no discriminación”, Adroher Biosca, S. (directora), Tratado de Derecho de mayores, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p.188

⁵³ Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 08/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Rev. Boliv. de Derecho*, N° 33, 2022, p. 561

⁵⁴ Cfr. Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 08/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Rev. Boliv. de Derecho*, N° 33, 2022, p. 561 - 568

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 282/2009, de 29 de abril, FJ Tercero.

3. EL NUEVO SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO.

3.1. El sistema de apoyos en términos generales.

Las medidas de apoyo son la manifestación de un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias⁵⁶ de la persona, y reemplazan el anterior sistema de capacidad judicialmente modificada. Los apoyos encuentran su fundamento en la dignidad humana y la tutela de los derechos fundamentales. Su finalidad, recogida en el artículo 249 CC, es la misma que la de la CDPD: el desarrollo pleno de la personalidad y la actuación de la persona en condiciones de igualdad en el tráfico jurídico – término que como se ha visto es erróneo, y que debería sustituirse por uno más afín a la realidad de los hechos, como ‘actuación con igualdad de oportunidades’.

Asentado lo anterior, se puede pasar a hacer un estudio más exhaustivo de la normativa en términos generales.

En primer lugar, se aprecia el *carácter indefinido del sistema* en su conjunto. Ciertamente es que se nombran las medidas de apoyo – y, como se ha visto, se prohíben otras – pero esta información resulta no ser suficiente. La reforma no especifica qué clases de discapacidad requieren protección, ni en qué consisten los apoyos en sí, aparte de la breve enumeración de actos recogidos en el art. 287 CC que necesitarán de representación. En el preámbulo de la ley se llega incluso a mencionar la Observación General 1ª, que decía que el apoyo era “un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso...”⁵⁷ a otras más técnicas. Por lo tanto, los apoyos pueden ser de cualquier naturaleza y asemejarse, según la propia ley, a cualquier relación humana, incluso aquellas que normalmente no tienen carácter jurídico, como la amistad. Lo único que queda claro en la normativa es el hecho de que las medidas de apoyo “de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona”⁵⁸ y que solo se sustituirá al individuo en “casos excepcionales”⁵⁹ (Art. 249 CC).

⁵⁶ La voluntad, deseos y preferencias son principios que deben ser respetados y que son repetidos a lo largo de todo el Título XI como base de las medidas de apoyo. Mencionados en los artículos 249, 250, 258, 264, etc... Demuestra, por su referencia constante, la gran importancia que el nuevo sistema da a las circunstancias personales del individuo.

⁵⁷ Preámbulo de la Ley 08/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3 de junio de 2021).

⁵⁸ Ley 08/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3 de junio de 2021).

⁵⁹ Idem.

En segundo lugar, los *principios que conforman el sistema*, que son (1) la necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo – atendiendo a las circunstancias personales de la persona y no tomando solo en cuenta su realidad patrimonial como se tendía a hacer con la anterior regulación – (2) la autonomía de la voluntad – la reforma ha supuesto el cambio de la expresión de interés superior del incapacitado a la de atención a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que necesite apoyos –, (3) y la subsidiariedad de los apoyos legales y judiciales, donde se considera la figura de la curatela como último recurso.

En tercer y cuarto lugar, la *distinción entre las medidas de apoyo y la ordenación de los apoyos establecidos*. La ley hace una distinción entre tres medidas de apoyo distintas: las medidas voluntarias, la figura de la guarda de hecho y las medidas legales o judiciales. El orden de preferencias también es establecido. En primer lugar, se encuentran las medidas voluntarias del propio individuo, que pueden ser tanto los poderes o mandatos preventivos como la autocratela⁶⁰. Estas, como se sabe, priman sobre las demás. Es el individuo el que determina quién las otorgará y con qué alcance. Siguiendo, la guarda de hecho, medida informal que sale reforzada⁶¹ con la reforma y que puede existir siempre que no se apliquen de forma eficaz otras medidas voluntarias o judiciales. La curatela, de carácter formal que se tomará solo en defecto de voluntad y que asistirá a las personas que necesiten un apoyo continuo. Su extensión se decidirá mediante resolución judicial atendiendo a las circunstancias personales del necesitado. Se distingue la curatela asistencial de la representativa. Finalmente, el defensor judicial, que es una figura subsidiaria a las demás porque nace para resolver posibles conflictos de interés que surjan ocasionalmente entre la persona que brinda el apoyo y la persona que lo recibe o cuando el que apoya es incapaz de actuar en un momento dado.

En quinto y último lugar, la *revisión periódica* de los apoyos judiciales, recogidos en el art. 268 CC, donde se dice que se realizarán como norma general en un plazo máximo de tres años, o, de forma excepcional, cada seis. También se llevarán a cabo cuando haya algún cambio significativo en la situación de la persona que implique una

⁶⁰ Es interesante hacer mención a lo que matiza ARNAU MOYA en su aportación a este problema doctrinal en *Aspectos polémicos de la ley 08/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, citado en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, cuando dice que los poderes y mandatos preventivos, al igual que la autocratela, fueron introducidas por la Ley 41/2003 en sus respectivos artículos 9 y 11. Por lo tanto, no es la ley objeto de trabajo la creadora de tales figuras, sino que se limita a bautizarlas ‘medidas de apoyo’ y a darles primacía en el sistema.

⁶¹ Preámbulo de la Ley 08/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3 de junio de 2021).

modificación de las medidas de apoyo. En lo que respecta a las medidas voluntarias, el art. 255 CC menciona que la persona “podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportunos...” En esto, la norma plantea dudas ya que al conferir al individuo la disposición de tales medidas, le faculta para prescindir de ellas, de conformidad con el principio de supremacía de la voluntad que inspira el sistema de apoyos, lo que puede originar perjuicios a la persona con discapacidad si las medidas voluntarias derivan en una operatividad nociva para él. El último párrafo del art. 255 contempla, en caso de insuficiencia de estas, la posibilidad de adoptar medidas judiciales de apoyo, lo que supone admitir implícitamente el principio de interés superior de la persona con discapacidad.

3.2. Consecuencias de una autonomía personal suprema

La autonomía personal como principio supremo es simplemente insostenible en nuestro ordenamiento jurídico. Se ha mencionado ya la inseguridad jurídica que le ocasiona al individuo al tratar el caso de las revisiones periódicas, pero esta no es la única consecuencia.

