

REVISTA DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

Número 20 y 21 , Época II, 2022

Número monográfico dedicado a la “Ley 8/2021 de 2 de Junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA

EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOÁ

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

Profesor contratado doctor ANECA

Abogado

**(Responsable del Departamento Compliance IURE LICET
ABOGADOS)**

COORDINACIÓN TÉCNICA EDITORIAL

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Posgraduada en Derecho (LLM)

Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho
Constitucional**

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho
Penal Profesor de Derecho penal
de la Universidad San Pablo CEU
Madrid Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho
Internacional Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ
**Magistrado Expresidente del
Tribunal Superior de Justicia
del País Vasco**

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
**Profesora Titular de Derecho
Civil y Magistrada Suplente de
la Audiencia Provincial de A
Coruña**
Universidad de Santiago de Compostela

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Granada

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-
EZNARRAGA
**Abogado y Expresidente de la
Asociación de Abogados de
Derecho de Familia**

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA
**Notario y Presidente de
Euskaltzandia (*Academia de la
Lengua Vasca*)**

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
**Magistrada-Juez del Registro
Civil de Bilbao**

ENRIQUE GADEA SOLER
**Profesor titular de Derecho
Mercantil**
Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, *Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.*

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.

Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

GUILLERMO OLIVEIRA

**Catedrático de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y
Medicina**

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

**Doctor en Derecho, Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad
de Derecho de la Universidad
Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho
Constitucional *Universidad de Lisboa***

EDUARDO VERACRUZ PINTO

**Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad de
Lisboa.
Presidente de la Junta de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa. Miembro
de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales
Judiciales del Consejo Superior de
la Judicatura.**

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI

**Catedrático de Derecho
Penal y Encargado de
Posgrados e Investigaciones
Internacionales *Universidad
Católica del Uruguay***

ARNEL MEDINA CUENCA

**Profesor Titular de Derecho penal
de la Facultad de Derecho de la
Universidad de La Habana.
Expresidente de la Unión Nacional
de Juristas de Cuba. Máster en
Derecho Público por la Universidad
de Valencia (España). Miembro de
número de la Sociedad Cubana de
Ciencias Penales.**

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

**Profesora Titular de Derecho
Penal, Presidenta de la Sociedad
cubana de Ciencias penales de la
Unión Nacional de juristas de
Cuba, Jefa de la Disciplina
docente de Ciencias penales y
Decana de Postgrados,
investigaciones y relaciones
internacionales de la Universidad
de La Habana**

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

**Profesor Titular de Derecho Civil y
de Derecho Notarial. Notario.**

Universidad de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

**Decano Académico de la
Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de
Bogotá.**

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
**Abogada en el Despacho Suarez y
Sanche. Notaria Pública.
Catedrática de Derecho Civil
*Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina***

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.

Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas.

Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico
por la Facultad homónima de la
Pontificia Universidad Católica
Argentina. Abogada por la
Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho

Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del
Tribunal Superior de Justicia del
País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio
Notarial de Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora
Social en Fiscalía en el Servicio de
Apoyo a la Administración de
Justicia Junta de Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial
de Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho

ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Derecho Civil

Universidad de Valencia

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001- 2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora titular de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ

Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies

Florida International University College of Law

ÍNDICE

1. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. DOS CLÁSICOS DEL DERECHO DE LA PERSONA. NOTAS A LA LUZ DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.....	15
---	----

María Elena Cobas Cobiella

Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Valencia

2. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA NECESIDAD DE ADOPTAR LOS AJUSTES NECESARIOS PARA GARANTIZARLO.....	33
--	----

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa

Profesora Titular de Derecho Procesal Universidad de Deusto

3. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LOS MENORES DESPUÉS DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.....	49
---	----

Oscar Monje Balmaseda

Profesor Titular de Derecho Civil Universidad de Deusto

4. INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021 EN LA TITULARIDAD Y EJERCICIO ORDINARIO DE LAS FUNCIONES PARENTALES.....	63
---	----

Dra. María Teresa Pérez Giménez

Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Jaén

5. MEDIDAS DE APOYO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN ANÁLISIS.....	83
JURISPRUDENCIAL.	

Luz M. Martínez Velencoso

Catedrática de Derecho Civil Universidad de Valencia

6. LA SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES EN SEDE DE DISCAPACIDAD.....	107
---	-----

Vanessa García Herrera

Prof. Titular de Universidad I URJC

CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. DOS CLÁSICOS DEL DERECHO DE LA PERSONA. NOTAS A LA LUZ DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

María Elena Cobas Cobiella
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valencia

RESUMEN: El trabajo “Capacidad jurídica y capacidad de obrar. Dos clásicos del derecho de la persona. Notas a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio” tiene la finalidad de presentar algunas ideas en torno a la capacidad y a la discapacidad, teniendo en cuenta que la citada ley ha tenido dentro de sus objetivos la adaptación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

El Código Civil a raíz de la reforma se aparta de la “judicialización” en relación a las personas con discapacidad, porque si bien bajo el régimen anterior la garantía de la protección de la persona se producía en sede judicial, ahora de lo que se trata es de promover la autonomía de las personas, estableciendo un sistema de apoyos y asistencia a favor de las personas con discapacidad.

La capacidad sucesoria por otra parte también ha sido objeto de modificaciones en sede de testamento y en cuanto a la capacidad de testar, al enfrentarse con la supresión de la histórica “capacidad de obrar”. Cuestión que se ha abordado someramente en el artículo.

ABSTRACT: Work "Legal capacity and capacity to act, two classics of personal law. Notes in light of Law 8/2021, of June 2" is intended to present some ideas regarding capacity and disability, taking into account that the law above has had adaptation to the Convention among its objectives. Convention on the Rights of Persons with Disabilities, made in New York on December 13, 2006. The Civil Code, as a result of the reform, moves away from "judicialization" about people with disabilities because although under the previous regime, the guarantee of protection of the person occurred in the court, now what it is about is It is to promote the autonomy of people, establishing a system of support and assistance in favour of people with disabilities. On the other hand, the succession capacity has also been subject to modifications in the seat of will and the capacity to make a will when faced with suppressing the historical "capacity to act." An issue that has been briefly addressed in the article.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica. Capacidad de obrar. Persona. Discapacidad.

KEYWORDS: Legal capacity. Capacity to act. Person. Disability

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar. Dos clásicos del derecho de la persona. 3. La capacidad en sede de la Ley 8/2021, de 2 de junio. 4. La capacidad en el ámbito sucesorio. 4.1. Principales modificaciones en torno a la capacidad para testar. 4.1.1. Análisis del artículo 663 del Código Civil. 4.1.2. Análisis del artículo 665 del Código Civil. 4.1.3 Análisis del artículo 695 del Código Civil. 4.1.4. Notarios y Ley 8/2021, de 2 de junio.5. A manera de conclusión. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Resulta bien conocida en el ámbito del derecho civil y no sólo conocida sino también estudiada y analizada la relevancia de la capacidad para el ejercicio de los derechos. Las categorías de personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona constituyen clásicos en sede de derecho.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha configurado un vuelco en materia de medidas tuitivas de la persona, al producir un cambio estructural en el sistema jurídico, sustituyendo la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro modelo basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones¹. Trata en definitiva esta ley de la ética del cuidado.

La normativa no sólo excluye la posibilidad de limitar la capacidad de las personas, sino que aclara que las medidas de protección tienen como finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad, sobre el respeto, la dignidad de la persona y teniendo en cuenta el cumplimiento de determinados principios: el de necesidad y el de proporcionalidad².

La reforma ha suprimido o sustituido categorías jurídicas y procedimientos consolidados, como la tutela y la incapacidad, que son asumidas por las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las disposiciones generales resultan de lo previsto en el artículo 249 y 250³ del Código Civil, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Esos dos artículos marcan el desarrollo de la normativa e indican la trayectoria de las reformas en la materia.

Es pronto para aventurar la trayectoria jurisprudencial y la problemática en torno a la aplicación de la citada norma, porque a corto plazo será inevitable la intervención de los tribunales para dar respuesta a los problemas de las personas.

La consideración de que estamos en presencia de un nuevo modelo requiere por tanto un cambio en el pensamiento, la aceptación de nuevos paradigmas y sobre todo la concientización por parte tanto de los operadores jurídicos, como de la doctrina en la materia de ello. El derecho debe estar en función de la época y de las demandas de una sociedad más moderna. Con independencia de que nos parezca mejor o peor la ley.

El Código Civil se aleja de la “judicialización” de la vida de las personas con discapacidad, porque si bien bajo el régimen anterior la garantía de la protección de la persona se producía en sede judicial, ahora de lo que se trata es de promover la autonomía de las personas, estableciendo un sistema de apoyos y asistencia a favor de las personas con discapacidad, sin obviar por otro lado que la ley sigue manteniendo mecanismos dirigidos a garantizar los derechos de la persona, con la intervención del Ministerio Fiscal y del sistema judicial, para casos en que las otras vías no sean posibles. Partiendo de que en

¹ BOE, núm. 132, de 3 de junio de 2021.

² Vid. V. BARBA, “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, en La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, GARCÍA RUBIO, M.P (coord.), N.º 31, de 1 de julio de 2021, La Ley, Derecho de Familia, Editorial Wolters Kluwer, p. 3.

³ Cfr citados artículos.

determinados grados de discapacidad y circunstancias será imposible o por lo menos difícil la libre manifestación de voluntad, consciente y deliberada.

Con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio la capacidad tal como se conocía, y se estudiaba en las escuelas de derecho ha cambiado no sólo en cuanto a terminología, sino en lo concerniente al ejercicio de ésta. En este sentido el Preámbulo de la ley aclara que: “ No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio”. Premisa reiterada por parte de la doctrina, de que la norma no es una adaptación ni un remiendo al viejo modelo, ya que se trata de un nuevo modelo⁴.

De ahí que reforma está unida a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas, como se manifiesta en la ley.

El tema requiere de profundización y de desarrollo por parte de la doctrina y la jurisprudencia a largo y mediano plazo como se ha comentado someramente con anterioridad, ya que representa en primer lugar una ruptura con la tradición jurídica y en segundo lugar porque la aplicación de la norma no resulta tan sencilla como parece a efectos prácticos. Sobre todo, si partimos de la idea de la sustitución de un marco de categorías históricamente reguladas en el derecho civil, no sólo español sino en los Códigos latinoamericanos, que si bien no era perfecta permitía aglutinar y esquematizar un conjunto de situaciones, téngase en cuenta la característica de generalidad de la norma jurídica, dejando su aplicación a cada supuesto de hecho concreto.

2. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. DOS CLÁSICOS DEL DERECHO DE LA PERSONA.

Personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar son categorías esenciales en orden al derecho civil. Capacidad jurídica y capacidad de obrar son dos clásicos del derecho de la persona, vinculadas con el ejercicio de los derechos de la persona.

Así lo ha entendido la doctrina, la práctica jurídica y la jurisprudencia. Distinguiendo entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, traducida a la normativa y al articulado del Código civil.

En lo que respecta a la personalidad jurídica, está contemplada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art 6 establece que todo ser humano tiene derecho, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

⁴ A. DE CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ advierte que no es posible estudiar la norma bajo la óptica de los viejos principios ni con el viejo sistema que optaba por la incapacitación y la sustitución en la toma de decisiones. Vid. La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad Hayderecho. s/n. <https://www.hayderecho.com/2021/06/29/la-reforma-civil-de-la-ley-8-2021-el-paradigma-de-los-apoyos-y-el-ejercicio-de-derechos-en-condiciones-de-igualdad/> 29 de junio de 2021.

Constituye una cualidad abstracta porque se predica de la persona con independencia de los actos concretos, y sin fijarse en hechos concretos. Siendo la condición previa para la adquisición de los demás derechos y atribución de obligaciones.

La personalidad jurídica no es graduable, por esta razón no podemos hablar de personalidad civil restringida, quedando sustraída del ámbito de la autonomía de la voluntad, no se puede ceder, vender, transferir, etc.

La igualdad de trato viene determinada por la cualidad de persona que la determina. Es para mayor abundamiento permanente y se extingue con la muerte, aunque goza de una protección post mortem con la existencia de la personalidad pretérita⁵.

La capacidad jurídica como equivalente de la llamada personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y ostenta un carácter absoluto por ser inherente a todas las personas, el hecho de ser persona ya concede esta categoría como reconocimiento de la dignidad que se tiene por el hecho de ser humano, mientras que la capacidad de obra equivalía a la posibilidad de actuar por sí mismo en el mundo del Derecho, siempre que se hubiera alcanzado la mayoría de edad con 18 años y se pudiera expresar la voluntad, con capacidad de discernimiento. Es la aptitud que ha de tener para circular en el mundo del derecho, y ostenta un carácter relativo, porque antes de la actual reforma, no todas las personas ostentaban la aptitud para su autogobierno y para realizar negocios jurídicos válidamente reconocidos por el derecho⁶. Téngase además en cuenta que con la Ley de Jurisdicción Voluntaria se substituyó la capacidad de obrar por el término de capacidad modificada judicialmente; igualmente suprimido con la Ley 8/2021, de 2 de junio.

3. LA CAPACIDAD EN SEDE DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

Con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio se ha producido una ruptura de envergadura, en el Derecho civil contemporáneo, con vistas a la adaptación del tratamiento del derecho de las personas con discapacidad a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

La Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad y por consiguiente la capacidad para el ejercicio de los derechos. Se mantiene la capacidad jurídica como derecho de todas las personas desde el nacimiento y se suprime la capacidad de obrar⁷.

⁵ Cfr Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. «BOE» núm. 115, de 14/05/1982.

⁶ La capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, mientras que la de ejercicio denota una idea de dinámica, de movimiento. Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo I, Decimocuarta Edición, Editorial Reus, Madrid, 1984, p. 162. Siguiendo con la cuestión advierte FERRARA, que la primera, es decir la capacidad de derecho, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico; la segunda, la capacidad de dar vida a los actos jurídicos; de realizar acciones con efecto jurídico, ya produciendo la adquisición de un derecho u obligación; ya su transformación o extinción, ya su persecución en juicio. Vid. FERRARA, F, *Trattato di Diritto civile italiano*. Roma: Treccani, número 98,1921, p. 458.

⁷ Sobre la supresión de la capacidad de obrar, algún sector de la doctrina entiende, que la Ley 8/2021 no ha sido categórica en este sentido opina DE VERDA, que señala: “ Cabe preguntarse hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo. A mí, no me

El cambio es trascendente y de entidad, porque se deja a un lado la protección de la persona con discapacidad y se sustituye por la autonomía de la voluntad. Desde mi apreciación debe producirse un equilibrio entre la autonomía de la persona y la protección de ésta. Dado que en determinados supuestos se requiere de una visión combinada de las dos, sin obviar que el papel de la familia y de las personas del entorno de la persona con discapacidad sin factores a tener en cuenta.⁸ Cuestión que incide en la capacidad de las personas por el nuevo enfoque que aflora.

La capacidad jurídica se convierte en una categoría global y absoluta, ya que abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos⁹. Téngase en cuenta que, en la anterior regulación, todas las personas desde su nacimiento ostentaban capacidad jurídica, eran titulares de ésta, pero la legitimación de este derecho, la posibilidad de actuar en el mundo del derecho dependía de determinadas circunstancias o requisitos fijados por la ley, como la mayoría de edad por ejemplo, el derecho en movimiento (la llamada capacidad de obrar).

CUENCA hace referencia a la capacidad jurídica como construcción social y como modelo social, para distinguirlo de la regulación anterior¹⁰. Resulta interesante este planteamiento, ahora bien, sin obviar que es igualmente una construcción jurídica, de la cual depende la persona.

El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.

La idea central de la norma es la de apoyo a la persona que la necesite. Engloba una amplitud de actuaciones que pueden ir como se expone en la normativa, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Es también relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación incide en los aspectos de índole personal, que afectan a los seres humanos, en el ámbito de la vida cotidiana, como la salud, las comunicaciones, entre otros. Produciéndose un retomar del ámbito íntimo de la persona, sin que por ello en cualquier caso se aparque la nota patrimonialista que caracteriza al Derecho civil, sobre todo en la materia que centra parte de la atención de este trabajo que son las sucesiones.

Se potencia el valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes

lo parece”, ¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, septiembre 30, 2021, be.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/

⁸ Vid. P. CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja* (REDUR), núm 10, 2012, p. 90.

⁹ Vid. CUENCA, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *cit.*, p. 79.

¹⁰ Vid. CUENCA, p. 70.

públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta. Bajo este mismo criterio, se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad promocionadas por la ley.

4. LA CAPACIDAD EN EL ÁMBITO SUCESORIO

4.1. Principales modificaciones en torno a la capacidad para testar.

La voluntad del testador expresada en testamento es la ley de la sucesión mortis causa y la fuente directa de la sucesión tal como prevé el artículo 658 del Código Civil. De ahí que no es posible cuestionar la relevancia que tiene en el ámbito del Derecho de sucesiones que la persona que teste pueda expresar no sólo su voluntad, sino también que tenga la capacidad requerida para manifestarla, ya que con la muerte es que se produce la apertura de la sucesión y quien testó ya no se encuentra en el mundo de los vivos para ratificar lo que en su momento dijera. La nota de unilateralidad del testamento tampoco es sometida a dudas, por tanto no es cuestión baladí, la manifestación de voluntad.

Cabe señalar previamente que el Derecho de sucesiones se ha mantenido bastante incólume a raíz de la Ley 8/2021, ya que las reformas que se han producido con la ley no estaban dirigidas a la sucesión mortis causa, sino a la persona como centro del derecho civil y en concreto a la cuestión de la capacidad y la discapacidad.

Las reformas no han profundizado en la disciplina, ya que se centran en la persona dentro del derecho civil, como se ha comentado y perjudican en cierta forma la necesaria sistematicidad que debe imperar en los códigos¹¹.

Razón por la cual dentro del texto del Código se mantienen artículos que siguen empleando el concepto de incapacidad, que no se ajustan a los principios y a la terminología de la ley. Igualmente otras leyes tampoco se han atemperado al nuevo paradigma, como sucede por ejemplo con la Ley de Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida¹².

El objetivo central de la norma es el acomodo a la Convención que ha marcado las pautas de la Ley 8/2021. Sin embargo, las instituciones sucesorias no han sufrido especiales modificaciones de contenido ni tampoco formales en el contexto de la Ley y tampoco han tenido en cuenta en algunos casos la realidad actual de las sucesiones en España¹³. Mientras que en otros casos como ha sucedido en el artículo referido a las legítimas, luego de tantos debates históricos y doctrinales en torno a la conveniencia o no de suprimir o mantener la figura, se reforma el artículo 808 del Código Civil, permitiendo al testador privar de la legítima a los legitimarios con vistas a favorecer a los legitimarios en situación de discapacidad.

¹¹ “Del mismo modo en el que la regulación de las medidas de apoyo se ha redactado en su integridad, esta labor no se ha cumplido en el resto de las materias retocadas del Código”. Vid. C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Artículo segundo”. *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C (dir.), Serie derecho de la discapacidad, Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 880.

¹² «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

¹³ Vid. M.E. COBAS COBIELLA, ¿Es necesaria la reformulación del derecho de sucesiones? *Sistemas jurídicos de Europa e Iberoamérica. Tendencias actuales*, en VV.AA FEBLES POZO, N y PEREIRA PUIGVERT, S (dir.) (ORDOÑEZ, PONZ (coord.) Editorial Diké, Colombia, 2022, p. 179.

La ley facilita y regula la autonomía de la persona con discapacidad dentro de la relación jurídica sucesoria, a lo que se acompaña la participación del Notario en sede de sucesiones que adquiere mayor relevancia si cabe, y la función notarial como eje del acompañamiento de estas personas dentro del sistema de apoyos. Obviando desde mi punto de vista que las sucesiones *mortis causa* son para todas las personas, con independencia de las circunstancias personales de cada uno.

Al tratarse de una reforma integral en orden a la capacidad, si tenemos en cuenta la especial relevancia que reviste ésta en materia de sucesión *mortis causa*, dado que la apertura de la sucesión y los efectos de la herencia se producen con posterioridad a la muerte del causante, el requisito en cuestión (el de capacidad) resulta indispensable para evitar la nulidad testamentaria. Estas son algunas cuestiones generales a destacar.

Con la aprobación de la ley la capacidad sucesoria ha sufrido algunas modificaciones en el ámbito de la capacidad para testar que amerita consignar, así se han reformado los artículos 663, 665 y 695 del Código Civil, que son los destacables a efectos de este trabajo.

4.1.1. Análisis del artículo 663 del Código Civil.

La aptitud para testar es imprescindible para que la conformación de la validez del testamento y exigible en el Código Civil español, en virtud de lo previsto en el artículo 663, que en su actual redacción incluye la reforma producida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, al regular que: “No pueden testar: 1. ° La persona menor de catorce años. 2. ° La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello¹⁴”.

De la nueva redacción del artículo 663 del Código Civil cabe resaltar algunas cuestiones.

En primer lugar se suprime la expresión “están incapacitados para testar”, ya que la categoría de incapacitación no se adapta a los principios y modelo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ni tampoco al espíritu de la Ley 8/2021. Por tanto la prohibición para testar es referida a los menores de catorce años (con la excepción del testamento ológrafo) y a la persona que al momento de otorgar testamento carezca de la aptitud requerida para tomar sus decisiones y por consiguiente manifestar la voluntad.

En segundo lugar se sustituye la antigua redacción de menores por la de persona menor de edad, eliminando además la distinción por razón de sexo¹⁵.

En tercer lugar se suprime la regla que impedía testar a quien habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio y se refiere el precepto “a la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyo para ello”.

En cuanto a la cuestión de la capacidad para testar, la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio ha suprimido la capacidad de obrar, estableciendo una capacidad jurídica general, que afecta esencialmente a la capacidad para testar, que como negocio jurídico *mortis causa* demanda como requisito esencial la manifestación de voluntad.

¹⁴ El art. 663 antes regulaba que: “Están incapacitados para testar:

1. ° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2. ° El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”.

¹⁵ Sobre ello BARBA comenta que se insiste más en el valor de la persona que en la edad, eliminando además cualquier referencia a los dos sexos, que en estos momentos resulta irrelevante, *Vid. V. BARBA*, “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, en, *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), No 31, de 1 de julio de 2021, *La Ley, Derecho de Familia*, Editorial Wolters Kluwer, *cit.*, p. 5.

GARCÍA RUBIO enfatiza sobre el tema: “conviene advertir, ya desde el inicio, que esta mención a la capacidad jurídica incluye la titularidad de los derechos y legitimación para ejercitarlos, lo que es tanto como decir que la referida norma convencional obliga a los Estados a reconocer que las personas con discapacidad, sea esta del tipo que sea, no solo son titulares pasivos de sus derechos, sino que además tienen plena capacidad para ejercitarlos. Se borra pues la secular diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, tallada a fuego en los sistemas jurídicos como el español, y se proscribía totalmente cualquier decisión de autoridad que elimine o limite la capacidad jurídica de las personas adultas”¹⁶.

La explicación e interpretación que en torno a la materia se ha dado históricamente y siguiendo la tradición del derecho civil, de que la capacidad se presume siendo general para todos, mientras que la incapacidad tiene que ser declarada, ha de ser matizada y analizada siguiendo los parámetros y principios de la reforma, ya que la incapacidad de las personas, seguida del nombramiento de tutor han sido objeto de la citada reforma primero conceptual y luego legislativa¹⁷.

Téngase en cuenta que la incapacidad para testar no se derivaba antiguamente de la declaración judicial de incapacidad sino de hallarse en el momento de otorgar testamento en su cabal juicio (expresión suprimida por la actual redacción del art. 663 del Código Civil) pero que significaba que el testador estaba en pleno uso de sus facultades mentales, por tanto para apreciar la capacidad del testador se atendía y se sigue atendiendo únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento a tenor del art. 666 del Código Civil.

Las principales objeciones a la supresión de la capacidad de obrar en materia testamentaria son las mismas que pueden considerarse en torno a la ley y por tanto en principio de aplicación a cualquier acto o negocio jurídico.

No podemos apartarnos del hecho de que la determinación de la capacidad de discernimiento de las personas es compleja y difícil. De ello además depende que la manifestación de voluntad de las personas sea real y coincida la voluntad interna con la expresada, cumplimentando de esta forma el espíritu de la Ley 8/2021, de 2 de junio, expresado en el artículo 249 del Código Civil, que incide en que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Una cuestión son los deseos que pueda tener la persona y otra muy distinta es expresarlos de forma que el derecho pueda protegerlos y que el Notario o a al funcionario a quien corresponda dar validez al acto pueda construirlos de forma legible y auténtica. Cabe recordar la función del derecho y la eficacia que han de tener los instrumentos públicos.

Sin obviar por supuesto el hecho de que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Pero esto no es suficiente, ya que la expresión de la voluntad debe plasmarse en el instrumento público de que se trate y constituirse en prueba reconstituida y garantizar la seguridad jurídica del documento notarial y la eficacia del negocio jurídico. Si no se puede discernir ni comprender el alcance de las actuaciones no

¹⁶ Vid. M.P. GARCÍA RUBIO, en la presentación del Monográfico: *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), No 31, de 1 de julio de 2021, *La Ley, Derecho de Familia*, Editorial Wolters Kluwer, p. 1.

¹⁷ DE VERDA: “se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente llamada capacidad de obrar se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos que son titulares en virtud de su capacidad jurídica”, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario la Ley*, N.º 10021, de 3 de marzo de 2022, Editorial Wolters Kluwer, 2022, p. 2.

será posible un acto o negocio válido y el cual podrá estar sujeto a impugnaciones y a la consiguiente nulidad.

El documento notarial perfecto equivale a una sentencia sin fuerza ejecutoria, ya que, si uno de los firmantes se desdice, hay que ir a buscar el imperio judicial para hacerla cumplir¹⁸. Pero entiendo que el punto de partida para el logro de la finalidad que se persigue, es la manifestación consciente de la voluntad de los otorgantes¹⁹ y este es uno de los ejes que sostienen la intervención notarial.

Por otra parte la falta de capacidad sigue constituyendo una de las causas de nulidad de pleno derecho del testamento, ya que “la capacidad condiciona la validez de la disposición *mortis causa*” dice la doctrina con la cual concuerdo absolutamente. Por tanto, la labor que ha recaído en el Notario en el contexto de la Ley 8/2021 es excesiva me atrevería a afirmar, como luego se dirá con más rigor²⁰.

En cuanto a las medidas de apoyo están diluidas en la norma y no conceptualizadas, dejando su aplicación a cada caso en concreto. Téngase en cuenta que la persona por serlo tiene capacidad jurídica, pero ello no es suficiente en determinados supuestos. De ahí la importancia de un buen sistema de apoyos, que pueda acompañar a la persona. Habrá que estar a las decisiones de los tribunales en cualquier caso, porque es complejo englobar todos y cada uno de los supuestos, pero como mínimo una norma de esta envergadura debió trazar algunas pautas. Ha faltado diseño legislativo y por supuesto convencimiento político y social de que una normativa de esta naturaleza requiere implicación de muchos actores.

A ello se une las dificultades probatorias que giran luego del fallecimiento del causante, y la capacidad para testar, teniendo en cuenta que el momento del otorgamiento, en cumplimiento de la fórmula de ante mí, como principio de inmediación en sede de Derecho notarial y siguiendo la rectitud de la técnica notarial, sólo están presentes el notario y el otorgante, y de haber otra persona que preste apoyo, su función es limitada a lo que prevé la ley en el articulado correspondiente. Prueba agravada por el hecho de que con la muerte al extinguirse la personalidad jurídica, sólo se cuenta a efectos de interpretación del instrumento público si de un testamento notarial se trata, con lo que se ha plasmado en el documento y con los escasos medios que el Código Civil tiene en materia de interpretación de los negocios jurídicos, que queda en manos del leal, saber y entender de los jueces.

El artículo 663 del Código Civil pone de manifiesto también la problemática que se produce entre el sistema de apoyos y la nota o carácter de personalísimo del testamento.

Téngase en cuenta que en sede testamentaria no caben actos de representación, ni presencia de curadores para ello, ya que se trata de facilitar el otorgamiento de la voluntad, no asumirlo. Esta es una premisa; cuestión distinta es que quien preste apoyo, en cumplimiento de su función ayude al testador al entendimiento de lo que puede significar otorgar testamento, en atención a lo previsto en el artículo 249 y 282 del Código Civil²¹.

La excepcionalidad que prevé la ley para la inclusión de funciones representativas, no es posible en materia testamentaria, Aunque si es posible tomar en consideración lo que

¹⁸ Vid. E.GIMÉNEZ ARNAU., *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1944, pp. 52-53.

¹⁹ “Cuando un Notario de fe, lo hace siempre de un hecho lícito (o así, al menos, debe hacerlo), realizado –si se trata de la prestación del consentimiento– por personas capaces, que se relacionan jurídicamente alrededor de un objeto o cosa sobre el que tienen poderes de actuación. Este juicio de calificación es substancial al Notariado español”. Vid. GIMÉNEZ, ARNAU, *Introducción, cit.*, p. 219.

²⁰ J.J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones Común. Estudio sistemático y Jurisprudencia*. Tomo I, Tirant lo Blanch, 2020, p. 218. Sobre cuestión de nulidad por falta de capacidad del testador. Vid., B. BIONDI., *Sucesión testamentaria y donación*, Segunda edición traducido del italiano por Manuel Fairén, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 98.

²¹ Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, pp. 889 y ss.

denomina la ley en el artículo 249 del Código Civil como la trayectoria vital de la persona con discapacidad como elemento a considerar. Ahora bien, la vida de las personas no siempre sigue un patrón único y las circunstancias sobrevenidas pueden conllevar decisiones distintas. Razón por la cual existe el principio de revocabilidad de los testamentos y la posibilidad de otorgar diferentes testamentos a lo largo de la vida.

En cualquier caso, habrá que estar a lo dispuesto en la jurisprudencia en el futuro, porque los límites entre los conceptos de ayuda, apoyo y emisión de una voluntad libre y sin vicios, así como la característica de personalísimo del testamento deben ser lo más precisos posible. El sentido común debe imperar con vistas a facilitar el equilibrio requerido entre ofrecer autonomía a la persona en el otorgamiento de sus últimas disposiciones, a la vez que se garantice una manifestación de voluntad libre y consciente, que no esté viciada o manipulada²².

La presencia de persona ajena al testador no puede suponer una intervención en la formación de la voluntad ni en el otorgamiento del testamento, porque la voluntad es indelegable. “No se trata de decidir por la persona, sustituyendo su voluntad, sino que se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma²³”.

La nueva redacción del art. 663 Código Civil, si bien se corresponde con la Convención y con los principios que la informan: “nos sitúa frente a una línea fina, entre la capacidad jurídica general que tienen todas las personas, por serlo, la expresión de voluntad en el otorgamiento del testamento y el sistema de apoyos que prevé la nueva reforma. No basta tener capacidad jurídica para actuar, para testar, tampoco es suficiente el sistema de apoyos en todos los casos. En determinados supuestos la persona no podrá testar por carecer del discernimiento necesario para decidir sobre su herencia, y no será suficiente ni siquiera el papel que se le ha concedido al Notario, el cual excede con mucho de la función de fedatario público, al ostentar más funciones muchas de las cuales escapan a su quehacer y formación, dada la complejidad de la mente humana sobre todo en lo que a manifestación de voluntad concierne”²⁴.

4.1.2. Análisis del artículo 665 del Código Civil.

La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. A tenor de lo regulado en el artículo 665 del Código Civil.

El artículo regula el testamento de las personas con discapacidad, al igual que en la redacción anterior, con la salvedad expresada anteriormente de algunos cambios significativos en adaptación a la Convención. Se ha sustituido incapacitación por discapacidad.

El artículo 665 del Código Civil no se corresponde desde mi punto de vista con el sentir de la ley, ya que si la pretensión de la norma reformadora ha sido igualar a todos los que son iguales, ha establecido una discriminación con la denominación del testamento del discapacitado. Evidentemente el objetivo del legislador ha sido especificar y destacar la posibilidad de otorgar testamento por parte de la persona con discapacidad, ello no es

²² M. E. COBAS COBIELLA, *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 253.

²³ Vid. CUENCA, *cit.*, p. 73.

²⁴ Vid. COBAS, *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma, cit.*, p. 253.

discutible, pero en su espíritu sigue marcando la diferencia con el resto de personas que no tienen discapacidad.

Por otra parte, el artículo es lineal²⁵. El precepto contempla la discapacidad en genérico, obviando la existencia de pluralidad de conceptos de discapacidad. El legislador ha eludido formular un concepto de discapacidad, si no es como posible destinatario de una medida de apoyo. Los matices en este tema han quedado sujetos a la generalidad del artículo.

También se elimina del texto del art. 665 del Código Civil la presencia de los dos facultativos como se ha señalado, designados por el Notario con vistas a determinar la aptitud o la testamentifacio activa.

La redacción final responde a la nueva concepción de la discapacidad que supone, como es sabido, el abandono del referido modelo médico según el cual la discapacidad es un problema vinculado con la salud con un enfoque totalmente distinto basado en los derechos humanos, que considera la discapacidad un concepto que evoluciona²⁶.

En el precepto también regula “una función destacada “del Notario en cuanto a la toma de decisiones, debiendo asegurarse de que a su juicio, el otorgante tiene la aptitud necesaria para testar y manifestar el alcance de sus disposiciones de última voluntad, respetando el carácter personalísimo del testamento y la prohibición de testar por otro, y menos influir en la conformación de la voluntad. Sin que por ello se prohíba que la que la persona que preste el apoyo ayude a la persona apoyada al entendimiento de lo que pueda significar testar y las ventajas que puede conllevar en atención a lo previsto en el artículo 249 y 282 del Código Civil Cuestión distinta es si es o no aconsejable y si se opta por ello, el Notario frente a cada persona deberá marcar los límites. Sin olvidar que el notario, a la luz del artículo 665 es un apoyo institucional.

4.1.3. Análisis del artículo 695 del Código Civil.

El artículo 695 del Código Civil también ha sido objeto de reforma²⁷.

La cuestión más destacable en la actual redacción del art. 695 del Código Civil se encuentra en que se produce una ampliación de los medios de los cuales puede servirse el testador para comunicar su voluntad. La reforma de 2 de junio 2021 amplía y facilita la intervención y comunicación de las personas tanto en la primera fase de manifestación de la voluntad como en la fase del otorgamiento, que se siguen manteniendo en el precepto, ya que en primer orden admite que la expresión de voluntad pueda darse por cualquier medio técnico, material o humano, en segundo lugar, cuando el testador tenga dificultades o imposibilidad de lectura del testamento o para oír la lectura, el Notario se asegurará utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad.

²⁵ COBAS, *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, cit., p. 257.

²⁶ Vid. C.MESA MARRERO, “Artículo 663”, *Comentario articulado a la Reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, en VV.AA GARCÍA RUBIO, M.P, MORO ALMARAZ, M.J (dir.), VALERA CASTRO, I., (coord.), Thomson Reuters, Civitas, 2022, p.501.

²⁷ “El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”.

La ayuda al testador en razón a la comprensión del acto, a la par que el cumplimiento de sus deseos es complicado. En materia hereditaria se ha olvidado el legislador la complejidad de la disciplina, incluso la utilización de las categorías para los neófitos y en ocasión hasta para los operadores jurídicos, es excesivamente técnica²⁸ Esto condiciona las explicaciones y la ayuda que pueda recibir persona determinada (testador) en un momento tan crucial como es decidir el destino de los bienes, sin inducir a manifestaciones erróneas o diferentes de la voluntad interna y tampoco sin manipulaciones.

Téngase además en consideración que con quien tiene que producirse la comunicación es con el otorgante no con la persona que actúa como intermediario, en cuyo caso no podría producirse el otorgamiento del documento. “Lo contrario sería sustituir la voluntad del otorgante por la del intermediario; lo mismo que ocurre en sede de capacidad, el titular de una medida de apoyo asistencial no puede sustituir la voluntad de la persona con discapacidad”, como señala la doctrina²⁹.

El Notario es en cualquier caso el que debe tener la convicción ética y jurídica de que la comunicación es lo más perfecta posible y que el acto por una parte cumple con los requisitos de la ley, manteniendo la pureza del negocio y por otra parte que se han agotado todas las vías posibles, dentro de lo razonable para que la persona con discapacidad pueda expresar sus deseos y ver cumplidas sus expectativas.

Por otra parte la utilización de los ajustes necesarios no debe confundirse con las medidas de apoyo, dado que éstas requieren la intervención de un tercero, que quedan descartadas por el carácter personalísimo del testamento, como opina MARINO PARDO³⁰.

