

**ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA DEL CÓDIGO
CIVIL RELATIVA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
INTELLECTUAL EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA***

**GENERAL ASPECTS OF THE REFORM OF THE CIVIL CODE
REGARDING PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES IN THE
EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY**

Rev. Boliv. de Derecho N° 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 14-51

* El texto de este trabajo coincide sustancialmente con el enviado a la obra colectiva De Verda y Beamonte, J. R. (dir.): Estudios de Derecho privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.



Ángel
SÁNCHEZ
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: El presente trabajo plantea una visión general de la reforma al Código civil por virtud 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. En primer término, en él se aborda el preámbulo detalladamente. Luego, se adentra propiamente en la reforma al Código civil, hecha por el artículo segundo, y, por último, traza las líneas principales del nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: reforma; discapacidad intelectual; capacidad jurídica; sistema de apoyo; autonomía.

ABSTRACT: *This work presents an overview of the reform of the Civil Code by virtue of Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their juridical capacity. First, it deals with the preamble in detail. Then, it properly enters to the reform of the Civil Code, made by the second article. And, finally, it outlines the main lines of the new system of support for people with disabilities for the exercise of their legal capacity.*

KEY WORDS: *reform; intellectual disabilities; legal capacity; support system; autonomy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PREÁMBULO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO 2021.- III. LA REFORMA DEL CC A TENOR DEL ART. SEGUNDO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.- IV. DE LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Convención Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, consagra, y destaca por tener una especial trascendencia, en su art. 12, el igual reconocimiento como persona ante la ley¹, lo cual se traducirá inevitablemente en una reforma, entre otros, en el ámbito civil tanto en su aspecto sustantivo -CC-, en el procedimental -LEC-, y en el registral -legislación hipotecaria y del Registro Civil.

En este contexto, el Preámbulo 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 jurídica², explica que la reforma de la legislación civil

1 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, en su art. 12, rubricado, Igual reconocimiento como persona ante la ley, reza así: "1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Parte asegurarán 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. Esas 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 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".

TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 25-117 estudia el nacimiento del art. 12 de la Convención (antecedentes, negociación, entrada en vigor, informes...), pp. 119-221, analiza los avances producidos en la normativa sobre la capacidad jurídica en España, y p. 223- 423 desarrolla las cuestiones pendientes en relación con el susodicho art.12 en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.

2 Su disposición final tercera. Entrada en vigor, establece que: "La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado". Ha sido publicada en el BOE el día 3 de junio, luego entró en vigor el 3 de septiembre de 2021.

• Ángel Sánchez Hernández

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Rioja. Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

pretende³ “dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su art. 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte 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”.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por tanto, pretende la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que exige a los Estados Parte que se adopten medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos⁴. Tales 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 personas⁵.

Se impone así el “cambio de sistema como el hasta ahora vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”⁶. Hasta la entrada en vigor

3 Sobre las pretensiones de la reforma, en particular, MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Comentarios al anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 199-225; Sobre los aspectos a reformar se han pronunciado ya algunos autores, entre ellos, CUENCA GÓMEZ, P.: “Sobre la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica”, en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de los logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de discapacidad* (coord. M. FLORES), 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 109-132; GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas propuestas de reforma del CC como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol.3, 2018, pp. 17-197.

4 Art. 12.3 de la Convención de 2006.

5 Art. 12.4 de la Convención de 2006.

6 En el Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se señala que la reforma del Ordenamiento Jurídico español, en lo que a materia de Derecho civil se refiere, se inició ya con la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, a las que se ha de sumar la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio), precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las medidas de protección a las personas que tenían modificada su capacidad, contenidas en el CC en relación con la Convención de 2006 (art. 2, 3 y 12), resaltando en la sentencia de 29 de abril de 2009 (RAJ 2009, 2901) que el sistema de protección del CC

de la Ley 8/2021, de 2 de junio⁷, ha venido predominando, como regla general, la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a la persona con discapacidad intelectual-. A partir de tal entrada en vigor, se pasará al nuevo sistema de apoyos⁸, que al estar basado en el respeto a la voluntad y a la preferencia de la persona con discapacidad será ésta, como regla general, la encargada de tomar sus propias decisiones.

La reforma supone un hito fundamental en el respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica⁹ y está inspirada la nueva regulación, como nuestra CE en su art.10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en el principio de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo¹⁰ que, en su caso, pueda necesitar esa

vigente, para vertebrarlo con la Convención de 2006, ha de tener la siguiente lectura: “ 1º.- Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección...”; 2º:“La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias...” Posteriormente, entre otras, en las SSTs 24 junio 2013 (RAJ 2013, 3948) y 30 septiembre 2014 (RAJ 2014, 4864), el TS, aplicando la Convención de 2006, mantiene la vigencia y aplicación de las instituciones de incapacitación y de los mecanismos de tutela y curatela, asume el criterio de modular las decisiones en el enjuiciamiento de cuestiones que afectan a personas judicialmente incapacitadas solo de manera parcial, pero que conservan un determinado ámbito de autonomía, entiende que la voluntad de aquellas personas debe ser respetada en dichos ámbitos. Por ello, se inclina por el mecanismo de la Curatela en particular “desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio superior del interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención”. Entre otras, pueden verse las siguientes sentencias: SSTs 11 octubre 2012 (RAJ 2012, 9713), 27 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6032), 13 mayo 2015 (RAJ 2015, 2023), 16 mayo 2017 (RAJ 2017, 2207), y 8 noviembre 2017 (RAJ 2017, 4745). Sobre estos aspectos, LEGERÉN MOLINA, A.: “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212, en concreto en las pp. 175- 177. En la p. 175 se refiere a la STS 29 abril 2009 (RAJ 2009, 2901) diciendo que “es la primera que, de manera específica, ha abordado la compatibilidad de las instituciones tutelares contenidas en el Código civil con la Convención, admitiéndola siempre que se interpreten del modo que se señala en la resolución y efectuando la lectura en ella contenida”.