La reforma ha errado al otorgar tal carácter a la autonomía personal y obviar el interés superior porque ensalza la voluntad individual sobre el Imperio de la Ley, carácter básico del sistema democrático. El artículo 1255 del Código Civil establece claramente lo siguiente:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

Se somete, pues, la voluntad del individuo a tres principios: la ley, la moral y el orden público. Al permitir que la autonomía de la persona con discapacidad prime, se crea una distinción entre voluntades: aquella que pertenece a una persona que no necesita apoyos y que por lo tanto está limitada, y la de la persona que necesita apoyos y que, atendiendo a la Ley de Apoyos y los principios que la rigen, no tiene limitación en su actuación. Por esta razón, no solo se está otorgando un privilegio, y no un derecho, a las personas con discapacidad, también este va contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución y a los pilares de la democracia.

Una parte de la doctrina asegura que este principio del interés superior ha sido “la principal pieza a sacrificar”⁶² en la reforma en atención a las personas con necesidad de apoyos – ya que sigue valorándose para menores de edad – y que se ha sustituido por la atención a la voluntad, deseos y preferencias del individuo. Se mencionan estas nuevas bases del sistema en el artículo 249 (“las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera”), 250 (“la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona... en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias”), entre otros.

Aun así, se puede ver que el concepto de interés superior surge naturalmente en la práctica a la hora de aplicar esta normativa, y que es valorada especialmente en casos de senectud. En el auto 47/2021 del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla se acuerda vacunar contra el COVID-19 a una mujer de la tercera edad en contra de la voluntad de su hija, guardadora de hecho, que temía posibles efectos secundarios por la rapidez con la que se había creado esta vacuna. Aun con estos posibles efectos, el Juzgado determina que “el riesgo de cualquier medicamento, incluidas las vacunas... (es menor) al de desarrollar enfermedad grave por Covid-19”⁶³. El Tribunal Constitucional en la sentencia 38/2023, de 20 de abril, también obliga a la vacunación de COVID de una anciana en residencia contra la negativa de su hijo. En la sentencia se deja claro que es una mujer que padece Alzheimer, que no ha sido vacunada de gripe en anteriores ocasiones⁶⁴ y que no puede exteriorizar su voluntad. Decide el Tribunal Constitucional vacunarla, alegando que es más grave para ella contraer la enfermedad que padecer cualquier otro efecto secundario producido por la vacunación, por una razón de salud pública y porque además el vacunarse le permitiría desenvolverse con el resto de los individuos en la residencia, ya que se le había aislado de ellos por riesgo potencial a su salud⁶⁵.

3.3. Las figuras de apoyo

⁶² Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 08/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Rev. Boliv. de Derecho*, N° 33, 2022, p. 554

⁶³ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 47/2021 de 15 de enero. FJ segundo.

⁶⁴ Este detalle es fundamental, ya que, si se atiende a la ley y sus principios, cuando la voluntad de la persona no se pueda exteriorizar o no esté clara, se debe atender a la “trayectoria vital” del individuo para sustituirle en su actuación o decidir por él (art. 249 CC). En este caso, a pesar de su pasado y de no vacunarse anualmente, se decide por ella atendiendo al presunto olvidado concepto de interés superior.

⁶⁵ Cfr. Sentencia Tribunal Constitucional núm. 38/2023, de 20 de abril. FJ séptimo.

La reforma 08/2021 no solo ha supuesto la eliminación de la institución de incapacitación – como ya hemos visto – o la supresión de la prodigalidad como institución independiente, también ha significado la eliminación de la figura del tutor, de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada para las personas discapacitadas en el ejercicio de su capacidad jurídica, porque se consideró que estas figuras eran demasiado “rígidas”⁶⁶, y que por este carácter, impedirían a las personas actuar conforme a sus propias voluntades, lo que atentaba contra la finalidad de la reforma en sí. Además, eran figuras que tradicionalmente se habían utilizado para representar a aquellos incapacitados totalmente, y ahora que la sustitución pasaba a un plano secundario y excepcional, no tenían a ojos del legislador razón de ser, ya que además se contempla la posible representación por parte de figuras como la guarda de hecho, el apoderado preventivo o la curatela.

Las figuras que se han mantenido⁶⁷, ya mencionadas, se recogen en el artículo 250 CC: las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Curiosamente, se entrevé la intención de hacer que estos apoyos, además de ser necesarios y proporcionales, tengan un carácter transitivo, ya que la ley dice que sus otorgantes “fomentarán”⁶⁸ su progresiva desaparición con la intención de lograr la independencia de las personas con discapacidad para actuar en el tráfico jurídico.

Si se analiza esta idea, puede parecer entonces que esta ‘igualdad de condiciones’ a la que se refiere la ley es en realidad un objetivo en sí mismo y no un punto de partida. Esta expresión ha sido criticada a lo largo de todo el trabajo, y aun con esta nueva interpretación de fin y no de comienzo, resulta no ser aceptable, porque demuestra atender solo a un sector minoritario de las personas con discapacidad, dejando desamparadas a aquellas que verdaderamente necesitan una actuación heterónoma para llevar su día a día. Esta es una de las razones por la cual cierta parte de la doctrina considera que la reforma es una que beneficia solamente a aquellos con discapacidades de menor grado y que no supone “ninguna ventaja”⁶⁹, o que incluso perjudica, a los antiguos incapaces totales y

⁶⁶ Preámbulo de la Ley 08/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3 de junio de 2021).

⁶⁷ La Sentencia del Supremo de 2009 que interpreta la Convención de 2006 menciona que los apoyos dependen de la normativa interna del país que adopte el nuevo sistema.

⁶⁸ Ley 08/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3 de junio de 2021).

⁶⁹ Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 08/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Rev. Boliv. de Derecho*, N° 33, 2022, p. 567

aquellos que desde su infancia padecen una discapacidad total o grave que les haya impedido exteriorizar su voluntad – no se podría reconstruir esta al no haber existido.