El otorgamiento del testamento abierto notarial plantea cuestiones nuevas en cuanto a la formación de la voluntad y la expresión de la voluntad. Si no quisiéramos llamarlas novedosas, por lo menos podría decirse que indican una participación de mayor intensidad por parte del Notario, en cuanto a la formación de la voluntad y la expresión de la misma, ya que el fedatario siempre ha tenido una intervención primordial en la construcción de la voluntad de los otorgantes, sin por ello crearla.

En lo que respecta a la formación de la voluntad el notario ha de asegurarse de que el otorgante ha formado libre e informadamente su voluntad, y que por eso consiente. No se trata solo de recoger su manifestación al respecto dando fe de ello el notario (art. 193 RN), también se trata de asegurarse, por las circunstancias del caso y la condición de la persona, de que el otorgante ha podido entender lo que está haciendo³¹.

La misma problemática vuelve a aparecer en lo que a la intervención del Notario se refiera , al no estar el apoyo conceptualizado en la norma, ni siquiera medianamente matizado, se complejiza la delimitación del alcance de cuándo termina un apoyo y cuándo estamos

²⁸ Como señala ROYO: “es también el Derecho sucesorio mortis causa la rama que, por la supervivencia de sus complejos ingredientes históricos, encierra las más alambicadas construcciones técnicas” Vid. M. ROYO MARTÍNEZ. *Derecho Sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951, p. 9.

²⁹ I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ., “La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021”. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N.º. 101, 2022, p. 29.

³⁰ Vid. F. MARINO PARDO, “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado, *Iuris Prudente*, martes 5 de octubre 2021, http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html. Esta opinión la he suscrito en mi obra. Vid. COBAS, *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, *cit.*, p. 259.

³¹ Téngase en cuenta la actual redacción de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, se añade un nuevo párrafo al final del artículo 25 con la siguiente redacción: “Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.

interviniendo en la conformación de la voluntad. Estos son algunos riesgos que habrá que asumir y que asumirá el Notariado, y que resolverá la jurisprudencia.

No obstante cabe insistir en la idea que el apoyo que puede prestar el Notario en el ejercicio de su función, se debe distinguir de las medidas de apoyo que provengan de personas distintas como el curador, el guardador de hecho o cualquier profesional externo, las cuales vetan el otorgamiento de las últimas voluntades. De ahí que no podrá otorgarse testamento a través de apoyos previos de carácter representativo, el testamento debe otorgarse por la persona con discapacidad, con los apoyos singulares que el notario estime en el momento del otorgamiento, con independencia de que exista un curador judicial o incluso un asistente voluntario, sin perjuicio de que se plasme en un Acta previa con la finalidad de acentuar el acto como dice la doctrina³².

4.1.4. Notarios y Ley 8/2021, de 2 de junio.

La Ley 8/2021, de 2 de junio revaloriza el papel del Notario, basta con seguir la letra de la ley. El Derecho de sucesiones y en especial la función del Notario en materia de testamentaria es prueba de ello.

Las excesivas competencias del Notario son objetables igualmente, en cuanto al análisis crítico de la normativa.

La función calificadoradora y de asesoramiento del Notariado español dejan de ser las habituales, ya que el Notario según doctrina actual no tiene que valorar la capacidad de la persona, sino que tiene que constatar que puede conformar o expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones. Entiendo que la referencia es en cuanto al testamento de discapacitado ya que a tenor del artículo 696 del Código Civil, las daciones de fe del Notario tanto la de identidad como la de capacidad siguen reguladas. Igualmente el artículo 685 del Código Civil mantiene tanto el juicio de identidad como el juicio de capacidad.

La citada revalorización —encomiable por supuesto— extiende el ámbito de las funciones notariales a un terreno especialmente peligroso y que se extralimita en cierto sentido de las funciones tradicionales del Notario, así como la labor interpretativa que ejercía antes de la aprobación de la Ley 8/2021, de la voluntad de los otorgantes con vistas a su plasmación en el documento público³³.

Ello conlleva una especial afectación en cuanto a la relación con el otorgante, la comunicación con él, las formas de comprender la voluntad de los dicentes en el acto, y la responsabilidad en la eficacia del documento. Debe indagar sobre la vida de las personas.

El Notario se convierte en un protagonista esencial como fedatario al asumir la función de acompañamiento en los diversos negocios dentro de los que se encuentra el testamento. Pasa a convertirse en un interlocutor activo. Cabe decir que estamos en presencia por tanto de nuevas funciones notariales o como mínimo de un aumento potencial respecto de su actividad y un posicionamiento distinto de la fe pública en el marco institucional y en el ejercicio del derecho privado.

Amerita no obstante, hacer justicia a la función notarial, ya que no debemos olvidar que el notariado antes de la reforma, no era un simple escribano o transcriptor de documentos,

³² Vid. J. M. VALLS i XUFRE., “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, en VV.AA PEREÑA VICENTE, M y HERAS HERNÁNDEZ, M d M (dir.) y NUÑEZ NUÑEZ, M (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 113.

³³ Vid. COBAS, *Derecho de sucesiones. Bases para una reforma*, p. 261.

pensar así es reducir el histórico papel de la fe pública notarial. Como tampoco es inusual en la práctica inusual el acompañamiento al momento de otorgar testamento.

En razón de la nueva función del Notario que se la ha concedido, ha sido necesario señalar algunas pautas para marcar el camino a seguir, es este sentido, tenemos la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica para personas con discapacidad que perfila en cierto sentido lo que se espera del Notario español frente a la ley.

La Circular Informativa 3 de 2021 desarrolla el ejercicio de la función notarial de apoyo, señalando las diversas situaciones en que puede encontrarse la persona que comparezca ante notario, trazando directrices a respecto.

La primera situación es contar con apoyo formal, notarial o judicial en cuyo caso habrá que estar en línea de principio a lo que señale la Escritura Pública o la Resolución judicial, la segunda situación se produce cuando la persona no cuenta con ningún apoyo y la tercera situación es que cuente con un apoyo informal como puede ser la guarda de hecho. Desarrolla en este sentido el papel que ha de desempeñar el Notario, que debe velar en todo momento por saber cuáles son las preferencias de las personas.

Con vistas a saber los deseos y las preferencias, el Notario podrá recabar información particular sobre la persona con discapacidad, su entorno, condiciones de vida, familiares, pedir la calificación administrativa y el programa de atención individual, entrevistarse con el cónyuge, convivientes, familiares o entidades con las que guarde relación, solicitar informes sociales o de profesionales, procurar la intervención de profesional experto a modo de facilitador (art. 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Apuesta además por la conveniencia de autorizar un Acta con carácter previo que pueda documentar e incorporar los informes etc respectivos en orden a la persona. En los testamentos la Circular señala que el notario podrá reflejar su apoyo en el propio documento, o en el acta si se incorporan otros documentos e informes.

Téngase además en cuenta que la citada Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, señala que el notario no podrá autorizar el testamento, artículo 663, si no hay manera de que la persona pueda expresar o conformar su voluntad.

No obstante todo lo expuesto, matizando la cuestión, se podría decir que la eficacia del instrumento público zozobra en materia testamentaria, porque la declaración de voluntad que es la base del negocio jurídico debe exteriorizarse y salir de la esfera interna del individuo. El querer interno no hace nacer las relaciones jurídicas, pero sí la manifestación de voluntad, que con la redacción ofrecida por la ley es puesta en vilo, a tenor de lo previsto en el artículo 695 del Código Civil.

En este punto, cabría preguntarse de si con la nueva redacción dada por la Ley 8/2021, pierde pureza la voluntad expresada, ya que el Notario debe apartarse de su práctica habitual para asumir en determinados supuestos una labor de ajuste a la expresión de voluntad de personas con dificultades para discernir sobre determinados asuntos, en concreto sobre la herencia, que peca de un contenido patrimonial, que produce cierta contradicción o como mínimo desasosiego porque se le atribuye el cumplimiento de normas y se convierte en el garante del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de las medidas de apoyo³⁴.

³⁴ Vid. E. ALCAÍN MARTÍNEZ., Artículo segundo”. *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su*

Es cierto que, en la práctica notarial, el Notario siempre ha tenido una participación activa en la plasmación de la voluntad y en la comunicación que se produce tanto en la fase previa como en el otorgamiento del instrumento, Con razón es el autor del instrumento público³⁵. Pero la situación actual dada por la Ley 8/2021 es diferente a esto, con independencia de que se sigan manteniendo en otros aspectos las habituales funciones notariales.

La probidad de la fe pública en este sentido queda a salvo, ahora bien, esto no obsta para que esta especificidad de la función notarial sea compleja y ponga en riesgo la actuación tradicional del Notario. Téngase en cuenta la presunción de validez que le viene conferido al instrumento público, que alcanza la eficacia de los pactos y de las estipulaciones, que le permite atribuir al Notario, no sólo un carácter de fedatario, como en el sistema anglosajón, sino ese carácter de magistrado del derecho en la normalidad, que es una de las características del Notario latino³⁶.

Con CABANAS, que advierte que el testamento no es un documento destinado a la circulación, y conviene que todo lo relativo a su validez resulte del mismo. En el mundo “real”, la primera tentación de quien se sienta perjudicado por un testamento será decir que el testador no se enteró de lo que hacía, y entonces el notario tendrá un problema. Además, si para asegurar la conexión entre el acta y el testamento (pensemos en una eventual impugnación de éste por falta de capacidad), en este último se tuviera que dar cuenta del acta, la pretendida discriminación se estaría colando igual por la puerta de atrás.

En el anterior sistema el art. 665 del Código Civil refería al dictamen de dos facultativos, ahora la CICGN habla de “informes sociales”. El tipo de informe me da igual, en cada caso el notario podrá tomar las precauciones que estime oportunas, y dejar constancia de ello en el testamento. La alternativa, no firmar³⁷.

La responsabilidad del Notario en estos actos también queda expuesta frente al nuevo alcance de la función notarial en los términos que ha dado la Ley 8/2021 y que no han quedado establecidas en la normativa o mínimamente definidas, como tampoco el alcance de las funciones que ha de desempeñar a tenor del art. 665 del Código Civil, así como los requisitos o las prohibiciones de la persona que permita la comunicación entre el otorgante y el notario³⁸.

La sombra de las demandas judiciales vuela sobre la figura del Notario, porque la responsabilidad seguirá siendo suya.

capacidad jurídica, en VV.AA GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, p. 85.

³⁵ El Notario controla la legalidad del proceso sucesorio. Vid. M.R. SÁNCHEZ MORENO, y S.GARCÍA GUARDIOLA, “Aspectos notariales de la Sucesión”, en VV.AA *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, J y COBAS COBIELLA, M.E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 728.

³⁶ Vid. GIMÉNEZ ARNAU, *Introducción*. cit., p 245. Sobre el ejercicio del derecho en la normalidad y la fe pública. Vid. MONASTERIOS, cit. en GIMÉNEZ ARNAU, *Introducción*, p. 213. Vid. en igual sentido M.E, COBAS COBIELLA, “El Notario de autor del instrumento público notarial a sujeto de la modernización de la justicia”, en VV.AA *Derecho Notarial. Nuevas tendencias*, CANTORAL DOMÍNGUEZ, K, PÉREZ FUENTES, G.M. y PONS Y GARCÍA, J.V. (dir.). Tirant lo Blanch Privado, Ciudad México, 2020, p. 213.

³⁷ Vid. R. CABANAS TREJO., “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial. Admin, 08/09/2021, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/> Notarios y Registradores, s/n p.

³⁸ Vid. LORA -TAMAYO, op. cit, p.35. Donde analiza la participación de los familiares del Notario y de los empleados de la Notaría en relación a la comunicación con la persona con discapacidad, entendiéndose acertadamente que las citadas personas no deben ser las que hagan la comunicación, a pesar de que no existe ninguna norma que lo prohíba.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

La capacidad, la manifestación de la voluntad, así como la autonomía de la voluntad constituyen claves dentro del derecho civil. La persona a su vez como centro de las relaciones jurídicas funciona conjuntamente con las anteriores categorías.

La capacidad jurídica no es una cuestión baladí, como tampoco lo fue en su momento la capacidad de obrar.

La reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio ha puesto en jaque lo aprendido, enseñado, y aplicado durante siglos para dar paso a una nueva época en el ejercicio del derecho por parte de los operadores jurídicos. La desaparición de la capacidad de obrar a efectos legislativos no resuelve por sí sola la situación del ejercicio de la capacidad y los problemas prácticos a los cuales han de enfrentarse los tribunales, la persona con discapacidad y la familia, que es parte integrante y principal de la problemática.

Interesa esperar a los futuros pronunciamientos judiciales que irán reformando y remodelando las cuestiones concernientes a la capacidad, a la discapacidad y lo que resulta más importante a dignificar a la persona y mantener la titularidad de sus propias decisiones.

Téngase en cuenta que la pretensión del trabajo es exponer algunas opiniones críticas, pero que no agotan la problemática. No es posible obviar la complejidad que tiene no sólo la discapacidad, sino también perder la autonomía quien antes la tuviera. “Antes era alguien que sabía muchas cosas. Ahora nadie me pide opinión o consejo. Lo echo de menos. Antes era curiosa, independiente y confiada. Echo de menos estar segura de las cosas. No hay paz en no estar segura de todo, todo el tiempo. Echo de menos hacerlo todo con facilidad. Echo de menos no formar parte de lo importante. Echo de menos sentirme necesitada. Echo de menos mi vida y mi familia. Amaba mi vida y a mi familia”. (Siempre Alice. Still Alice, 2014).

6. BIBLIOGRAFÍA.

- E. ALCAÍN MARTÍNEZ, Artículo segundo”. *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, pp. 82-97.
- P. ÁVILA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Notarial*, Quinta Edición, Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 7-455.
- V. BARBA, “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), N.º 31, de 1 de julio de 2021, Editorial Wolters Kluwer.
- B. BIONDI., *Sucesión testamentaria y donación*, Segunda edición traducido del italiano por Manuel Fairén, Editorial Bosch, Barcelona, 1960.
- R. CABANAS TREJO, “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial. Admin, 08/09/2021, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/> Notarios y Registradores
- J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. VI, Derecho de Sucesiones, Vol. 1.º, La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte), 10ª ed. (revisada y puesta al día por José Manuel González Porras), Reus, S.A., Madrid, 2010, pp. 15-889.

Derecho civil español, común y foral, Tomo VI, Volumen 2, Séptima Edición, Madrid, 1973.

A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, “La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad”, *Hayderecho*. s/n. <https://www.hayderecho.com/2021/06/29/la-reforma-civil-de-la-ley-8-2021-el-paradigma-de-los-apoyos-y-el-ejercicio-de-derechos-en-condiciones-de-igualdad/> 29 de junio de 2021.

M. E. COBAS COBIELLA, M. “El notario: de autor del instrumento público notarial a sujeto de la modernización de la justicia”, *Derecho Notarial. Nuevas tendencias*, CANTORAL DOMÍNGUEZ, K, PÉREZ FUENTES, G.M. y PONS Y GARCÍA, J.V. (dir.). Tirant lo Blanch Privado, Ciudad México, 2020, pp. 199-225.

“Sucesión testada en Aspectos sustantivos del derecho hereditario”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, J y COBAS COBIELLA, M.E (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 450-45.

¿Es necesaria la reformulación del derecho de sucesiones? *Sistemas jurídicos de Europa e Iberoamérica. Tendencias actuales*, FEBLES POZO, N, y PEREIRA PUIGVERT, S. (dir.), ORDÓÑEZ, PONZ, F. (coord.), Editorial Diké, Colombia, 2022, pp. 151-185.

Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp.17-299.

P. CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, núm 10, 2012, págs. 61-94.

C.DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Artículo segundo”. *Modificación del Código Civil*, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad, Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 934-953.

J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario la Ley*, N.º 10021, de 3 de marzo de 2022, Editorial Wolters Kluwer, 2022.

¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? *septiembre 30, 2021*, be.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/

D.ESPÍN CANÓVAS, *Manual de Derecho Civil, Volumen V, Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951.

F. FERRARA, *Trattato di Diritto civile italiano*. Roma: Treccani, número 98,1921.

J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Los testamentos, Comares, Segunda Edición, Granada, 2006*, pp. 1-861.

M.P. GARCÍA RUBIO, en la presentación del Monográfico: *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), No 31, de 1 de julio de 2021, *La Ley, Derecho de Familia*, Editorial Wolters Kluwer.

- C.GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Artículo segundo”. Modificación del Código Civil”, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 511-527.
- E.GIMÉNEZ- ARNAU, Derecho Notarial Español, Tomo I y II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964, pp. 9-273.
- I.LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, “La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021”. El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, N°. 101, 2022, pp. 28-36.
- F.MARIÑO PARDO, “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado, Iuris Prudente, martes 5 de octubre 2021, http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html
- C.MESA MARRERO, “Artículo 663”, Comentario articulado a la Reforma civil y procesal en materia de discapacidad, GARCÍA RUBIO, M.P, MORO ALMARAZ, M.J (dir.), VALERA CASTRO, I., (coord.), Thomson Reuters, Civitas, 2022, pp.501-504.
- J.J. RIVAS MARTÍNEZ, Derecho de Sucesiones Común y Foral, Tomo I, Cuarta Edición, Dykinson, 2009, Tomo I, pp. 7-1113.
- Derecho de Sucesiones Común y Foral, Tomo II, Cuarta Edición, Dykinson, 2009, pp. 1115-2198.
- _ Derecho de Sucesiones Común. Estudio sistemático y Jurisprudencia. Tomo I, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 79-1020.
- M. ROYO MARTÍNEZ, Derecho sucesorio mortis causa, Editorial Edelce, Sevilla, 1951, pp. 1-371.
- M.R.SÁNCHEZ MORENO, y S.GARCÍA GUARDIOLA, “Aspectos notariales de la Sucesión”, Tratado de Derecho de Sucesiones, ALVENTOSA DEL RÍO, J y COBAS COBIELLA, M.E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 727-777.
- J.M. VALLS i XUFRE, “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio, PEREÑA VICENTE, M y HERAS HERNÁNDEZ, M d M (dir.) y NUÑEZ NUÑEZ, M (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 85-153.
- C.VAQUERO LÓPEZ, Artículo segundo”. Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, pp. 108-113.

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA NECESIDAD DE ADOPTAR LOS AJUSTES NECESARIOS PARA GARANTIZARLO

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 28 de octubre de 2022
Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2022

RESUMEN: Se analiza el alcance del artículo 7 bis introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el objeto de garantizar a las personas con discapacidad el derecho de acceso a la justicia civil, en igualdad de condiciones, de acuerdo con los postulados de la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

ABSTRACT: The scope of Article 7 bis introduced in the Civil Procedure Law is analyzed, with the aim of guaranteeing persons with disabilities the right of access to civil justice, under equal conditions, in accordance with the postulates of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities of December 13, 2006.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, derecho de acceso a la justicia, igualdad.

KEYWORDS: Disability, right of access to justice, equality.

SUMARIO: 1. El derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. 2. La realización de los ajustes necesarios en el procedimiento. 2.1. Planteamiento general. 2.2. Posibles ajustes en los procedimientos civiles. 2.3. Procedimiento para la adopción de los ajustes necesarios. 2.4. La necesaria formación en el ámbito de la administración de justicia y de la educación jurídica. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El derecho de acceso a la justicia constituye un elemento central del Estado de Derecho y resulta esencial para la protección y promoción de los demás derechos. No es posible obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos si se priva al afectado del acceso a los tribunales y a los procedimientos, judiciales o extrajudiciales, necesarios

para el otorgamiento de dicha tutela. En este sentido, el derecho de acceso a la justicia entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama y garantiza el artículo 24 de la Constitución española, así como el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹. Se trata, por otro lado, de un derecho transversal que debe interpretarse a la luz del derecho a la igualdad y no discriminación²

La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD), en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008 se refiere al derecho de acceso a la justicia en el artículo 13 CDPD, que conforma, junto con el mencionado artículo 12 CDPD, la columna vertebral de la mencionada Convención, exigiendo que los Estados Partes aseguren que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

Por tanto, de acuerdo con lo previsto en este artículo 13 CDPD, los Estados han de arbitrar todas las medidas que sean necesarias para que el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad no se reduzca a una mera declaración formal. En relación con dichas medidas se refiere el mencionado precepto a la realización de ajustes en el procedimiento, en referencia a las adaptaciones o flexibilizaciones que se pueden realizar en los procedimientos y que permiten reducir la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad en estos contextos, y que los entornos respondan a las necesidades diversas de cada persona³.

¹ *Vid.* artículo 6 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley...”) y arts. 2.3 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

² Refiriéndose a este artículo 13 CDPD, pone de relieve la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que dicho precepto “debe leerse conjuntamente con el artículo 5 sobre la igualdad y la no discriminación, a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. El acceso a la justicia requiere derechos habilitadores para las personas con discapacidad, en especial el igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), y la accesibilidad, que comprende medios diversos de comunicación y de acceso a la información (arts. 9 y 21)”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *A/HRC/37/25*, 2017, p. 6.

³ RECOVER, T. y ARAOZ, de, i., *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo y el proceso penal, Cuadernos de Buenas Prácticas*, FEAPS, Madrid, 2014, p. 21 (disponible en https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/proceso_penal_2014.pdf).

Pero la obligación del Estado no se circunscribe a la realización de ajustes, sino que habrán de tomarse en consideración todas las circunstancias que impiden el correcto desenvolvimiento de tal derecho⁴ y abordar la idea de acceso a la justicia en diferentes dimensiones. Entiende MARCELO ALDERETE que han de distinguirse al menos tres: la legal, la física y la comunicacional. “En la dimensión legal, los Estados Parte deben garantizar a las personas con discapacidad acceso permanente y efectivo a los procesos judiciales por derecho propio, tanto como participantes directos como indirectos. En el plano físico, los Estados Parte deben asegurarse de que todos los edificios y las sedes judiciales sean accesibles para las personas con discapacidad. Por último, en el plano comunicacional, los Estados Parte deben garantizar que toda la información relevante que se brinde a las personas con discapacidad, sea oral o escrita, esté disponible en formatos comunicacionales alternativos...”⁵.

La reforma operada en el ámbito procesal por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha supuesto, sin duda, un avance fundamental en la dimensión legal, en relación con el proceso civil⁶, cuyo planteamiento se alejaba en muchos aspectos del nuevo paradigma⁷.

⁴ Para ALÍAS ROBLES, es posible distinguir, al respecto, tres causas diferentes. Por un lado, habría “(...) unas causas «extrínsecas» a la Administración de Justicia, es decir, que no dependen directamente de ella ni son generadas por la misma, aunque le afectan de manera significativa, y que están motivadas por el modelo de organización social. Por otro lado, encontramos una suerte de causas intermedias o «mixtas», donde se encuadra la legislación procesal y sustantiva, que si no es escrupulosa con los derechos de las personas con discapacidad, puede producir también resultados injustos. Y, finalmente, están las causas «intrínsecas» que sí son específicas de la Administración de Justicia. De estas últimas, unas tienen carácter tangible, se mueven en un plano físico o material, es decir, son objetivables y se captan por los sentidos: como la falta de espacios adecuados, señalización o formularios adaptados. Otras, tienen matices subjetivos, por tanto, pueden pasar desapercibidas para algunos, y se originan de manera involuntaria e inconsciente por los propios profesionales del derecho que actúan con las personas con discapacidad sin las destrezas, habilidades o conocimientos suficientes, o desde el prejuicio”. (ALÍAS ROBLES, A., “El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad”, *LA LEY Derecho de familia*, N° 28, Cuarto trimestre de 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 15307/2020).

⁵ MARCELO ALDERETE, C., “Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad. Formato de lectura fácil”, 2015, (Id SAIJ: DACF150818). Disponible en <http://www.saij.gov.ar/claudio-marcelo-alderete-acceso-justicia-personas-discapacidad-formato-lectura-facil-dacf150818-2015-11-05/123456789-0abc-defg8180-51fcanirtcod>

⁶ La reforma es además importante porque los ajustes de procedimiento previstos en la nueva regulación resultarán de aplicación supletoria también en procedimientos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares (art. 4 LEC).

⁷ En 2016, la Asociación Española de Fundaciones Tutelares, entidad perteneciente a Plena Inclusión España, publicó un informe titulado “Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo valoran la falta de accesibilidad a la Justicia”, en particular en los procedimientos civiles de modificación judicial de la capacidad. En dicho informe se ponía de relieve que personas que se habían visto inmersas en uno de dichos procedimientos apenas recibieron información sobre lo que iba a ocurrir, o la información no se había producido de forma comprensible, sintiéndose ajenos al proceso en el acto de la vista, sin entender los tecnicismos utilizados. La falta de comprensión llevó en algunos

En todo caso, dicha reforma deberá venir acompañada de medidas concretas que hagan realidad dicho derecho, para que no se quede en una mera declaración de intenciones. En este sentido, señala DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, que “aunque es preciso continuar la tarea legislativa, es también necesario plantearse un cierto reequilibrio gradual entre el esfuerzo de producción normativa y el esfuerzo de aplicación y disfrute real y efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en dicha legislación⁸”.

El objetivo debe ser, por tanto, la eliminación de los obstáculos que impiden a las personas con discapacidad acceder a la justicia en condiciones de igualdad. A estos efectos, sólo si se identifican y eliminan o minimizan las barreras presentes en el entorno judicial, se estará garantizando materialmente el acceso a la justicia de estas personas. Entre esos obstáculos o barreras se han señalado las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica; las dificultades de accesibilidad física a los edificios judiciales; la falta de transporte accesible hacia y desde estas instalaciones; los obstáculos para acceder a la asistencia y representación jurídicas; la no disponibilidad de la información en formatos accesibles; las actitudes paternalistas o negativas que cuestionan la capacidad de las personas con discapacidad para participar en todas las fases de los procedimientos judiciales, así como la falta de formación en este ámbito de los profesionales que trabajan en la esfera de la justicia⁹. Analizaremos en los epígrafes siguientes, las previsiones introducidas por la Ley 8/2021 en relación con la realización de los ajustes procedimentales, para asegurar su participación en el procedimiento.

casos a que mostraran aquiescencia con las preguntas que se les formulaban, manifestando estar de acuerdo con todo, pese a no estarlo. La AEFT da voz a las reivindicaciones de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo con la capacidad jurídica modificada que solicitan, entre otras cuestiones, la creación de tantos “trajes a medida” como sean necesarios para facilitar su participación y la accesibilidad en los procedimientos judiciales. Algunas de estas reivindicaciones son: que la información sea accesible, que se tenga en cuenta su opinión durante el proceso, mayor cercanía durante el mismo o que las sentencias se ajusten a cada una de las realidades, entre otras cuestiones. (<https://fundacionestutelares.org/la-asociacion-espanola-de-fundaciones-tutelares-presenta-un-informe-en-el-que-personas-con-discapacidad-intelectual-o-del-desarrollo-valoran-la-falta-de-accesibilidad-a-la-justicia/>).

⁸ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Práctica de los Tribunales*, núm. 151, julio-agosto 2021, Wolters Kluwer, LA LEY 8312/2021.

⁹ *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, Ginebra, 2020, pp. 6 y 7 (disponible en <http://www.infocop.es/pdf/Access-to-Justice-SP.pdf>).

2. LA REALIZACIÓN DE LOS AJUSTES NECESARIOS EN EL PROCEDIMIENTO

2.1. Planteamiento general

A fin de favorecer la intervención en el procedimiento de las personas con discapacidad conforme a la nueva regulación, una de las reformas llevadas a cabo por la Ley 8/2021 ha sido la introducción en la Ley de Enjuiciamiento Civil de un nuevo artículo, el 7 bis, el cual, haciéndose eco de lo establecido en el artículo 13 CDPD, contempla la realización de las adaptaciones necesarias para garantizar la participación de las personas con discapacidad en los procedimientos judiciales¹⁰.

La valoración inicial de este precepto debe ser positiva, puesto que muchas personas con discapacidad se verán obligadas a intervenir en procedimientos judiciales, en la mayoría de los casos para la provisión de los apoyos necesarios. Ello es así, aunque uno de los hitos fundamentales de la reforma ha sido la desjudicialización de la provisión de apoyos, de manera que con la actual regulación, a la hora de concretar los apoyos, se otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad, de manera que ella misma puede decidir quién va a asumir la función de asistirle, proporcionarle los apoyos que necesite y, la que, en último término, sólo cuando ello sea inevitable, va a decidir por ella.

En todo caso, en aquellos supuestos en los que no se haya previsto nada, o las medidas voluntariamente previstas sean inadecuadas o insuficientes, y tampoco haya un guardador de hecho¹¹, se puede seguir recurriendo a la provisión judicial de los apoyos. Y, en concreto, tras la reforma citada, el procedimiento preferente es un procedimiento nuevo de Jurisdicción voluntaria¹², más ágil y sencillo, al que hay que acudir en primer término.

¹⁰ Se incorpora un nuevo artículo 7 bis, con idéntica redacción, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Además, se incorpora un nuevo párrafo al artículo 25 de la Ley del Notariado del 28 de mayo de 1962 por el que se establece que: “Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.

¹¹ Sobre las novedades introducidas en relación con la guarda de hecho, vid. LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., *Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege data y de lege ferenda*, Dykinson, Madrid, 2019.

¹² Se acoge en este sentido en la nueva regulación una reivindicación que se venía planteando por la doctrinal. Entre otros, CALAZA LÓPEZ consideraba que la declaración de incapacitación debiera iniciarse a través de un expediente de Jurisdicción voluntaria. De acuerdo con el planteamiento mantenido por la citada autora, dicho expediente de Jurisdicción voluntaria podría devenir en proceso contencioso en cualquier momento en el que se apreciase la más mínima contradicción, oposición o contención, entre el presunto incapaz y la persona que ha instado su declaración de incapacitación.

Cuando en dicho procedimiento haya oposición, necesariamente habrá que acudir al procedimiento regulado en los artículos 756 y ss. de la LEC, sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, que sustituye al anterior de incapacitación judicial, que desaparece con la reforma.

2.2. Posibles ajustes en los procedimientos civiles

2.2.1. El nuevo artículo 7 bis LEC. Idea general

Si bien todas las personas se sienten impresionadas al entrar en un Juzgado y pueden tener dificultades para comprender el lenguaje técnico-jurídico, esas sensaciones y esa incompreensión se multiplican cuando se trata de personas con discapacidad cognitiva o intelectual, de forma que pueden experimentar una situación de mayor vulnerabilidad en el acceso a la justicia porque afrontan múltiples dificultades y barreras adicionales.

La meta debe ser, por tanto, eliminar no sólo las barreras arquitectónicas para facilitar el acceso o el movimiento por los edificios judiciales, sino las barreras invisibles, mucho más sutiles, que impiden o dificultan la participación de las personas con discapacidad en los procedimientos judiciales y, a este objetivo se encamina la reforma.

El artículo 7 bis LEC menciona los tres ámbitos de actuación -comunicación, comprensión e interacción- en los que deben desarrollarse, pero no detalla cuáles son los ajustes que deben llevarse a cabo, ya que ello no es posible, puesto que existen tantas barreras como diferentes tipos de discapacidad, por lo que los ajustes serán unos u otros, dependiendo del caso concreto. Todo ello, sin perjuicio de mencionar algunas medidas que podrían ser adecuadas, pero sin ánimo de exhaustividad. Por ello, lo dispuesto en este artículo deberá completarse con los principios contenidos en normas y guías aprobadas hasta ahora, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional.

Deberán, en este sentido, tomarse en consideración las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, actualizadas en la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2018), las cuales reconocen que la persona con discapacidad se encuentra en una situación de vulnerabilidad, estableciendo las propuestas de mejora de la labor jurisdiccional, para garantizar la protección de sus derechos.

Entre las ventajas de esta dualidad alternativa destacaba el ahorro económico y de tiempo en aquellos casos claros de incapacitación por concurrir en la persona deficiencias mentales o enfermedades psicológicas evidentes, sin oposición, todo ello sin pérdida de las garantías (CALAZA LÓPEZ, S., “Una nueva Jurisdicción voluntaria de personas y de familia”, *Práctica de Tribunales*, núm. 116, septiembre-octubre 2015, LA LEY 5178/2015).

Por otro lado, en diciembre de 2012, la Asamblea General aprobó por unanimidad los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal (resolución 67/187). Los Principios y Directrices de las Naciones Unidas establecen normas mínimas para el derecho a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal y ofrecen orientación práctica sobre el modo de garantizar el acceso a servicios eficaces de asistencia letrada en materia penal¹³.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico interno ya existía una obligación institucional de realizar “ajustes razonables” contenida en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, Proposición no de Ley aprobada el 16 de abril de 2002, por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios¹⁴. Asimismo, se habían ido dando avances en la regulación del proceso penal, que tienen reflejo en gran medida en la nueva regulación del proceso civil¹⁵.

Existen igualmente varias publicaciones que recogen directrices y buenas prácticas en relación con el acceso a la justicia de las personas con discapacidad¹⁶. Sin duda, todas ellas resultarán de gran valor en el desarrollo y aplicación del nuevo artículo 7 bis LEC.

¹³ Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf

¹⁴ Pleno del Congreso de los Diputados, *Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia*, 22 de abril de 2002, Madrid, *BOCG. Congreso de los Diputados*, serie D, núm. 324, de 15 de marzo de 2002.

¹⁵ En el ámbito penal, el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por el apartado uno del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, exige que la información de derechos se facilite “en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita”.

En la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, encontramos también ejemplos de ajustes de procedimiento en la misma línea. En concreto podemos destacar el derecho de la víctima a entender y ser entendida (art. 4); el derecho a la información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y, por tanto, en un lenguaje que comprenda (arts. 5 y 7); el derecho a la traducción e interpretación, con especial referencia a las personas con limitaciones auditiva.

¹⁶ En el año 2014, Plena Inclusión España (entonces FEAPS) publicó el informe “Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante los procesos penales en el que se analizaba el impacto de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, así como las barreras en el acceso a la justicia y la vulneración sistemática de derechos a las que se enfrentan las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo en los procesos judiciales. Aunque referidas al proceso penal, muchas de las consideraciones resultan aplicables al proceso civil. (RECOVER, T. y ARAOZ, de, i., *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo y el proceso penal*, Cuadernos de Buenas Prácticas, FEAPS, Madrid, 2014 (disponible en https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/proceso_penal_2014.pdf).

2.2.2. La comunicación del órgano judicial con las personas con discapacidad. Medidas para favorecer la comprensión

El artículo 7 bis LEC comienza estableciendo, en su apartado a) que “Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades”.

Por tanto, por un lado, deberán arbitrarse y utilizarse todos los métodos necesarios para velar por que las personas con discapacidad puedan acceder a la información sobre los sistemas y procedimientos de justicia, incluidos, según proceda y sea necesario, los siguientes: sistema braille, lenguaje de signos, guías en video y audio; línea de consulta telefónica y servicios de remisión; sitios web accesibles; servicios de bucle magnético, radio o infrarrojos; dispositivos de amplificación y lupas para documentos; subtítulos. Es importante asegurar que las informaciones incluyan explicaciones claras y comprensibles sobre el funcionamiento de un acto procesal, lo que cabe esperar durante un proceso, lo que se espera de la persona, y dónde obtener ayuda para comprender el proceso y los derechos de la persona durante el mismo, en un lenguaje que no sea una mera repetición de la ley, en un lenguaje sencillo.

Por otro lado, se trata de garantizar que los diferentes actos de comunicación (citaciones, emplazamientos, requerimientos, notificaciones) no sólo lleguen formalmente a su destinatario, sino que, además, cuando los reciba, entienda qué significan y cuáles son sus implicaciones, pueda comprender para qué se le está convocando o pueda, y ello es fundamental, comprender cuál es el contenido o el sentido de la resolución que se le ha notificado. En este sentido, deberían tomarse las medidas necesarias para asegurar que todas las notificaciones que requieran una respuesta o acción (por ejemplo, los emplazamientos, las citaciones, los autos o las sentencias) estén disponibles por medios y formatos accesibles.