Se analizarán en los siguientes subapartados las distintas medidas de apoyo para determinar si responden a la necesidad de protección del anciano con discapacidad. Pero, antes de indagar en esta cuestión, es importante recalcar lo que para mí es un error de concepto: el identificar la representación con el apoyo. La representación implica sustitución y el apoyo, asistencia. No pueden, por lo tanto, considerarse iguales de ninguna manera. Son actuaciones profundamente distintas, porque una implica tomar decisiones en nombre de otra persona y la otra ayudar a alguien en la toma de decisiones donde finalmente es él quien las toma. Llama especialmente la atención el término de ‘curatela representativa’, que resulta ser una manifiesta contradicción en sí mismo – se defiende durante todo el preámbulo de la Ley de Apoyos la curatela como eje central de la reforma justamente por su naturaleza y tradición asistencial y no sustitutiva, para después forzar esta posibilidad. La realidad es que la curatela y la representación son términos distintos que nada tienen que ver el uno con el otro y que aun así la reforma pretende hacernos creer que están relacionados de forma íntima, como si versaran sobre una misma actuación. Este término no debería darse en absoluto, ya que esta figura no es más que una tutela encubierta.

No es este problema uno meramente terminológico – de una visión tradicional de cómo se concebía una y otra institución y su alcance – a pesar de que de primeras pueda parecerlo. Si fuese así, no sería tan importante mencionarlo. Lo que se pretende es dar luz a la causa que ha propiciado el cambio. Como se verá en el apartado de *Reflexiones*, esta selección de palabras demuestra un problema social mucho más profundo, reflejado en esta ley y en muchos otros textos legales actuales.

3.3.1. Medidas voluntarias de apoyo

c. Poderes y mandatos preventivos

Los poderes preventivos se regulan en los artículos 256 – 262 CC. La novedad, con respecto a su regulación anterior, es el hecho de que ahora la autoridad judicial no puede revocar el poder o sustituir al apoderado en aras de constituir una tutela, manteniendo su vigencia “pese a la constitución de otras medidas de apoyo” (art. 258 CC). Esta nueva concepción del poder preventivo queda recogida en el art. 257 CC: “*El*

poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”.

Es importante apuntar que según la norma existen dos tipos de poderes preventivos, aquellos con cláusula de subsistencia, que surten efectos desde su constitución, y los poderes preventivos ‘puros’, que comienzan a producir efectos desde que se acredita la necesidad del apoyo.

Por esta razón, es fundamental – y esto también se infiere del artículo citado anteriormente – determinar el momento en el que se da la necesidad del apoyo, ya que este será el hecho que desencadene la realización del mandato.

Se ha dado un debate doctrinal al respecto, ya que algunos juristas interpretan que solo se pueden otorgar estos poderes antes de cualquier atisbo de limitación psíquica, ya que de lo contrario no se estaría previendo la situación, sino que se estaría viviendo en el momento del otorgamiento. Este argumento implicaría la imposibilidad de que una persona con principio de Alzheimer los formulase, por ejemplo, al no estar previendo la situación de discapacidad, sino estar padeciéndola en el momento.

Será responsabilidad del notario garantizar que se cumplen estas circunstancias, según lo establecido en la nueva reforma, mediante acta notarial. Este documento contendrá el juicio de capacidad de la persona con discapacidad que realice el notario y un informe pericial. HUIDOBRO considera que el juicio de capacidad deberá darse “en todo caso”⁷⁰ en vez de ser una cuestión abordada solo cuando se considera precisa, y que el informe pericial no debe ser de expresa necesidad cuando existan historiales médicos a los que se pueda el notario remitir. Este acta sirve de prueba para mostrar que existe una necesidad del apoyo “con carácter general, sin cifras concretas ni porcentajes”⁷¹.

Finalmente, comunicará este otorgamiento de poderes de oficio y se inscribirán en el Registro Civil.

⁷⁰ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M^a, “Medidas voluntarias de apoyo a mayores con discapacidad” Adroher Biosca, S. (directora), Tratado de Derecho de mayores, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 872

⁷¹ Gomá Lanzón, F., “El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, El Notario del Siglo XXI, Mayo-Junio, nº 115, 2024

También es importante delimitar bien el poder para asegurar la seguridad jurídica de la persona con discapacidad.

El art. 258 otorga libertad absoluta al poderdante para determinar el contenido del poder, así como las medidas de control que estime oportunas, salvaguardas y formas de extinción del poder. Como ya se ha criticado con anterioridad, esta formulación da lugar a pensar que en caso de rechazar las medidas de control de forma expresa, se deberá respetar la decisión de la persona con discapacidad, a pesar de que esta actuación pueda resultar perjudiciosa.

En lo que respecta al art. 261 CC y la posibilidad de poder “encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas”, a pesar de ser “el ejercicio de las facultades representativas” uno personal, juristas como el notario GOMÁ consideran que se debe prohibir esta delegación y sustitución de poderes en términos generales, ya que a la hora de designar al apoderado existe un “fuerte componente personal”⁷² que debe ser respetado, sobre todo atendiendo al espíritu que mueve la Ley de Apoyos.

d. Autocuratela

La autocuratela, regulada en los artículos 271 a 274 CC, contempla que cualquier persona mayor de edad o emancipada puede, mediante escritura pública, nombrar o excluir a una o varias personas para que realicen la función de curador en previsión de circunstancias que dificulten o comprometan el ejercicio de su capacidad jurídica. Atendiendo al principio de autonomía individual, puede la persona establecer su funcionamiento, contenido, reglas administrativas, retribución y medidas de control, entre otras cuestiones.

Estas disposiciones voluntarias comprometerán a la autoridad judicial a la hora de constituir la curatela.

Es interesante anotar que el artículo 272 contempla una medida que atiende al principio de interés superior del individuo sin admitir que este es el caso al decir que “la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias

⁷² Id.

graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.”

Esta previsión voluntaria para el nombramiento de un futuro curador resulta de utilidad “en los casos de enfermedades degenerativas, cuando el afectado por las mismas opte por esta solución”⁷³. Justo por esta razón se ha debatido si puede realizar decisión una persona que padezca cierto grado de discapacidad psíquica – algunos consideraban que esto no podía darse, ya que se debían tomar estas medidas ‘en previsión’ de la discapacidad, y por lo tanto, previamente; pero la realidad es que se observa que en las primeras interpretaciones de la ley esto se permite, mostrando coherencia con los principios de la CDPD que afirman la capacidad de estas personas para tomar sus propias decisiones.

3.3.2. Guarda de hecho

La guarda de hecho es, según el artículo 250 CC, una “medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”, y que se ha visto reforzada tras la reforma al convertirse en una figura de apoyo en sentido estricto, perdiendo así su antiguo carácter de situación provisional a la espera de la realización de una incapacitación.