A este respecto, cabe recordar que el derecho a una justicia comprensible se encuentra consagrado para todos los ciudadanos en los arts. 5 a 7¹⁷ de la Carta de derechos

¹⁷ Bajo el epígrafe Una Justicia Comprensible disponen estos artículos lo siguiente:

5. El ciudadano tiene derecho a que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios.

6. El ciudadano tiene derecho a que en las vistas y comparencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho.

Los Jueces y Magistrados que dirijan los actos procesales velarán por la salvaguardia de este derecho.

de los ciudadanos adoptada en 2002. Hay que tener en cuenta que las personas con discapacidad intelectual pueden tener una capacidad limitada para comprender frases y preguntas complejas. Por ello, tal como señala GARCÍA LÓPEZ¹⁸, “si en términos generales es necesario velar para que se observen pautas que faciliten al ciudadano la comprensión de las resoluciones judiciales, ese deber es más acentuado cuando se trata de personas vulnerables, que se encuentren en situaciones de discapacidad y que, por sus concretas circunstancias, les cuesta más que a los demás aprender, comprender, comunicarse y en concreto entender el sentido y alcance de las resoluciones judiciales”.

A todo ello hay que añadir la dificultad de la terminología judicial, cuyo significado no siempre se explica de forma comprensible, lo que puede suponer que no comprendan las consecuencias de sus actos o sus palabras, lo que, entre otras cosas, puede afectar a su derecho de defensa¹⁹. En este sentido, la propia Constitución, en el artículo 17, a fin de preservar el derecho de defensa de la persona detenida exige que sea “informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención...”.

En las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, en el apartado relativo a la “información procesal o jurisdiccional” se establece que “Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, *en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad*. (regla 51)”. Además, esa información *se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad*, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria (regla 55).

A este respecto, en el caso de las comunicaciones escritas o de resoluciones judiciales que deban notificarse, resulta especialmente útil y en este caso sí se menciona expresamente en el artículo 7 bis LEC, el sistema de lectura fácil, cuya finalidad es hacer accesible la información a las personas con dificultades de comprensión lectora. Se basa en la utilización de un lenguaje llano y directo. Se suele acompañar de pictogramas y de un glosario explicativo de algunos de los términos utilizados.

7. El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

¹⁸GARCÍA LÓPEZ, J.C., “El método de lectura fácil de las sentencias para las personas vulnerables”, *Diario La Ley*, N° 9042, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, LA LEY 11053/2017.

¹⁹ RECOVER, T. y ARAOZ, de, i., *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo y el proceso penal*, Cuadernos de Buenas Prácticas, FEAPS, Madrid, 2014 (disponible en https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/proceso_penal_2014.pdf), p. 20.

En varias Comunidades Autónomas²⁰ se han realizado diversas experiencias piloto para la utilización de este sistema, en particular en procedimientos de modificación de la capacidad, y, por ello, en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial, podemos encontrar diversas sentencias en formato de lectura fácil²¹.

Las sentencias las redactan personas formadas en el sistema de lectura fácil, de Plena inclusión²². Luego, las valida una persona con discapacidad intelectual, para verificar que se entienden y, posteriormente, el magistrado la revisa para comprobar que jurídicamente no hay ninguna contradicción entre la sentencia oficial y esta. Cuando se utiliza este sistema, se notifica al afectado tanto la sentencia oficial como la redactada en este formato.

2.2.3. Medidas que favorecen la comunicación con el órgano judicial: El facilitador judicial

Por primera vez en el proceso civil, el artículo 7 bis LEC, en el apartado c), introduce la figura del facilitador judicial. Los facilitadores en los procesos trabajan con el personal de justicia y personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz en los procedimientos judiciales. Actúan como intermediarios entre la persona con discapacidad y los funcionarios judiciales.

En este sentido se ha señalado que son los “profesionales especializados y neutrales que, si resulta necesario, evalúan, diseñan, asesoran y/u ofrecen a las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, tengan o no la discapacidad oficialmente reconocida, y a los profesionales del ámbito de la justicia implicados en un proceso judicial, los apoyos adecuados y necesarios para que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ejerzan su derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás”.

De forma similar se definen en el documento de la Relatora Especial de Discapacidad, Catalina Devandas, “Principios y Directrices Internacionales sobre el acceso a la justicia

²⁰ En este sentido, hay que destacar el proyecto pionero en España y Europa que comenzó a desarrollar en 2016 Plena Inclusión Asturias con el apoyo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y el Gobierno del Principado de Asturias.

²¹ <https://www.poderjudicial.es/search/LecturaFacil/>

²² Plena Inclusión sigue los estándares europeos de Inclusion Europe <https://www.inclusion-europe.eu/easy-to-read/>. También existe una norma “UNE 153101:2018 EXLectura Fácil. Pautas y recomendaciones para la elaboración de documentos”. La norma UNE es una extensión de las reglas europeas, consensuada por multitud de organizaciones del sector e instituciones públicas y privadas, y recomienda la validación por al menos tres personas con dificultades de comprensión.

para personas con discapacidad”²³, incidiendo en que los intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirigen las decisiones o resultados o influyen en ellos.

La función principal²⁴ del facilitador consiste en la realización de un informe en el que recoja la evaluación y propuesta de los apoyos necesarios en el caso concreto, atendiendo a las características de la persona, en interacción con el entorno policial y/o procesal específico y con la participación y el consentimiento informado de la persona.

La persona con discapacidad será informada de forma accesible del contenido del informe elaborado, el cual, además, se enviará al resto de las partes y a la autoridad competente que aprobará su realización.

Por otro lado, la persona facilitadora se encargará de prestar el apoyo necesario a la persona, así como facilitar o indicar las diferentes adaptaciones que puedan requerir el entorno, las pruebas y diligencias, etc. En este sentido, acordará con el juez dónde se puede celebrar el acto -por ejemplo, de manera informal en el despacho del juez o en otro lugar, sin togas- y si es necesario, que se realicen descansos o se le dé a la persona con discapacidad un tiempo adicional para contestar, puesto que no es inusual que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo puedan necesitar más tiempo para procesar o elaborar la información o para expresar lo que quieren decir²⁵.

²³Naciones Unidas, *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, Ginebra, 2020, p. 9 (disponible en <http://www.infocop.es/pdf/Access-to-Justice-SP.pdf>).

²⁴ Vid. Plena inclusión, *La persona facilitadora en procesos judiciales* (https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena_inclusion_la_persona_facilitadora_en_procesos_judiciales.pdf), pp. 14 y ss.

²⁵ En este sentido, se han señalado, como pautas útiles a la hora de comunicarnos con una persona con dificultad de comprensión las siguientes:

“Utilizar frases sencillas, concretas y cortas.

No utilizar frases en tercera persona.

Evitar preguntas que incluyan alguna negación.

Palabras fáciles.

Una idea cada vez

No hablar rápido

No utilizar conceptos abstractos o técnicos.

Escuchar lo que la persona tiene que decir.

Dar el tiempo suficiente para que se expresen.

No interrumpir ni terminar las frases que se están diciendo.

Pedir a la persona que repita con sus propias palabras lo que se le ha dicho/explicado para asegurarnos de que ha entendido.

Evitar que la persona tenga que repetir las cosas muchas veces

Asimismo, se encargará de facilitar una comunicación eficaz entre la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo y los diferentes operadores policiales y jurídicos y, en su caso, asistenciales. Le corresponde igualmente facilitar la comprensión sobre el objeto del proceso, cada uno de los actos que se produzcan, el rol de cada uno de los participantes, sus derechos y cómo ejercerlos, asegurándose de que la información proporcionada por otros operadores es comprendida.

Por último, su función es la asistencia al Sistema de Justicia a través de la orientación y apoyo al resto de operadores jurídicos y, en su caso, asistenciales. Esta labor tendrá como efecto añadido la progresiva capacitación en la prestación de apoyos del resto de agentes implicados en los procedimientos.

El perfil de la persona facilitadora sería el de un profesional con conocimientos en el campo de la discapacidad intelectual o del desarrollo y de accesibilidad cognitiva. Debe tener también formación en psicología forense ya que deben conocer cuáles son las herramientas forenses y cómo adaptarlas a las necesidades de personas con discapacidad intelectual, a fin de poder elaborar el informe que determine si se precisan apoyos y cuáles. Son importantes también los conocimientos de Derecho procesal, que le permitan facilitar la comprensión sobre el procedimiento y sus particularidades

A pesar de constituir una figura absolutamente esencial para que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ejerzan su derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, se ha señalado, a mi juicio con acierto, que la regulación que se ha realizado en la LEC de esta figura resulta insuficiente al no preverse que se provea de forma obligatoria por la Administración de Justicia²⁶.

En este sentido, de cara a futuro, los retos podrían ser: alcanzar un reconocimiento legal de la figura cuya intervención no dependa de sensibilidades personales; promover que exista un número suficiente de profesionales debidamente cualificados, por lo que es preciso fomentar formación en este ámbito; generar herramientas forenses que permitan a los profesionales facilitadores realizar su trabajo; promover que el Sistema de Justicia

Darle la posibilidad de decir “no lo entiendo...”, diciendo, por ejemplo: “Puedo volver a explicártelo de otra forma...”.

Buscar la presencia de una tercera persona que pueda apoyar a la persona con discapacidad (familiar, abogado, persona de apoyo...).

Reforzar los mensajes importantes”. (RECOVER, T. y ARAOZ, de, i., *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo y el proceso penal, Cuadernos de Buenas Prácticas*, FEAPS, Madrid, 2014 (disponible en https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/proceso_penal_2014.pdf), p. 25).

²⁶ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Práctica de los Tribunales*, núm. 151, julio-agosto 2021, Wolters Kluwer, LA LEY 8312/2021.

establezca un sistema que garantice la provisión de profesionales facilitadores cuando estos sean precisos²⁷.

2.2.4. Medidas en relación con la interacción con el entorno

El artículo 7 bis LEC prevé que la persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios. Se está pensando en una persona diferente del facilitador, que le apoye moral y emocionalmente durante todo el desarrollo del proceso.

No menciona el precepto, sin embargo, la necesidad de diseñar los edificios judiciales de manera que los accesos y disposición interior estén adaptados a las personas con discapacidad motora, auditiva, visual e intelectual. La accesibilidad universal para garantizar la igualdad de acceso a la justicia sin discriminación de las personas con discapacidad, constituye, en cualquier caso, un principio básico en este ámbito.

Por otro lado, en relación con las personas que tienen una discapacidad visual, se plantea la necesidad de señalizaciones en braille, señalizaciones en el suelo mediante marcas que sirven a las personas invidentes para detectar obstáculos con el bastón o el acceso a los edificios judiciales de los perros-guía.

2.3. Procedimiento para la adopción de los ajustes necesarios

La LEC no regula el procedimiento a seguir para la realización de los ajustes necesarios, si bien, de lo dispuesto en el artículo 7 bis LEC, cabe extraer lo siguiente:

- a) Por un lado, las medidas pueden acordarse tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Por otro lado, aunque la LEC, no lo dice, cuando la persona con discapacidad participe en el procedimiento con una condición diferente a la de parte (testigo, perito, funcionarios...), entendemos que estará igualmente legitimado para solicitar los ajustes que sean necesarios para poder hacerlo.
- b) En cuanto al momento para solicitarlas, los ajustes pueden ser necesarios en cualquier momento o trámite del procedimiento. Lo más adecuado sería solicitarlos con suficiente antelación para poder implementarlos adecuadamente.
- c) Será el Letrado de la Administración de Justicia quien apruebe los ajustes a realizar y a quien corresponde su implementación.

²⁷ Vid. Plena inclusión, *La persona facilitadora en procesos judiciales* (https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena_inclusion._la_persona_facilitadora_en_procesos_judiciales.pdf),

En mi opinión, la denegación de los ajustes solicitados, si ello impide el acceso a la justicia de la persona con discapacidad o le genera indefensión, podrá dar lugar a la nulidad de actuaciones.

2.4. La necesaria formación en el ámbito de la Administración de Justicia y de la educación jurídica

Las barreras actitudinales repercuten en el acceso de las personas con discapacidad a la justicia, pudiendo influir de forma negativa en el modo en que se aplican las leyes, las políticas y los procedimientos judiciales. A menudo, esas barreras surgen del desconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad y las prácticas adecuadas para estas, en el sistema de justicia, por parte de todos los agentes implicados (policía, abogados, jueces y magistrados, fiscales, resto de funcionarios de justicia). El párrafo segundo del artículo 13 CDPD promueve una capacitación adecuada como medida para eliminar esas barreras. De acuerdo con lo previsto en este artículo, los Estados parte deberían diseñar y realizar programas de capacitación regulares y obligatorios, debidamente financiados, y que incluyan a las personas con discapacidad en todas las etapas de los procedimientos judiciales²⁸.

Debería por tanto proporcionarse formación de manera continuada a todas las personas que trabajan en la Administración de justicia, en la medida en que todas ellas realizan una aportación valiosa y diferente al proceso, en el ámbito de sus respectivas funciones, que han de converger en la prestación de un mejor servicio público²⁹.

Dicha formación podría ser impartida por instituciones de derechos humanos y organizaciones que representen a las personas con discapacidad. Incluso, creo que debería incluirse en los programas de estudio en la formación de los abogados y, en general, de los estudiantes de Derecho, temas relativos a los derechos de las personas con discapacidad y los ajustes de procedimiento. En este sentido, se ha señalado que “para promover la realización material del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, es imprescindible generar conocimiento en todos los operadores jurídicos y policiales sobre qué son los ajustes de procedimiento, cómo justificar jurídicamente su solicitud y qué ajustes de procedimiento se pueden realizar”³⁰.

²⁸ A/HRC/37/25, párrafo 59.

²⁹ ALÍAS ROBLES, A., “El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad”, *LA LEY Derecho de Familia*, núm. 28, cuarto trimestre de 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 15307/2020.

³⁰ RECOVER, T. y ARAOZ, de, i., *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo y el proceso penal, Cuadernos de Buenas Prácticas*, FEAPS, Madrid, 2014 (disponible en https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/proceso_penal_2014.pdf). p. 13

3. CONCLUSIONES

El acceso efectivo a la información y la comunicación constituye un requisito necesario para que las personas con discapacidad puedan conocer y defender sus derechos. Por ello, el hecho de no proporcionar ajustes de procedimiento, cuando una persona con discapacidad concreta los requiera, constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad en relación con el derecho de acceso a la justicia, que no puede llegar a materializarse por la falta de dichos ajustes.

En todo caso, todas las previsiones relacionadas con el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, que entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todas las personas, sin distinción, serán insuficientes si no se acompañan de la dotación de todos los medios necesarios para la adopción de medidas concretas de supresión de barreras arquitectónicas y comunicacionales, dentro de los procedimientos jurisdiccionales.

Es necesaria igualmente una actitud proactiva de todos los implicados y un adecuado programa de formación. En este sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como órgano de control del cumplimiento de la Convención, recomendó a España la instauración de programas permanentes de capacitación y campañas regulares de sensibilización e información para los abogados, jueces, fiscales, policías y funcionarios de Justicia.

La no realización de los ajustes necesarios para permitir la intervención de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad constituirá una infracción de lo dispuesto en el artículo 7 bis LEC. En la medida en que, además, comporte la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión del artículo 24 CE, debería dar lugar a la nulidad de actuaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÍAS ROBLES, A., “El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad”, LA LEY Derecho de Familia, núm. 28, cuarto trimestre de 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 15307/2020.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Una nueva Jurisdicción voluntaria de personas y de familia”, Práctica de Tribunales, núm. 116, septiembre-octubre 2015, LA LEY 5178/2015.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Práctica de los Tribunales, núm. 151, julio-agosto 2021, Wolters Kluwer, LA LEY 8312/2021.

GARCÍA LÓPEZ, J.C., “El método de lectura fácil de las sentencias para las personas vulnerables”, Diario La Ley, N° 9042, Sección Tribuna, 15 de Septiembre de 2017, Wolters Kluwer, LA LEY 11053/2017.

LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege data y de lege ferenda, Dykinson, Madrid, 2019.

MARCELO ALDERETE, C., “Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad. Formato de lectura fácil”, 2015, (Id SAJ: DACF150818). Disponible en <http://www.saj.gov.ar/claudio-marcelo-alderete-acceso-justicia-personas-discapacidad-formato-lectura-facil-dacf150818-2015-11-05/123456789-0abc-defg8180-51fcanirtcod>

Plena inclusión, La persona facilitadora en procesos judiciales (https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena_inclusion._la_persona_facilitadora_en_procesos_judiciales.pdf)

RECOVER, T. y ARAOZ, de, i., Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo y el proceso penal, Cuadernos de Buenas Prácticas, FEAPS, Madrid, 2014 (disponible en https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/proceso_penal_2014.pdf).

SAMANES ARA, C., Las partes en el proceso civil, LA LEY, Madrid, 2000.

LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LOS MENORES DESPUÉS DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

Oscar Monje Balmaseda
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022

RESUMEN: Se analiza el alcance de la regla prevista en el 1263 CC, después de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en lo que se refiere a la capacidad para contratar, tanto de lo menores, como de las personas con discapacidad.

ABSTRACT: The scope of the rule provided for in 1263 CC is analyzed, after the reform carried out by Law 8/2021, of June 2, with regard to the capacity to contract, both of minors and of individuals with disabilities.

PALABRAS CLAVE: Capacidad para contratar, menor, discapacidad.

KEYWORDS: Capacity to hire, minor, disability.

SUMARIO: 1. La capacidad para contratar de las personas con discapacidad. 2. La capacidad para contratar de los menores no emancipados. 2.1. Capacidad de obrar y capacidad para contratar de los menores. Posiciones doctrinales y evolución legislativa. 2.2. El nuevo planteamiento en torno a la capacidad jurídica y la capacidad para contratar de los menores. La situación de los menores con discapacidad. 3. Bibliografía.

1. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El artículo 1263 CC, después de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, no se refiere a la capacidad para contratar de las personas con discapacidad, ni en el sentido positivo de destacar los supuestos en los que pueden hacerlo, como sucede con la nueva redacción en relación con la capacidad para contratar del menor, ni en el tradicional sentido negativo de proclamar sus limitaciones, tal y como sucedía en el texto anteriormente vigente¹.

En la nueva formulación del precepto desaparece sin redacción alternativa al considerarse innecesaria, e incluso contraria a los principios generales en la materia, la regla prevista en el anterior artículo 1263 CC que decía que no pueden prestar consentimiento, “los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados en la resolución judicial”. Se trata, en definitiva, de una modificación exigida por la adaptación legislativa a la nueva perspectiva que se impone en el ámbito de la regulación de las personas con discapacidad².

Durante la tramitación parlamentaria de la reforma y, en concreto, en el Proyecto de Ley de 17 julio de 2020, la redacción cambió por la de “las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas”; afirmación que se suprime en el texto definitivo de la Ley 8/2021, lo cual es lógico, concluye ALBERRICHE DÍAZ-FLORES³, “si tenemos en cuenta el espíritu de la norma puesto que, lo contrario, habría supuesto reconocer que las medidas de apoyo presumen una limitación a la capacidad para contratar y, por tanto, cuando existe, la presunción general de capacidad quedaría en parte inhibida, al menos respecto a los actos que estas comprendan”.

¹ Como acertadamente se ha destacado, y posteriormente desarrollaremos, a pesar de que la reforma se centre en las personas con discapacidad, el cambio es también significativo en relación con la regulación de la capacidad para contratar del menor. Concretamente, en lugar de partirse de la incapacidad como regla general, el ordenamiento jurídico toma como casilla de salida la posibilidad del menor de contratar y no al contrario. En este sentido, *vid.* QUINONES CABRERA, P.M., “La nueva capacidad contractual del menor en el ámbito civil y sus repercusiones jurídicas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Diario La Ley*, nº 10044, Sección Doctrina, 6 de abril de 2022, Wolters Kluwer, pág. 4

² Afirma CLAVERÍA GOSÁLBEZ, que la reforma se limita a retocar el num. 1 del art. 1263 anterior y a suprimir su núm. 2, que alude a una cuestión que en la Ley nueva se desarrolla en otros lugares. Ninguna novedad, pues, produce, al margen del cambio del régimen general sobre la materia. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, H., “Novedades en el régimen de la ineficacia del contrato contenidas en la reforma relativa a la discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 113, julio-diciembre 2021, p. 80.

³ ALBERRICHE DÍAZ-FLORES, M^a.M., “El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en PEREÑA VICENTE M.-HERAS HERNÁNDEZ M.M. (Dir), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 504. Asimismo, sobre la presunción general de capacidad y el artículo 1263 CC, *vid.* PEREÑA VICENTE M., “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil”, en MUNAR BERNAT, P. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Barcelona, 2021, p. 234.

Actualmente, como expone MARTÍN BRICEÑO⁴, el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la imposibilidad de que aquella pueda ser limitada, justifica su ausencia en el artículo 1263 CC., sin que ello sea óbice para que se les deba proporcionar todos los apoyos necesarios que faciliten su adecuado ejercicio. La capacidad jurídica es un concepto inherente a la persona que no se puede modificar. De este modo, a diferencia del menor de edad, cuya capacidad para contratar se limita a los supuestos a los que se refiere el artículo 1263 CC, las personas mayores de edad pueden contratar sin limitación alguna.

La discapacidad no se configura como una limitación a la capacidad para contratar; otra conclusión, explica ALVAREZ LATA⁵, sería discriminatoria para ella (*ex art. 2 CDPD*) y determinaría una limitación no acorde con el artículo 12.2 CDPD.

No proceden, en el sistema de la Ley 8/2021, limitaciones generales a la capacidad para contratar, de modo que conforme a lo previsto en el artículo 269 CC, “la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo”, y sólo en casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, “la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad”.

Frente al sistema anterior, la capacidad para contratar es la regla general, también para la persona con discapacidad cuando se han establecido las medidas de apoyo, y ello puede defenderse, tanto para la esfera de actos y negocios respecto de los que no se han establecido medidas de apoyo⁶, como a la luz del artículo 1302 CC, para la realización de

⁴ MARTÍN BRICEÑO, M^a.R., “La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como consumidores”, *Actualidad Civil*, n^o 11, noviembre 2021, Wolters Kluwer, p. 5.

⁵ ALVAREZ LATA, N., “Cuarenta y ocho”, en GILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 993.

⁶ Sobre esta cuestión, ALBERRICHE DÍAZ-FLORES añade a su análisis el supuesto de la persona con discapacidad que precisa medidas de apoyo, pero no las tiene establecidas, afirmando que “por mucho que una persona se encuentre en una situación en la que la necesidad de medidas de apoyo sea evidente, si estas no se han establecido, sea por la vía voluntaria sea por el procedimiento de provisión de apoyos, los actos que lleve a cabo serán válidos”. ALBERRICHE DÍAZ-FLORES, M^a.M., “El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021...”, *op. cit.*, p. 504.

El planteamiento, en esencia, debe ser compartido, ya que la discapacidad no es causa de nulidad contractual por sí misma, siendo necesario examinar la posible falta de consentimiento del acto concreto realizado por aplicación de las reglas generales, lo que podría conducir a su ineficacia. Así, como afirma MARTÍN BRICEÑO, “el contrato sería válido siempre que no se probara que la persona con discapacidad carecía de la capacidad natural necesaria para contratar, en cuyo caso el contrato debería ser declarado nulo por falta de consentimiento”. MARTÍN BRICEÑO, M^a.R., “La vulnerabilidad de las personas con discapacidad...”, *op. cit.*, p. 17.

actos o negocios para los para los que se hayan establecido medidas de apoyo, por lo menos frente al contratante de buena fe⁷.

En efecto, el artículo 1302.3 CC cuando alude a “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”, como destaca CLAVERÍA GOSÁLVEZ⁸, “parece referirse a los casos en los que las medidas de apoyo estaban fijadas judicialmente como necesarias pero no concurrieron en el momento del perfeccionamiento del contrato: esto es, a diferencia de lo que literalmente expresa el texto, estas personas no estaban provistas de estas medidas cuando debían estarlo”.

En este supuesto, la legitimación para impugnar de la persona a la que correspondía prestar el apoyo se condiciona a la difícil prueba de que el otro contratante fuera concedor de las 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, y difícil será igualmente distinguir, siguiendo el tenor literal del precepto, la ventaja justa de la injusta, si ello fuera posible⁹. Además, estarán legitimados para impugnar las personas con discapacidad, con el apoyo que precisen, y sus herederos durante el tiempo que faltare para completar el plazo, si la persona falleciere antes del transcurso del tiempo en que se pudiera ejercitar la acción.

Por último, procede referirse al concepto de consumidor vulnerable y su coordinación con la nueva perspectiva presente en la regulación de las situaciones de discapacidad.

En efecto, nos encontramos con que, junto al nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas, esto es, con las mismas facultades para ejercitar y disfrutar de sus derechos, el Real Decreto-Ley, de 19 de enero de 2021, relativo a la protección de consumidores y usuario frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, califica como vulnerables a personas con algún tipo de discapacidad, razón por la que necesitan una protección reforzada de sus derechos.

⁷ Y ello, expone ALVAREZ LATA, porque según el artículo 1302 CC no es impugnabile –salvo que lo haga ella misma– el contrato realizado por la persona con discapacidad en el que se ha prescindido del apoyo si el contratante es de buena fe. ALVAREZ LATA, N., “Cuarenta y ocho”, en GILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021...*, *op. cit.*, p. 994.

⁸ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, H., “Novedades en el régimen de la ineficacia del contrato contenidas en la reforma...”, *op. cit.*, p. 85.

⁹ En relación con la legitimación de la persona que presta la medida en los diferentes proyectos, *vid.* PEREÑA VICENTE M., “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil...”, *op. cit.*, p. 236.

Ciertamente, el legislador se ha aproximado al concepto de vulnerabilidad no solo atendiendo al nivel de renta atribuible a las personas, sino también valorando sus circunstancias personales (art. 3 LGDCU), entre las que se encuentra la edad y la discapacidad. Sin embargo, que la persona con discapacidad sea calificada como consumidora vulnerable no implica, en palabras de MARTÍN BRICEÑO¹⁰, restringir sus facultades para decidir qué quiere, cómo, dónde y con quién quiere contratar. Lo que se procura es que disponga de los canales y herramientas informativas adecuadas para optar, por ejemplo, por uno u otro producto o servicio, conforme a sus pretensiones. Ahora bien, este objetivo no se aleja de lo que se pretende para el resto de aquellos consumidores que no son calificados vulnerables porque se busca idéntica finalidad.

Por tanto, las personas con discapacidad no forman parte de un grupo de consumidores que llamamos vulnerables. Son consumidores como cualquier otra persona, pero su discapacidad requiere adaptar el proceso de contratación a esta circunstancia para que se encuentre en la misma situación que cualquier otra persona sin discapacidad o con una discapacidad distinta de la suya. La discapacidad, entre otras circunstancias, “legitima la implementación de ciertos mecanismos específicos de protección en la contratación de consumo como garantía de su posición en el contrato y para evitar las prácticas desleales”¹¹. Las limitaciones, en definitiva, no se proyectan frente a estas personas sino frente a quienes tengan intención de contratar con ellos.

2. CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS

2.1. Capacidad de obrar y capacidad para contratar de los menores. Posiciones doctrinales y evolución legislativa

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.261 CC, “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”. Y el artículo 1263 CC, en su versión inicial, disponía que no pueden prestar consentimiento: 1º Los menores no emancipados; 2º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan leer o escribir. 3º Las mujeres casadas en los casos expresados por la Ley.

Tras la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, se elimina el tercer párrafo, relativo a la mujer casada. Y, con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se actualiza la terminología del párrafo segundo

¹⁰ MARTÍN BRICEÑO, M^a.R., “La vulnerabilidad de las personas con discapacidad...”, *op. cit.*, p. 9.

¹¹ ALVAREZ LATA, N., “Cuarenta y ocho”, en GILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021...*, *op. cit.*, p. 996.

del artículo 1263 CC, que pasa a referirse a los incapacitados. Finalmente, después de la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia (en adelante, LSPIA), el mencionado artículo 1263 CC pasó a tener la siguiente redacción:

“No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”.

En consecuencia, antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, aquellas personas que tenían limitada o restringida su capacidad de obrar la tenían también limitada para contratar¹².

En relación con los menores de edad, la interpretación literal y restrictiva de los artículos 1261 y 1263 CC podía llevar a pensar que el menor no tenía capacidad para contratar y que, por tanto, los actos realizados por él no tendrían eficacia jurídica, siendo necesario que su déficit de capacidad se completara con el consentimiento de sus padres o tutores legales, actuando en nombre y representación del menor. En este sentido, parte de la doctrina consideró que los menores de edad no emancipados eran incapaces para regir su propia vida y patrimonio como regla general, salvo en los supuestos tasados previstos por el ordenamiento jurídico¹³. A esa misma conclusión podría llevar el tenor literal del artículo 323 CC, que, conforme a su redacción previa a la reciente reforma señalaba que el menor de edad, pese a estar emancipado, hasta que llegara a ser mayor de edad, no podía tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el del curador.

Sin embargo, para la doctrina mayoritaria los artículos 1261 y 1263 CC debían ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 162 CC que disponía directamente lo que podían hacer los menores de edad sin necesidad de representación de sus padres, es decir, por sí mismos, reconociéndose al menor una capacidad de obrar general acorde con su capacidad natural¹⁴.

Este precepto también ha sido objeto de reforma a lo largo del tiempo. En su redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de

¹² LÓPEZ SAN LUIS, R. *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 58.

¹³ ESPÍN CÁNOVAS, D. *Manual de Derecho civil español*, Vol. 1, Parte General, 8ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 289.

¹⁴ En esta línea, *vid.* JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 891-892.

filiación, patria potestad y régimen económico, tras sentar la regla de que “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”, el art. 162 CC exceptuaba de esta regla, en el párrafo segundo, los siguientes actos:

“1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”¹⁵.

De este modo, de la lectura conjunta de lo dispuesto en los artículos 1.263 y 162 del Código civil se desprendía para gran parte de la doctrina un ámbito variable, según la edad, en el que el menor no emancipado, por sus condiciones de madurez era capaz de actuar por sí, y de expresar, por tanto, un verdadero y válido consentimiento, que estará en función del desarrollo de menor y del tipo de negocio de que se trate¹⁶.

Por tanto, con base en una interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar, que, por otro lado, se establecía expresamente en el párrafo 2º del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷, y de la necesidad de proteger al menor, respetando la independencia y autonomía de la personalidad, no solo al alcanzar la mayoría de edad, sino también antes, se venía sosteniendo por la mayoría de la doctrina¹⁸ que los menores tenían capacidad de obrar, si bien la misma era más limitada que para los menores emancipados y los mayores de edad. Esta es la tesis seguida igualmente por la jurisprudencia¹⁹ y algunas resoluciones de la Dirección General de

¹⁵ En relación con lo que se entiende por “prestaciones personales”, en el marco de un estudio sobre la capacidad de los menores para contratar una póliza de préstamo, *vid.* ESTÉVEZ TORRES, J.J., “El menor de edad no emancipado mayor de 16 años, como titular en la póliza de préstamo con interés intervenida por Notario. Cuestión conflictiva”, *Diario La Ley*, núm. 8441, Sección Doctrina, 15 de diciembre de 2014, LA LEY 8849/2014.

¹⁶ En este sentido, señala LÓPEZ SAN LUIS que “hay que reconocer que los menores van desarrollando una actividad contractual creciente con arreglo a su edad y a los usos, sin que se plantee cuestión en torno a la validez de los contratos celebrados por ellos, contratos de transporte, espectáculos, compra de libros, ropa, etc”. LÓPEZ SAN LUIS, R. *La capacidad contractual del menor...*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁷ Establece este artículo que “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

¹⁸ En esta línea, *vid.* JORDANO FRAGA, J., “La capacidad general del menor...”, *op. cit.*, pp. 891 y ss.

Seguridad Jurídica y Fe Pública, antigua Dirección General de los Registros y del Notariado²⁰.

En este sentido, NIETO ALONSO²¹ comparte el criterio el Centro Directivo, “cuando concluye que a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda la actuaciones civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 CC), y no por recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad”.

Por tanto, al no haber una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, por debajo de la edad de los dieciocho años, había que atender a la actuación concreta que se pretendía realizar por el menor, cubriéndose la falta de previsión expresa por cualquier de los medios integradores del ordenamiento jurídico. Así se considera, por ejemplo, en la SAP Almería, Sección 3ª, de 23 de mayo de 2013, la cual, sin embargo, matiza, en su fundamento de derecho tercero que “a pesar del reconocimiento de esa esfera de válida actuación del menor de edad que legalmente es considerado con la suficiente madurez, nunca puede prevalecer ésta sobre las normas generales tuitivas previstas para situaciones de conflictos de intereses entre el menor y sus padres, que en todo caso deberán ser interpretadas conforme al referido principio de primacía del interés del menor”²².

El artículo 162 CC se modificó por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Se introducen en esta reforma dos cambios. Por un lado, se suprime la referencia a esos “otros actos” que de acuerdo con las

¹⁹ En efecto, el hecho de que el contratante sea menor de edad no es suficiente para considerar nulo un contrato, y desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo (STS. de 10 de junio de 1991 (RJ 1991/4434)) consideró que en el supuesto concreto el vínculo contractual era válido, “ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello precisen de la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entender que se da una declaración de voluntad tácita de estos que impide que tales contratos puedan considerarse como inexistentes, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas —las normas— atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas —art. 3.1 del CC—, y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o la anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de estos, es evidente que en esta clase de contratos la misma se hace innecesaria”.

²⁰ RRDGRN de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989/2380) y de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3631).

²¹ NIETO ALONSO, A., “Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, julio-septiembre 2016, p. 3.

²² Ref. LA LEY 130234/2013.

leyes y sus condiciones de madurez podían realizar por sí los menores. Por otro lado, se introduce la posibilidad de intervención de los responsables parentales en los actos relativos a los derechos de la personalidad debido a los deberes de cuidado y asistencia. La reforma del artículo 162 CC, en estos términos, debilitaba la tesis partidaria de la capacidad de obrar general de los menores de edad. Sin embargo, a través de la misma Ley 26/2015, se modificó también el artículo 1.263 CC, que pasó a quedar redactado como sigue:

“No pueden prestar consentimiento: 1º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales; 2º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”.

Por tanto, tras la mencionada reforma, el artículo 1263 CC parte de que los menores son perfectamente capaces para ciertos tipos de contratos, y por tanto pueden prestar consentimiento válido. Por un lado, aquellos que las leyes permitan realizar por sí o por medio de asistencia; y por otro, aquellos relativos a los usos sociales, a la costumbre. En palabras de MARTÍN BRICEÑO²³, con esta reforma, “el legislador expresa de modo categórico que el menor no emancipado tiene capacidad contractual (...). No necesita la presencia de su representante legal para evitar la impugnación del contrato por defecto de capacidad de obrar, porque el menor puede actuar por sí solo. Pero no es este el único ámbito en el que se reconoce suficiente capacidad al menor no emancipado. Precisamente, el propio artículo 162.1º C.c. le atribuye la citada capacidad para realizar actos relativos a los derechos de la personalidad “*de acuerdo con su madurez*”. Es una precisión que debe estar presente al interpretar el artículo 1263 C.c.: la capacidad natural del menor es necesaria para sostener la validez jurídica de los actos por él realizados. En consecuencia, el menor de edad no emancipado puede realizar todos aquellos actos que su madurez permita”

2.2. El nuevo planteamiento en torno a la capacidad jurídica y la capacidad para contratar de los menores. La situación de los menores con discapacidad.

Tal como se ha expuesto anteriormente, con la modificación operada en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 8/2021 se prescinde de la situación jurídica de incapacitación y se reconoce capacidad jurídica a todas las personas, entendida no solo como la idoneidad para la titularidad de los derechos, sino también como la legitimación para

²³ MARTÍN BRICEÑO, M.R. “La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Civil*, Nº 3, Sección Persona y derechos / A fondo, marzo 2017, Wolters Kluwer, p. 4.

poder ejercitarlos; todo ello con independencia de que se les reconozca algún tipo de discapacidad²⁴.

En coherencia con el nuevo planteamiento que reconoce plena capacidad jurídica a las personas con discapacidad, sin que quepa la incapacitación judicial de ninguna persona, se ha producido, con la reforma operada por la Ley 8/2021 la supresión en el artículo 1.263 CC de la referencia a las personas que tienen modificada judicialmente su capacidad, para excluirles de quienes pueden prestar consentimiento válido para contratar.