En la exposición de motivos de la Ley se observa que la transformación de la guarda de hecho se ha realizado para atender a la realidad de muchas de las personas con discapacidad, que por lo general se ven mejor atendidas y asistidas por familiares, al ser la familia “el grupo básico de solidaridad y apoyo” en nuestra sociedad, como se dice en el preámbulo de la Ley. De esta forma ya no sería necesaria una investidura judicial formal para la generalidad de los casos donde existiese una limitación del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad de tercera edad. Aunque es cierto que la norma no contempla que cada vez se dificulta más esta asistencia familiar por cuestiones como, por ejemplo, la entrada de las mujeres en el mercado laboral y el progresivo envejecimiento social.

⁷³ Hijas Cid, E., “Novedades en la regulación de la autotutela”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo-Junio, 2024

Aun así, se extrae de la redacción del artículo 264 CC que esta figura puede tener un carácter tanto asistencial como representativo, siendo este último excepcional⁷⁴ y necesitando un expediente de jurisdicción voluntaria para realizarse. En este mismo artículo parece reiterarse la idea de que las medidas de apoyo deben ser un “traje a medida”, tal y como se contempló en la CDPD y se interpretó en la STS 2009, al decir que la autorización judicial para representar se concederá “previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso”.

Con la reforma se ha permitido que, a la hora de representar a un individuo, ya no sea necesario un procedimiento judicial largo y complejo que requiera una primera incapacitación; sino que ahora se puede, para un acto particular, sustituir a la persona necesitada de apoyos para luego retomar esa asistencia no representativa que puede llegar a abarcar todos los planos de la vida, como se ha hecho mención en las cuestiones generales. Esto es visto con buenos ojos por varios autores, que consideran que la redacción del artículo 304 CC (“los actos realizados... no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”) resultaba en una inseguridad en el tráfico jurídico para la otra parte contratante, al existir la incertidumbre sobre la eficacia del negocio; además de en la actualidad representar un modelo médico que la reforma pretende superar⁷⁵.

En fin, se observa que el carácter informal de la figura tiene ciertos beneficios, sobre todo en lo que respecta a economía judicial y procesal – aunque se puede argumentar que con las disposiciones transitorias que establece la ley y el régimen de revisiones no se va a conseguir solventar el problema de colapso del sistema judicial. Lo que sí es indudable es el hecho de que esta nueva concepción de la guarda de hecho otorga al individuo con discapacidad y sus familiares estabilidad y les evita procedimientos y esperas innecesarias para asistir de la manera que ya lo hacían. Aun con lo bueno, esta misma informalidad puede “provocar problemas en cuanto a la determinación de su título de legitimación, el ámbito de facultades del guardador y el tipo de apoyo que el mismo podrá desplegar”⁷⁶, al no existir “nombramiento alguno que se pueda exhibir, ‘sin otra acreditación que la voluntad de la persona con discapacidad’”⁷⁷.

⁷⁴ Esta idea de que se necesita autorización judicial para representar siendo guardador de hecho se menciona tanto en el art. 264.1CC como en el 287 CC.

⁷⁵ Cfr. Lora-Tamayo Villaceros, M. y Pérez Ramos, C., “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo-Junio, 2024

⁷⁶ Id.

⁷⁷ Gomá Lanzón, F., “Una visión práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo-Junio, 2024

La tarea fundamental y genérica del guardador es la de acompañar y hacer que la persona con discapacidad entienda y sea entendida⁷⁸. Pero, en caso de que se quiera representar a la persona con discapacidad en un cierto acto, debe el notario determinar si efectivamente existe esta relación de confianza entre las partes, lo que resultará más complejo en los casos en los que se dé el ‘mero acompañamiento amistoso’.

Todo lo relativo al otorgamiento de este apoyo debe constar en el acta notarial, haciendo hincapié en las declaraciones de ambas partes, en especial las de la persona con discapacidad. Esto es esencial porque la Ley de Apoyos ha significado que tras su promulgación se hayan dado “una infinidad de matices”⁷⁹ que se deben contemplar a la hora de determinar un juicio sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona, y solo de esta manera, ante una figura de naturaleza tan flexible como es la nueva guarda de hecho, se puede proteger el principio de seguridad jurídica.

3.3.3. Medidas judiciales de apoyo

La curatela se constituye por la autoridad judicial, que deberá motivar esta decisión, cuando no exista otra medida de apoyo posible (art. 269 CC). Se demuestra así su carácter formal, heterónomo, subsidiario y excepcional. Además, deberá ser proporcional a las necesidades de la persona necesitada de apoyos. Se deduce del artículo 269 CC que existen dos tipos de curatela, una asistencial y otra representativa, por el siguiente pasaje:

“Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada ... que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad”.

También se puede sacar esta misma conclusión atendiendo al artículo 282 “el curador asistirá a la persona a la que preste el apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica representando su voluntad, deseos y preferencias”, el artículo 285 “*el curador con facultades representativas...*” y el artículo 287 “*el curador que ejerza funciones de representación...*”

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Id.

El art. 282 CC menciona que el curador asistencial debe también procurar que la persona pueda “desarrollar su propio proceso de toma de decisiones”, para que gane autonomía con el paso del tiempo – lo que hace pensar que la curatela asistencial se dirige a aquellas personas con posibilidad de mejora en el ejercicio de su capacidad jurídica, reservando así la curatela representativa para supuestos más graves. Esto casa con la excepcionalidad de la representación, al ser la curatela principalmente una figura de naturaleza asistencial.

Curiosamente se observa en la práctica como estas figuras se pueden establecer a pesar de la negativa expresa de la persona. Por ejemplo, la STS 8 de septiembre de 2021 (nº 589/2021) impuso una curatela asistencial en lo relativo al cuidado personal, salud e higiene de Don Dámaso de 66 años, que se veían comprometidas por su síndrome de Diógenes. Este “se opuso expresamente a la provisión de apoyos”, defendiendo que “no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que (las) justificara”⁸⁰. Aun así, esta opinión individual no fue atendida; dice la propia sentencia que reconoce el cambio de sistema nacido por la Ley de Apoyos, al hablar del “principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona”, pero 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”⁸¹. Se le impone, por tanto, un curador asistencial en lo relativo a su higiene personal y salud.