Por tanto, hoy en día, en materia de capacidad contractual solo será relevante la diferencia entre los menores y los mayores de edad, sin que la discapacidad, que puede afectar a unos y otros, sea una circunstancia que impida entablar relaciones contractuales válidas y eficaces. La discapacidad no modifica, al igual que tampoco sucede con los mayores de edad, su capacidad jurídica. Los menores de edad con discapacidad intelectual tienen igual capacidad contractual que aquellos en los que no concurre esta discapacidad. A los menores de edad con discapacidad “se les aplica del mismo modo lo previsto por el artículo 1263 C. c. como personas que no han alcanzado aún su mayoría de edad, por lo que se les reconoce una capacidad contractual plena en los mismos términos dispuestos para cualquier otro menor de edad no emancipado sin discapacidad alguna”²⁵. Y en cuanto a la posible impugnación de los actos realizados sin su representante legal, por aplicación igualmente de las reglas generales, la respuesta en cada caso concreto la encontraremos en la edad del menor, grado de madurez y tipo de contrato, pudiendo ser nulos por falta de consentimiento, o ser anulados en el supuesto del artículo 1302 CC.

La situación respecto a los efectos de los contratos celebrados por los sujetos menores de edad no resulta drásticamente alterada con la reforma operada a través de la Ley 8/2021, a diferencia de lo que ocurre con las personas con discapacidad²⁶, puesto que el artículo 1263 del CC, en su actual redacción, dispone lo siguiente:

²⁴ MARTÍN BRICEÑO, M^a.R., “La vulnerabilidad de las personas con discapacidad...”, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ Como acertadamente explica MARTÍN BRICEÑO, “si un menor de edad es un gran dependiente, cabría preguntarse si carecen de dicha capacidad natural a los efectos de entender que no concurre el consentimiento necesario para generar un vínculo contractual cuando ellos prestan su voluntad. Sin embargo, cuando no es así, hay que garantizar que el menor de edad no emancipado con discapacidad intelectual pueda emitir su consentimiento contractual en igualdad de condiciones que los demás. Por tanto, si el contrato realizado no requiere la presencia de un representante legal, aquel tendrá los mismos efectos que el celebrado por un menor de edad no emancipado sin discapacidad. No se requerirá una sustitución de voluntad que es en lo que desemboca la representación legal, pero ello no será óbice para requerir una asistencia puntual que vendría dada por quien ostenta la representación legal cuando aquella fuera necesario”. MARTÍN BRICEÑO, M^a.R., “La vulnerabilidad de las personas con discapacidad...”, *op. cit.*, p. 7.

²⁶ En el fondo, explica ALVAREZ LATA, la regla queda como antes de la Ley 8/2021, esto es, una regla abierta que no enumera los contratos que el menor no emancipado puede realizar. ALVAREZ LATA, N., “Cuarenta y ocho”, en GILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021...*, *op. cit.*, p. 989.

“Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

Lo relevante, inicialmente, por tanto, seguirá siendo si es o no menor de edad y, dentro de estos últimos, si está o no, emancipado. A estos efectos, seguirán siendo relevantes las reglas contenidas actualmente en los artículos 240 y 239 CC.

El artículo 240 del Código civil dispone que “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”²⁷, añadiendo que “para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”. Desde el momento en que una persona alcanza su mayoría de edad, el legislador le atribuye el grado de madurez suficiente para realizar actos válidos y eficaces. En este sentido, el antiguo artículo 322 CC, actual artículo 246 CC, establecía que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Y en virtud de lo dispuesto en el artículo 239 CC, los supuestos en los que la emancipación tiene lugar son por la mayor edad, la concesión de los que ejerzan la patria potestad y, por último, por concesión judicial. La principal consecuencia de la emancipación es la equiparación práctica del menor emancipado al mayor de edad “para regir su persona y bienes como si fuera mayor” (art. 247.1 CC), fuera de aquellos casos expresamente previstos por el ordenamiento. Por tanto, el menor emancipado, podrá prestar consentimiento contractual en todos los negocios jurídicos, si bien para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, necesitará el consentimiento de sus progenitores o, a falta de ambos, conforme a la nueva regulación, el de su defensor judicial. En el caso de que hubiera contraído matrimonio, el consentimiento podrá prestarlo su cónyuge, si es mayor de edad (art. 248 CC).

En definitiva, en el caso de los menores de edad no emancipados, en el actual artículo 1263 CC., modificado por la Ley 8/2021, se abandona el planteamiento anterior en el que se partía de la imposibilidad para consentir, para, a continuación, establecer una serie de excepciones. Debiendo las normas interpretarse en atención al contexto social y al tiempo en que son promulgadas (art. 3.1. CC), “lo cierto es que el nuevo art. 1263 CC supone un escalón más en la senda iniciada en el año 1981 y consagrada en buena medida en 2015,

²⁷ Se recoge lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución, en virtud del cual “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. En aquellos casos en los que no se conozca la edad con exactitud, el artículo 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor de 15 de enero de 1996 dispone que “será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad”.

que propugna la independencia del menor de edad como base de su dignidad como persona”²⁸.

En consecuencia, tomando como punto de partida la posibilidad del menor de contratar, se reafirma legislativamente la interpretación, ya destacada al amparo de la regulación anterior. Por lo que, a pesar de la modificación legislativa, no cabe sino concluir la vigencia de las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales vigentes en la materia²⁹, de modo que los límites a su capacidad contractual no constituyen la regla general a tener en cuenta, sino la excepción a aquella.

3 BIBLIOGRAFÍA

- ALBERRICHE DÍAZ-FLORES, M^a.M., “El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en PEREÑA VICENTE M.-HERAS HERNÁNDEZ M.M. (Dir), El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- ALVAREZ LATA, N., “Cuarenta y ocho”, en GILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, H., “Novedades en el régimen de la ineficacia del contrato contenidas en la reforma relativa a la discapacidad”, Revista Jurídica del Notariado, número 113, julio-diciembre 2021.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. Manual de Derecho civil español, Vol. 1, Parte General, 8^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- ESTÉVEZ TORRES, J.J., “El menor de edad no emancipado mayor de 16 años, como titular en la póliza de préstamo con interés intervenida por Notario. Cuestión conflictiva”, Diario La Ley, núm. 8441, Sección Doctrina, 15 de diciembre de 2014, LA LEY 8849/2014.
- JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor”, Revista de Derecho Privado, 1984.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. La capacidad contractual del menor, Dykinson, Madrid, 2001.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R. “La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, Actualidad Civil, N^o 3, Sección Persona y derechos / A fondo, marzo 2017, Wolters Kluwer

²⁸ QUIÑONES CABRERA P.M., “La nueva capacidad contractual del menor en el ámbito civil y sus repercusiones jurídicas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio, ..., *op. cit.*, p. 4.

²⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* NIETO ALONSO, A., “Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes..., *op. cit.*, p. 5 y ss.

- MARTÍN BRICEÑO, M^a.R., “La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como consumidores”, *Actualidad Civil*, nº 11, noviembre 2021, Wolters Kluwer.
- NIETO ALONSO, A., “Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, julio-septiembre 2016
- PEREÑA VICENTE M., “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil”, en MUNAR BERNAT, P. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Barcelona, 2021.
- QUIÑONES CABRERA, P.M., “La nueva capacidad contractual del menor en el ámbito civil y sus repercusiones jurídicas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Diario La Ley*, nº 10044, Sección Doctrina, 6 de abril de 2022, Wolters Kluwer.

INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021 EN LA TITULARIDAD Y EJERCICIO ORDINARIO DE LAS FUNCIONES PARENTALES

Dra. María Teresa Pérez Giménez
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2022
Fecha de aceptación: 29 de diciembre de 2022

RESUMEN: La ley 8/2021 introduce dos modificaciones en la regulación que el Código civil hace de la patria potestad que aparentemente puede parecer que no tienen trascendencia, pero que, sin embargo, se encuentran en perfecta consonancia con el profundo cambio de paradigma producido en el tratamiento jurídico de la discapacidad en las últimas décadas. De una parte, ya no se menciona en el artículo 156 la discapacidad como circunstancia determinante de la atribución en exclusiva al otro progenitor del ejercicio de las funciones parentales, lo que facilita que el progenitor con discapacidad pueda ocuparse de su descendencia y ejercer su derecho a la vida familiar; de otra parte, desaparece la regulación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al considerarse que son figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al nuevo sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. Es el objeto de este trabajo analizar ambas novedades a la luz del principio del interés superior del menor que debe presidir las decisiones, ser criterio de control y solución de las controversias que se puedan plantear en relación con los hijos en el primer supuesto; y a la luz del principio de autonomía en el segundo caso, para que la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, que vertebran el nuevo sistema, sean respetados a la hora de determinar, en su caso, las medidas de apoyo.

ABSTRACT: Law 8/2021 introduces two modifications to the regulation that the Civil Code makes of parental authority that apparently may not seem to have any significance, but which, nevertheless, are in perfect harmony with the profound paradigm shift produced in the treatment disability law in recent decades. On the one hand, article 156 no longer mentions disability as a determining circumstance for the exclusive attribution to the other parent of the exercise of parental functions, which makes it easier for the parent with a disability to take care of their offspring and exercise their right to family life; On the other hand, the extended and rehabilitated regulation of parental authority disappears, considering that they are too rigid and poorly adapted to the new system of promoting the autonomy of adults with disabilities. It is the purpose of this paper to analyze both innovations in light of the principle of the best interest of the minor who should preside over decisions, be a criterion for control and solution of disputes that may arise in relation to the children in the first case; and in light of the principle of autonomy in the second case, so that the will, desires and preferences of the person with disabilities that are the backbone of the new system are respected when determining, where appropriate, the support measures.

PALABRAS CLAVE: progenitor con discapacidad, interés del menor, voluntad, deseos, preferencias.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El interés superior del menor como principio general del derecho de carácter universal. 3. Discapacidad y patria potestad. a) Consideraciones previas sobre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en el Código civil; b) Supresión de la incapacitación judicial y defensa de la autonomía de la persona con discapacidad; c) Desaparición de la patria potestad prorrogada y rehabilitada; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

El entramado de derechos y obligaciones que existen entre los padres y los hijos representa el culmen de las obligaciones familiares y responde, a su vez, a lo que se entiende que es la relación fundamental en el ámbito de la familia nuclear o familia en sentido estricto. La relación paterno filial es, desde cualquier punto de vista, no sólo el jurídico, crucial además de por la profundidad de los vínculos que se establecen entre estas personas, porque la vulnerabilidad de la menor edad impone una especial diligencia en la protección y cuidado de los hijos.

A ello se han de añadir los profundos cambios sociales y culturales producidos desde la segunda mitad del siglo XX y su especial incidencia en la transformación del Derecho de familia, que se ha traducido, a estos efectos, en el creciente protagonismo de los menores como sujetos de derechos fundamentales, cuya capacidad se liga a sus condiciones de madurez y discernimiento, que además se consideran en evolución. Siendo esto así, es paradójico, sin embargo, que, a pesar de dicho reconocimiento, precisamente por su menor edad, requieran una especial protección que, en la generalidad de los casos, se proporciona a través de la patria potestad. En atención a lo anterior, el armazón de elementos que componen la relación entre los padres y sus hijos menores debe desarrollarse de manera adecuada para que todos los principios y derechos que recoge nuestra Constitución, y entre ellos el principio de igualdad, sean una realidad también en el ámbito de las relaciones familiares, y ello en una doble vertiente: de un lado, en las relaciones entre los progenitores y de otro lado, en las relaciones de estos con sus hijos.

El artículo 39 de la Constitución afirma que los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, mientras son menores de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda. Se puede afirmar pues, que, en principio, la relación paterno filial se desenvuelve fundamentalmente en sentido unidireccional al remarcar que la filiación genera, ante todo, obligaciones a cargo de los progenitores que integran al menor en su familia desde su nacimiento, siendo ésta el núcleo fundamental en el que se van a desarrollar como personas en todos los aspectos, el lugar donde se van a sentar las bases de la educación y donde se debe conocer la primera figura de autoridad. En ella, y con esos progenitores, van a crecer, a transformarse y a madurar. Todo ello con la ayuda de los anteriores, que deben compartir las funciones de crianza de sus hijos.¹

Desde un punto de vista jurídico, el conjunto de deberes y obligaciones de los progenitores lo determina la relación paterno filial;² del hecho de haber determinado la filiación se deriva

¹ Dice VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones". *Libro homenaje al profesor ALBALADEJO GARCÍA*. Tomo II, Universidad de Murcia, 2004, p. 4915, que, sin lugar a dudas, la familia es uno de los principales agentes de socialización de los hijos menores pues en su seno modelan su personalidad, desarrollan sus facultades y aprenden las pautas de comportamiento que les forman para su madurez y les permiten integrarse en el medio al que pertenecen.

² LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Marcial Pons, Madrid, 2021, pág. 261, señala que han de mantenerse diferenciados el contenido de la relación paterno-filial de una parte, y de otra, el régimen propio de la patria potestad, técnicamente entendida; pues si bien el régimen propio de la patria potestad, integra en buena medida el contenido propio de la relación paterno-filial, uno y otro aspecto no son absolutamente coincidentes.

aquel deber de asistencia, los hijos tienen derecho a los apellidos de sus progenitores, y, en su momento a los derechos sucesorios que les correspondan. Se trata de un estado civil de la persona que la sitúa en una determinada posición jurídica básica en la sociedad y frente al Ordenamiento jurídico, siendo la inscripción en el Registro civil el título o la prueba para acreditarla y legitimar a sus titulares para ejercer judicial o extrajudicialmente, derechos, facultades y todas las potestades que deriven de la misma.³

Al hilo de lo anterior, la patria potestad se define como el conjunto de facultades que se otorgan a los progenitores para que puedan cumplir con los deberes y obligaciones que la ley les impone, lo que siempre deberá realizarse en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, con respeto a sus derechos y a su integridad física y mental, para hacer efectiva la responsabilidad parental a la que hace referencia el artículo 154 del Código civil.

La regulación de la patria potestad en el Código civil se encuentra en los artículos 154 a 170, y si bien tradicionalmente se ha concebido como un derecho subjetivo del *paterfamilias* sobre su descendencia, que alcanzaba no sólo su persona sino también sus bienes; en el Derecho moderno se ha configurado como una *potestad*,⁴ que antes correspondía en exclusiva al patriarca familiar y hoy a ambos progenitores, que les viene atribuida por el Ordenamiento jurídico y que no es sino el reverso del conjunto de obligaciones que pesan sobre los mismos en relación con la crianza, educación y formación de sus hijos y para hacerlas efectivas, este mismo Ordenamiento les atribuye un catálogo de poderes que deben ejercitar, siempre, en beneficio de aquéllos. Esta consideración destaca la idea de *deber* en la patria potestad, los padres tienen como objetivo la protección de sus hijos y velar por sus intereses y para conseguirlo se les provee de una estructura de obligaciones y facultades que les ayudarán en este cometido y les permitirán el cumplimiento de esta competencia.

Se trata, pues, de una función que han de desempeñar los padres, cuyo ejercicio es obligatorio para ellos. Por esta razón, es interesante e importante, que la Administración inste al cumplimiento adecuado de aquellas obligaciones y que, si éstas no se llevaran a cabo de manera apropiada, dando lugar a situaciones de desamparo y desprotección, intervenga. Ahora bien, fuera de estos casos, el Estado ni puede ni debe entrometerse; al contrario, su actuación debe estar limitada y no se deben permitir injerencias que puedan entorpecer o privar a los padres de sus funciones. Es decir, esa subordinación de las facultades de los padres al beneficio e interés de sus hijos, en ningún caso debe configurarse como una especie de *función social*⁵ que permitiría injerencias nada deseables por parte de la Administración, en casos en los que esta actuación no es necesaria, resultando perturbador y generando en muchas ocasiones importantes anomalías. Nos encontramos ante una institución de Derecho Civil, que si bien se encuentra sujeta a cierta intervención del Derecho público, no puede ni debe salir de la esfera del Derecho privado.⁶

Todas las actuaciones que han de llevarse a cabo para conseguir formar personas maduras, responsables y preparadas corresponden a los dos progenitores. Ambos en pie de igualdad deben hacer frente a los avatares de la patria potestad. Es de vital importancia que los

³ RODRÍGUEZ MARÍN, C. “La filiación”. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 289.

⁴ Explican DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Ed. Tecnos. Madrid, 2006, p. 256, que actualmente esos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, pues este es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta; estos poderes son instrumentales, enderezados al interés del menor y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares.

⁵ BEATO DEL PALACIO, E.B. “La función social de la patria potestad”. *Principios del Derecho I*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 207, hace referencia a esta idea cuando explica que se considera la patria potestad como un derecho función, que trasciende del ámbito meramente privado por su carácter social. Ello hace que su ejercicio no sea meramente facultativo, como sucede con los derechos subjetivos, sino que sea obligatorio, ya que su adecuado cumplimiento llena ciertas finalidades sociales que lo hacen especialmente preciado para el Ordenamiento jurídico, lo que permite que el Estado intervenga para resolver problemas.

⁶ HERRÁN ORTIZ, A. “De las relaciones paterno-filiales”. *Compendio de Derecho Civil. Familia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000, p. 312.

hombres se impliquen en el cuidado de sus hijos y que los sacrificios que la educación comporta sean compartidos. Ello será beneficioso para toda la familia pues ambos progenitores serán correas de transmisión de valores y porque, además, los hijos respirarán la igualdad en su propia casa. Esa paternidad activa impactará de manera positiva en los hijos que imitarán lo aprendido cuando les llegue el momento.

En atención a lo anterior, considerar la patria potestad como una responsabilidad parental⁷ es interesante porque recuerda a los padres que la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia⁸ y que sus funciones tienen más de obligación que de poder o de derecho, si bien realmente la mayoría de los progenitores conciben la paternidad-maternidad como un oficio que se va aprendiendo y perfilando y que se va a llevar a cabo en beneficio e interés de sus hijos menores⁹, a quienes se proporcionarán las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo integral a nivel físico, espiritual, mental, social, material y moral de acuerdo con sus personalidades; lo que también incluye el funcionar como un espacio de contención. No hay dos padres o madres iguales y aun teniendo los mismos padres, dos hijos no se crían de la misma manera. La patria potestad se convierte en un arte, el *arte de ser padres*, pues la crianza y educación de los hijos es uno de los mayores retos en la vida de las personas adultas.

En cualquier caso, el derecho y el deber no son incompatibles y se puede admitir que, mientras en el ámbito interno, los padres tienen en relación con sus hijos un deber; en las relaciones externas, tienen un derecho, frente a terceros y frente al Estado, pues aquellos deberes se convierten en prerrogativas que los progenitores pueden exigir;¹⁰ los padres tienen el deber pero también el derecho de actuar en interés de sus hijos;¹¹ en este sentido, la abnegación con la que todas estas funciones se llevan a cabo, en la mayoría de las ocasiones, nos permiten estimar también la naturaleza moral de la patria potestad, como institución jurídica de protección, cuidado, asistencia, educación y medio para suplir la incapacidad.¹²

Lógicamente todas estas obligaciones y las facultades concedidas para llevarlas a cabo tienen carácter temporal. Se trata de cuidar, formar y proteger a los hijos menores no emancipados por lo que se extinguirá al llegar a la mayoría de edad.¹³ Y, además, son

⁷ El art. 154 Cc se retoca en su redacción por el número 2 de la DF 2ª de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

⁸ *Vid* STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1165,1996).

⁹ Dice YZQUIERDO TOLSADA, M. “La patria potestad”. *Tratado de Derecho de la familia*. Volumen VI. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra, 2017, pp. 56 y 57, que la propia transformación de la familia ha traído consigo que la patria potestad haya perdido su naturaleza de derecho subjetivo, para pasar a ser entendida, a modo de institución de auténtico orden público, como una función cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos. Función siempre ejercitable en beneficio del hijo, por lo que cualquier situación de conflicto se debe resolver en interés del menor, piedra angular de su régimen jurídico.

¹⁰ En este sentido, HERRÁN ORTÍZ, A. “De las relaciones paterno-filiales”. *Compendio de Derecho Civil. Familia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000, pp. 312 y 313, hace referencia a la posibilidad de reclamar a los hijos si alguien los retiene ilegítimamente o requerir para hacer efectiva su función el auxilio de la autoridad. Para ASENSIO SÁNCHEZ, M.A. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Ed. Tecnos. Madrid, 2006, p.22, el aspecto de derecho de la patria potestad, inherente a su naturaleza de función, no se ejerce sobre los hijos, sino que se trata de un derecho frente al Estado.

¹¹ Se pregunta ASENSIO SÁNCHEZ, M.A. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Ed. Tecnos. Madrid, 2006, p.58, ¿frente a quién se ejerce dicho poder? Fundamentalmente, frente al Estado y, en su caso, frente a terceros, pero nunca frente al menor, ya que no se trata de un derecho para la satisfacción de intereses de los padres frente a los hijos, sino que se concede para facilitarles el cumplimiento de los deberes que conlleva la generación.

¹² *Vid* STS de 24 de abril de 2000 (RJ 415, 2000).

¹³ El art. 171 Cc, que recogía la patria potestad prorrogada y rehabilitada, ha sido suprimido por el apartado veinte del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Lo trataremos en un epígrafe posterior.

obligaciones irrenunciables e intransmisibles, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones se puedan delegar.¹⁴ Estas características inciden en su consideración como derecho-deber o derecho-función, dado que, al trascender del ámbito meramente privado,¹⁵ su ejercicio se convierte en obligatorio para el titular y su adecuado cumplimiento incidirá en la protección del menor, cumpliéndose al mismo tiempo los fines familiares y sociales que convierten la patria potestad, en la actualidad, en una institución especialmente considerada por el Ordenamiento jurídico.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO DE CARÁCTER UNIVERSAL.

El interés del menor se configura en nuestro Ordenamiento jurídico como un principio básico que preside toda la normativa de protección de los menores y que por ello, debe dirigir cualquier actuación pública o privada que tenga que ver con los mismos. Lógicamente, adquiere una importancia decisiva en el ámbito de la patria potestad, no sólo porque ayuda a modelar las relaciones actuales entre los padres y los hijos, sino también porque es el criterio que se ha de tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos que puedan surgir en su ejercicio privado o en los supuestos en los que tenga que intervenir la Administración. Por ello, la legislación, la actuación de las instituciones y la actividad judicial han de estar siempre orientadas a garantizar el interés superior del menor, interés que tiene una triple consideración: como derecho sustantivo, que en cuanto tal, puede invocarse ante los tribunales y ante cualquier institución pública o privada; como principio general de carácter interpretativo, en la aplicación de la legislación vigente y de las medidas que les afecten y como norma de procedimiento, en orden a reclamar las máximas garantías procesales.¹⁶ Su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención de los derechos del niño, lo que abarca su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social; y que además debe ajustarse y definirse de forma individual, caso por caso, con arreglo a la situación concreta del menor, teniendo en cuenta su contexto, situación y necesidades personales, lo que lo convierte en flexible y adaptable.¹⁷

Su determinación se llevará a cabo, pues, en función de las circunstancias específicas, si bien es preciso tener en cuenta y ponderar criterios concretos reconocidos por el legislador, pues este principio no es sólo una directriz informadora en materia de protección de menores sino una pauta a la que se supedita todo aquello que les atañe y que afecta también a la esfera de los derechos de la personalidad, pues el Ordenamiento jurídico tiene que intervenir en todas aquellas situaciones en las que los menores se vean implicados, con la finalidad de prevenir y evitar los riesgos y daños a los que puedan verse sometidos, pero además y si es posible, para que queden protegidos debidamente tanto afectiva como materialmente.

¹⁴ Así, por ejemplo, en los supuestos de guarda voluntaria. *Vid*, PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. “Comentario del artículo 172 bis) del Código civil”. *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2018, pp.596 a 611.

¹⁵ Recuerda Díez-Picazo, L. “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, 1982, núm 1, p. 6, que la patria potestad del antiguo Derecho codificado era un instituto autoritario y perteneciente en su totalidad al Derecho privado.

¹⁶ En el sentido de la Observación General nº 14 (2013), del Comité sobre los derechos del niño. Desde esta triple perspectiva estudia la institución Verdadera Izquierdo, B. *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*. Aranzadi. Pamplona, 2019.

¹⁷ Ordás Alonso, M. “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016, p. 45.

Por ello, es la regla a la que debe subordinarse la actuación legislativa; el criterio que permita justificar la actuación de las instituciones públicas y privadas; el principio condicionante de las resoluciones judiciales y en sede jurisprudencial, en concreto, se refleja en los procesos en los que se ven implicados menores, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarles.¹⁸ Esta es la finalidad del *principio del interés superior del menor*, que recoge nuestra Constitución en el artículo 39 y que desarrolló la LO 1/96¹⁹, que debe estar, por lo tanto, presente en todos los ámbitos: procesal y de derecho material, a la hora de decidir las cuestiones relativas a los mismos.

Constituye, por tanto, el principio jurídico básico en todo el derecho relativo a los menores y ello nos permite calificarlo como Derecho estatutario, en atención a la especial protección que el Ordenamiento les brinda en todos los ámbitos.²⁰

Para la mayoría de la doctrina el interés del menor es un concepto jurídico relativamente indeterminado, lo cual implica la realización de una labor hermenéutica en cada caso concreto para delimitarlo, sin perder de vista que el que sea *superior* conlleva que prime siempre, en la medida que los menores son considerados la parte más débil y necesitada de protección de cuantas pudieran concurrir, con otros intereses igualmente legítimos; siempre sin olvidar el respeto al marco normativo existente. Así, se trata de un principio acogido expresamente por el derecho positivo con el más alto rango y, por tanto, una norma de obligado cumplimiento por los sujetos públicos y privados. Veamos ahora cuál es su contenido.

En una primera aproximación, se le atribuye una doble vertiente positiva y negativa,²¹ que deriva en la búsqueda de ventajas efectivas para los niños o adolescentes, conjugadas en ocasiones, con la evitación de perjuicios o posibles quebrantos para ellos. En definitiva, buscar lo mejor para los menores y que todos los posibles intereses en juego queden subordinados a los mismos, evitando cualquier tipo de perjuicio para el bienestar espiritual y material de aquéllos. Es la supremacía de todo lo que les beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo. Por encima de todo, el interés del menor se respeta en la medida en que las funciones familiares o parafamiliares fomenten equilibradamente la libertad del menor y el sentido de la responsabilidad, la armonía inescindible entre derecho y deber.²² En este sentido, la ley pone en juego esta noción a dos niveles pues el interés del menor debe servir no sólo como criterio de solución de controversias, sino también como criterio de control de las actuaciones que tengan que ver con los mismos.

Con base en lo anterior, debemos también preguntarnos a quién le corresponde determinar en qué consiste el interés del menor en cada caso concreto. En primer lugar, y de acuerdo con la evolución en la consideración de los menores, se debería afirmar que corresponde al

¹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. “Comentario del artículo 172 del Código civil”. *Código civil comentado*. Vol. I, Madrid, 2016, p. 852.

¹⁹ El artículo 2, modificado por la LO 8/2021, de 4 de junio, establece que *primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Se mencionan, además, criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación del principio; éstos se ponderarán teniendo en cuenta una serie de elementos generales que se valorarán conjuntamente conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, tales como la edad y madurez, garantizar la igualdad, el transcurso del tiempo en su desarrollo y la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, entre otros.

²⁰ El TC alude a la existencia de dicho estatuto jurídico, de carácter indisponible, en su sentencia de 29 de mayo de 2000 (RJ 141, 2000). Para ASENSIO SÁNCHEZ, M.A. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Ed. Tecnos. Madrid, 2006, pág. 64, se configura como un auténtico principio constitucional inspirador de la legislación que, a pesar de diseñar un auténtico estatuto de éste, no constituye una discriminación positiva a su favor, sino que es consecuencia de la concepción actual del menor como ser en devenir y sujeto de derechos fundamentales.

²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Dykinson. Madrid, 2000, p.61.

²² ALONSO PÉREZ, M. “La situación jurídica del menor en la LO/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: luces y sombras”. *Actualidad Civil*, 1997, p. 40.

propio menor, siempre que tenga capacidad natural para hacerlo y madurez suficiente que le permita el ejercicio autónomo de sus derechos.²³

Si no fuera así, hay que entender para un adecuado desenvolvimiento de la patria potestad y de su ejercicio, que su especificación corresponderá a los titulares de la potestad de guarda, padres, tutores, parientes, respecto de los que se debe establecer la presunción *iuris tantum* de actuación en interés de los mismos²⁴ y en su caso, por último y en los casos en los que tengan que intervenir, a la propia autoridad judicial o administrativa.

Si se da el caso, la autoridad judicial o administrativa tendrá que realizar una valoración completa de la realidad que rodea al menor y de la que tiene conocimiento, para buscar la solución que más le beneficie. Así pues, el interés del menor es un concepto indeterminado, genérico o abstracto incluso, que se determina partiendo de situaciones concretas, del análisis del menor y su entorno. En este sentido, un sector de la doctrina afirma que el interés del menor está relacionado con la casuística pues su determinación se debe realizar de manera individual, adaptando el pronunciamiento a las peculiaridades del caso concreto.²⁵

De acuerdo con lo anterior, la Autoridad encargada de decidir podrá tomar como guía los siguientes criterios normativos preestablecidos, que comprenden tanto el ámbito personal como el patrimonial del menor:²⁶ El menor es ante todo una persona y hay que protegerle como tal en sus derechos fundamentales y de carácter personal; la satisfacción de las necesidades materiales básicas y las de tipo espiritual; la atención a los deseos del menor de acuerdo con su estado de madurez, siempre que sean racionales; el mantenimiento, si es factible, del *status quo* material y espiritual del menor; la atención a características diferenciadoras tales como la edad, el sexo o la personalidad de los niños; las perspectivas de futuro del menor y los riesgos que pueden suponer alteraciones en su situación presente en el doble plano psico-físico.

En definitiva, para resolver de acuerdo con este principio, deberá adoptarse la medida más idónea de cuantas puedan imaginarse, para lo que deberá conocerse con detalle la realidad cotidiana del menor en todas sus facetas, tomando como guía el sentido común y los criterios normativos referidos, en el marco de la legislación existente al respecto y permitiendo la participación activa del menor en la determinación de su propio interés, para que sea protagonista activo de la misma, siempre que sus deseos coincidan con su mayor beneficio. En la concreción de este interés, la orientación debe venir predeterminada por los principios y valores acogidos por nuestro sistema jurídico,²⁷ con la finalidad última de que el menor pueda ejercer directamente sus derechos tan pronto como tenga capacidad para ello. Se puede pues, a modo de conclusión, afirmar que, en la actualidad, el interés superior del menor es un principio general del derecho de carácter universal²⁸ que debe por ello desplegar, también, su eficacia en el ámbito de la patria potestad determinando su contenido y forma de ejercerla.

²³ El *Dynamic self determinism* sugiere la autodeterminación del propio menor, quien influye en los resultados de las decisiones que se adopten sobre su persona; con la particularidad de que los fallos que se dicten se pueden someter a revisión, son temporales y pueden ser modificados en el futuro. El problema, a mi entender, es que sus deseos coincidan con lo más beneficioso para él.

²⁴ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario a los arts. 154 a 161 Cc". *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Vol. II. Ed. Tecnos. Madrid, 1984, p. 1047.

²⁵ Sobre las diversas técnicas, entre ellas la técnica de la casuística, para dar contenido al principio del interés del menor es interesante leer: *El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares*. www.porticolegal.com

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Dykinson. Madrid, 2000, pp. 203 a 205.

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Dykinson. Madrid, 2000, pp. 108 y ss. La STS de 11 de abril de 2011 (RJ 3711/2011), considera que la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público, que se impone a jueces y tribunales.

²⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, F. "El menor maduro ante el Derecho". *Revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pág. 34.

3. DISCAPACIDAD Y PATRIA POTESTAD

a) Consideraciones previas sobre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en el Código civil.

La regulación de la titularidad de la patria potestad en el Código civil está marcada por el principio de actuación conjunta que recoge el artículo 154, pues los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los dos progenitores. Consecuencia lógica de este postulado es que también el ejercicio sea conjunto, presumiendo, quizás que, en la mayoría de los casos, desenvolviéndose los progenitores en una relación de avenencia, cordialidad y respeto mutuo, son capaces de adoptar las decisiones de mayor relevancia para sus hijos poniéndose de acuerdo, siendo esta regla expresión de los principios constitucionales que proclaman la igualdad de las personas, y el ideal a perseguir por los propios progenitores.

Siendo la anterior la pauta general, se admite la actuación individual contando con el consentimiento del otro o presuponiéndolo, si se actúa conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad para dar respuesta eficaz al ejercicio cotidiano de estas funciones y así favorecer el interés de los hijos. Aun siendo la actuación individual, el ejercicio se puede considerar conjunto si ambos están de acuerdo en lo esencial de la decisión y, además, se presume que existe ese consentimiento. Los progenitores internamente se entienden y el silencio de uno implica la legitimación para la actuación del otro que puede haber recibido ese consentimiento previo, de manera expresa o tácita, con carácter general o bien para una actuación concreta, lo que en ningún caso se puede interpretar como la renuncia al ejercicio de sus funciones, ni le libera de sus responsabilidades y deberes. Además, se debe entender que existe un deber tácito y recíproco de información de todas las cuestiones que directa o indirectamente afecten a los hijos.

Ahora bien, al tratarse de una función ejercida por más de una persona, es inevitable que se generen conflictos y enfrentamientos entre los progenitores y que se den situaciones en las que estos no estén de acuerdo, no haya unidad de criterio; por ello, el 156 contempla casos distintos en los que bien por existir discrepancias puntuales, desconfianzas o acechar la posibilidad de la ruptura, es complicado que los progenitores decidan y actúen conjuntamente; para estos casos y aun cuando los dos continúen teniendo la titularidad, se considera perfectamente válida la actuación individual de uno de ellos.

En caso de existir algún desacuerdo puntual en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien oír a ambos, también a su hijo, si tuviera suficiente madurez y siempre si fuera mayor de doce años, para atribuir *la facultad de decidir* a uno de los dos progenitores. El Juez zanja la controversia²⁹ decidiendo, siempre en beneficio del hijo, cuál de los dos tiene mejores razones para resolver una cuestión concreta, cuestión que requiere una solución inmediata, de modo que para adoptar su decisión es obvio que tiene que valorar la posición de los dos progenitores para atribuir la facultad de decidir a uno de ellos en función, siempre, de los intereses del menor. En definitiva, prácticamente se puede decir que decide, aunque sea de manera indirecta, si bien su decisión podrá recurrirse, desde la reforma operada con la Ley 15/2015.³⁰

²⁹ Para LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2021, p. 335, adopta una postura arbitral; si bien considera que semejante vía para superar la desavenencia conyugal concreta probablemente agudice en la mayoría de los casos las diferencias entre los progenitores. *Vid* arts. 85 y 86 LJV, que hacen referencia a la intervención judicial en relación con la patria potestad.

³⁰ Antes de esta reforma, la decisión era irrecurrible; probablemente se le atribuía carácter definitivo en consonancia con la naturaleza *ocasional* del conflicto. En cualquier caso, considero que estos recursos, si se interponen, deberían contar con un sistema de acceso y resolución preferentes pues en la mayoría de los casos recurrir carecerá de interés y sentido si transcurre un periodo de tiempo extenso hasta su conclusión.

Si los desacuerdos fueran reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá éste atribuirse total o parcialmente a uno de ellos o distribuir entre los mismos sus funciones. Esta medida subsistirá durante el plazo que se fije, que nunca podrá exceder de dos años.³¹

En atención a lo anterior, será el Juez quien decida si la cuestión que se le plantea por las partes supone un desacuerdo ocasional o no³² y aun siéndolo, si la problemática en cuestión, entorpece gravemente el ejercicio de la patria potestad, para actuar de una manera u otra, atribuyéndola total o parcialmente a uno de ellos, o distribuyendo entre aquéllos sus funciones. El Juez quedará vinculado por los hechos que se le presenten, pero no por las peticiones de las partes.

Por otra parte, las excepciones a la regla general las recogen dos líneas que conforman el cuarto párrafo del artículo 156 del Código civil. Se trata de supuestos que al impedir o dificultar el ejercicio de la patria potestad para uno de los progenitores, provocan que su ejercicio exclusivo recaiga en el otro.

Así, según el precepto referido en defecto de uno de ellos, por ausencia o imposibilidad, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.³³ En los supuestos descritos en este apartado se atribuye de manera indefinida el ejercicio de la patria potestad de manera individual a uno de los progenitores. Podemos pensar en diversas situaciones, en algunas de las cuales la propia titularidad de la patria potestad se va a ver afectada, así por ejemplo, los supuestos de privación de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial;³⁴ los casos de exclusión de la patria potestad por haber sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, por sentencia penal firme;³⁵ ocasiones en las que únicamente se haya determinado legalmente una filiación; sucesos de desaparición, ausencia legal o declaración de fallecimiento;³⁶ la enfermedad grave o la muerte de uno de ellos; problemas de alcoholismo o adicción a las drogas y asuntos sencillos como que uno de los dos progenitores se encuentre temporalmente de viaje por asuntos personales o laborales.³⁷

³¹ El Juez atribuirá en este caso el ejercicio *temporal* de la patria potestad, pues hacerlo de manera definitiva sería desproporcionado por la mera existencia de desavenencias entre ellos, aun cuando sean reiteradas y supongan verdaderos obstáculos para su adecuado ejercicio. El límite de los dos años impide una privación de la patria potestad sin las debidas garantías y asegura el control periódico del ejercicio que lleva a cabo el progenitor en cuestión.