Este último punto es fundamental – la nueva Ley de Apoyos se basa en una buena intención, pero por basarse en un ideal su fin resulta cruel al negar la realidad. El igualar a todas las personas y rechazar el principio de interés superior implica una eliminación de una discriminación positiva que en muchos casos resultaba favorable, sobre todo para aquellos más afectados por una limitación en el ejercicio de su capacidad jurídica.

CAPÍTULO IV. REFLEXIONES – VALORACIONES FINALES DEL NUEVO SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO EN LO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS ANCIANOS.

El debate que surge desde la ratificación de la Convención de Nueva York de 2006 y que se ve reforzado tras la reforma de la Ley de Apoyos no es más que una discusión entre ideales liberales y conservadores. Una de las posturas defiende la individualidad del

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, nº 589/2021, de 8 de septiembre, FJ1º

⁸¹ Ibid. FJ4º

hombre frente a la imposición externa mientras que la otra considera que para proteger a la persona se debe proteger su patrimonio y en ciertos casos atender a una voluntad mayor a la suya para asegurar su bienestar.

Es esencial en este apartado remitirse a los objetivos establecidos al principio del trabajo. ¿Podemos, tras el análisis realizado a la reforma, concluir que los apoyos planteados por la ley aseguran la efectiva protección de los ancianos en el ejercicio de su capacidad jurídica? La respuesta no es sencilla, pues la Ley de Apoyos tiene fortalezas y debilidades.

Sería injusto – y falso – considerar que la Ley ha sido un acierto o un error completo. La mayoría de las debilidades que presenta esta no son, a mi parecer, el resultado de un fallo de adaptación de la Convención de Nueva York, sino que provienen de esta. El problema radica del idealismo sobre el que se establece y la falta de concreción o sinceridad en ciertos términos fundamentales, como la definición de ‘persona con discapacidad’, y del término ‘medidas de apoyo’. Al ratificar la CDPD España se comprometió a seguir esta línea, y por esa razón nuestra normativa interna peca de lo mismo: por mucho que se escriba que se parte de una ‘igualdad de condiciones’ y que se cambien los términos⁸² de la teoría que rige el sistema, el problema permanece. La diferencia es que ahora está siendo negado y, por ende, desatendido.

Por lo tanto, queda claro que una de las mayores problemáticas de la Ley de Apoyos es el hecho de que se haya considerado suprema la voluntad individual y se haya erradicado del Código Civil la expresión del ‘interés superior’ en el ámbito de la discapacidad, al menos de forma expresa. Afortunadamente, vemos que mediante jurisprudencia se reaviva este principio y que se sigue aplicando en los casos en los que es necesario.

Por lo anterior, se intuye que la Ley de Apoyos va dirigida a personas con discapacidades leves, ignorando a las personas más afectadas por la discapacidad, dejándolas en una situación de extrema vulnerabilidad. Por lo tanto, ha supuesto un beneficio para estas primeras, que han ganado la autonomía que merecían, pero también ha comprometido a las segundas en el proceso. Esto puede solventarse atendiendo a los puntos expuestos en este trabajo y creando una división clara entre aquellos cuyo ejercicio de la capacidad jurídica se ve menos alterado por la discapacidad y aquellos que lo ven fuertemente limitado por esta.

⁸² Y no el fondo, como se ha visto, al todavía poder graduarse el ‘ejercicio de la capacidad jurídica’ al sustituirse, aun de forma excepcional, a las personas con discapacidad.

Además, a pesar de que en el preámbulo de la Ley de Apoyos se diga directamente que “no se trata... de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de <<incapacidad>> e <<incapacitación>> por otros más precisos y respetuosos”, no hay excesivo fundamento en el análisis de fondo de esta normativa como para demostrar que este no es el caso en realidad. Conceptos como el de ‘capacidad de obrar’ han sido renombrados como ‘ejercicio de la capacidad jurídica’, y a pesar del matiz de pasar a formar parte de la faceta estática, no parece haber tenido un efecto en la práctica verdaderamente relevante, al poder aun graduarse. Su único uso ha sido otorgar un argumento para poder decir que el sistema teórico respalda ahora la ‘igualdad de condiciones’ de todos los individuos, discapacitados o no, y aun este argumento se ve comprometido cuando se pone en duda qué igualdad de condición existe en realidad si ciertas personas necesitan de medidas de apoyo para actuar y producir efectos en el tráfico jurídico.

Además, el hecho de que se llamen ‘apoyos’ a las medidas representativas es una contradicción en sí misma, ya que la sustitución de la persona en su actuación, por mucho que se atienda a su trayectoria vital – algo que no siempre se puede llevar a cabo – es, tal y como su nombre indica, una sustitución, no un apoyo en su actuación. Se reemplaza a la persona como si se fuese ella, no se actúa como un tercero que asiste. Por esta razón el concepto de ‘curatela representativa’ es uno contradictorio en sí mismo. Denota un aparente cumplimiento con la CDPD sin admitir que no se dejan del todo atrás las nociones del sistema anterior, al asemejarse esta figura a la tradicional tutela. Parece que se quiere simular un rechazo de todos los principios anteriores al cambiar la terminología, pero la realidad es que estos perduran, como se ha visto, regulando esta realidad, solo que de forma oculta, sin ser nombrados por la norma. Por ejemplo, se parece haber olvidado que el interés superior existe no para limitar al hombre injustificadamente, sino para protegerle en su momento de mayor vulnerabilidad. Parece haber un temor a pronunciar la palabra ‘tutor’. El problema no radica en el uso del término, sino en su abuso. Esto efectivamente ocurría en el anterior sistema, ya que se tendía a incapacitar en el “95 por 100 de los casos... y el Juez (la) declaraba total y definitiva, lo que resultaba manifiestamente desproporcionado con una situación familiar que se desarrolla con normalidad”⁸³, pero esto no está exento de ocurrir con la nueva normativa si la figura de curatela representativa se comienza a usar en exceso.