³² Considera DÍEZ GARCÍA, H. “Artículo 156 del Código civil”. *Las modificaciones al Código civil del año 2015*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, p. 412, que ello supone una atenuación del principio dispositivo justificado por la necesidad de atender al interés del menor.

³³ Según LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2021, p. 335, estas situaciones no pueden ser entendidas en el sentido de dificultad momentánea o meramente pasajera de uno de los progenitores, pero tampoco requieren la declaración judicial propiamente dicha. HERRÁN ORTÍZ, A. “De las relaciones paterno-filiales”. *Compendio de Derecho Civil. Familia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000, p. 324, considera, sin embargo, que, aunque el legislador no lo diga expresamente, la ausencia o incapacidad han de ser declaradas judicialmente. A mi juicio, la realidad cotidiana impone la flexibilidad en la interpretación de este precepto, en algunos casos. Las enmiendas nº 22 (Grupo mixto Senado) y nº 218 (Vox Congreso) pedían que la *imposibilidad* fuera declarada judicialmente para evitar así la indeterminación del término.

³⁴ *Vid* arts. 170 y 179 Cc.

³⁵ *Vid* art. 111 Cc.

³⁶ *Vid* arts. 181 y ss Cc.

³⁷ En estos supuestos se entiende que el progenitor presente se encargará en exclusiva de la guarda y cuidado de los menores, si bien deberá estar de acuerdo con el otro para la adopción de las decisiones de mayor relevancia.

b) Supresión de la incapacitación judicial y defensa de la autonomía de la persona con discapacidad.

Con base en los principios de necesidad, proporcionalidad y autonomía, la nueva regulación de la discapacidad en nuestro Ordenamiento jurídico tiene como finalidad que la persona sea protagonista de su propio proceso de decisión, para lo que si fuera necesario contará con los apoyos informales o formales que requiera. Se trata de garantizar que su esfera de autonomía individual sea lo más amplia posible en función de su concreta situación personal, para que la persona con discapacidad pueda adoptar sus decisiones en las mismas condiciones que las demás personas, dándole el apoyo que estrictamente requiera; ni más del que necesita, pues se vulneraría el principio de proporcionalidad, ni menos del que se advierta imprescindible, pues se quebrantaría el principio de necesidad, lo que supondría un hándicap respecto de los demás, y en nuestro caso concreto, respecto del otro progenitor.³⁸

En este contexto, es importante destacar que actualmente el artículo 156 no hace referencia a la *incapacidad* de uno de los progenitores, por lo que esta situación en sí misma considerada no puede ser causa de exclusión del ejercicio de la patria potestad. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 8/2021³⁹ se podía distinguir a la hora de interpretar este precepto, la incapacidad natural o no declarada y la incapacitación judicial. La primera se encuadraría dentro de los supuestos de *imposibilidad* y la segunda dentro del concepto de incapacitación judicial, que ahora desaparece, salvo que sea realmente necesario, porque para la persona sea absolutamente imposible comunicar su voluntad, intención o intereses.⁴⁰ De modo que, encontrándonos en el primero de estos supuestos y existiendo alguna circunstancia concreta que impidiera a uno de los dos la toma de decisiones, ordinarias o de importancia, se podía atribuir al otro progenitor el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de que, ante una reclamación judicial de aquél, tuviera éste que acreditar las razones que le hubieran abocado a ese ejercicio individual. Encontrándonos en el segundo, la declaración judicial de la incapacidad impediría al progenitor afectado llevar a cabo el ejercicio de sus funciones parentales. Las mismas serían llevadas a cabo exclusivamente por el otro progenitor.

Sin embargo, la reforma no hace referencia a la incapacidad porque ha sentado las bases de un nuevo sistema basado en el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, a la voluntad, deseos y preferencias de las mismas. Nos olvidamos de la declaración de incapacidad y la capacidad tampoco se puede modificar. La idea central del nuevo sistema es el apoyo a la persona que lo precise en la toma de decisiones que le afecten y no sustituir su voluntad. Y, además, la nueva regulación atiende no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales como éste en el que nos encontramos, relativo a decisiones sobre las vicisitudes de la vida ordinaria propia o de los hijos menores de edad, eliminando obstáculos al pleno ejercicio del derecho a la vida familiar.

³⁸ Como dice GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código civil español”. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. APDC. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 44, lo que se pretende con el reconocimiento expreso de la autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica es que la autoridad judicial aplique estrictamente la necesidad y la proporcionalidad y garantice una esfera de autonomía individual lo más extensa posible en atención a la situación personal, familiar y social de la persona.

³⁹ La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro Ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

⁴⁰ En palabras del preámbulo de la Ley 8/2021: “En situaciones donde el apoyo no pueda prestarse de otro modo y solo ante situaciones de imposibilidad, cabe la representación en la toma de decisiones”.

La reforma otorga preferencia a las medidas voluntarias de carácter privado que puede adoptar la propia persona con discapacidad⁴¹ y al margen de aquéllas y para este ámbito concreto, de ejercicio de las funciones parentales, considero que se debe destacar el reforzamiento de la *guarda de hecho*, como medida informal,⁴² que se ha transformado en una institución jurídica de apoyo, pues se desprende de su carácter provisional si es suficiente y adecuada⁴³ para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. En la mayoría de los supuestos, el apoyo lo prestará su cónyuge, pareja de hecho o algún familiar, lo que le permitirá estar adecuadamente asistido en la toma de decisiones que afectan al ámbito del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad. Opción acertada la del legislador, pues, como él mismo expresa, la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que lo componen y, además, esta figura no requiere de una investidura judicial que, en la mayoría de las ocasiones, no es necesaria ni se desea.⁴⁴

La finalidad es que estas medidas de apoyo permitan el pleno desarrollo de la personalidad del progenitor, en su doble dimensión social y jurídica, en condiciones de igualdad con el otro progenitor y con pleno respeto a su dignidad y derechos fundamentales. Las medidas que se adopten, en cualquier caso, deben estar presididas por los principios de necesidad y proporcionalidad y ser ajustadas a lo que la persona en cuestión necesite para hacer efectiva su autonomía, pudiendo desarrollar su propio proceso de toma de decisiones en relación con sus hijos menores. Para que esto sea viable se le habrá de proporcionar la información necesaria y ayudarla en el proceso de razonamiento, comprensión y expresión de su voluntad, deseos y preferencias.⁴⁵

⁴¹ Poderes y mandatos preventivos (arts. 256 a 262 Cc), auto-curatela (arts. 271 a 274 Cc), directivas anticipadas (art. 255 Cc). Como dice GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código civil español”. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. APDC. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 45, el respeto de la voluntad, deseos y preferencias no sólo es un principio que se erige en canon interpretativo y límite a la actuación de los titulares de las medidas de apoyo, sino que vertebra todo el sistema y constituye la fuente principal y preferente de las medidas de apoyo legales o judiciales. La prevalencia de la autodeterminación se manifiesta, además, en la apertura de pasarelas que permiten reorientar la solicitud de medidas judiciales hacia el otorgamiento de medidas voluntarias o el reconocimiento de apoyos informales: son pasarelas hacia la autodeterminación y están al servicio de la desjudicialización del sistema.

⁴² Arts. 263 a 267 Cc.

⁴³ PEREÑA VICENTE, M. “La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021”. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. APDC. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 133-134, considera que, aunque el legislador no explica qué es una medida suficiente y adecuada, no es posible que se consagre un concepto cerrado de lo que es una medida de apoyo suficiente, sino que es necesario que quede como un concepto impreciso que abarque el ser bastante y apta e idónea permitiendo a la persona ejercer su capacidad jurídica con la intensidad que, según el caso, sea necesaria. Para esta autora, se trata de uno de los conceptos clave del nuevo sistema, bisagra entre las medidas de carácter voluntario y las judiciales y una manifestación más del principio de necesidad que actuará como límite a la intervención judicial.

⁴⁴ La reforma opta por un importante cambio de perspectiva, con una tendencia evidente a la desjudicialización de la incapacidad y la apuesta por la adopción de medidas menos invasivas y más preventivas. Entre ellas, el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas o el consejo. Se abre camino a una gran heterogeneidad de medidas, en la mayoría de los casos de naturaleza material y no estrictamente jurídica.

⁴⁵ MAZZILLI, E. “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: proyección en la Ley 8/2021”. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Dykinson. Madrid, 2022, p.120, considera que el principio de autonomía se refleja aún más en las normas de conducta de las personas que prestan el apoyo, quienes deben actuar atendiendo a esa voluntad, deseos y preferencias, procurando que puedan realmente desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Destaca VAQUER ALCOY, A. “El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad”. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Dykinson. Madrid,

Al margen de las medidas voluntarias e informales y siempre con carácter subsidiario, la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad será la curatela que tendrá naturaleza primordialmente asistencial. Sólo cuando sea preciso y de manera muy excepcional se podrán atribuir al curador funciones representativas.⁴⁶

De todo lo anterior se deduce que cualquier persona con discapacidad, también si se trata de progenitores en el ejercicio de sus funciones, necesita ser tratada con la atención que requiera su situación concreta y no limitada en sus derechos. La situación de discapacidad, en principio, no impedirá a los padres el ejercicio de la patria potestad, ni provocará que sea ejercida exclusivamente por el otro; antes bien con el apoyo en medidas voluntarias, informales o judiciales, se debe intentar que pueda cumplir con las funciones y deberes que tiene atribuidos y hacerlo en igualdad de condiciones respecto del otro progenitor.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que existiendo los dos progenitores las decisiones las deben adoptar en conjunto, sólo se atribuiría en exclusiva la patria potestad al otro progenitor cuando la circunstancia de la discapacidad *impidiera o dificultara grave y realmente* la adopción de las decisiones conjuntas y el ejercicio de la patria potestad;⁴⁷ sobre esta circunstancia deberá, en su caso, recaer la prueba. Por lo tanto, en estas situaciones, la atribución del ejercicio unilateral no persigue excluir a la persona con discapacidad de la toma de decisiones, sino garantizar que estas se adoptarán de manera ágil y válida y siempre con un apoyo cierto en el interés del menor, que como hemos visto, debe guiar todas las decisiones que le afecten.⁴⁸

c) Desaparición de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

En otro orden de cosas, decía el artículo 171 del Código civil, tras la reforma de 1981⁴⁹ y hoy suprimido por la Ley 8/2021, que la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedaría *prorrogada* por ministerio de la ley cuando aquéllos llegaran a la mayoría de edad.

Esta prolongación se producía de manera automática, por ministerio de la ley, sin necesidad de una previa declaración judicial que, sin embargo, si debía existir para declarar la situación de incapacidad del hijo que llegaba a la mayor edad. La propia naturaleza de la prórroga exigía la existencia y vigencia de la patria potestad durante la minoría de edad del hijo, siendo la autoridad judicial, al tiempo de dictar la sentencia de incapacitación, quien determinara el régimen de aplicación de la misma⁵⁰ tomando como referencia supletoria las normas vigentes sobre la patria potestad.

2022, p.509, que las medidas de apoyo no constituyen un *numerus clausus*, se trata de un sistema abierto a través del que se ha de configurar un *traje a medida* que permita a la persona ejercer su capacidad jurídica.

⁴⁶ Me parece muy acertado que el actual art. 282 Cc exija que el curador tenga que mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar el apoyo, a la que debe asistir respetando su voluntad, deseos y preferencias, procurando que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y fomentando las aptitudes necesarias para que pueda ejercitar su capacidad con menos apoyo en el futuro.

⁴⁷ Art. 156. 2 y 4 Cc.

⁴⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentario del artículo 156 del Código civil”. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Volumen III. Aranzadi, 2021, p. 216, considera, además, que esa discapacidad intelectual o psicosocial debe incidir de forma directa y negativa en la competencia parental, en el proceso de codecisión o en la estabilidad y bienestar del menor para tomarla en consideración.

⁴⁹ Retocado posteriormente por las Leyes 13/1983 y 1/1996.

⁵⁰ Por eso dice YZQUIERDO TOLSADA, M. “La patria potestad”. *Tratado de Derecho de la familia*. Volumen VI. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. Navarra, 2017, p. 190, que la patria potestad se podía prorrogar con función de curatela, si el hijo incapacitado tenía un grado de discernimiento que le

Se añadía además que si el hijo mayor de edad y soltero, que vivía en compañía de sus padres o cualquiera de ellos era incapacitado, *se rehabilitaría* la patria potestad que sería ejercida por quien correspondiera si fuera menor de edad. En este caso, a diferencia del anterior, la patria potestad que estaba extinguida, se recuperaba. Se exigían, pues, tres requisitos: la incapacitación del hijo como *conditio iuris*, tanto de la prórroga como de la rehabilitación,⁵¹ su soltería, pues si hubiera estado casado al declararse la incapacidad se le hubiera nombrado un tutor y normalmente esta función hubiera recaído en su cónyuge y la convivencia con los padres, de la que se deducía tras la incapacitación que estos pudieran ejercer plenamente las funciones de guarda y cuidados necesarios respecto de su hijo; si bien en la sentencia de incapacitación la autoridad judicial podría adaptar el contenido típico de la patria potestad a la específica situación del mismo.

En ambos casos, prorrogada o rehabilitada, terminaba por muerte o declaración de fallecimiento del hijo o de los progenitores, en cuyo caso habría que pasar a un régimen de tutela o curatela; por adopción del hijo; si se declaraba el cese de la incapacidad o en caso de matrimonio del incapacitado.

Hasta la última reforma, ambas figuras se consideraban oportunas pues se presentaban como un remedio eficaz para resolver la representación de los hijos mayores de edad incapacitados sin necesidad de tener que acudir a un procedimiento para nombrarles un tutor o un curador, entendiendo, además, que nadie mejor que los propios padres para asumir los cuidados, guarda y protección del hijo que se encontraba en una situación tan delicada y con el que, por otra parte, convivían;⁵² ello les permitía poder seguir ocupándose de aquél como titulares de la patria potestad. Se apostaba por los padres para continuar con sus funciones en el caso de la prórroga y para retomarlas, si sobrevenía una declaración de incapacitación, a salvo el supuesto en el que el propio hijo hubiera previsto y dejado designado un tutor para sí mismo en documento público notarial, lo que hubiera, en condiciones normales, vinculado al Juez pues el principal interesado habría expresado su preferencia por la constitución de una tutela en lugar del restablecimiento de la patria potestad, con base en los artículos 223 y 234 del Código civil anteriores a esta última reforma.

En cualquier caso, la actuación de la autoridad judicial siempre debía guiarse para lograr la mayor satisfacción del interés del incapacitado, circunstancia que podía influir para no declarar la prórroga o rehabilitación de la patria potestad en supuestos muy concretos y especialmente complicados de padecimiento de alguna enfermedad, edad avanzada o eventualidades similares que pudieran afectar a los padres.

Actualmente, la situación se presenta bastante diferente pues si los hijos llegados a la mayoría de edad necesitan algún tipo de apoyo, se procederá en la forma prevista en los artículos 249 y siguientes del Código civil, en su redacción vigente, que incorpora la nueva visión de la capacidad jurídica introducida por la Ley 8/2021; de modo que, si el hijo o la hija necesitan algún tipo de soporte deberá este adaptarse a su voluntad, preferencia o deseos, en línea con el profundo cambio de paradigma producido en el tratamiento jurídico de la discapacidad en las últimas décadas.⁵³ Así, se abandona el modelo tradicional de

permitía actuar por sí mismo, precisando asistencia sólo para determinados actos, por lo que la prórroga tenía un alcance más limitado.

⁵¹ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Ed. Tecnos. Madrid, 2006, p. 271.

⁵² HERRÁN ORTIZ, A. “De las relaciones paterno-filiales”. *Compendio de Derecho Civil. Familia*. Director LLEDÓ YAGÜE, Francisco. Ed. Dykinson. Madrid, 2000, pp. 345 y 346, considera que era discutible la exigencia de convivencia con los padres pues con frecuencia sería más aconsejable que el hijo se encontrara en algún centro especial para ayudarle de manera más eficaz y no por ello se debía privar a los padres del ejercicio de estas funciones. Se impone, considera, una interpretación flexible de este requisito.

⁵³ GARCÍA RUBIO, M.P. “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas

atención a la discapacidad fundado en un abordaje paternalista y tuitivo de la persona, centrado en la limitación judicial de su capacidad de obrar, y se pasa a un modelo social que pretende la plena integración de la persona con discapacidad en la sociedad, salvaguardando su dignidad y el ejercicio de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones.⁵⁴

En consonancia con esta idea, la exposición de motivos de la Ley 8/2021, dice expresamente que se eliminan ambas figuras al considerarse demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone, poniendo en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada su previsible supervivencia; a lo que se añade que cuando los padres se hacen mayores, a veces estas funciones se pueden convertir en una carga demasiado gravosa para ellos. Por ello, con la nueva regulación, se prestarán al hijo con discapacidad los apoyos que necesite, del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier otro adulto que los requiera.

Por lo tanto, y a diferencia de la situación anterior a la reforma debemos destacar dos ideas: de un lado, la supresión, como regla general, del estado de incapacitación pues todas las personas físicas tienen capacidad jurídica y son iguales en lo que a capacidad se refiere; de otro lado, se habrán de adoptar y adaptar a la situación concreta los apoyos que sean necesarios, según la voluntad de la persona que los requiera, para que su desarrollo sea adecuado y lo más perfecto posible.⁵⁵ Por esta razón, el artículo 255 del Código civil permite que cualquier persona mayor de edad o emancipada, anticipándose a la existencia de circunstancias que puedan dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica, pueda prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, señalando también el alcance de las facultades de quien le preste el apoyo, indicando las formas de control que estime oportunas, los mecanismos de revisión de las medidas adoptadas y los plazos para hacerlo. En su caso, el Notario que autorice la escritura deberá comunicarla de oficio al Registro Civil. Sólo para el caso de que esta persona no haya previsto ninguna medida o cuando las previstas se hubieran mostrado insuficientes, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Además, según dispone el actual artículo 254 del Código civil, para el caso de que se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a la patria potestad o tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Ello lo hará a instancia del propio menor, de sus progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal; teniendo en cuenta que si el menor tuviera dieciséis años se atenderá, en su caso, a sus propias previsiones y si fuera menor de esta edad se le dará participación para conocer su voluntad, deseos y preferencias.

con discapacidad de 13 de diciembre de 2006". *Propostas de modernización do Dereito*. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, p. 11, considera que *apoyo* es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

⁵⁴GARCÍA GARNICA, M^a C. "Consideraciones generales sobre la Ley 8/2021: de la incapacitación a la salvaguarda de la autonomía de la persona con discapacidad". *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Dykinson, Madrid, 2022, p.78.

⁵⁵ Únicamente en el caso de no poder manifestarse esa voluntad, se constituiría la curatela representativa.

Prevalecen, por lo tanto, las medidas de apoyo voluntarias. No obstante, es perfectamente posible que se dé una situación de guarda de hecho,⁵⁶ incluso por parte de los propios progenitores, como medida informal de apoyo si no hay medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Por último, sólo se acudiría a la curatela como medida de apoyo, cuando éste se requiera de modo continuado. Su extensión se determinará en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad.

En atención a todo lo anterior, se introduce un importante cambio a nivel teórico y terminológico al eliminar la incapacitación y la modificación de la capacidad, para poner de relieve la igualdad de todos ante la ley que tiene su principal apoyo en la dignidad de la persona, lo que influye, al mismo tiempo, en la eliminación de algunas figuras, como éstas que revisamos, para adaptarlas a nuevas consideraciones.

A nivel práctico considero que hay dos diferencias esenciales: de un lado, no existe una solución instantánea para el menor con discapacidad continuada o para el mayor soltero que convive con los padres a quien la discapacidad le sobreviene; y de otro lado, quedan definitivamente al margen, en estos dos supuestos, las normas sobre la patria potestad.

Ahora bien, en la realidad de cada día, me parece bastante probable que, tratándose de los hijos menores que alcanzan la mayoría de edad con alguna discapacidad, sean los padres quienes se conviertan en guardadores de hecho,⁵⁷ lo que me parece muy adecuado si no hay previsiones voluntarias, que entiendo que será lo más normal en la mayoría de los casos, por lo que les corresponderá el cuidado de los hijos, si bien sometidos a los nuevos artículos 263 a 267 del Código civil, salvo que exista una imposibilidad clarísima para hacerlo, en cuyo caso, serán ellos mismos quienes lo pongan en conocimiento de la autoridad judicial.

Lo explica muy bien la exposición de motivos de la Ley 8/2021, cuando afirma que la guarda de hecho se ha transformado en una institución jurídica de apoyo, que deja de ser una situación provisional si se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, que va a estar asistida y apoyada por un familiar, en este caso sus progenitores, para el ejercicio de su capacidad jurídica, sin necesidad de una investidura judicial formal.⁵⁸ La guarda de hecho implica cuidados pero su última finalidad es un adecuado ejercicio de la capacidad jurídica.⁵⁹ Si en algún caso han de realizar actuaciones representativas, tendrán que obtener una autorización judicial *ad hoc* previo examen de las circunstancias. El Juez podrá requerir a los guardadores, a través de

⁵⁶ DE VERDA y BEAMONTE, J.R. “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. APDC. Aranzadi, 2022, p.96, define al guardador de hecho como la persona, normalmente un familiar o allegado de quien sufre una discapacidad, que de modo espontáneo y habitual le presta asistencia cotidiana de manera desinteresada, en virtud de una relación de confianza y afecto mutuo, sin que entre ambos exista una relación contractual, siendo además frecuente su convivencia bajo un mismo techo.

⁵⁷ Vid SAP Cantabria de 31 de mayo de 2022 (La Ley 113593, 2022) que, en relación con un hijo de 18 años, con coeficiente intelectual del 58 y edad mental de 7 años, considera suficiente y adecuada la guarda de hecho que sobre él realizan sus padres, quienes le atienden, cuidan y apoyan satisfactoriamente para el desarrollo pleno de su personalidad y para que en el futuro requiera de un menor apoyo. Entiende, además, que están en perfectas condiciones para seguir haciéndolo en el futuro.

⁵⁸ Como dice GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código civil español”. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. APDC. Aranzadi, 2022, p. 72, la guarda de hecho resulta adecuada en todos aquellos casos en los que la persona está adecuadamente asistida, recibe los cuidados que precisa, en función de su situación personal, por parte de una persona, el guardador al que le une una relación de confianza y, en la mayoría de los casos, de afecto; no es precisa, por tanto, la convivencia, pero sí la relación de cuidado.

⁵⁹ En este sentido, FERRER VANRELL, M. P. “Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho”. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Dykinson, Madrid, 2022, p.604.

un expediente de jurisdicción voluntaria, para que informen de su actuación, establezcan las salvaguardias necesarias e incluso rindan cuentas en cualquier momento.

En cualquier caso, se extinguirá la guarda de hecho de los padres, si el hijo solicita en algún momento que el apoyo se organice de otro modo; si los guardadores de hecho desisten de su actuación, lo que deberán poner en conocimiento de la entidad pública correspondiente para que la persona no quede desasistida;⁶⁰ y si a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se tiene interés por ejercer el apoyo de la persona, la autoridad judicial lo considera conveniente.

Para los supuestos de discapacidad sobrevenida, sin embargo, si es más real que estas medidas de apoyo voluntarias se hayan previsto y excluyan a los progenitores de la guarda de hecho, que sería la tendencia más humana si el hijo soltero estaba conviviendo con sus padres, aunque realmente presentaría dificultades añadidas para ellos teniendo en cuenta que es muy posible que se encuentren en edades avanzadas.

En cualquier caso, quien preste el apoyo debe actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera; si por cualquier razón y a pesar de los esfuerzos realizados no fuera posible esta determinación, se tendrá en cuenta su trayectoria vital, creencias y valores y los factores que la persona hubiera tomado en consideración, con la finalidad de acercarse lo más posible a la decisión que ella misma hubiera adoptado.⁶¹

Como medida transitoria,⁶² se prevé que quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continúen ejerciéndola hasta que se produzca la revisión de la misma, actuación que puede ser solicitada por la persona con capacidad modificada judicialmente o por los progenitores que la llevan a cabo, supuesto en el que deberá realizarse en el plazo de un año desde que se solicita; y, de no existir esta solicitud, se llevará a cabo en el plazo de tres años, de oficio por la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal.

4. CONCLUSIONES.

- El armazón de elementos que componen la relación entre los padres y sus hijos menores debe desarrollarse de manera adecuada para que todos los principios y derechos que recoge nuestra Constitución, y entre ellos el principio de igualdad, sean una realidad también en el ámbito de las relaciones familiares, y ello en una doble vertiente: de un lado, en las relaciones entre los progenitores y de otro lado, en las relaciones de estos con sus hijos.
- Destaca la idea de *deber* en la patria potestad, los padres tienen como objetivo la protección de sus hijos y velar por sus intereses y para conseguirlo se les provee de una estructura de obligaciones y facultades que les ayudarán en este cometido y les permitirán el cumplimiento de esta competencia. La patria potestad es una institución del Derecho Civil, que encontrándose sujeta a cierta intervención del Derecho público, no puede ni debe salir de la esfera del Derecho privado.

⁶⁰ Vid en este sentido la SAP Valencia de 20 de octubre de 2021 (La Ley 265324, 2021). A solicitud de la madre, guardadora de hecho, con 84 años, se constituye una curatela sobre su hijo que padecía un cuadro negativo de esquizofrenia. La curatela recayó sobre su hermana, según las preferencias mostradas por la persona con discapacidad.

⁶¹ Introduce un debate muy interesante MARCO MOLINA, J. "La noción de capacidad jurídica que se incorpora al Título XI, Libro I, del Código civil español". *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Dykinson, Madrid, 2022, p.497, al mencionar la Observación general I (2014) del Comité sobre el art. 12 del Convenio de Nueva York, según la cual no es posible decidir en contra de la voluntad de la persona con discapacidad invocando su *mejor interés*. En las pp. 499 y 500, expone algunos subterfugios que los tribunales están llevando a cabo para eludir la voluntad de la persona cuando consideran que esa misma voluntad puede volverse en contra de ella, aunque explica que esta posibilidad ha sido expresamente rechazada por el Comité de las Naciones Unidas encargado de la interpretación del Convenio.

⁶² Vid, DT 5ª Ley 8/2021.

- El interés superior del menor se configura en nuestro Ordenamiento jurídico como un principio básico que preside toda la normativa encaminada a su protección; por ello, debe dirigir cualquier actuación pública o privada que tenga que ver con los mismos. Lógicamente, adquiere una importancia decisiva en el ámbito de la patria potestad, determinando su contenido y forma de ejercerla. Es, además, el criterio que se ha de tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos que puedan surgir en su ejercicio privado o en los supuestos en los que tenga que intervenir la Administración.
- El progenitor con discapacidad no sólo puede ser titular de la patria potestad sobre sus hijos menores, sino que también tiene capacidad para ejercer sus funciones. Esta posibilidad se ha de favorecer a través de las medidas de apoyo que sean necesarias, medidas que han de someterse a los principios de necesidad y proporcionalidad.
- Cualquier persona con discapacidad, también si se trata de progenitores en el ejercicio de sus funciones, necesita ser tratada con la atención que requiera su situación concreta sin ser limitada en sus derechos. La situación de discapacidad, en principio, no impedirá a los padres el ejercicio de la patria potestad, ni provocará que sea ejercida exclusivamente por el otro; antes bien, con el apoyo en medidas voluntarias, informales o judiciales, se debe intentar que pueda cumplir con las funciones y deberes que tiene atribuidos y hacerlo en igualdad de condiciones respecto del otro progenitor.
- Teniendo en cuenta que existiendo los dos progenitores las decisiones las deben adoptar en conjunto, sólo se atribuiría en exclusiva esta potestad a uno de ellos cuando la circunstancia de la discapacidad del otro, impida o dificulte grave y realmente la adopción de las decisiones conjuntas y el ejercicio de la patria potestad; sobre esta circunstancia deberá, en su caso, recaer la prueba. En cualquier caso, en estas situaciones, la atribución del ejercicio unilateral no persigue excluir a la persona con discapacidad de la toma de decisiones, sino garantizar que estas se adoptarán de manera ágil, válida y favoreciendo el interés del menor, principio que debe guiar todas las decisiones que le afecten.
- Se eliminan la patria potestad prorrogada y rehabilitada al considerarse ambas figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone, de modo que, si el hijo o la hija necesitan algún tipo de apoyo deberá este adaptarse a su voluntad, preferencia o deseos, en línea con el profundo cambio de paradigma producido en el tratamiento jurídico de la discapacidad en las últimas décadas. Así, se abandona el modelo tradicional de atención a la discapacidad fundado en un estilo paternalista y protector de la persona, centrado básicamente en la limitación judicial de su capacidad de obrar, para pasar a un modelo que pretende la plena integración de la persona en la sociedad, poniendo de relevancia su dignidad y facilitando que pueda ejercer sus derechos, fundamentales o no, en igualdad de condiciones.

5. BIBLIOGRAFÍA.

- ALONSO PÉREZ, M. “La situación jurídica del menor en la LO/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: luces y sombras”. Actualidad Civil, 1997, pp. 17-40.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A. La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. Ed. Tecnos. Madrid, 2006.
- BEATO DEL PALACIO, E.B. “La función social de la patria potestad”. Principios del Derecho I. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 207-217.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario a los arts. 154 a 161 Cc”. Comentarios a las reformas del Derecho de Familia. Vol. II. Ed. Tecnos. Madrid, 1984, pp. 1043-1061.
- DE VERDA y BEAMONTE, J.R. “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”. El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica. APDC. Aranzadi, 2022, pp. 81-123.

- DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Ed. Tecnos. Madrid, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, L. “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”. Anuario de Derecho Civil, Vol. 35, 1982, núm 1, pp. 3-20.
- FERRER VANRELL, M. P. “Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho”. Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 599-619.
- GARCÍA GARNICA, M.C. “Consideraciones generales sobre la Ley 8/2021: de la incapacitación a la salvaguarda de la autonomía de la persona con discapacidad”. Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor. Ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 77-95.
- GARCÍA RUBIO, M.P. “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006”. Propostas de modernización do Dereito. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2017, pp. 7-18.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código civil español”. El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica. APDC. Ed. Aranzadi, 2022, Cizur Menor, pp. 21-80.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentario del artículo 156 del Código civil”. Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Volumen III. Ed. Aranzadi, 2021, pp. 207-217.
- HERRÁN ORTÍZ, A. “De las relaciones paterno-filiales”. Compendio de Derecho Civil. Familia. Ed. Dykinson. Madrid, 2000, pp. 311-346.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2021.
- MARCO MOLINA, J. “La noción de capacidad jurídica que se incorpora al Título XI, Libro I, del Código civil español”. Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 451-503.
- MAZZILLI, E. “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: proyección en la Ley 8/2021”. Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor. Ed. Dykinson. Madrid, pp.99-132.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. “El menor maduro ante el Derecho”. Revista de la fundación de ciencias de la salud, núm. 41, 2014, pp. 28-52.
- ORDÁS ALONSO, M. “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 9, 2016, pp. 43-112.
- PEREÑA VICENTE, M. “La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021”. El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica. APDC. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp.125-159.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. “Comentario del artículo 172 del Código civil”. Código civil comentado. Vol. I, Madrid, 2016, pp. 851-867.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. “Comentario del artículo 172 bis) del Código civil”. Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ed. Dykinson. Madrid, 2018, pp.596 a 611.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. El interés del menor. Dykinson. Madrid, 2000.

- RODRÍGUEZ MARÍN, C. “La filiación”. Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.285-306.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones”. Libro homenaje al profesor ALBALADEJO GARCÍA. Tomo II, Universidad de Murcia, 2004, pp. 4915-4954.
- VAQUER ALCOY, A. “El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad”. Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor. Ed. Dykinson. Madrid, 2022, pp. 505-537.
- VERDERA IZQUIERDO, B. La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra, 2019.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. “La patria potestad”. Tratado de Derecho de la familia. Volumen VI. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra, 2017, pp. 51-199.

MEDIDAS DE APOYO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Luz M. Martínez Velencoso

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 28 de julio de 2023

Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2023

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha supuesto un cambio de paradigma en la regulación legal del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Sin duda, su correcta implementación presenta grandes desafíos para los operadores jurídicos. A fin de coadyuvar en esta tarea resulta muy valiosa la interpretación y aplicación jurisprudencial de la mencionada Ley. Es objeto de este trabajo realizar un análisis sistemático de las últimas resoluciones judiciales que se ocupan de esta tarea. Asimismo, son objeto de estudio algunas sentencias recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que delimitan como los legisladores y tribunales nacionales deben abordar esta cuestión con el pleno respeto a la Convención europea de Derechos Humanos en consonancia con las observaciones del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

ABSTRACT: The entry into force of Act 8/2021 has meant a paradigm shift in the legal regulation of the exercise of legal capacity by people with disabilities. Undoubtedly, its correct implementation presents great challenges for legal professionals. To assist in this task, the interpretation and application by courts of the aforementioned Act is highly valuable. The purpose of this paper is to carry out a systematic analysis of the latest judicial decisions dealing with this task. Recent judgments of the European Court of Human Rights are also under study, outlining how national legislators and courts should address this issue with full respect for the European Convention on Human Rights in line with the observations of the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica, personas con discapacidad, interpretación jurisprudencial

KEYWORDS: Legal capacity, persons with disabilities, jurisprudential interpretation

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Análisis Doctrina Jurisprudencial; 2.1. Ámbito europeo; 2.1.1. Sobre la privación del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual; 2.1.2. Sobre el derecho a contraer matrimonio; 2.1.3. Sobre el internamiento de las personas

con discapacidad; 2.1.4. Sobre las salvaguardas legales en los supuestos de privación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. 2.2. Ámbito español; 2.2.1. Sobre la voluntad de la persona con discapacidad a la hora de proveer judicialmente medidas de apoyo; 2.2.2. Sobre el alcance de las medidas judiciales de apoyo; 2.2.3. La curatela como medida judicial de apoyo; 2.2.4. Establecimiento de medidas de apoyo por la propia persona; 2.2.5. El necesario respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona; 3. Índice de Sentencias citadas.

1. INTRODUCCIÓN.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos recuerda que “privar a una persona de su capacidad jurídica, incluso parcialmente, es una medida muy grave que debería reservarse a circunstancias excepcionales” (Sentencia de 18 de septiembre de 2014 caso “Ivinovic v. Croacia”).

Los jueces están llamados a concretar exactamente cuáles son esas circunstancias excepcionales en las que la persona va a requerir ciertas medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. El análisis de la jurisprudencia se convierte, pues, en un instrumento muy valioso para los operadores jurídicos en el nuevo enfoque que se le debe dar a esta cuestión.

En primer lugar, según nos advierte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la diferencia de trato que legalmente se establece para las personas con discapacidad (v.g. restricciones en el derecho al voto, en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio) podría estar justificada si se persigue un interés legítimo y con pleno respeto al principio de proporcionalidad. Esto último significa que los medios empleados deben ser adecuados al fin perseguido. Asimismo, la adopción de medidas restrictivas a la capacidad de obrar de las personas no puede producirse de manera automática, sino que se debe revisar la concreta situación de la persona. También deben darse garantías procedimentales, es decir, el proceso de decisión que conduce a las medidas de injerencia debe ser equitativo y respetar los derechos de las personas con discapacidad (entre ellos, el derecho a ser escuchado). Otra circunstancia que se debe tomar en consideración es que la solución adoptada legislativamente no debe ser en todo caso la incapacidad total de la persona, puesto que pueden existir diversos grados de discapacidad.

En relación con la jurisprudencia española vemos como aún hay unas sentencias continuistas con la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, donde el juez sustituye la voluntad de la persona con discapacidad con base en el argumento del desconocimiento de la enfermedad por la persona. El objetivo a perseguir con la nueva regulación no es este, sino tomar en consideración las necesidades reales de la persona con el fin de valorar cuáles son las medidas de apoyo pertinentes en línea con el principio de valoración por el juez de los deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

No obstante, se puede observar un cambio de tendencia hacia un mayor respeto a la dignidad y a la autonomía de la persona. En este sentido, analizaremos sentencias donde se le asignan al curador funciones principalmente asistenciales. Además, en la adopción de medidas de apoyo se valoran los deseos de la persona, así como en la designación de la persona que vaya a prestar los apoyos.

Es cierto que la guarda de hecho presenta problemas en la práctica, como tendremos ocasión de estudiar. Uno de ellos es la falta de delimitación de las actuaciones que el guardador de hecho puede realizar en el ámbito patrimonial sin autorización judicial y otro, el modo de acreditar la propia condición de guardador de hecho. Veremos situaciones en las que el patrimonio de la persona con discapacidad presenta cierta complejidad y que llevan al tribunal a designar a un curador, pese a la existencia de la guarda de hecho.

2. ANÁLISIS DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

2.1. Ámbito europeo

La cuestión de la discapacidad ha sido abordada por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en varias sentencias teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la persona en cuestión y sus necesidades con el fin de garantizar una protección eficaz de sus derechos.

Hay algunos aspectos que considero especialmente relevantes y que han sido objeto de análisis, que son los siguientes: la privación del derecho al voto, posibles restricciones en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, el internamiento de las personas con discapacidad y las salvaguardas legales que deben adoptarse en los supuestos de privación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

2.1.1. Sobre la privación del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual

En relación con esta cuestión, merece destacarse la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11 mayo 2021 (TEDH 2021\59), “Caso Caamaño Valle contra España”¹.

En este caso se había presentado en primera instancia una demanda de incapacitación con solicitud de nombramiento de tutor, en la que se especificó que no se estableciese privación alguna del derecho al voto. No obstante, el juzgado de primera instancia declaró la incapacidad de la hija y nombró tutora a su madre y decretó la supresión del derecho al voto al entender que no reunía las condiciones necesarias para el ejercicio de tal derecho. Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que conocieron del asunto resolvieron confirmando la privación de tal derecho.

Con posterioridad fue aprobada en España la Ley Orgánica 2/2018, que modificó la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General a fin de garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, con reconocimiento del derecho al voto de las personas con discapacidad.

La demandante alegó que se había producido una violación del art. 3 del Protocolo n. 1 en relación con el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 1 del Protocolo n.12 sobre la base de que la prohibición del derecho al voto para las personas con discapacidad había sido discriminatoria mientras estuvo vigente².

Después de examinar los motivos de las partes el Tribunal dictaminó lo siguiente: “[79]. El Tribunal ha declarado que, a pesar de la diferencia de alcance entre el artículo 14 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo núm. 12 del Convenio, el significado del concepto “discriminación” que figura en el artículo 1 del Protocolo núm. 12 pretende ser idéntico al del artículo 14 (véanse los párrafos 18 y 19 del Informe explicativo del Protocolo núm. 12). Por consiguiente, al aplicar el mismo término en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 12, el Tribunal no ve ninguna razón para apartarse de la interpretación establecida de “discriminación”. De ello puede deducirse que, en principio, las mismas normas desarrolladas por el Tribunal en su jurisprudencia relativa a la protección conferida por el artículo 14 son aplicables a los asuntos incoados en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 12 (véase “Napotnik v. Rumanía”, n. 33139/13, § 69 y 70, de 20 de octubre de 2020).

¹ Urizarbarrena Pérez, X., “Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 70, (2021), pp. 1121-1140.

² Article 3 of Protocol No. 1: “The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

Article 14 of the Convention: “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as ...other status.”

Article 1 of Protocol No. 12: “1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.”

[80]. La Corte reitera que, en el disfrute de los derechos y libertades garantizados por la Convención, el artículo 14 ofrece protección contra el trato diferente, sin justificación objetiva y razonable, de las personas en situaciones análogas o pertinentes similares. En otras palabras, el requisito de demostrar una posición análoga no exige que los grupos de comparación sean idénticos. A efectos del artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si “no tiene justificación objetiva y razonable”, es decir, si no persigue un “objetivo legítimo” o si no existe una “relación razonable de proporcionalidad” entre los medios empleados y el objetivo perseguido (véase “Napotnik”, antes citado, § 71).

[81]. El Tribunal también ha declarado en su jurisprudencia que solo las diferencias de trato basadas en una característica identificable, o “estatus”, pueden constituir una discriminación en el sentido del artículo 14 (véase “Fábián v. Hungría [GC]”, nº 78117/13, § 113, de 5 de septiembre de 2017).

[82]. El Tribunal de Primera Instancia señala, en relación con el presente asunto, que el derecho de voto de la hija del demandante estaba restringido debido a su limitada capacidad mental. Por lo tanto, la diferencia de trato entre la hija (cuyo derecho de voto está restringido) y las personas que tienen derecho a votar se basa en la capacidad mental respectiva de cada persona. El Tribunal considera que (por lo que respecta a las restricciones al derecho de voto) una diferencia de trato basada en tales motivos persigue un objetivo legítimo y que existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. La valoración que subyace en la conclusión del Tribunal según la cual las interferencias con el derecho al voto de la hija de la demandante estaban justificadas en virtud del artículo 3 del Protocolo n. 1 tomó en consideración el estatuto especial de la hija de la demandante (es decir, el hecho de que se había modificado el grado de su capacidad jurídica). Estas consideraciones son igualmente válidas en el contexto del artículo 14 y, aun suponiendo que pueda entenderse que la hija del solicitante se encuentra en una situación comparable a la de otras personas cuya capacidad jurídica no ha sido modificada, justifican la diferencia de trato denunciada”³.

En conclusión, entiende el Tribunal que no ha habido violación ni del artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1, ni del art. 1 del Protocolo núm. 12.

Esta misma doctrina se consolida en la posterior Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección⁴), de 15 febrero 2022 (TEDH 2022\21) en el “Caso Anatoliy Marinov v. Bulgaria” si bien en este caso la privación del derecho de voto debido a una orden de tutela parcial basada en la discapacidad mental del demandante sin revisión judicial individualizada de la capacidad de voto se considera desproporcionada.

En opinión del Tribunal: “[55]. El Tribunal ya ha admitido que se trata de un ámbito en el que, en general, debe concederse un amplio margen de apreciación al legislador nacional para determinar si las restricciones al derecho de voto pueden justificarse en los tiempos actuales y, en caso afirmativo, cómo debe lograrse un justo equilibrio. En particular, debería corresponder al legislador decidir qué procedimiento debe adoptarse a fin de evaluar la aptitud para votar de las personas con discapacidad mental (véase “Alajos Kiss”, antes citada, § 41). El Tribunal señala que no existen pruebas de que el legislador búlgaro haya intentado ponderar los intereses contrapuestos o apreciar la proporcionalidad de la restricción en su estado actual (véase, mutatis mutandis, y en relación con el legislador húngaro, “Alajos Kiss”, antes citada, § 41), y abrir así la vía para que los órganos jurisdiccionales realicen un análisis particular de la capacidad del demandante para ejercer el derecho de voto, independientemente de la decisión de someter a una persona al régimen de tutela. Se ha señalado anteriormente que el Gobierno no ha demostrado que la práctica judicial interna permita la posibilidad de levantar la restricción del derecho de voto de una persona en los casos en que esa persona siga privada de su capacidad jurídica. Además, parece que tal posibilidad no se ajustaría al marco jurídico interno (véase el apartado 27 supra).

³ Traducción del inglés realizada por la autora.

[56]. En el presente asunto, el demandante perdió su derecho de voto como consecuencia de la imposición de una restricción automática y general del derecho de voto de las personas bajo tutela parcial (sin poder acceder a una evaluación judicial individualizada de su aptitud para votar); esto lo colocó en una situación similar a la del demandante en el caso “Alajos Kiss” (antes citado, y en contraste, “Strøbye y Rosenlind”, §§ 113 y 120, y Caamaño Valle § 71, ambos citados anteriormente, donde el Tribunal señaló que no había habido una restricción general del derecho de sufragio y que se había producido una revisión judicial individualizada). Por consiguiente, el demandante puede alegar ser víctima de una medida incompatible con los principios establecidos pertinentes (véase, en particular, el apartado 49 supra). El Tribunal no puede vaticinar si el demandante hubiese sido privado del derecho de voto, incluso si se hubiera impuesto una restricción más limitada de los derechos de las personas que sufren de una discapacidad intelectual, de conformidad con los requisitos del artículo 3 del Protocolo n. 1 (véase “Alajos Kiss”, antes citada, § 43).

[57]. El Tribunal reitera que el tratamiento como una sola clase de todas las personas con discapacidad intelectual es una clasificación cuestionable, y la restricción de sus derechos debe estar sujeta a un escrutinio estricto (ibíd., párr. 44). Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia concluye que la supresión indiscriminada del derecho de voto del demandante -sin un control jurisdiccional individualizado y únicamente sobre la base del hecho de que su discapacidad intelectual requería su tutela parcial- no puede considerarse proporcionada al objetivo legítimo de restringir el derecho de voto, como ha propuesto el Gobierno (véase el párrafo 52 supra)⁴.

2.1.2. Sobre el derecho a contraer matrimonio

Esta cuestión fue objeto de discusión en la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 octubre 2018 (JUR 2018\310015) (Application n. 37646/13) “Caso Delecoble contra Francia”. En este caso, M.S. con un ligero deterioro cognitivo había solicitado autorización (debido a la restricción de su capacidad jurídica) para casarse. Esta solicitud había sido rechazada por el juez de la tutela. Entiende el TJUE que no se había producido ninguna violación del artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) de la Convención, teniendo en cuenta el margen de apreciación concedido a las autoridades nacionales y el hecho de que las restricciones al derecho del demandante a contraer matrimonio no habían limitado o reducido ese derecho de manera arbitraria o desproporcionada.

“[54]. En primer lugar, el Tribunal señala que las personas bajo supervisión no se ven privadas del derecho a contraer matrimonio. En cambio, su derecho a contraer matrimonio está sujeto a una autorización previa, debido a la restricción de su capacidad jurídica, que es uno de los motivos materiales cuya pertinencia reconoce la jurisprudencia.

[55]. El Tribunal de Primera Instancia señala que, en el presente asunto, la imposición de una orden de vigilancia al demandante corresponde a las exigencias establecidas en la jurisprudencia del Tribunal (véase “Lashin v. Rusia”, n. 33117/02, § § 80-81, de 22 de enero de 2013). De hecho, se presentaron dos informes médicos especializados antes de que se impusiera la medida (...).

[56]. Por lo que respecta a la decisión posterior por la que se deniega el derecho de la demandante a contraer matrimonio, ésta fue adoptada en primer lugar por el supervisor, tras oír tanto a la demandante como a M.S. (véase el apartado 11 supra). A continuación, el juez de la tutela resolvió, tras una investigación social, en la que se puso de relieve un interés económico en el centro de un importante litigio familiar que aparentemente había supuesto no valorar con rectitud los intereses y el bienestar del demandante y, en segundo lugar, con base en un examen psiquiátrico (véanse los apartados 12 a 17 supra). El psiquiatra designado por el juez consideró que el demandante sufría trastornos intelectuales y, aunque llegó a la conclusión de que el solicitante tenía capacidad para consentir en el matrimonio, lo consideró incapaz de hacer frente a las consecuencias de su consentimiento en su esfera patrimonial.

⁴ Traducción del inglés realizada por la autora.

[57]. El Tribunal de Primera Instancia señala que, basándose en estos dos informes y después de escuchar al demandante, el juez de la tutela denegó el derecho a contraer matrimonio del demandante, alegando que tal medida no redundaba en su interés. Además, señala que la resolución dictada el 24 de junio de 2010 está plenamente motivada y que el demandante pudo interponer un recurso contra ella. La sentencia del Tribunal de Apelación de París, también motivada, se dictó a raíz de una vista en la que el demandante, que estaba presente y acompañado por su abogado, pudo presentar alegaciones.

[...]

[60]. El Tribunal considera que tanto las disposiciones legales impugnadas como la negativa en el presente caso a autorizar el matrimonio del demandante están comprendidas en el margen de apreciación concedido al Gobierno demandado. A diferencia de las situaciones en las que se priva a los particulares del derecho a contraer matrimonio en cualquier circunstancia (véase, por ejemplo, la sentencia “Christine Goodwin”, antes citada, § 103), la obligación impuesta al demandante de solicitar una autorización previa para su matrimonio se basaba en el hecho de que estaba sujeto a una medida previa de protección legal, es decir, una orden de supervisión reforzada. En consecuencia, las autoridades disponían de un margen de apreciación que les permitía conceder a la persona una protección eficaz en función de las circunstancias y, por lo tanto, anticiparse a las consecuencias que pudieran ser perjudiciales a sus intereses. Por lo que respecta al artículo 460, apartado 1, del Código Civil, el Tribunal señala que esta disposición salvaguarda efectivamente el derecho a contraer matrimonio, confirmado por el Consejo Constitucional. Es cierto que se establecen algunas restricciones. Sin embargo, el Tribunal observa que dichas restricciones están debidamente reguladas, con recursos en virtud de los cuales las restricciones al derecho a contraer matrimonio pueden ser objeto de revisión judicial, en el marco de procedimientos contradictorios. Esta fue precisamente la situación del demandante en el caso de autos, que hizo uso de las vías de recurso previstas en el Derecho interno y pudo, así, presentar alegaciones en el marco de un procedimiento contradictorio para impugnar la decisión impugnada (véanse los apartados 62 y 63 supra). Además, como ha señalado el Consejo Constitucional, el sistema de control tiene por objeto proteger los intereses del supervisado y promueve en la medida de lo posible su autonomía (decisión nº 2012-260 QPC, antes citada, § 5)⁵.

En consecuencia, el Tribunal considera que las restricciones al derecho del demandante a contraer matrimonio no limitaron ni redujeron dicho derecho de manera arbitraria o desproporcionada. Por lo tanto, no hubo violación del artículo 12 de la Convención.

No obstante, la Sentencia cuenta con el voto particular del Juez Nussberger para quien es cierto que no debe subestimarse el riesgo de que una persona con un “trastorno cognitivo leve”, “fragilidades psicológicas” y “cierto grado de vulnerabilidad” (véase el apartado 9 de la sentencia) sea explotada por terceros, en particular cuando dicha persona es un gran propietario. Ahora bien, una medida restrictiva adoptada contra la voluntad del interesado no debería, en su opinión, ir más allá de lo estrictamente necesario. Aunque el contenido del artículo 460, apartado 1, del Código Civil es inobjetable como tal, su aplicación en las circunstancias del presente caso, que dio lugar a la prohibición del matrimonio, es desproporcionada. En su opinión, la medida en cuestión es más paternalista que protectora, lo que es incompatible, a su juicio, con el artículo 12 interpretado a la luz del artículo 8.

2.1.3. Sobre el internamiento de las personas con discapacidad

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del art. 3 (prohibición de la tortura), pero también del art. 5 §1 (e) (derecho a la libertad y la seguridad) ha tratado la situación del internamiento obligatorio en una institución especializada de personas que sufren enfermedades mentales⁶. Esta doctrina

⁵ Traducción del inglés realizada por la autora.

⁶ Branko, L., “The Rights of Persons with Disabilities in the Case-law of the European Court of Human Rights”, *Europe of Rights & Liberties*, 2021(1) 3, pp. 6-19.

jurisprudencial está en consonancia con las opiniones del Comité de las Naciones Unidas (que ha venido repitiendo que los Estados parte deben derogar aquellas disposiciones legales que permitan el ingreso involuntario de las personas con discapacidad en instituciones de salud mental, puesto que ello iría en contra de la capacidad jurídica de la persona para decidir sobre el tratamiento y la admisión en un hospital o institución sanitaria con violación de los arts. 12 y 14)⁷.

En “Stanev v. Bulgaria” Sentencia TEDH (Gran Sala), de 17 enero 2012 (JUR 2012\14338) (Application n. 36760/06) el Tribunal reiteró la doctrina según la cual una persona no puede ser privada de su libertad por no encontrarse en su sano juicio, a menos que se cumplan las tres condiciones mínimas siguientes: 1. Se debe demostrar fehacientemente, mediante una prueba pericial médica, que el individuo no se encuentra en su sano juicio; 2. El trastorno mental de la persona debe ser de tal naturaleza que justifique la obligatoriedad del confinamiento porque la persona necesita terapia, medicamentos u otro tratamiento clínico [para curar o aliviar] su condición; 3. El trastorno mental, verificado por pruebas médicas objetivas, debe persistir durante todo el período del internamiento (párrafo 145).

2.1.4. Sobre las salvaguardas legales en los supuestos de privación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad

En el Caso “Ivinovic v. Croacia”, Sentencia TEDH (Sección1ª), de 18 septiembre 2014 (TEDH 2014\57) concluye el Tribunal que se ha producido una violación del art. 8 del Convenio puesto que la regulación legal del procedimiento de incapacitación no permitía un examen exhaustivo de las circunstancias concretas del caso.

Según se hace constar en la Sentencia (§38) “(e)l Tribunal opina que privar a un individuo de su capacidad jurídica, incluso parcialmente, es una medida muy severa que debería reservarse para circunstancias excepcionales (véase *mutatis mutandis*, X e Y contra Croacia, núm. 5193/09, apartado 91, 3 de noviembre de 2011). Teniendo en cuenta las graves consecuencias que tal medida puede tener en la vida privada de la demandante, el Tribunal considera que era necesario que los tribunales encargados del caso examinaran cuidadosamente todos los factores pertinentes para poder garantizar así el respeto de los requisitos del artículo 8 del Convenio”.

Además en cuanto a la persona que debe ostentar su representación (§ 45): “el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] reitera que, en los casos relativos a personas que padecen discapacidades mentales, se exige de los Estados que garanticen a estas personas una representación independiente que les permita poder formular sus agravios en virtud del Convenio ante un órgano judicial u otro órgano independiente (véase Centro de Recursos Jurídicos en nombre de Valentin Câmpeanu contra Rumanía [GS], núm. 47848/08, apartado 161, 17 de julio de 2014)”.

En atención a las circunstancias concurrentes en el caso, el Tribunal concluye que “a la hora de incapacitar legalmente, a título parcial, a la demandante, el procedimiento seguido por los tribunales nacionales no fue conforme con las garantías establecidas en el artículo 8 del Convenio. Por consiguiente, se ha producido una violación de esta disposición”.

En el caso A.N. v. Lithuania (Application n. 17280/08) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016\125822), el Tribunal apreció la existencia de una vulneración del derecho a un proceso equitativo del art. 6.1 de la

⁷ De acuerdo con la Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “40. El respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados parte deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso”.

Convención. El demandante, con un historial de enfermedad mental, alegó que había sido privado de su capacidad jurídica sin su participación o conocimiento en el procedimiento y que una vez privado de la misma, no había podido demandar para el restablecimiento de dicha capacidad. Su madre había sido nombrada como su tutora. El tribunal entendió que se había producido una violación del art. 6.1 porque el demandante había sido privado de su oportunidad de acceder a un tribunal en relación con el procedimiento de incapacitación y en especial, respecto a la posibilidad de solicitar el restablecimiento de su capacidad. Entendió, asimismo, que no existían salvaguardas legales para la privación de la capacidad de la persona con discapacidad. Además, se entendió que se había vulnerado el art. 8 de la Convención en relación con la interferencia con el derecho del demandante al respeto de su vida privada, puesto que se le había hecho totalmente dependiente de su madre, como su tutora, en casi todos los ámbitos de su vida. Las autoridades nacionales fallaron a la hora de tomar en consideración la forma o el grado de su enfermedad mental para privarle de su capacidad jurídica. El tribunal nacional no tuvo la oportunidad de examinar al demandante y confió totalmente en el testimonio de la madre y en el informe del médico a la hora de tomar su decisión. Además, el tribunal europeo entendió que había una interferencia con el derecho al respeto a su vida privada que era desproporcionada con el fin legítimo perseguido.

Sobre esta problemática se pronuncia asimismo la Sentencia TEDH (Sección 3ª), de 18 mayo 2021 (TEDH 2021\78), “Caso M.K. v. Luxemburgo”.

En este caso se trataba de una mujer de 90 años, hija única y soltera cuya capacidad jurídica había sido modificada judicialmente quedando sometida a un régimen de curatela. Se trata de valorar si tal injerencia en el ámbito de autodeterminación de la demandante era adecuada y se daba el justo equilibrio entre el respeto de la dignidad y la autodeterminación de la demandante y la necesidad de proteger y salvaguardar sus intereses.

El Tribunal declara que no ha habido violación del art. 8 del Convenio con base en las siguientes argumentaciones:

[62]. El Tribunal recuerda que privar a una persona de su capacidad jurídica, incluso parcialmente, es una medida muy grave que debería reservarse a circunstancias excepcionales (*Ivinović*, citada, ap. 38). Sin embargo, inevitablemente deberá dejarse margen de apreciación a las autoridades internas que, debido a su contacto directo y continuo con las fuerzas vivas de su país, en principio se encuentran mejor situadas que una jurisdicción internacional para valorar las necesidades y las condiciones locales (*Maurice contra Francia [GS]*, núm. 11810/2003, ap. 117, TEDH 2005 IX). Este margen variará en función de la naturaleza del derecho del Convenio en cuestión, de su importancia para el individuo y de la naturaleza de las actividades restringidas, así como del fin perseguido por las restricciones. El margen tenderá a ser más estrecho cuando el derecho en juego sea crucial para el goce efectivo por el individuo de los derechos íntimos o esenciales (*A.-M.V. contra Finlandia*, citada, ap. 83).

[63]. Las garantías procedimentales de las que dispone el individuo serán particularmente importantes para determinar si el Estado acusado se mantuvo en los límites de su margen de valoración. En particular, el Tribunal deberá examinar si el proceso de decisión que conduce a las medidas de injerencia fue equitativo y capaz de asegurar el respeto de los intereses garantizados al individuo por el artículo 8 (*ibidem*, ap. 84, y referencias citadas).

[...]

[66]. A continuación, en el marco de las decisiones que dictaron, los Jueces se preocuparon de oír en su momento a la demandante y de realizar un examen concreto de los hechos. Así, particularmente, el Tribunal de Apelación analizó la situación personal y patrimonial de la demandante (apartado 28 *supra*) tras haberse basado en el hecho de que la asistente social había «emitido dudas en cuanto a la capacidad [de la demandante], tenido en cuenta su edad y cierta debilidad para adoptar decisiones y se [había] preguntado si no era frágil, fácilmente influenciado y manipulable» (apartado 27 *supra*). Asimismo, tenía a su disposición la decisión del Juez de primera instancia que había visto a la demandante y

había señalado que esta, a solicitud de S., había iniciado la constitución de dos sociedades comerciales sobre las que no se encontraba en disposición de precisar su objeto comercial. El primer Juez había añadido que había perdido su sentido crítico en lo concerniente a las facturas en relación con los trabajos y cuidados encargados por S. (apartado 18 supra).

[67]. Ciertamente, el Tribunal no subestima el impacto que debieron tener los diferentes procedimientos sobre la vida privada de la demandante y no ignora las complicaciones, incluso los sufrimientos que implican, inevitablemente, las diligencias y medidas impuestas. Sin embargo, estima que las autoridades judiciales procedieron a una valoración profunda de la situación de la demandante, quien se vio implicada, por su participación personal, en el examen del asunto. Se esforzaron en alcanzar un equilibrio entre el respeto de la dignidad y la autodeterminación de la demandante y la necesidad de protegerla y salvaguardar sus intereses de la vulnerabilidad que estimaban haber identificado en ella, a partir de su impresión de que ignoraba la redacción y el alcance de las decisiones adoptadas en su nombre (apartado 18 supra). La interferencia, en definitiva mínima en la escala de las medidas posibles, es proporcionada y adaptada a su situación individual, ajustándose al objetivo legítimo de proteger su bienestar en sentido amplio (véase, *mutatis mutandis*, A.-M.V. contra Finlandia, citada, ap. 90)".

En consecuencia, admite el Tribunal que la injerencia permaneció en los límites del margen de apreciación de que disponían las autoridades judiciales en este asunto.

Con posterioridad, en la Sentencia TEDH de 16 de noviembre de 2021 Caso "N. v. Romania (No. 2)" (JUR 2021\350664) (Application n. 38048/18), Rumanía fue condenada por una violación del artículo 8 del Convenio en relación con la regulación en este país del procedimiento relativo a la privación de capacidad jurídica.

Por una parte, N. impugnó las medidas relativas a su incapacidad legal y, por otra, se opuso a la forma en que se había producido el cambio de tutor legal. El Tribunal ha venido entendiendo en reiteradas sentencias que la privación de la capacidad jurídica constituye una grave injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de una persona, protegido por el artículo 8 del Convenio. Esta injerencia puede permitirse en virtud del Convenio, siempre que se cumplan las condiciones del párrafo 2 del artículo 8.

Al examinar si la medida de incapacidad jurídica plena era necesaria y si la ley que establecía dicha incapacitación como medida general era compatible con los requisitos del Convenio, el Tribunal señala tres cuestiones. En primer lugar, el marco legislativo nacional no dejaba a los jueces ni a los expertos forenses margen alguno para una evaluación individualizada de la situación del demandante. El Código Civil rumano distingue entre plena capacidad e incapacidad total, pero no prevé una situación intermedia. En segundo lugar, se señala que el Tribunal Constitucional rumano ha dictaminado que las disposiciones legislativas aplicables no ofrecen garantías suficientes, ya que no tienen en cuenta el hecho de que puede haber diferentes grados de incapacidad. Por último, el Tribunal llama la atención sobre la decisión final del Tribunal Constitucional rumano en la que declaró que las disposiciones legales en cuestión eran inconstitucionales y violaban las obligaciones internacionales de Rumanía con respecto a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. A este respecto, el TEDH está de acuerdo con las conclusiones del Tribunal Constitucional rumano, que son coherentes con la jurisprudencia del TEDH. Debido a la falta de una respuesta adaptada en las disposiciones legales en el momento en que se adoptó la decisión relativa a la privación de su capacidad, los derechos del solicitante en virtud del artículo 8 del Convenio estaban restringidos por la ley nacional más allá de lo estrictamente necesario. En definitiva, no se respetó el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, el Tribunal considera que se ha producido una violación del artículo 8 de la Convención. El hecho de que el demandante no fuera escuchado en el procedimiento que condujo al nombramiento de un nuevo tutor también interfiere con el derecho del demandante al respeto de su vida privada. En el examen de esta cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entra a valorar si la medida era necesaria y proporcional al objetivo legítimo perseguido.

Así, el artículo 8 de la Convención no se refiere expresamente a requisitos procedimentales. No obstante, el proceso de toma de decisiones que conduzca a la adopción de medidas debe ser equitativo y garantizar el debido respeto de los intereses salvaguardados por el artículo 8. En este caso, el Tribunal no está convencido de que dicho procedimiento haya ido acompañado de garantías proporcionales a la magnitud de la injerencia y a la gravedad de los intereses en juego. En definitiva, no había garantías de que la salud actual del solicitante se evaluara y se tuviera debidamente en cuenta. En consecuencia con todo lo anterior, el Tribunal acordó unánimemente que se había violado el artículo 8 del Convenio con respecto a la declaración de incapacidad del solicitante y con respecto al cambio del tutor legal.

2.2. Ámbito español

2.2.1. Sobre la voluntad de la persona con discapacidad a la hora de proveer judicialmente medidas de apoyo

Desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio ha surgido un debate en torno a la cuestión de si es posible el establecimiento de medidas de apoyo a las personas con discapacidad contra su voluntad⁸. Este tema se planteó ya en la primera Sentencia del Tribunal Supremo que aplicó la Ley 8/2021 (Sentencia de Pleno de 8 de septiembre de 2021). En palabras del tribunal: “lo verdaderamente relevante es examinar si el contenido de las medidas y su adopción con la oposición expresa del interesado, se acomoda al nuevo régimen legal”.

En el caso de que se diese esta situación, desde el punto de vista procesal se prevé la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria⁹. Ello no obsta a que se puedan solicitar estas medidas mediante un procedimiento especial de carácter contradictorio,¹⁰ pudiendo el juez resolver conforme a las normas previstas al respecto en la legislación civil¹¹.

En opinión del Tribunal en la sentencia arriba citada: “En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato» (.).”.

Debe hacerse un análisis del caso, sobre todo en estas situaciones donde el propio desconocimiento de la enfermedad resulta determinante para que la persona rechace que se

⁸ Cfr. Calaza López, S., *et al.*, “Diálogo sobre la trascendencia real de la “voluntad, deseos y preferencias” de las personas con discapacidad en el ámbito judicial: ¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?, *Actualidad civil*, n. 3, 2023.

⁹ De acuerdo con el art. 42 bis b) LJV, n. 5: “La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes”.

¹⁰ Art. 756 LEC: “1. En los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo”.

¹¹ Art. 760 LEC: “Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables”.

le fijen medidas de apoyo. “En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”. Por lo tanto, se establece en la Sentencia la fijación de unas medidas de apoyo a favor de la persona de carácter esencialmente asistencial.

En la posterior STS 21 diciembre 2022 (RJ 2023, 356) los antecedentes de la misma son los que siguen: se interpone recurso de casación por la Sra. Sacramento, declarada "incapaz parcial" por sentencia judicial a instancias del Ministerio Fiscal antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal "para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica". Según lo previsto en la Disp. Trans. 6.ª de la Ley 8/2021, se debe aplicar el sistema de apoyos previsto en la citada Ley.

Conforme manifiesta el TS (F.J. 3º) con cita de la doctrina de la sentencia del Pleno, 589/2021, de 8 de septiembre: “La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación "curatela" no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas”.

A este respecto: “el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso”.

Continúa afirmando el Tribunal (F.J.4º) que en este caso en concreto, “la Sra. Sacramento niega que haya quedado acreditada la situación de necesidad que justifique la provisión de cualquier apoyo judicial al ejercicio de la capacidad jurídica, tanto en el ámbito personal como en el ámbito patrimonial”.

De nuevo se plantea en esta Sentencia la interpretación que deba darse al art. 268 CC en cuanto a la provisión de apoyos judiciales donde se debe atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. La aplicación de tal precepto implica que el órgano judicial debe tener en cuenta, en la medida de lo posible, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pero esto no significa que deba seguir siempre el dictado de estos.

En el caso concreto se entiende que la sentencia recurrida “no respeta los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran la regulación introducida por la Ley 8/2021 (arts. 249.I y 268 CC), no explica las razones por las que existe necesidad de un apoyo para "la toma de decisiones complejas" en el ámbito personal y patrimonial, ni determina los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (tal y como exige hoy el art. 269.II CC)”.

Continúa argumentando el Tribunal: “A pesar de que en estos procedimientos el juez goza de gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, no está exento de proceder a su justificación. Y en particular debe esmerar esa justificación cuando las medidas sean acordadas contra la voluntad manifestada por el interesado y supongan una afectación de los derechos fundamentales de la persona. En el caso, claramente la intimidad y su libertad, porque se autoriza al curador a tomar medidas para gestionar, supervisar y controlar las decisiones en el ámbito de la salud, el tratamiento farmacológico y el plan de alimentación”.

Se concluye, pues, “que la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primera instancia, ni concreta adecuadamente el alcance de la curatela que establece, ni explica suficientemente las razones por las que debe proveerse de un apoyo judicial, cuando de los hechos acreditados en la instancia no resulta que la negativa expresada por la Sra. Sacramento a

que se constituyan apoyos judiciales sea expresión de una voluntad patológica secundaria a la depresión o al trastorno de personalidad que padece”.

En la jurisprudencia que emana de las Audiencias Provinciales se puede observar cómo los tribunales adoptan medidas de apoyo aun en contra de la voluntad de la persona. Es el caso de la SAP Vizcaya 18 enero 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:185) donde se establece un régimen de curatela en oposición de la persona discapacitada al desautorizar el tribunal su voluntad por la falta de conciencia de la enfermedad. No obstante, como había manifestado su preferencia por un curador respecto a otro en caso de que se aplicase la medida de apoyo, el tribunal sí nombra curador a aquel que la persona beneficiaria prefirió, pese a considerarlo menos adecuado. También en la SAP Asturias 21 de febrero 2022 (ECLI:ES:APO:2022:371) se procede a la adopción de un régimen de curatelas representativas acordadas contra el deseo de la persona con discapacidad. Entiende el Tribunal que la oposición del interesado ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, debido a que es propio del trastorno la falta de conciencia de la enfermedad.

En el caso de la SAP Alicante 8 abril 2022 (ECLI:ES:APA:2022:885) el demandado había manifestado firmemente que no sufría la enfermedad que se le había diagnosticado ni necesitaba tratamiento. Es por ello que se decide mantener la designación del Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS) como curador para complementar el ejercicio de la capacidad jurídica de D. Horacio, asumiendo el curador funciones de supervisión y asistencia para determinados actos en su esfera personal y de representación para otros en el ámbito patrimonial.

La SAP Vizcaya 2 junio 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1668) no tiene tampoco en cuenta la voluntad de la beneficiaria de las medidas de apoyo al considerar probado que había sido manipulada para llegar a su decisión y que esta situación se debía a su enfermedad y deterioro cognitivo. Expone asimismo que es posible “no seguir la voluntad expresada por el discapaz si el propuesto como curador hubiera actuado como guardador de hecho y se hubiera conducido mal en el desempeño de tal apoyo”. En este caso, la existencia de un préstamo no saldado entre la persona propuesta como curador y la persona con discapacidad se entiende como constitutiva de conflicto de intereses¹².

Asimismo, la SAP Illes Balears 7 junio 2022 (JUR 2022, 298229) no tiene en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad debido a que “tiene una nula conciencia de enfermedad, no reconoce la necesidad de tratamiento ni la necesidad de ayuda de tercera persona para cumplirlo; es totalmente dependiente para temas relacionados con la salud, requiere supervisión constante de tercera persona para cumplir con el tratamiento y seguimiento de la enfermedad y tiene una alteración severa para tomar decisiones, que requiere que sean realizadas por tercera persona”. En consecuencia, se fija en la sentencia una curatela representativa para todos los temas relacionados con la salud y también para los actos de carácter patrimonial.

El rechazo de las pertinentes medidas asistenciales se explica también por su falta de aceptación de la enfermedad en la SAP Navarra 17 junio 2022 (JUR 2022, 264013): “Precisamente el que la afectada no desee que la situación asistencial se mantenga en sus términos actuales está implicado en su falta de aceptación de la enfermedad (...)”¹³.

¹² Sobre la situación de conflicto de intereses vid. asimismo SAP Granada 2 marzo 2022; SAP La Rioja 20 enero 2022; SAP Oviedo 13 abril 2022 en un supuesto de previsión por el sujeto de medidas de apoyo.

¹³ Crítico con este tipo de argumentaciones se encuentra Pallarés Neira, J., “El principio de consideración de los propios deseos de la persona con discapacidad”, Diario La Ley, n. 10117, 25 Julio 2022, a propósito de la SAP Toledo 14 marzo 2022: “No encontramos en la sentencia ninguna referencia a la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad. El tribunal dedica su atención a los testimonios de las hermanas de la recurrente, y a un informe forense más preocupado en sacar conclusiones generales (...). A juicio de legos, nos parece que hubiera sido más provechoso ayudar al tribunal a centrar su foco de atención en los déficits reales que puede presentar esa persona en concreto y alejarse de un concepto tan manido, como poco afortunado, de la falta de conciencia de la enfermedad y de generalizaciones (...)”.

2.2.2. Sobre el alcance de las medidas judiciales de apoyo

Como es sabido, a partir de la reforma, la curatela es una medida judicial de apoyo de carácter subsidiario. Esto significa que para adoptarse no debe existir otra medida de apoyo que cubra las necesidades de la persona con discapacidad, o bien porque no haya sido establecido por ella notarialmente o bien porque no exista un guardador de hecho que preste la pertinente asistencia.

Además, el curador ostentará facultades de representación de la persona de modo excepcional y para las concretas situaciones que se establezcan judicialmente. En aquellos supuestos en los que la curatela sea representativa, el curador debe solicitar autorización judicial en los casos fijados en el art. 287 CC, y que sean pertinentes conforme a la resolución judicial.