⁸³ PAU, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, en Revista de Derecho Civil (vol. V, No.3, 2018), de p. 425

Mi crítica fundamental, por lo tanto, es la falta de sinceridad del legislador español a la hora de emplear la terminología, porque tras los conceptos se esconde un buenismo que altera nuestra democracia y que impide que las leyes tengan consecuencias beneficiosas en la realidad. BUENO OCHOA, en términos más generales, también defiende que “el empleo de la terminología implica, ante todo, sinceridad”⁸⁴. Este problema es uno latente en muchos otros textos normativos, y es que ahora parece tener más peso el contentar a todos con meras palabras, aunque en el proceso se niegue lo evidente. Al hablar de una ‘igualdad de condiciones’ entre aquellos con discapacidad y aquellos que no la padecen, no se está haciendo ningún favor. Pone en riesgo a aquellos más afectados por estas limitaciones físicas o psíquicas que realmente necesitan la Ley. ¿Cómo se va a poder atender a la voluntad de una persona con Alzheimer si esta se basa en un conocimiento que se ha perdido? Se dice que se hará atendiendo a su trayectoria vital, pero ¿será suficiente? Además, en caso de haber nacido con una discapacidad severa que haya impedido exteriorizar la voluntad, ¿cómo va a poder esta reconstruirse? No es un mero argumento de extremos – son estos los casos a los que la Ley debería prestar especial atención, ya que su propósito es versar sobre la regulación de estos supuestos. Afortunadamente, se observa que la jurisprudencia sigue utilizando el principio de interés superior para velar por ellas. De lo contrario, como la Ley lo ha eliminado, no habría respuesta para estas personas.

Por último, ciertas reflexiones breves sobre casos típicos de la tercera edad:

- *La anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad*

Esta cuestión es compleja por su regulación en los artículos 1301 y 1302 del Código Civil, a la vez que esencial por sus consecuencias en el ámbito de actuación de las personas con discapacidad.

El artículo 1301.4 CC establece que un contrato será susceptible de acción de anulabilidad cuando esta “*se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato*”. Es importante recordar en este momento lo que se decía de las medidas de apoyo en el preámbulo de la Ley – podían ser de distinta naturaleza y de excesiva informalidad. La Ley, al no delimitar lo que es el apoyo ni

⁸⁴ Bueno Ochoa, L., “Derecho a la dignidad y envejecimiento”, Adroher Biosca, S. (directora), Tratado de Derecho de mayores, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 82

determinar cuándo debería aplicarse cada uno y cuál es mejor en qué caso, compromete después el efecto de las actuaciones de las personas con discapacidad en el ámbito jurídico.

Se añade además a este problema la nueva redacción del art. 1302.3 CC:

3.-“Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que se hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”.

Se observa, por lo tanto, que no se contempla la posibilidad de que la otra parte que ha contratado con la persona con discapacidad anule el contrato. Este siempre ha sido el caso, ya que se pretendía proteger a la persona incapacitada a la hora de realizar negocios jurídicos. La diferencia era que, tradicionalmente, existía un estado civil de incapacitación que otorgaba seguridad. Ahora, con el nuevo sistema, se ha visto suprimido esta preconstitución de la prueba de capacidad, lo que complica la cuestión. A pesar de que estos supuestos se acabarán regulando jurisprudencialmente, lo que consigue esta regulación es desalentar a las personas no discapacitadas a contratar con aquellas que lo sean, o que puedan parecerlo, expulsándoles así del ámbito de la contratación⁸⁵, limitando de esta manera su libertad. Es natural que esto ocurra, ya que las personas, sobre todo en cuestiones de negocios, no están dispuestas a asumir riesgos e inseguridades jurídicas si estas se pueden evitar, aunque es cierto que aquellos que estén realmente interesados en realizar estos negocios con personas con discapacidad tomarán las medidas necesarias para celebrar un contrato con todas las garantías. Lo irónico es que la

⁸⁵ Gomá Lanzón, F., “Una visión práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo-Junio, 2024

consecuencia de su expulsión de tráfico es un intento de protección del sistema a la persona con discapacidad, al ser la contraparte más débil.

- *El ingreso residencial geriátrico sin consentimiento*

Este hecho es habitual y de mayor complejidad, pero se tratará de resumir para otorgar una visión global del problema. Se regula mediante el artículo 763 de la LEC, el cual resulta de aplicación en estos casos porque su mención al ‘trastorno psíquico’ no se limita a la enfermedad mental, sino que se extiende también a “aquellas deficiencias o patologías seniles que padecen frecuentemente las personas de la tercera edad”⁸⁶. Aun así, este artículo no ha sido objeto de modificación por la Ley de Apoyos, lo que hace “recelar de la bondad de la reforma”.⁸⁷

En caso de existir consentimiento en el ingreso por parte de la persona con discapacidad, está claro que no habrá problema, pero si faltase, se estaría vulnerando el derecho fundamental de la libertad de movimiento, lo que supondría estar ante un posible caso de detención ilegal por parte de un tercero. Se plantea la duda de si, a pesar de no ser objeto de modificación, la erradicación del principio de interés superior por parte de la Ley de Apoyos afecta a estos supuestos, ya que sin él, no habría justificación posible para internar a la persona, aunque esta actuación resultase más beneficiosa para ella.

- *Validez del testamento realizado por una persona con discapacidad*

Es más sencillo abordar esta cuestión atendiendo a una reciente Sentencia de Tribunal Supremo, la número 156/2023. En ella se trata el caso de Dña Lourdes, que fue declarada por anterior sentencia incapaz parcial, al padecer una esquizofrenia que según el informe psiquiátrico aportado la hacía “incapaz de gobernar sus bienes, siendo capaz para gobernar su persona”⁸⁸. Aun así, la sentencia no se pronunciaba sobre si esta incapacitación afectaba a su capacidad para testar. Por esta razón, en 2014 otorga testamento abierto, declarando heredero universal a su hermano Leandro para luego fallecer en 2016. Los hermanos no favorecidos deciden impugnar el testamento para declararlo inválido, alegando la incapacitación parcial de la causante y el hecho de que no se cumpliesen todas las formalidades (art. 687 CC), al ir contra el (ahora antiguo) art.

⁸⁶ AAP Cádiz, nº 176/2021, de 16 de julio, FJ1º

⁸⁷ Velilla Antolín, N., “Una visión crítica a la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo – Junio, 2024.

⁸⁸ Sentencia Tribunal Supremo, núm 156/2023, de 3 de febrero, FJ1º

665 CC, que establecía que “el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar... el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad”, habiendo en el presente caso participado en el otorgamiento un solo facultativo.