En la SAP Barcelona 22 marzo 2022 (JUR 2022, 170548) se nombra curatela asistencial para controlar la toma de medicación. Los antecedentes de hecho de esta sentencia son los siguientes: el Sr. Luis Andrés recurre en apelación la sentencia de primera instancia que modifica parcialmente su capacidad de obrar y nombra como tutor a una Fundación sin ánimo de lucro. Resulta de aplicación al caso la normativa específica en Cataluña, en concreto el art. 226-4 CCCat que “especifica el contenido de la Asistencia, figura de apoyo que a partir del Decreto Ley 19/2021 de 31 de agosto reemplaza en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares y que se aplicará con todo el abanico de facultades que la persona concernida puede necesitar, según recoge en su exposición de motivos. Dicho precepto en su apartado segundo obliga a concretar las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial (incluidos, de forma excepcional, los actos de representación, apartado 3), y en tanto los actos que lleve a cabo el asistido sin tal apoyo están sometidos al régimen de la anulabilidad (art. 226-5)”.

Se entiende que este caso en concreto procede constituir la asistencia (art.s 226-1 y siguientes del CCCat). “Dichos preceptos exigen que en la designación y en el ejercicio de las funciones de Asistencia se correspondan con la dignidad de la persona con respeto de sus derechos, voluntad y preferencias que deben ser tenidas en cuenta.

Conforme al art. 226-4,2 CCCat deben concretarse las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, por lo que debe darse mayor concreción a sus funciones. La sentencia recurrida ha considera (sic) que la Asistencia debe abarcar funciones que esta Sala considera que no son necesarias. No es necesario que el Asistente intervenga en la fijación del lugar de residencia ni en la gestión y administración de los bienes del recurrente”.

En este caso concluye el tribunal que la intervención del asistente debe limitarse al ámbito del cuidado de la salud y toma de medicación, incluso se prevé la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación.

En el mismo sentido en la SAP Zamora 29 septiembre 2022 (JUR 2022, 357122) se establece un régimen de curatela asistencial para controlar la toma de medicación. Ello puesto que: “una vez examinado todo lo actuado en el procedimiento, cabe señalar que no ha resultado acreditada la concurrencia en la persona del demandado y en el momento actual de circunstancias que lleven a la necesidad y a la justificación de adoptar una medida de apoyo con funciones representativas, habiendo mostrado su conformidad el apelante con la medida curatela asistencial para controlar la toma de medicación que le ha sido pautada”.

2.2.3. La curatela como medida judicial de apoyo

A) La fijación de un régimen de curatela representativa

Hay situaciones en las que el estudio de la realidad de la persona con discapacidad lleva al juez a descartar que la guarda de hecho sea la institución que pueda dar cobertura a las necesidades de la persona, por lo que lo procedente es el establecimiento de un régimen de curatela. La mera existencia de una situación de guarda de hecho no es suficiente para

rechazar el nombramiento de un curador. El juez debe valorar si la guarda de hecho existente es suficiente y adecuada para garantizar a la persona con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

Es el caso de la SAP Barcelona 20 julio 2022 (JUR 2022, 335850). Es importante señalar que el nombramiento de un curador con funciones representativas se considera en este caso como una medida más adecuada para la persona con discapacidad que disponía de un patrimonio más complejo y en cuya gestión encontraban dificultades los guardadores de hecho¹⁴. Subyace, pues, ciertos problemas de seguridad jurídica que plantea la guarda de hecho. Aunque la misma está dotada de una gran funcionalidad práctica, el ámbito de actuación del guardador queda pendiente de ser perfilado, sobre todo en el ámbito patrimonial, en atención a la parquedad de la regulación legal y a la escasa jurisprudencia existente hasta la fecha.

En el Derecho catalán, según se interpreta en la sentencia, el guardador de hecho tiene limitadas sus funciones, definidas en la ley, en el ámbito personal, se limitan al deber de "cuidar", en un contexto claramente asistencial de acompañamiento y cuidado personal, de apoyo en las decisiones en el ámbito de la salud y en otros ámbitos como puede ser el laboral, pero no permite asumir decisiones en estos ámbitos¹⁵.

¹⁴ Cfr. López Courchoud, C., "El guardador de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad y su relación con las entidades bancarias", *Diario La Ley*, n. 10329, 17 de Julio de 2023. La autora señala las incertidumbres jurídicas que plantea la aplicación de la Ley 8/2021 fundamentalmente desde el punto de vista bancario y que, en su opinión, se encuentran sin resolver. Conforme establece el art. 264 CC en su párrafo 3º: "No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar". En su interpretación surgen muchos interrogantes, en palabras de la autora: "¿qué facultades bancarias puede o debe permitir el banco llevar a cabo al guardador de hecho en nombre y representación de la persona discapacitada?; ¿abrir una cuenta corriente?, ¿disponer del dinero depositado en dicha cuenta corriente? ¿y qué cuantía puede disponer?, ¿una cuantía diaria, semanal, mensual?". Además, también se plantea el problema de la acreditación de la condición de guardador de hecho. En el escrito de conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas de las Secciones de Atención a Personas con Discapacidad y Mayores, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 (<https://www.fiscal.es/documents/20142/2089da7f-1084-179c-1b18-3f5ad3b7f179>) señala que: "La acreditación de este extremo podrá hacerse mediante las distintas pruebas documentales (certificado de empadronamiento u otros que acrediten la convivencia), testificales, etc. La condición de vulnerabilidad de la persona que recibe el apoyo derivada de las limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá hacerse mediante la exhibición de las correspondientes certificaciones administrativas, certificados médicos o informes sociales expresivos de la discapacidad intelectual o del desarrollo, o trastornos de salud mental que presente la persona, y su incidencia en la capacidad de decisión. Otra posibilidad de acreditar ante organismos públicos y privados dicha relación, será la propia voluntad de la persona (siempre que pueda expresarla), manifestada ante notario reconociendo al guardador de hecho mediante un acta de notoriedad, u otorgándole poderes. También se ha de tener en cuenta la eventualidad de que una guarda de hecho pueda ser objeto de anotación preventiva registral (art. 40 de la Ley 20/2011, de 21 de Julio, del Registro Civil). Aunque dicha anotación no tiene valor probatorio, puede ser de utilidad. La guarda de hecho que por alguna decisión judicial haya tenido acceso al Registro (por ejemplo, al establecer salvaguardias judiciales), informa de su existencia en un determinado momento. En el mismo sentido, realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó".

¹⁵ La guarda de hecho es una institución vigente también en el Derecho aragonés. Según se hace constar en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo: "La guarda de hecho (Capítulo. VII) es definida por las notas de iniciativa propia y transitoriedad en el hecho de ocuparse de la guarda de una persona y, desde el punto de vista subjetivo, por la posibilidad de que el guardador sea persona física o jurídica y el guardado necesariamente menor o incapacitado que se encuentren en situación de desamparo, o persona que podría ser incapacitada. El guardador está obligado a poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal, y la autoridad judicial cuenta con las

Las hijas de la persona con discapacidad ponen de manifiesto los continuos problemas a los que se enfrentan en su situación legal de guardadoras de hecho en la gestión de los asuntos bancarios y para la buena gestión de los inmuebles, algunos arrendados.

A juicio del tribunal, las guardadoras de hecho “no pueden adoptar con plena cobertura legal y seguridad jurídica decisiones sobre los aspectos de la vida diaria, sobre temas o tratamientos médicos u otros que exigen facultades representativas y en el ámbito patrimonial estimamos insuficiente también las funciones del guardador de hecho que deberá acudir a la autoridad judicial para realizar cualquier acto de administración extraordinaria, más allá de los previstos para un asistente con facultades representativas, generando una litigiosidad excesiva, contraria a la tendencia de desjudicialización pretendida por el legislador”.

En el caso de la SAP Álava 14 septiembre 2022 (JUR 2022, 20866) la sentencia de instancia rechaza la medida de apoyo judicial solicitada por la demandante, considerando suficiente la guarda de hecho que ejerce Sacramento respecto de su esposo, que se ha mostrado eficaz, duradera en el tiempo y que ha cumplido con la finalidad pretendida por la Ley.

Sin embargo, a juicio del tribunal de apelación: “El juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador”.

En opinión del tribunal, “(e)n casos como el presente es necesaria una medida de apoyo y el nombramiento de un curador con carácter representativo, que una persona de su entorno se ocupe de D. Artemio y pueda suplir su voluntad. Estamos ante un supuesto de carácter extraordinario en el que es necesaria la representación, la discapacidad afecta a la capacidad de obrar y a la capacidad de decisión”.

Asimismo, en la SAP Madrid 18 octubre 2022 (JUR 2022, 375184) se nombra un curador con funciones representativas debido a la enfermedad persistente, crónica y permanente de la persona que determina su incapacidad para administrar y disponer de sus bienes. Es función del curador la de administrar sus bienes y hacer seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter. Se designa al AMTA (Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid). La sentencia de instancia había establecido la incapacitación con nombramiento de tutor en la referida institución.

En la misma línea en la posterior SAP Madrid 16 diciembre 2022 (JUR 2023, 27677) se constituye una curatela como medida formal de apoyo legal (a tenor de los artículos 250 párrafo 5 del Código civil) sin perjuicio de la legitimación de las partes interesadas para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas establecidas en aplicación de la normativa legal vigente.

necesarias facultades para requerir información y establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

La institución de la Junta de Parientes, de actuación tan frecuente y útil en el Derecho aragonés, ha permitido, en relación con la guarda de hecho, reconocer la validez de ciertos actos del guardador cuando, en el ámbito de la administración de los bienes, son necesarios. Si la Junta de Parientes declara que es necesario el acto de administración realizado en representación del guardado, este será válido. Los actos no necesarios serán anulables, salvo que hayan redundado en utilidad de la persona protegida”.

B) Sobre el nombramiento del curador

En el caso de que la persona hubiese designado curador ante notario, o hubiese excluido a algunas personas de dicho cargo; el juez debe respetar esa voluntad, aunque puede apartarse de ella mediante decisión motivada en los supuestos establecidos en la ley (art. 272 CC). También la propia persona puede establecer notarialmente que alguien en particular designe a su curador.

Pueden ser curadores las personas mayores de edad que el juez considere aptas para su función. Asimismo, pueden ser curadores las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines esté la promoción de la autonomía y asistencia a personas con discapacidad.

La ley prevé que pueda haber más de un curador, en este caso, corresponde al juez establecer el modo de funcionamiento de la curatela (salvo que lo haya estipulado la propia persona con discapacidad).

La SAP Madrid 21 enero 2022 (ECLI:ES:APM:2022:500) no considera para ser excluido que la gestión del curador llevase a la curada a una posición de deudora por la cuantía de 10.000€ frente a su anterior residencia. Según argumenta el Tribunal: “Las razones señaladas por el informe pericial no son suficientes a juicio de esta Sala para prescindir de la voluntad de D^a Brigida. No se discute que el Sr. Victorio gestionó una residencia privada, que no pagó, adeudando 10.000€; deuda que deberá ser satisfecha. Pero en todo caso, debe prevalecer la voluntad clarísima de la Sra. Brigida y la relación de afecto existente entre ambos y que más allá de que el apelante pueda tener un discurso grandilocuente, en el ejercicio de su función debe estar controlado por el Juzgado, no apreciando esta Sala interés espurio en asumir la curatela, cuando las pensiones que percibe la Sra. Brigida no son elevadas”. Esta sentencia está en línea con el necesario respeto a la voluntad de la persona conforme a las directrices marcadas por la Ley 8/2021.

En la SAP Valencia 9 febrero 2022 (ECLI:ES:APV:2022:415) la persona con discapacidad es hijo de unos padres que se habían divorciado habiéndose atribuido la guarda y custodia de los hijos menores en ese momento a la madre. El hijo discapacitado ha convivido, pues, con su madre, quien se ha ocupado de todas sus necesidades. Ello hace que sea de aplicación lo establecido en el artículo 276 del CC, según el cual, a falta de propuesta por la persona que necesite las medidas de apoyo, se nombrará como curador (3^o) al progenitor o, en su defecto, ascendiente, y si fueren varios, como en el caso enjuiciado, se preferirá al que conviva con la persona que precise el apoyo. Además, el padre fue condenado por delito de abandono de familia por lo que, en opinión del tribunal “quien no ha cumplido con la más elemental de las obligaciones que para con un progenitor establece, no ya la ley, sino el Derecho Natural, no puede considerarse persona idónea para el cargo de curador”.

Por su parte, la SAP Granada 2 marzo 2022 (ECLI:ES:APGR:2022:686) ofrece interés desde el punto de vista de la designación del curador y en especial, sobre la conveniencia o no de una curatela mancomunada. Aprecia el tribunal que existe un conflicto de intereses debido a la situación de que una de las personas propuestas como curadora se había trasladado a vivir a la vivienda de la persona con discapacidad, su madre, sin establecerse una compensación económica.

Según se establece en la sentencia: “con arreglo al art. 275 del Código Civil, no pueden ser curadores quienes tengan conflicto de intereses con la persona que precise de apoyo, estableciendo el art. 276, que, en caso de que la persona discapacitada no hubiera propuesto a nadie con anterioridad y tenga que designarse a uno de los hijos o descendientes será preferido el que conviva con ella, y en defecto de los hijos a quien estuviera actuando como guardador de hecho; mientras que el art 277 prevé que se puede nombrar más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican, y que, en particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes.

Esta última opción, sin embargo, la descartamos, en línea con lo que señala el Tribunal Supremo núm.706/2021, de 19 de octubre, porque una curatela mancomunada, dadas las malas relaciones existentes entre los hermanos, abocará a predecibles enfrentamientos

entre ellos, que entorpecerán la unidad de actuación que requiere el ejercicio de un cargo de tal naturaleza; e igualmente descartamos la curatela institucional, cuya única motivación estaría precisamente en el enfrentamiento entre los hijos”.

La SAP Barcelona 4 mayo 2022 (ECLI:ES:APB:2022:4815) no tiene en cuenta la voluntad de una madre de que sus hijos y marido se ocupasen de sus gestiones en un futuro ya que, a la hora de acordar las medidas de apoyo, su cónyuge había fallecido y sus hijos se encontraban en una clara situación de enemistad.

Conforme preceptúa la sentencia: “(..) En el caso de que la persona no pueda expresar su voluntad y preferencias y no haya designación notarial, como ocurre en este caso, pues el documento presentado es un poder preventivo no una escritura de delación voluntaria, la designación del asistente se ha de basar en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias de acuerdo con su trayectoria vital, sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan las personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso. En este sentido hay que tener en cuenta que la voluntad de la madre expresada en 2012 es que su esposo, ahora fallecido, y sus dos hijos de forma mancomunada se ocuparan de sus gestiones, lo que ahora no es posible por las diferencias importantes de criterio y la recíproca desconfianza que existe entre los dos hijos”.

Procede, en consecuencia, la aplicación del art. 222-10 CCCat que establece un orden de prelación establecido (art. 222-10) que puede alterarse en beneficio de los intereses de la persona asistida mediante resolución motivada.

La SAP Ourense 27 junio 2022 (ECLI:ES:APOU:2022:663) considera suficientemente motivado que debe ser la FUNGA y no el marido de la persona con discapacidad quien ostente una curatela representativa por el mero hecho de que creen inadecuada a la persona propuesta debido a que también se encuentra ingresada en la misma residencia y requiere otros cuidados de terceros.

También se pronuncia sobre el internamiento de la persona, medida que se ratifica por ser la misma beneficiosa y adecuada a la situación personal y socioeconómica de la persona con discapacidad.

Según la SAP Valencia 15 noviembre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:4099) debe preferirse la voluntad de la persona sometida a curatela a la hora de designar al curador pese a que esta persona fue condenada por un delito de obstrucción a la justicia por causas completamente ajenas a la relación con la persona a la que prestaría apoyos.

Según el artículo 275. 3 CC, la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. A juicio del tribunal, “en el presente caso, no se considera que los hechos por los que fue condenado (...) puedan suponer que no desempeñará bien la curatela (..). Pero es que además sobre todo ello debe pesar la voluntad de la recurrente, su única familia a la que quiere a la que ha dado poderes, ha instituido heredero y es con la única que tiene relación”.

En las dos sentencias que siguen también de la Audiencia Provincial de Valencia, tratándose de personas que sufren enfermedades mentales, se procede al nombramiento de un curador, para lo que se tiene en cuenta los deseos manifestados de la persona sujeta a este régimen.

En la SAP Valencia, 9 enero 2023 (ECLI:ES:APV:2023:140) se establece como medida de apoyo un régimen de curatela. El curador deberá realizar las funciones de prestar el apoyo necesario, en la forma que se indica:

-Asesoramiento: para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas, de sus ingresos, gastos etc.

-Supervisión: para seguimiento de pautas alimenticias

-Representación para administrar sus ingresos, excepto el dinero de bolsillo, y para realizar actos de carácter económico o administrativo complejos como préstamos, enajenaciones, donaciones, etc., para consentimiento de tratamiento médico psiquiátrico, para suministro de medicación psiquiátrica pautada.

Se designa curador al IVASS. “Del propio informe resulta que ha de establecerse la curatela, designando al IVASS para el cargo dado que deben respetarse las preferencias de la demandada, que manifestó no tener buena relación ni con su madre ni con sus dos hermanos”.

En esta segunda sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 enero 2023 (ECLI:ES:APV:2023:153) se procede, además, al nombramiento de varios curadores con distinción de funciones, en el ámbito personal y patrimonial.

En el caso, como la persona con discapacidad convive o tiene una relación cotidiana con su hija, procede designar a la misma como curadora, pero únicamente para prestar a la persona el apoyo que la misma necesita con relación al tratamiento médico (supervisión) que será ejercitado por dicha hija, llamada María Teresa.

“Con relación a los apoyos que necesita para las decisiones de carácter económico-jurídico-administrativo y contractual relevantes, el apoyo (con representación) habrá de ser prestado por su hermana D^a Custodia, respetando los deseos de la persona con discapacidad, y teniendo en cuenta, en concreto, las ideas delirantes de perjuicio que la misma padece, que engloban a su ex marido y a sus hijos, y concretamente con relación al reparto de bienes del matrimonio, que aún no se ha realizado y en el que no consta que se haya proporcionado información suficiente a D^a Raimunda, gestionando los bienes del ex marido, teniendo en cuenta que podrían darse intereses contrapuestos o generarse conflictos por percibirlo así D^a Raimunda, teniendo en cuenta también que la hermana se ofreció a desempeñar el cargo en el caso de que el Tribunal así lo decidiera.

2.2.4. Establecimiento de medidas de apoyo por la propia persona

Conforme se establece en el art. 255 CC, la propia persona “en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”. Únicamente cuando falten o sean insuficientes estas medidas de naturaleza voluntaria, y “a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

La SAP Barcelona 15 octubre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:12125) atiende al problema de que el otorgamiento del poder se produce después de la presentación de la demanda. En este caso, según el tribunal de apelación, tal poder no puede tenerse en cuenta. “(...) Si el art. 222-4,3 del CCC contempla la ineficacia de las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre su capacidad o desde que el Ministerio Fiscal inicia las diligencias preparatorias, con mayor razón hay que declarar la ineficacia de los poderes otorgados que en este caso confieren al hijo poderes absolutos, mucho más amplios que las facultades que pueden integrar un apoyo pues se mantienen incluso en caso de conflicto de intereses, lo que es claramente contrario al interés y necesidades de la persona afectada”. Se procede en el caso al nombramiento de una Fundación a la que se encomiendan las funciones de asistente conforme a la nueva normativa con el detalle exigido en el art. 226-4, 2 y 3 CCC.

En el caso de la SAP La Rioja 20 enero 2022 (ECLI:ES:APLO:2022:10), la propia persona, en previsión de su incapacidad, había designado en previsión de ser incapacitada judicialmente en un futuro, como tutora o, en su caso, curadora, y administradora de sus bienes a su hija doña Salome, y en el supuesto de que su hija hubiera premuerto o estuviese a su vez incapacitada, la sustituye por su otra hija doña Milagros. Esta voluntad debe ser respetada (cfr. art. 272 CC: “La propuesta de nombramiento y demás disposiciones

voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela”). La sentencia contiene cita de sentencias anteriores donde se refleja esa misma doctrina jurisprudencial referidas a la autotutela (anterior a la Ley 8/2021) sobre el carácter vinculante de la designación de tutor realizada por el interesado para atender a las necesidades futuras. Para apartarse de esta elección es preciso una resolución judicial motivada, en beneficio de la persona con discapacidad (sentencia 487/2014, de 30 de septiembre; sentencia 298/2017; sentencia 458/2018, de 18 de julio; así como la sentencia 465/2019, de 17 de septiembre). Ya referida a la nueva normativa es la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, que se ocupa del carácter vinculante de la designación de curador llevada a efecto por la persona interesada. En dicha resolución se hace constar que: “El artículo 234 del CC considerado como infringido precisamente señala que para el nombramiento de tutor se preferirá al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223 CC y es precisamente ello lo que procede, máxime cuando Dª... exteriorizó, en su momento, tanto notarial como judicialmente, de forma expresa, su voluntad de no ser sometida a una tutela institucional, ya sea ésta pública o privada. Lo dispuesto en los actualmente vigentes arts. 271 y 272 del CC, de aplicación al caso, conducen a la misma decisión (...)”.

En la SAP Barcelona 6 julio 2022 (JUR 2022, 283145) de la prueba practicada se concluye que el demandado no precisa medida legal de apoyo para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, ya que la persona afectada por la discapacidad puede dotarse asimismo de apoyos voluntarios. Considera el Tribunal que “(n)o toda discapacidad comporta la necesidad de adoptar una medida de apoyo. Solo en caso de ausencia o insuficiencia de voluntad y de entendimiento, puede ser precisa la medida de apoyo, pues en otro caso, la persona afectada por la discapacidad puede dotarse asimismo de apoyos voluntarios. Se impone en estos casos el máximo respeto a su voluntad y autonomía”.

En el mismo sentido se pronuncia la AP de Barcelona en su posterior sentencia de 20 de septiembre de 2022 (JUR 2022, 328656). Se entiende en este caso que no se precisan medidas de apoyo, puesto que no se han visto afectadas las facultades de la persona que ya había “otorgado poderes de administración y disposición muy amplios cuyo complemento o ampliación judicial no es ni necesaria (restringiríamos facultades) ni está justificada en base a la discapacidad que padece la demandada”.

En este caso la persona con discapacidad había otorgado poderes notariales a favor de su hija el 25-6-2020. Se trataba de poderes de administración y de disposición patrimonial muy amplios con inclusión de la cláusula de no extinción de los poderes por la “incapacidad sobrevenida”.

En el caso de la SAP Madrid, a 31 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:5189) la existencia de la guarda de hecho y de medidas voluntarias excluyen la necesidad de adoptar medidas judiciales de apoyo. En opinión del tribunal: “Es necesario ponderar para poder solucionar cada caso concreto, las directrices legales previstas en el artículo 268.1 CC (...). Sin olvidar el principio de intervención mínima y de respeto máximo a la autonomía de la persona. En el presente supuesto las limitaciones que en todos los ámbitos, personal y jurídico tiene doña Jacinta, todas sus necesidades se ven cubiertas por la adecuada y loable gestión que hace su hija doña Martina en la figura de guardadora de hecho que viene ejerciendo por deseo expreso de su madre recogidos en los poderes otorgados, el primero de 11 de julio de 2019, un poder amplio para realizar todo tipo de actos de disposición y representación en el ámbito patrimonial y el segundo, de fecha 7 de mayo de 2020, de autotutela en la que designa a doña Martina para la guarda y protección de su persona y sus bienes, hay que valorar que así lo acordó su madre encontrándose en plenas condiciones, por tanto en el presente supuesto se acredita que todas las limitaciones en todos los ámbitos en el personal, jurídico-económico- administrativo- contractual de doña Jacinta se encuentran debidamente cubiertas, porque las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas, sin que exista necesidad en la actualidad de judicializar la situación jurídica de doña Jacinta; sin perjuicio, de que en algún momento sea necesario presentar el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria como puede ser el caso de la venta de un inmueble”.

2.2.5. El necesario respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, en la determinación de los apoyos necesarios para su ejercicio, el juez debe tomar en consideración la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En esta línea, corresponde al órgano judicial hacer un análisis de la trayectoria vital de esta persona, sus valores y anticiparse a cómo aquella hubiese actuado de no encontrarse imposibilitada para ello. Se trata, sin duda, de una cuestión compleja y que representa un gran reto para los jueces.

Según se desprende de la SAP Oviedo 13 abril 2022 (ECLI:ES:APO:2022:1373) los poderes o mandatos preventivos, las escrituras en las que se fije una autotutela o una declaración voluntaria u otros medios con un mínimo de solemnidad formal conllevan una forma válida de conocer la voluntad en lo que a carga probatoria se refiere.

“(…) la Ley 8/2021 reformó el art.1732 del CC, que autorizaba a tener por terminado el poder otorgado con carácter preventivo por la resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancias del tutor, sustituyendo su redacción por otra en la que mantiene la vigencia de los mandatos preventivos en el supuesto de establecerse en apoyo del mandante una curatela representativa (ordinal 5º), lo que no significa su vigencia perpetua, pues su extinción viene regulada en el art. 51 bis, añadido por la Ley 8/2021 a la de LJV 15/2015, de acuerdo con el cual podrá promoverse la extinción del poder si el apoderado incurre en alguna de las causas previstas para la remoción del curador, tramitándose el expediente con audiencia del apoderado.

El poder otorgado por Doña Flor en el año 2.016 ya preveía su continuidad si la poderdante venía, en el futuro, necesitada de apoyos y dicho poder queda sujeto a las previsiones y régimen de la Ley 8/2021, (D.T. 3ª), luego no podía el Tribunal decretar su extinción sin más, aunque (es necesario dejar reseña de ello) no por eso se asume el alegato de la recurrente de que el tribunal de la instancia se excedió al valorar y enjuiciar el uso del poder por el apoderado, pues es su función velar por el interés del sujeto necesitado de apoyos estableciendo las medidas adecuadas y proporcionadas a su situación e interés”.

“(…) Con todo la cuestión es que, como ya expusimos, debe de revocarse la declaración de extinción del poder preventivo y, como consecuencia de su vigencia, dada su amplitud y que la curatela se establece para la administración y disposición del patrimonio, no queda sitio para ésta, pues ya se ha advertido sobre el carácter supletorio de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente respecto de las previstas anticipadamente por el propio sujeto de la medida (art. 269 párrafo 1 CC), hasta el punto de que en el supuesto de apoderamiento preventivo para todos los negocios del poderdante, en lo no previsto por éste, se aplicará supletoriamente el régimen de la curatela (art. 259)”.

El conflicto de intereses no es una causa para la extinción del poder (“el art. 259 del CC prevé el sometimiento del apoderado a las reglas aplicables a la curatela en lo no previsto en aquel poder, entre las que está la constitución de fianza (art. 284 CC), la confección de inventario (art. 285 CC), la concurrencia de autorización judicial previa para determinados negocios (art. 287 CC) o su aprobación (art. 289 CC)”.

No obstante, continúa afirmando el tribunal, que sí “puede y conviene al caso establecer la salvaguarda de rendición periódica de cuentas por el apoderado cada seis meses (art 292 CC), que podrá modificar el Tribunal de la instancia ampliándolo o reduciendo, en más remitirnos a las salvaguardas legales referidas de promoción por el Ministerio Fiscal y demás personas legitimadas del expediente para la extinción del poder preventivo (art. 51 bis LJV) o su modificación por el propio poderdante (art. 3) y de nombramiento de defensor judicial por los mismos legitimados en caso de apreciarse conflicto de intereses”.

Por otro lado, la persona que debe prestar el apoyo no debe sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas propias sino velar por el respeto a su “voluntad, deseos y preferencias”. Ahora bien, como afirma el Tribunal Constitucional: “(m)ás allá de esa actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad

decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder, como ya se ha dicho, a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial”¹⁶.

La SAP Ourense 22 noviembre 2022 (ECLI:ES:APOU:2021:711A) señala cómo el representante del paciente debe eliminar su criterio subjetivo, buscando cual sería la valoración de su representado acorde a lo que anteriormente le había indicado a él o a otros testigos, o acudir a sus creencias, valores, ideología, etc. En el presente caso se solicita autorización judicial para la vacunación contra el Covid-19 de Doña Blanca, persona bajo la tutela de su hija (que había rechazado la administración de la vacuna a su madre). En el caso se autoriza el suministro de la vacuna acordada en la resolución apelada, considerándola una medida médico-sanitaria necesaria, que tiende a proteger adecuadamente la salud de Doña Blanca, por su edad, situación pluripatológica y residencia en un centro privado y que se configura como la única medida eficaz para la protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave¹⁷.

Merece destacarse el fundamento jurídico 2º donde el tribunal expone sus argumentos en la interpretación de la prestación del consentimiento por representación en el ámbito sanitario.

F.J.2º: “En el ámbito de las decisiones sanitarias, en situaciones en que la persona carece de capacidad para consentir, por diversas razones, la ley permite que sea un tercero el que consienta. Así, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece, que se otorgará el consentimiento por representación en ciertos supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En los casos que el consentimiento lo otorgue el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, así se establece en el artículo 9.6, de la citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Es decir, la decisión no podrá apartarse de lo que, conforme a la evidencia científica de la que se disponga en cada momento e historial médico de la persona, sea objetivamente mejor para preservar su vida o salud.

¹⁶ STC (Pleno) 20 abril 2023 (ECLI:ES:TC:2023:38)

¹⁷ En la citada STC 38/2023, 20 abril el TC rechaza que la autorización judicial para vacunar del Covid-19 a una anciana enferma de Alzheimer, contra la voluntad de su hijo y tutor legal, vulnere su derecho a la integridad personal. En opinión del tribunal: “El precepto que legitima la injerencia en la integridad personal del paciente en el caso que nos ocupa, exige, en definitiva, una intervención judicial presidida por fines estrictamente tuitivos de los intereses de la persona afectada, sin que puedan prevalecer sobre estos, por estar fuera del ámbito de cobertura ofrecido por el precepto legal indicado, los intereses de terceros o los públicos, en particular el riesgo para la salud pública derivado de la propagación de una enfermedad infecto-contagiosa”. Por otro lado, se debe proceder a una ponderación de los beneficios y perjuicios: “en particular, tanto la decisión adoptada por la persona que presta apoyo como la resolución judicial que revisa dicha decisión han de estar basadas en argumentos que permitan considerar que el criterio adoptado es proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad, de acuerdo con las circunstancias concurrentes”.

La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del caso, siempre en favor del paciente y respetando su dignidad personal, de forma que, según indica el artículo 9.6 de la misma Ley "aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y al estado de necesidad". Por su parte el apartado 7 del mismo artículo 9 en su párrafo segundo indica que "el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento".

La expresada normativa se completa en Galicia con el artículo 6 de la Ley 3/2001, de consentimiento informado de Galicia, que a los efectos que aquí interesan "...señala que son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución, entre otras la del paciente incapacitado legalmente, en cuyo caso el derecho corresponde a su representante legal que habrá de acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del incapaz. Añade que "cuando a criterio del médico responsable, el incapacitado reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su capacidad. La opinión de este será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad".

Sobre la opinión del paciente habrá que examinar si existen instrucciones previas al mismo como documentos en que manifieste anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos que podía precisar en el futuro, y su destino final, a fin de que sea respetada en caso de no poder expresarla personalmente, y en caso de existir, esas instrucciones habrán de ser un criterio interpretativo muy importante, si ofrecen alguna indicación específica sobre su postura ante la vacunación o intervenciones médicas similares.

Si no existe documentación sobre la voluntad del paciente, los criterios sobre los que el representante deberá decidir según la doctrina científica serían:

1. Las valoraciones subjetivas del llamado a prestar el consentimiento por sustitución, han de ser rechazadas de manera general en el ámbito médico por el riesgo que conlleva la imposición a terceros de sus criterios particulares en la materia, sin ser divergentes de la opción médica indicada o, incluso, de la voluntad del paciente, al no ser el sustituto titular de los derechos sobre los que decide (vida y salud).
2. La valoración de la decisión que el paciente había adoptado, distinguiendo la voluntad expresada al representante o a testigos, de la voluntad que este considera que expresaría en atención a sus creencias, valores, ideología, etc., criterio que ha de tomarse con la debida cautela por las dificultades de la prueba testifical y la posibilidad de cambio de criterio sobrevenido que no se hubiera expresado ante testigos.
3. La ponderación prioritaria del mayor bienestar y la salud y la vida del paciente, en base a consideraciones objetivables. La decisión a adoptar debe ser la más respetuosa con el mayor beneficio para la salud y la vida del paciente según criterios médicos objetivados y socialmente aceptados. Es el criterio más objetivo, que busca el mayor beneficio para el paciente atendiendo los criterios de la *lex artis*, y establecido en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

El paciente podía, por tanto, adoptar decisiones contrarias a la indicación médica que le afecta (artículo 21 de la Ley) pero esa posibilidad no la tiene el sustituto o representante".

3. Índice de Sentencias citadas

1. Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH 17 enero 2012 (JUR 2012\14338)
STEDH 18 septiembre 2014 (TEDH 2014\57)
STEDH 31 de mayo 2016 (JUR 2016\125822)
STEDH 25 octubre 2018 (JUR 2018\310015)
STEDH 16 noviembre de 2021 (JUR 2021\350664)
STEDH 18 mayo 2021 (TEDH 2021\78)
STEDH 11 mayo 2021 (TEDH 2021\59)
STEDH 15 febrero 2022 (TEDH 2022\21)

2. Sentencias Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales

STC 20 abril 2023 (ECLI:ES:TC:2023:38)
STS 21 diciembre 2022 (RJ 2023, 356)
STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276)
SAP Madrid 31 marzo 2023 (ECLI:ES:APM:2023:5189)
SAP Valencia 9 enero 2023 (ECLI:ES:APV:2023:140)
SAP Valencia 9 enero 2023 (ECLI:ES:APV:2023:153)
SAP Barcelona 16 diciembre 2022 (JUR 2022, 170548)
SAP Madrid 16 diciembre 2022 (JUR 2022, 27677)
SAP Ourense 22 noviembre 2022 (ECLI:ES:APOU:2021:711^a)
SAP Madrid 18 octubre 2022 (JUR 2022, 375184)
SAP Zamora 29 septiembre 2022 (JUR 2022, 357122)
SAP Barcelona 20 septiembre 2022 (JUR 2022, 328656)
SAP Álava 14 septiembre 2022 (JUR 2022, 20866)
SAP Barcelona 20 julio 2022 (JUR 2022, 335850)
SAP Barcelona 6 julio 2022 (JUR 2022, 283145)
SAP Ourense 27 junio 2022 (ECLI:ES:APOU:2022:663)
SAP Navarra 17 junio 2022 (JUR 2022, 264013)
SAP Illes Balears 7 junio 2022 (JUR 2022, 298229)
SAP Vizcaya 2 junio 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1668)
SAP Barcelona 4 mayo 2022 (ECLI:ES:APB:2022:4815)
SAP Oviedo 13 abril 2022 (ECLI:ES:APO:2022:1373)
SAP Alicante 8 abril 2022 (ECLI:ES:APA:2022:885)
SAP Granada 2 marzo 2022 (ECLI:ES:APGR:2022:686)
SAP Asturias 21 febrero 2022 (ECLI:ES:APO:2022:371)
SAP Valencia 9 febrero 2022 (ECLI:ES:APV:2022:415)
SAP Madrid 21 enero 2022 (ECLI:ES:APM:2022:500)

SAP La Rioja 20 enero 2022 (ECLI:ES:APLO:2022:10)

SAP Vizcaya 18 enero 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:185)

SAP Valencia 15 noviembre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:4099)

SAP Barcelona 15 octubre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:12125)

LA SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES EN SEDE DE DISCAPACIDAD

Vanessa García Herrera
Prof. Titular de Universidad I URJC

Fecha de recepción: 26 de julio de 2022

Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2022

RESUMEN: El nuevo sistema de apoyos establecido en sede de discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio, supone el tránsito del antiguo sistema de tutela de autoridad a un modelo (modelo social) en el que se otorga prioridad absoluta a la voluntad de la persona. La supresión de la sustitución en la toma de decisiones, cuya finalidad última es lograr una desjudicialización de la discapacidad, es incoherente con la regulación de la curatela con facultades de representación y con la configuración de los poderes preventivos como medida de apoyo prioritaria.

ABSTRACT: The new support system established in the disability center by Law 8/2021, of June 2, supposes the transition from the old authority guardianship system to a model (social model) in which absolute priority is given to the will of person. The suppression of substitution in decision-making, whose ultimate purpose is to achieve a de-judicialization of disability, is inconsistent with the regulation of guardianship with powers of representation and with the configuration of preventive powers as a priority support measure.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, respeto a la voluntad de la persona, medidas de apoyo, tutela y curatela.

KEYWORDS: Disability, respect for the will of the person, support measures, guardianship and curate it.