Es importante recalcar que la demanda se admitió a trámite en 2017, y que llega al Tribunal Supremo en 2023 – entre medias ha entrado en vigor la Ley de Apoyos, lo que dificulta la resolución del caso. Tras un extenso proceso judicial, el Tribunal Supremo se pronuncia declarando válido el testamento atendiendo a los nuevos arts. 662 y 666 del CC. El primero aclara que pueden testar todos aquellos a los que no se les prohíbe “expresamente”, siendo este el caso de Dña. Lourdes, y el segundo aclara que se debe atender al estado del testador cuando se otorga el testamento, y queda claro que en este momento el notario declaró que Dña. Lourdes tenía capacidad suficiente para hacerlo. Atrás queda el aspecto formal de los dos facultativos, aunque cierto es que el TS considera que este hecho es uno de escasa relevancia, ya que cita jurisprudencia donde se flexibiliza la formalidad del testamento. Además – y esto me pareció lo más interesante – se argumenta que a pesar de que la Ley 08/2021 no estuviese vigente en ese momento, los principios de la CDPD ya se encontraban incluidos en el Ordenamiento Jurídico español al haber sido ratificada la convención en 2008⁸⁹, creando así un precedente jurisprudencial de gran importancia práctica.

Por supuesto, estos no son los únicos problemas a los que se enfrentan las personas de tercera edad con discapacidad, pero sí son muy comunes y por lo tanto se debían mencionar, aun de forma muy escueta.

Para terminar, es importante remitirse a las disposiciones transitorias de la Ley de Apoyos. La DT primera declara que *“a partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto”*.

Parece chocar con la DT quinta, que versa sobre las medidas ya acordadas: *“las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los*

⁸⁹ Sentencia Tribunal Supremo, núm. 156/2023, de 3 de febrero, FJ4

curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada... la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

Este choque se debe a que la incapacitación judicial es una privación de derechos⁹⁰ para las personas con discapacidad, por lo que, atendiendo a la primera DT, debería quedar sin efecto en el momento que entrase en vigor la Ley. Aun así, la DT quinta contempla que estas figuras de apoyo se mantienen hasta su revisión, por lo que está claro que la incapacitación se mantiene en esos casos. ¿Qué disposición prima sobre cuál? La normativa no lo aclara.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES.

Primera. – El concepto de anciano como uno tridimensional conformado por dos condiciones necesarias, la edad y la (posible) vulnerabilidad; y una ocasional, la discapacidad.

Segunda. – Sobre los principios de la CDPD, reconocer la utilidad de su intención de cambiar la concepción social en lo relativo a las personas con discapacidad y de tercera edad, ya que es cierto que se tiende a subestimarles, y porque sin este cambio de mentalidad de nada serviría la reforma, al no poder desplegar esta los efectos pretendidos

Tercera. – Criticar el idealismo sobre el que se fundamenta la CDPD, ya que no existe una verdadera ‘igualdad de condiciones’ entre las personas con discapacidad y las que no la padecen, ya que de lo contrario no se necesitarían medidas de apoyo para que las actuaciones produjesen efectos en el tráfico jurídico.

Cuarta. – Recalcar la vaguedad del concepto de ‘persona con discapacidad’ propuesto por la CDPD, que pretende hacer creer que la discapacidad es producto de una relación entre el individuo y los obstáculos sociales. Es cierto que la sociedad debe hacer lo posible por asegurar la inclusión de estas personas, pero existe una limitación natural

⁹⁰ Velilla Antolín, N., “Una visión crítica a la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo – Junio, 2024.

de carácter individual que no se va a solventar mediante una actuación social. Este hecho no puede negarse.

Quinta. – Reconocer que la Ley de Apoyos ha supuesto la eliminación del tradicional concepto de ‘capacidad de obrar’ que se rebautiza como ‘ejercicio de la capacidad jurídica’ y se subsume a la faceta estática de la personalidad para dar coherencia al nuevo sistema de apoyos. Es importante mencionar que más allá de estas dos cuestiones, no ha habido mayor cambio: a mi parecer, ha sido un mero cambio terminológico, ya que aún puede graduarse y porque todavía se da la representación en el nuevo sistema.

Sexta. – Recordar que las medidas de apoyo – voluntarias, guarda de hecho y judiciales – son una manifestación de un sistema social (que ha superado al modelo médico anterior) que se basa en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y que atienden a los principios de necesidad y proporcionalidad, primacía de la autonomía de la voluntad, subsidiariedad de los apoyos legales y judiciales. De esta manera, se da voz a las personas con discapacidades atenuadas. Aun así, se debe resaltar el carácter indefinido del nuevo sistema, que no especifica qué discapacidad requiere qué tipo de protección, salvo los escasos actos enumerados en el art. 287 CC.

Séptima. – Criticar la incongruencia de denominar ‘apoyo’ a medidas de representación, ya que estas suponen la sustitución del individuo y no una asistencia. Parece existir un miedo por parte del legislador a utilizar conceptos que puedan parecer contradictorios a los valores de la CDPD. No parece darse cuenta de que lo importante es cómo se utilice esta figura, con independencia del nombre que se le de – si se utiliza la curatela representativa de forma abusiva, no se habrá avanzado nada en cuanto al anterior sistema.

Octava. – Reconocer que la Ley de Apoyos ha supuesto la eliminación del principio de interés superior, dando primacía a la autonomía de la voluntad. Esto denota que la Ley de Apoyos va dirigida a personas con discapacidades leves, dejando a aquellas que padecen discapacidades graves desamparadas por la Ley y agravando de esta forma su situación. Afortunadamente se ha visto que la jurisprudencia retoma este principio para dar respuesta a estas personas, que son las que más necesitan la protección de la norma.

Novena. – Considerar que la Ley de Apoyos no va a otorgar una adecuada protección a los ancianos con discapacidades más graves porque contempla las medidas de apoyo como transitivas – algo que raramente ocurrirá en los casos de senectud, ya que

en esta etapa de la vida se padecen enfermedades psíquicas que no suelen mejorar – y porque el artículo 763 de la LEC no ha sido objeto de reforma, a pesar de ser este el que regula los casos de internamiento en centros geriátricos. Parece, por estas razones, que el legislador no pensaba en los ancianos cuando elaboraba la Ley de Apoyos.

Queda claro, por lo tanto, que la Ley de Apoyos ha dotado a las personas con discapacidades leves de una mayor autonomía, beneficiándolas en el proceso, pero que ha supuesto la desprotección de aquellas que sufren una verdadera limitación en el ejercicio de su capacidad jurídica por una discapacidad grave al igualar sus condiciones mediante un ideal buenista que no les favorece en absoluto.

BIBLIOGRAFÍA

1) Libros

Cicerón, *Sobre la vejez*, trad. Antonio López Fonseca, Los secretos de Diotima, Madrid, 2020, p. 20.

Dámaso Alonso, *Hijos de la Ira*, “Hombre” Austral Poesía, Madrid, 2019, p. 87

Simone de Beauvoir, *La vejez*, trad. Aurora Bernárdez, Debolsillo, Colombia, 2013

2) Legislación

Constitución Española, Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 (BOE de 17 de febrero de 2024).

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

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

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

Ley 08/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 03 de junio de 2021).

3) Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Supremo, núm. 1017/1995, de 27 noviembre.

Sentencia Tribunal Supremo, nº 589/2021, de 8 de septiembre.

Sentencia Tribunal Supremo, núm. 156/2023, de 3 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 282/2009, de 29 de abril.

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 47/2021 de 15 de enero.

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 38/2023, de 20 de abril.

Auto Audiencia Provincial de Cádiz, nº 176/2021, de 16 de julio.

4) Obras doctrinales

Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 08/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Rev. Boliv. de Derecho*, Nº 33, 2022, pp. 534 – 573.

Barranco Avilés, M^a C., 2020, “Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos”, en *Tiempo de Paz*, N. 138, p. 73 - 81.

Bueno Ochoa, L., “Derecho a la dignidad y envejecimiento”, Adroher Biosca, S. (directora), *Tratado de Derecho de mayores*, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 75 – 99

Corripio Gil Delgado, M^a R., 2020, “La protección patrimonial de la persona mayor”, en *ADC*, tomo LXXIII, fasc. I, Pg. 101 - 141

Diez Riaza, S., “Medidas judiciales de apoyo a mayores con discapacidad” Adroher Biosca, S. (directora), *Tratado de Derecho de mayores*, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 889 - 905

García Rubio, M.P., “La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2021, pp. 81 – 109.

Infante Ruiz, F.J., “Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la undue influence como vicio del consentimiento”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, n. 2, 2021, pp. 1 – 37.

Martínez Muñoz, M., “Protección jurídica del consumidor mayor” Adroher Biosca, S. (directora), *Tratado de Derecho de mayores*, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 633 - 652

Morente Parra, V., “Los derechos digitales de las personas mayores. Hacia el fin de la brecha digital generacional”, Adroher Biosca, S. (directora), *Tratado de Derecho de mayores*, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 653 – 669

Navarro Mendizábal, I., “El consentimiento contractual informado de las personas de edad avanzada” Adroher Biosca, S. (directora), *Tratado de Derecho de mayores*, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 611 - 631

PAU, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Civil* (vol. V, No.3, 2018), de p. 411 - 435

Rey Pérez, J.L., “Edadismo y el derecho a la no discriminación”, Adroher Biosca, S. (directora), *Tratado de Derecho de mayores*, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p.183 – 199

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M^a, “Medidas voluntarias de apoyo a mayores con discapacidad” Adroher Biosca, S. (directora), *Tratado de Derecho de mayores*, Editorial Aranzadi S.A.U., Madrid, 2024, p. 859-887

Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M^a, “Protección jurídica de las personas con discapacidad” en *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2022, pp. 253 – 286.

5) Recursos de internet

A.B. Ramos, “El Congreso aprueba la tercera reforma de la Constitución con el voto en contra de Vox”, *El Confidencial*, 18 de enero de 2024 (disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2024-01-18/vox-pasa-de-la-abstencion-al-no-en-la-reforma-del-articulo-49_3813499/ ; última consulta 08/02/2024)

Comisión Europea, Libro Verde sobre el Envejecimiento, fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones, 27 de enero de 2021 (disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d918b520-63a9-11eb-aeb5-01aa75ed71a1> ; última consulta 05/04/2024).

Gomá Lanzón, F., “El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo-Junio, 2024 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10934-el-poder-preventivo-tras-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad> ; última consulta 22/05/2024)

Gomá Lanzón, F., “Una visión práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo-Junio, 2024 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11767-una-vision-practica-de-la-ley-8-2021-de-2-de-junio-sobre-personas-con-discapacidad> ; última consulta 28/05/2024)

Hijas Cid, E., “Novedades en la regulación de la autotutela”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo – Junio, 2024 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10936-novedades-en-la-regulacion-de-la-autotutela> ; última consulta 26/05/2024)

Instituto Nacional de Estadística, Datos de Tasa de Dependencia de la población mayor de 64 años desde el 2000 a 2023 a nivel nacional (disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1455> ; última consulta 08/02/2024)

Lora-Tamayo Villaceros, M. y Pérez Ramos, C., “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo-Junio, 2024 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021> ; última consulta 28/05/2024).

Maciá Gómez, R., La capacidad legal de la persona mayor dependiente, Junio de 2009. (disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/macia-capacidad-01.pdf> ; última consulta 14/05/2024)

OCDE (2020). Financial Consumer Protection and Ageing Populations, www.oecd.org/finance/Financial-consumer-protection-and-ageing-populations.pdf (última consulta 13/05/2024)

OMS, “Envejecimiento y salud”, 1 de octubre de 2022 (disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health> ; última consulta 08/02/2024)

Redacción Lefebvre, “Aprobada la reforma del artículo 49 de la Constitución sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *El Derecho*, 18 de enero de 2024 (disponible en: [https://elderecho.com/aprobada-reforma-articulo-49-constitucion-sobre-derechos-personas-con-discapacidad#:~:text=La%20nueva%20redacci%C3%B3n%20propuesta%20del,sea%20necesaria%20para%20dicho%20ejercicio%22.](https://elderecho.com/aprobada-reforma-articulo-49-constitucion-sobre-derechos-personas-con-discapacidad#:~:text=La%20nueva%20redacci%C3%B3n%20propuesta%20del,sea%20necesaria%20para%20dicho%20ejercicio%22.;); última consulta 08/02/2024).

Velilla Antolín, N., “Una visión crítica a la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 115, Mayo – Junio, 2024 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad> ; última consulta 05/06/2024)