SUMARIO: 1. La supresión de la tutela como institución de protección y guarda. 2. El respeto a la voluntad de la persona como principio rector del nuevo sistema de apoyos. El tránsito del sistema de tutela de autoridad al modelo social. 3. La supresión de la sustitución en la toma de decisiones. Incoherencias. 4. El mejor interés de la persona con discapacidad, ¿criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo? 5. Reflexiones finales.

1. LA SUPRESIÓN DE LA TUTELA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN Y GUARDA.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), ha limitado la tutela, entendida como institución orientada a la protección y guarda de las personas vulnerables y caracterizada por la sustitución en la toma de decisiones, a la minoría de edad, estableciéndola para aquellos menores no emancipados que no estén sujetos a patria potestad (tutela ordinaria)¹ o que se hallen en situación de desamparo² declarado en virtud de resolución administrativa *ex* artículo 172 Cc (art. 199 Cc) (tutela administrativa o automática)³. La tutela sustituye en este ámbito a la patria potestad; se asimila a ella desde un punto de vista funcional, comprendiendo la guarda de la persona y/o de los bienes del menor y atribuyendo al tutor funciones representativas. El tutor es el representante del menor en sus esferas personal y patrimonial, sin más excepciones que aquellos actos que aquel pueda realizar por sí solo y aquellos para los que solo precise de asistencia, ayuda o apoyo, es decir, de un complemento de capacidad (art. 225 Cc). Sin embargo, a diferencia de la patria potestad, la tutela está sujeta a un férreo control judicial, configurándose como una tutela de autoridad presidida por el mejor interés del menor (art. 200 Cc)⁴.

Ha quedado suprimida, por lo tanto, del otro ámbito en el que tradicionalmente se venía desarrollando, que es el de la discapacidad; la tutela no encuentra cabida en el nuevo sistema de apoyos previsto porque choca frontalmente con el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, base del modelo social ahora imperante. Pero ¿la supresión de la tutela, en cuanto medida de protección y guarda de las personas con discapacidad, ha logrado el objetivo perseguido, es decir, ha llevado consigo la supresión de la sustitución en la toma de decisiones?

¹ La no sujeción de un menor a la patria potestad puede ser un estado originario (así ocurre en los casos de desconocimiento de la filiación) o sobrevenido (así sucede en los supuestos de muerte, declaración de fallecimiento, ausencia o imposibilidad de los padres, y de privación o extinción de la patria potestad *ex* art. 111 Cc).

² En caso de desamparo la tutela se asume ministerio legis por la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores, sin que proceda un acto de constitución judicial. Por ello se habla en tal supuesto de tutela automática.

³ LINACERO DE LA FUENTE, M., Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 391 a 393.

⁴ La autoridad judicial desempeña un papel protagonista en la constitución de la tutela, en el desarrollo de sus funciones, y en su extinción (*vide* arts. 208, 210, 211, 212, 213, 215, 218.3, 219, 223, 232, 282.1 y 284 Cc); fiscaliza la tutela merced a una actuación directa en su constitución y en el nombramiento del tutor, y merced a una actuación indirecta en su ejercicio.

2. EL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO RECTOR DEL NUEVO SISTEMA DE APOYOS. EL TRÁNSITO DEL SISTEMA DE TUTELA DE AUTORIDAD AL MODELO SOCIAL.

De acuerdo con la concepción clásica de la personalidad jurídica, ésta se desdobra en dos capacidades: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La capacidad jurídica, entendida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo; es una cualidad inherente, originaria e innata y, en consecuencia, es idéntica en todas las personas, desde que nacen (arts. 29 y 30 Cc) hasta que mueren (art. 32 Cc). Por su parte, la capacidad de obrar, en tanto aptitud para ejercitar los derechos y las obligaciones de que el sujeto sea titular (en virtud de su capacidad jurídica), corresponde a éste desde el momento en que alcanza la mayoría de edad (18 años *ex* arts. 240 Cc y 12 CE) o, si bien en tal caso limitada, desde su emancipación (arts. 246, 247 y 248 Cc), y, al ser una cualidad que se halla en directa relación y dependencia con respecto al estado civil, varía o puede variar de un sujeto a otro.

Con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD)⁵ se suprime, según opinión doctrinal generalizada, esa tradicional dicotomía de aptitudes reconocida en el ámbito de la personalidad jurídica, y se configura ésta como una única aptitud, al considerar la capacidad de obrar como manifestación o ejercicio de la capacidad jurídica; capacidad jurídica y capacidad de obrar pasan a "fundirse" en un todo inseparable y, al ser la capacidad (que es el resultado de esa unión) una cualidad inherente a la persona, no admite alteración o modificación alguna, y mucho menos su supresión. La capacidad jurídica comprende, no solo la titularidad de los derechos y las obligaciones, sino también la aptitud para ejercitarlos, aun cuando para ello se precise de "ayuda" (apoyo); dicho en pocas palabras, la capacidad jurídica ha absorbido la capacidad de obrar.

Personalmente difiero de esta concepción. El artículo 12 CDPD⁶, tras consagrar el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica,

⁵ La CDPD fue firmada por España el 30 de marzo del año 2007 y ratificada por Instrumento de Ratificación de la Jefatura del Estado publicado en el BOE el 21 de abril de 2008. La CDPD entró en vigor el 3 de mayo de 2008, fecha a partir de la cual forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico ex artículo 96.1 CE.

⁶ El artículo 12 CDPD reza literalmente como sigue (las negritas son mías):

- “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

hace referencia, como cualidades propias de esta personalidad, a la “capacidad jurídica” y al “ejercicio de la capacidad jurídica”, que en rigor es la capacidad de obrar (recordemos que la capacidad de obrar se define precisamente como la aptitud para ejercer los derechos y obligaciones de que se sea titular), de suerte que no veo esa pretendida fusión de aptitudes en una sola. Y precisamente porque no se ha suprimido tal dualidad se reglamenta el sistema de apoyos, porque ¿para qué se establecería un sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica si toda persona la tiene reconocida? El sistema de apoyos encuentra su razón de ser en la innegable realidad de que hay personas que padecen limitaciones (mayores o menores) en el ejercicio de su capacidad jurídica, es decir, en su capacidad de obrar, limitaciones que sólo son superables merced a la provisión del apoyo adecuado y proporcionado. Pues este es, en mi humilde opinión, el sentido en el que tanto la CDPD como la Ley 8/2021, hablan de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Con la Ley 8/2021, que ha supuesto un paso decisivo en la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la CDPD, la capacidad ha dejado de ser considerada como un estado civil (junto con el de la edad, el de la nacionalidad, el de la vecindad civil y el del matrimonio). Consecuencia de lo anterior es que, al igual que la capacidad jurídica, la de obrar (que es la manifestación o el ejercicio de la capacidad jurídica) corresponde por igual, idéntica, a todas las personas, con independencia de que en su ejercicio se precise de apoyos más o menos intensos. Las personas con discapacidad son sujetos de derechos y de obligaciones, con capacidad (jurídica y de obrar) en condiciones idénticas a los demás; en definitiva, pueden crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas, aun cuando para ello precisen de algún apoyo. Y en coherencia con lo anterior se suprimen la incapacitación, el procedimiento judicial orientado a su constitución (procedimiento judicial de modificación de la capacidad) y la tutela. El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona se erige en principio rector de la nueva regulación, y la incapacitación y la tutela chocan

4. Los Estados Partes procurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Estas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y a heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

frontalmente con el mismo, en cuanto implican una sustitución en la toma de las decisiones que puedan afectar a la persona con discapacidad.

Hemos pasado de un sistema de tutela de autoridad, en el que jugaba un papel trascendental y decisivo la autoridad judicial, que era la encargada de su constitución, de determinar y definir el desarrollo de sus funciones y de acordar su extinción, a un sistema o modelo social, en el que se otorga prioridad al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, que es, como regla general, la encargada y facultada para tomar sus propias decisiones (*vide* art. 12 CDPD). En este nuevo modelo se mantiene la intervención de la autoridad judicial, si bien limitada al establecimiento de la medida de apoyo más adecuada y proporcionada a las circunstancias concretas de la persona con discapacidad; además, esta intervención procede sólo en defecto de medidas de apoyo voluntariamente establecidas por parte de la persona interesada o ante la insuficiencia de las mismas⁷. El fin último de este cambio de modelo es lograr una desjudicialización de la discapacidad, por considerarse que la intervención judicial choca con el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. De este modo se incorporan los dos pilares esenciales en esta materia: por un lado, la consideración de la persona con discapacidad como sujeto con personalidad en igualdad de condiciones con las demás, y por otro, el establecimiento, si así se precisa, de apoyos puntuales que le permitan ejercitar su capacidad sin sustituir o suplir su voluntad. En otras palabras, ya no se considera a estas personas como meros sujetos de tratamiento y de protección social (modelo médico o rehabilitador, imperante hasta la CDPD), sino como sujetos titulares de derechos (modelo social, imperante desde la CDPD)⁸.

⁷ Las personas podemos elegir si acudir o no a la autorregulación, pero no podemos rechazar la heterorregulación si nos hallamos en necesidad de apoyo en el ejercicio de nuestra capacidad jurídica. Podemos oponernos a la heterorregulación, pero nuestra oposición tendrá entonces el valor que tiene la oposición a la demanda de iniciación del procedimiento de provisión de apoyos, si bien no cabe duda de que, en cumplimiento de los artículos 49 CE y 249 Cc, si realmente concurre en el sujeto una necesidad de apoyo, se constituirá judicialmente con el alcance ajustado a sus particulares circunstancias y necesidades. Vide DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Madrid, Reus, 2019, pp. 41 y 42.

⁸ La discapacidad no es contemplada ya como el resultado de las limitaciones individuales del sujeto afectado por ella, sino como una cuestión de derechos humanos, poniéndose el acento en los factores sociales que la originan. En efecto, la CDPD establece (PREÁMBULO) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás». Y, en coherencia con ello, ofrece una definición de la discapacidad que aúna los dos conceptos referidos, la diversidad funcional del sujeto y las limitaciones o barreras sociales, en los siguientes términos: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Se ha suprimido la figura de la incapacitación, en cuanto mecanismo orientado a la sustitución de la capacidad de obrar de la persona, que en cuanto tal colisionaba con el modelo social y con el principio de no discriminación adoptados por la CDPD. Nuestra legislación civil, tanto sustantiva como procesal, ha asumido, como no podía ser de otro modo, la consideración de las personas con discapacidad como sujetos activos titulares de derechos y de obligaciones, y ha suprimido coherentemente su consideración como sujetos pasivos necesitados de protección y de tutela. Toda persona con discapacidad tiene garantizado su derecho a ejercer su capacidad jurídica, es decir, su capacidad de obrar, y sólo (carácter de excepción) en aquellos supuestos en los que esto no resulte posible, será provista del apoyo o de los apoyos precisos en atención a sus concretas necesidades y circunstancias.

Las medidas de apoyo deberán respetar, siempre que ello sea posible, la voluntad, deseos y preferencias de la persona, deberán ser proporcionales y adecuadas a sus concretas circunstancias y necesidades, deberán ser aplicadas en el plazo más breve posible y estar sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, y deberán ejercerse siempre en interés de la persona con discapacidad (ejercicio objetivo de las medidas de apoyo) y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (ejercicio subjetivo de las medidas de apoyo) (art. 12 CDPD).

El apoyo, que se eleva a pilar fundamental del nuevo sistema, se configura como un “traje a medida”⁹; dicho con otras palabras, debe establecerse tanto apoyo como sea preciso para que la persona con discapacidad pueda formar y manifestar su voluntad, deseos y preferencias.

Este nuevo sistema se inspira en el respeto a la dignidad humana, en la tutela de los derechos fundamentales y en respeto a la libre voluntad de las personas con discapacidad, exigencias todas ellas consagradas en el artículo 10 CE, así como en los principios de necesidad y de proporcionalidad de las medidas de apoyo que puedan establecerse.

El sistema de apoyos se articula en dos niveles¹⁰:

- El nivel de la autorregulación, integrado por medidas de apoyo voluntarias que el interesado puede adoptar en previsión de una posible discapacidad futura, o incluso

⁹ La expresión “traje a medida” venía siendo usada por nuestros Tribunales en relación con la ya suprimida incapacitación; vide a este respecto, entre otras muchas, STS 282/2009, de 29 de abril.

¹⁰ Sobre este particular PAU PEDRÓN, A., De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, p. 13, y GARCIA RUBIO, M.P., Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 29-60.

en presencia de ella. De acuerdo con el artículo 255 Cc “*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes*”. Del tenor literal de este precepto resulta que pueden otorgar medidas voluntarias de apoyo, no solo las personas sin discapacidad que prevean que en el futuro puedan necesitar apoyo (“*en previsión*”), sino también aquellas otras que ya están afectadas por una discapacidad (“*apreciación de la concurrencia*”), por supuesto con los apoyos y asesoramientos técnicos que precisen¹¹. Entre dichas medidas se encuentran los poderes y mandatos preventivos, la autotutela, el contrato de alimentos, el patrimonio protegido (cuando se hubiera establecido por el propio beneficiario e incluya previsiones de administración para el supuesto de que llegue a necesitar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica) y cualesquiera otras medidas que el interesado desee establecer (arts. 249.1 y 258 Cc y 77 LRC)¹².

- El nivel de la heterorregulación, compuesto por medidas legales o judiciales a establecer *ex post*, es decir, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de este nivel se incluyen la curatela y el defensor judicial.

Las medidas que integran los dos niveles referidos se califican como “medidas formales” arg. *ex art.* 250 Cc); las voluntarias deben establecerse en escritura pública, y las judiciales por resolución judicial.

En aquellas hipótesis en la que no haya constituida ninguna medida, voluntaria o legal o judicial, que se esté aplicando eficazmente, el artículo 250 Cc contempla otra medida, que califica como “informal”, la guarda de hecho. Y, si tampoco hubiera “medida informal” aplicable, se prestará a la persona apoyo provisional por parte de la Autoridad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función, que dará conocimiento de tal circunstancia al Ministerio Fiscal en el plazo de 24 horas (art. 253 Cc).

¹¹ GARCÍA HERRERA, V., Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato, en “El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio”, dir. por PEREÑA VICENTE, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.M., y coord. por NÚÑEZ NÚÑEZ, M., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 378.

¹² Como sostiene PEREÑA VICENTE, M. (El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, en Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política, dir. por MUNAR BERNAT, P.A., Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 202) se ha abierto paso a un genérico negocio jurídico de autoprotección o apoyo en el que, haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad, la persona puede diseñar el sistema que mejor se adapte a sus necesidades y circunstancias personales, patrimoniales, familiares y, en definitiva, a su voluntad.

Las medidas legales o judiciales son supletorias o complementarias de las medidas voluntarias, carácter éste que se traduce en los tres principios siguientes, consagrados en los artículos 249.1 y 255.5 Cc: principio de subsidiariedad de las medidas legales o judiciales con respecto a las medidas voluntarias; principio de prioridad de las medidas voluntarias con respecto a las medidas legales o judiciales; y principio de compatibilidad entre las medidas voluntarias y las medidas legales o judiciales. Las medidas propias del nivel de la heterorregulación solo entrarán en juego, por lo tanto, en defecto o por insuficiencia de las medidas voluntarias y a falta de guarda de hecho que suponga un apoyo bastante. De donde se infiere que la autoridad judicial podrá establecer medidas de apoyo complementarias a las voluntariamente establecidas cuando éstas sean insuficientes. En tal supuesto, las facultades propias de cada uno de los administradores del apoyo deberán quedar perfectamente definidas y delimitadas, en aras a evitar potenciales conflictos entre ellos; y si, a pesar de ello, surgieran conflictos entre dichos administradores del apoyo, sostiene GARCIA RUBIO, M.P.¹³ que los mismos deberán resolverse otorgando prevalencia a las medidas voluntarias, por ser esta postura la que mejor se sustenta con los principios generales del sistema. En cualquier caso, debe advertirse que esta coexistencia de medidas de apoyo de diversa índole (voluntarias y legales o judiciales) no siempre es posible, puesto que pueden darse casos en los que la insuficiencia de la medida voluntariamente establecida motive la adopción judicial de una medida de apoyo que implique una representación plena (arg. ex art. 1732.5 Cc).

Toda medida de apoyo debe estar informada por los principios de respeto a la dignidad de la persona, de necesidad, de subsidiariedad o mínima intervención, de proporcionalidad o flexibilidad de la medida, de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, de fomento de sus habilidades y de previsibilidad de la medida constituida. La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardias que estime oportunas a fin de asegurar que su ejercicio se ajuste a tales criterios (art. 249 Cc), y, en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Con este nuevo sistema se quiere que sea la propia persona la que configure la medida de apoyo que estime más adecuada para sí misma, con el alcance y contenido que considere, pudiendo concretar tanto cuestiones de carácter personal (por ejemplo, indicación de la persona o de las personas que, llegado el momento, serán las encargadas de ejercer el apoyo previsto, o determinación de cuestiones relacionadas con su domicilio, como dónde vivir o con quién vivir, con su salud o con su correspondencia), como temas de contenido patrimonial (por ejemplo, organización y gestión de su economía, disposición de bienes o

¹³ Ob. cit., pp. 54 y 55.

celebración de contratos). Además, se le permite establecer el régimen de actuación y el alcance de las facultades del administrador del apoyo, así como la forma en la que éste deberá ejercerlo, las medidas y órganos de control que estime oportunos, las salvaguardias que crea necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas, y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo establecidas. Todo ello con el objetivo de garantizar que el apoyo se llevará a cabo con absoluto respeto de su voluntad, deseos y preferencias (art. 255.1 Cc). En síntesis, el apoyo tiene como causa y fin, cualquiera que sea su modalidad, permitir el desarrollo pleno de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad (art. 249.1 Cc).

Se eleva la voluntad de la persona a criterio rector y superior con el claro propósito de lograr una desjudicialización de la discapacidad. La intervención judicial queda limitada en el nuevo sistema o modelo social a la curatela. No se prevé en cambio fiscalización o control alguno en el ámbito de la autorregulación, cuyo establecimiento y concreción queda al arbitrio del propio interesado; en efecto, en este nivel, el único control judicial previsto se establece con respecto a los poderes preventivos generales en los que el poderdante no hubiera manifestado su voluntad contraria a que el apoderado quede sujeto a las reglas aplicables a la curatela (art. 259 Cc), exigiéndose entonces la autorización judicial para la ejecución, por parte del apoderado, de los actos de extraordinaria administración y disposición mencionados en el artículo 287 Cc.

La persona, en la previsión de la medida de apoyo que considere oportuna para sí misma, no viene obligada a establecer control judicial alguno; no existe exigencia legal a este respecto. Mas debe advertirse que la ausencia de fiscalización de seguro redundará en perjuicio de la propia persona, puesto que podrá ser fuente de situaciones de abuso por parte del administrador del apoyo. Tal y como he defendido en otro estudio sobre esta cuestión¹⁴, no estaría de más que, precisamente en garantía y defensa de la voluntad de la persona con discapacidad, se establecieran controles judiciales en el comienzo de la eficacia de las medias voluntarias y durante su vigencia. El control *ab initio* permitiría a la autoridad judicial conocer la propia existencia de una situación de apoyo y, por lo tanto, de una persona que lo precisa, así como valorar la idoneidad de la persona designada en la medida como administrador del apoyo. Y el control judicial durante la vigencia de la medida posibilitaría fiscalizar la actuación del administrador del apoyo, evitando que se den situaciones de abuso, y controlar la ejecución o realización de actos de trascendencia

¹⁴ GARCÍA HERRERA, V., El papel de la voluntad de la persona con discapacidad en el nuevo sistema de apoyos, estudio pendiente de publicación en la obra colectiva “Libro Homenaje al Profesor Carlos Lasarte”, última página.

personal y patrimonial, como puede ser, por ejemplo, la venta de la residencia habitual de la persona con discapacidad.

3. LA SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES. INCOHERENCIAS.

Llegados a este punto vuelvo a plantear el interrogante inicial: ¿Se ha producido una verdadera supresión legal de la sustitución en la toma de decisiones en sede de discapacidad?, es decir, ¿la supresión de la tutela ha supuesto la desaparición de la posibilidad de suplir la voluntad de la persona con discapacidad? El objetivo es averiguar si ha desaparecido la tutela sólo como concepto, o en general como institución en cuanto figura sustitutiva de la voluntad de la persona.

Aun cuando se van a dedicar las siguientes líneas a la argumentación de mi postura a este respecto, quiero comenzar esta explicación con una afirmación rotunda e innegable: existen supuestos en los que es, no solo aconsejable, sino preciso, suplir a la persona en la toma de decisiones que puedan afectarle.

Como ya ha quedado expuesto, entre las medidas de apoyo formales integrantes del nivel de la heterorregulación, se encuentra la curatela, que es, en rigor, la institución cuya regulación ocupa mayor atención en el nuevo sistema, lo cual resulta cuanto menos curioso si tenemos en cuenta que el acento quiere ponerse en la voluntad de la persona. En efecto, resulta paradójico que se dediquen escasos 7 artículos a la regulación de los poderes preventivos (escasos y pocos en contenido), que constituyen una clara manifestación de la primacía de la voluntad de las personas con discapacidad y que en consecuencia están llamados a convertirse en una de las medidas esenciales del nuevo sistema (arts. 256 a 262 Cc; Sección 2ª, Capítulo II, Título XI, Libro I Cc), y en cambio se dediquen 27 artículos (arts. 268 a 294 Cc; Capítulo IV, Título XI, Libro I Cc) a la regulación de la curatela, institución ésta supletoria y complementaria de las medidas de apoyo voluntarias basadas en la voluntad de la persona. No tiene ningún sentido regular con mayor detenimiento y detalle aquello que supuestamente es supletorio y subsidiario (la curatela) respecto de lo principal (las medidas voluntarias). Ello es revelador, por supuesto, de que realmente la figura central del nuevo sistema es la curatela¹⁵.

La curatela entra en juego cuando la persona precisa de apoyo de manera continuada en el tiempo, siendo la resolución judicial que acuerde su constitución o establecimiento la que

¹⁵ GARCÍA HERRERA, V., Los poderes preventivos...cit., pp. 345 y 346.

determine su extensión y el alcance de las funciones del curador, atendiendo como no podía ser de otro modo a las circunstancias y a las necesidades concretas de aquella persona.

Si bien las funciones del curador son de carácter o naturaleza fundamentalmente asistencial, en coherencia con el significado propio del término (curatela=cuidado), pueden serle encomendadas judicialmente labores representativas, si se estima necesario y oportuno, en cuyo caso la resolución judicial deberá delimitar y determinar con rigurosa exactitud aquellos actos respecto de los cuales el curador deberá "asistir" (prestar apoyo) a la persona sujeta al apoyo, y aquellos otros en los que deberá actuar en su "representación" (curatela con facultades de representación). Por lo tanto, dentro de la curatela cabe una variedad de posibilidades: desde aquellos supuestos en los que el sujeto conserva sus facultades decisorias y únicamente necesita asistencia (por ejemplo, para comunicarse, para relacionarse o para moverse), hasta aquellos otros en los que, por el contrario, no conserva las referidas facultades decisorias y precisa de un apoyo más intenso, en los que procederá una curatela con facultades de representación.

¿Existe alguna diferencia entre la antigua tutela, que ya en los últimos años estaba reservada para los casos más extremos¹⁶, y la curatela con facultades de representación? El antiguo artículo 271 Cc, precepto que consagraba la necesidad de autorización judicial para la realización, por parte del tutor, de ciertos actos de extraordinaria administración y disposición, se ha mantenido tras la reforma en su práctica redacción literal, ahora referido al curador con facultades de representación y con la numeración 287. Y esto acentúa mis dudas a este respecto.

La propia admisibilidad y regulación de la curatela con facultades de representación por la Ley 8/2021 implica una contradicción con su propio propósito u objetivo que, de acuerdo con su Exposición de Motivos (III, párrafo 3º), se concreta en lo siguiente: «no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de

¹⁶ La tutela estaba reservada para los supuestos de incapacidad total, es decir, procedía cuando el incapacitado no podía tomar decisiones en asuntos de su incumbencia, ni por sí mismo ni con el apoyo de otras personas. Por su parte, la curatela era el sistema de apoyo pensado para los casos de incapacitación parcial; el curador complementaba al incapacitado, no sustituyéndolo, sino prestándole asistencia. Vide, por todas, SSTS 15 de junio de 2018 (rec. 2122/2017), 16 de mayo de 2017 (rec. 2759/2016) y de 27 de noviembre de 2014 (rec. 1670/293).

derechos humanos». Como acertadamente sostiene COCH ROURA, N.¹⁷ (si bien en relación con el artículo 223-4, 3 CCCat, que es el equivalente al actual artículo 287 Cc), la admisibilidad y regulación de la curatela con facultades de representación no es respetuosa con los principios de mínima intervención, de proporcionalidad y de carácter restrictivo de las medidas de protección propugnadas por la Convención. Además, resulta incoherente con el postulado básico en esta materia, que es precisamente la supresión de la sustitución en la toma de decisiones que puedan afectar a la persona con discapacidad.

No obstante la citada incoherencia, lo cierto es que la admisibilidad y regulación de esta medida de apoyo, vamos a llamarla “intensa”, era algo necesario. No siempre será posible respetar en el ejercicio del apoyo la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Puede ocurrir que esta persona nunca haya podido tener tal voluntad, deseos y preferencias; puede ocurrir que los haya tenido en el pasado, pero que ahora no los tenga; e incluso puede ocurrir que los haya tenido en el pasado y los tenga en el presente, pero que estén manipulados. Por ello, reitero, la contemplación de esta medida no solo era oportuna, sino que era del todo necesaria, si quiera sea como excepción a la regla general de la preferencia de la voluntad, cuando no sea posible conocer ésta¹⁸.

En contra de esta postura se han alzado muchas voces, entre otros CUENCA GÓMEZ, P.¹⁹, quien niega que en los supuestos mencionados nos encontremos ante un sistema de sustitución de la voluntad, considerando que rigen los valores propios del sistema de apoyos, de manera que el apoyo no se presta en razón de la discapacidad, sino conforme a una situación determinada.

Pero la negación de la representación no sólo es incoherente con la contemplación normativa de la curatela con facultades de representación, sino también con la configuración de los poderes preventivos como la medida de apoyo prioritaria, ya que esta medida, por su propia naturaleza, implica una representación. Tal y como con acierto sostiene PEREÑA VICENTE, M.²⁰, “es una paradoja renegar de la institución de la

¹⁷ La curatela en vista de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la “cura furiosi”, La Notaría, nº 1, 2018, p. 77.

¹⁸ En este mismo sentido vide VALLS XUFRÉ, J.M., La abolición de la incapacitación. El Notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España, texto basado en el trabajo presentado en el 29º Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Yakarta del 27 al 30 de noviembre de 2019, Le Febvre, Tribuna, 9 de noviembre de 2020, p. 6. <https://el.derecho.com/Josep-maria-valls-xufre>.

¹⁹ La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento Jurídico español, Derechos y Libertades, nº 24, 2011, p. 224

²⁰ El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil, en “Principios y Preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política”, Marcial Pons, Madrid, 2021.

representación hasta el punto de querer hacer de ella una posibilidad tan excepcional que la convierta en residual, marginal, y, sin embargo, convertir los poderes preventivos en la medida prioritaria del nuevo sistema cuando, tal y como son configurados, siempre implican representación, y no asistencia o complemento de capacidad”.

En mi modesta opinión, y abstracción hecha ya de la reiterada incoherencia que implica la admisibilidad y regulación de la curatela con facultades de representación con los principios básicos y fundamentales del nuevo sistema (principios de mínima intervención, de proporcionalidad y de carácter restrictivo de las medidas de apoyo) y con el postulado básico en esta sede, que es la supresión de la voluntad en la toma de decisiones que puedan afectar a la persona con discapacidad, dicha admisibilidad y reglamentación supone la pervivencia, en sede de discapacidad, si se quiere no de la tutela en sí, pero sí, al menos, de lo que esta institución implicaba. En ocasiones, no me cansaré de reiterar, la sustitución de la voluntad en la toma de decisiones es necesaria y, en consecuencia, precisa de una regulación eficaz, siquiera sea como excepción al sistema de preferencia de la voluntad de la persona cuando no sea posible conocerla.

Y en esos casos en los que no sea posible conocer la voluntad de la persona, ¿en base a qué criterio o criterios actuará el administrador del apoyo?

4. EL MEJOR INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, ¿CRITERIO A TENER EN CUENTA EN EL EJERCICIO DEL APOYO?

De conformidad con la opinión mayoritariamente defendida²¹, la nueva regulación eleva la voluntad de la persona a criterio rector, superior y prevalente sobre su mejor interés, lo cual implica la supresión de este último en cuanto criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo. Esta afirmación se basa en los artículos 249 y 250 Cc y 12.4 CDPD. Sin embargo, en mi modesta opinión ni la Convención ni el Código civil suprimen el mejor interés de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo. Efectivamente se otorga prioridad a la voluntad de la persona, pero ello no implica necesariamente y de por sí la exclusión del referido interés.

El artículo 12.4 CDPD dispone que los Estados Partes se asegurarán de que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen las salvaguardias precisas que aseguren, entre otras cosas, que dichas medidas respetan la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

²¹ Por todos, GARCÍA RUBIO, M.P., Ob. cit., pp. 32, 33 y 53.

Por otro lado, los artículos 249 y 250 Cc establecen que el administrador del apoyo deberá actuar atendiendo y respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona o, si no fuera posible determinar dicha voluntad pese a haberse hecho un esfuerzo razonable, atendiendo a su trayectoria vital, creencias y valores. Pues bien, de acuerdo con los citados preceptos, el administrador del apoyo, cualquiera que sea la medida de apoyo establecida, deberá ejercitarlo y asistir a la persona con discapacidad en todos los ámbitos en que ésta precise de apoyo atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, no solo a los manifestados *ex ante* (si es que la persona no puede formar y manifestar su voluntad en el momento del ejercicio del acto en cuestión), sino también a los que pueda formar y manifestar en el preciso instante de la realización del acto concreto, por sí solo o con el apoyo preciso. Además, el administrador del apoyo deberá actuar y asistir a la persona procurando que ésta pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola con su comprensión y razonamiento, facilitando que pueda expresar sus preferencias y fomentando que pueda ejercer en el futuro su capacidad jurídica con menos apoyo.

Si la persona no hubiera manifestado su voluntad *ex ante* y no pudiera formarla y exteriorizarla en el momento concreto de la realización del acto para el cual precisa de apoyo, ni por sí misma ni con apoyo, es decir, cuando a pesar de haber hecho un esfuerzo razonable no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas, que deberán desarrollarse teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores, y los factores que ella hubiera tomado en consideración. En síntesis, se trata de que el administrador del apoyo adopte la decisión que hubiera adoptado la persona con discapacidad si no hubiera necesitado de representación al efecto, es decir, se trata de que aquel adopte una decisión presunta que, en palabras de CÁNIMAS BRUGUÉ, J.²², es una decisión reconstituida objetivamente por tercero en base a la información de que se disponga sobre la vida, valores, opiniones, preferencias, juicios sobre situaciones pasadas expresados con carácter previo a la situación de necesidad de apoyo, etc., de la persona con discapacidad.

Como puede apreciarse, en ninguno de los preceptos en los que se basa la exclusión del mejor interés de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo, se menciona o da lugar a pensar en dicha exclusión o supresión. Y no se lleva a cabo tal supresión precisamente porque pueden darse casos en los que la persona no sólo no sea capaz de formar y de manifestar su voluntad, deseos y preferencias al tiempo de ejecución del acto en cuestión, sino que además nunca haya sido capaz de formarla y de

²² Decidir por otro a veces es necesario, en La incapacitación. Reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas, n° 39, 2016, pp. 18 y 19.

manifestarla, de manera que, no pudiendo el administrador del apoyo adoptar una decisión basada en la voluntad de la persona, ni siquiera una decisión presunta, aquél solo podrá actuar en base a su mejor interés²³.

La supresión del mejor interés de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta, si quiera sea con carácter excepcional, en aquellos casos en los que no sea posible conocer la voluntad de la persona o presumirla, daría lugar a un efecto contrario al pretendido, generando una desprotección de esas personas que no pueden formar y manifestar su voluntad ahora, y que nunca pudieron hacerlo. Ello, reitero, choca con el objetivo de la Convención, que como todos ya sabemos es el de proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y promover el respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad (art. 1 CDPD). Pero es que además, también chocaría con dicho objetivo de protección mencionado el obligar al administrador del apoyo a atender en todo caso y a pesar de todo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, incluso en aquellos supuestos en los que dicha voluntad, deseos y preferencias puedan ser contraproducentes para ella o contradictorios con otras manifestaciones de voluntad que haya podido realizar en otro momento; puede suceder, incluso, que dicha voluntad esté contaminada o suplantada por terceros que persigan fines ilegítimos (voluntad manipulada), o que no coincida (la voluntad manifestada) con la real por mediar algún tipo de presión (voluntad secuestrada)²⁴.

5. REFLEXIONES FINALES.

La tutela ha quedado limitada, en cuanto institución de protección y guarda, a los menores de edad no emancipados que no estén sujetos a la patria potestad o que se encuentren en situación de desamparo. No tiene cabida, en cambio, en el nuevo sistema de apoyos, en el que ocupa un papel protagonista la voluntad de la persona. La propia persona puede establecer la medida (autorregulación) que estime más idónea en previsión de una futura necesidad de apoyo, o incluso en presencia de ella (con el apoyo y asistencia que precise al efecto), y sólo en defecto de esta previsión o ante su insuficiencia, procederá la intervención de la autoridad judicial (heterorregulación). El objetivo es desjudicializar la

²³ En este mismo sentido CUADRADO PÉREZ, C., (Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 777, 2020, pp. 43 y 44), DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., (Ob. cit., p. 40) y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N., (El libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, Tesis doctoral dirigida por María José Cazorla González, Almería, 2020, p. 141.

²⁴ GARCÍA HERRERA, V., *Los poderes preventivos...*cit., pp. 358 y ss.

discapacidad, por entender que la intervención judicial en esta sede choca con ese principio rector de respeto a la voluntad de la persona. La tutela, caracterizada por implicar una sustitución en la toma de decisiones (tutela de autoridad), choca con la exaltación de la voluntad, y por ello no se contempla entre las medidas propias del nivel de la heterorregulación. El administrador del apoyo, cualquiera que sea el tipo de medida establecida, debe actuar respetando en todo caso la voluntad de la persona y, si ello no fuera posible pese a haber hecho un esfuerzo razonable, deberá actuar atendiendo a su trayectoria vital, creencias y valores.

Pero la supresión de la sustitución en la toma de decisiones presenta ciertas incoherencias:

- Se suprime la tutela, precisamente caracterizada por implicar tal sustitución, y en cambio se admite y regula la curatela con facultades de representación (que es el apoyo más intenso que puede establecerse en virtud de resolución judicial), que también supone tal sustitución. No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto, la reglamentación de esta medida de apoyo era del todo necesaria, habida cuenta de la posibilidad de supuestos en los que la persona, no sólo no pueda formar y manifestar su voluntad al tiempo del ejercicio del apoyo, sino que nunca pudo hacerlo, de suerte que el administrador del apoyo no podría adoptar una decisión basada en la voluntad de la persona.
- La supresión de la sustitución en la toma de decisiones es incoherente con la configuración de los poderes preventivos como medida de apoyo prioritario, dado que esta medida voluntaria, por su propia naturaleza, implica una representación.
- El objetivo último de la supresión de la sustitución en la toma de decisiones, que es el de lograr una desjudicialización de la discapacidad, de seguro tendrá consecuencias negativas para las propias personas con discapacidad, pues se darán supuestos en los que será precisamente la intervención judicial la encargada de lograr el respeto a su voluntad. El control y la intervención judicial no pueden contemplarse como una barrera a la voluntad de la persona; a veces, es una salvaguardia de ella.
- Según opinión generalizada, la supresión de la sustitución en la toma de decisiones determina la relegación del mejor interés de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta por el administrador del apoyo en el ejercicio de éste; el único criterio a tener en cuenta en dicho ejercicio es la voluntad de la persona. En cambio, la supresión de dicho interés como criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo, ni se establece por la normativa, ni se infiere de ella; además, dicha supresión no sería posible teniendo en cuenta que pueden darse casos en los que,

reitero, la persona no solo no sea capaz de formar y manifestar su voluntad al tiempo de la ejecución del acto de que se trate, sino que nunca fue capaz de ello.