En particular, sobre la susodicha STS 21 de abril 2009, véase a TORRES GARCÍA, R.F.: “Encarna Roca Trías: jurista”, en AA.VV.: *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías*, Sepín, Madrid, 2021, pp. 421-433, en concreto en la p. 423.

- 7 Según la disposición final tercera de la Ley 8/2021, de 2 de junio (publicada en el BOE de 3 de junio de 2021), referida a la “Entrada en vigor”, dispone que “La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”, por tanto, el día 3 de septiembre de 2022, según el art. 5.1 del CC.
- 8 MUNAR BERNAT, P. A.: “Presentación”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 17, escribe “El cambio de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”, refiriéndose al cambio de un sistema de exclusión por otro de protección y apoyo.
- 9 Sin embargo, PEREÑA VICENTE, M.: “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 195- 241, en concreto en la p. 197, considera como postulado más peligroso, en relación con la interpretación del art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006 “borrar la distinción entre capacidad jurídica y su ejercicio, distinción que la Convención no elimina” Añade en la nota 10: “No la elimina porque la redacción del art. 12 de la Convención diferencia con toda precisión la capacidad jurídica, para la que el núm. 2 obliga a su reconocimiento sin más en igualdad de condiciones, y el ejercicio de ésta para la que el núm. 3 exige adoptar las “medidas pertinentes”.
- 10 En referencia a estos aspectos, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Código civil, prólogo Ciento treinta años después... un Código Civil para el siglo XXI, Código Civil*, ed. actualizada, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 28 y

persona para el ejercicio de su capacidad jurídica (que abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos¹¹) en igualdad de condiciones con los demás¹².

La Ley 8/2021, de 2 de junio, consta de ocho arts., amén de dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. En el primer art. se modifica la Ley del Notariado, en el art. segundo se modifica el CC, el art. tercero afecta a la Ley Hipotecaria, el art. cuarto reforma la LEC, el art. quinto modifica la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre), el art. sexto modifica la Ley del Registro Civil, el artículo séptimo se refiere a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio), finalmente, el artículo octavo, se refiere al Código de Comercio¹³.

La reforma que el artículo segundo de la Ley 8/2021 introduce en el CC “es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal”. La reforma recae fundamentalmente, aunque no exclusivamente, dentro del Libro I, en el título IX (De la incapacitación) y en el Título X (De la tutela y de la curatela de los menores e incapacitados), amén de unas decenas de artículos dispersos por los cuatro libros del CC que hacen referencia, con distinto alcance, a las susodichas expresiones¹⁴. El Título IX del Libro Primero queda con la rúbrica “De la tutela y de la guarda de los menores”, el Título X del Libro Primero se rubrica “De la mayor edad y de la emancipación”. El

29, refiriéndose a la Propuesta de Proyecto de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil escribe que en relación con el Libro I...“Merecen especial consideración los Títulos dedicados a la mayor y a la menor edad, a la tutela y guarda de la entidad pública y al acogimiento...En todos ellos se han introducido modificaciones y precisiones acordes con las necesidades y sensibilidades sociales actuales. Estrechamente relacionadas con ellas son las medidas de protección de las personas con alguna discapacidad física o psíquica, basadas en respetar escrupulosamente los principios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad y autonomía personal (Título VII). Se regulan minuciosamente las diversas instituciones de apoyo que puedan valer en cada caso, según las circunstancias, para una mejor protección de la persona, dentro del mayor respeto a su autonomía y dignidad: la curatela, la tutela, la asistencia, los poderes preventivos, el defensor judicial y la guarda de hecho. Referencia obligada en la mencionada regulación ha sido su adaptación a las normas internacionales de protección y salvaguarda de las personas vulnerables, en las que destaca el Convenio de Nueva York, de Protección de las Personas con Discapacidad de 2006.”

- 11 Como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014.
- 12 Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.
- 13 Sobre el proyecto de Ley antecedente de la Ley 8/2021, de 2 de junio, véase entre otros, SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil*, núm.5, 2020, pp. 385-428.
- 14 Sobre estos aspectos, GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm.1, 2018, pp.143-192. También, RECOVER BALBOA, T.: “Hacia la reforma del CC y la LEC en materia de discapacidad”, en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (dir. M.C. GARCÍA GARNICA), Dykinson, Madrid, 2017.

Título XI del Libro Primero del CC 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 manera 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. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise”¹⁵.

II. EL PREÁMBULO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO 2021.

La Ley 8/2021, arrastra un cambio de mentalidad jurídica¹⁶. Según su Preámbulo, como he señalado, la reforma que el artículo segundo introduce en el CC... sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad ... El Título XI del Libro Primero del CC 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 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. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, ...es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad... 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, éste pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones.

Partiendo de la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, la Ley 8/2021, en su art. segundo apartado veintitrés, propone modificar el Título XI del Libro I del CC, rubricándolo “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

15 Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

16 Es crítica con la reforma pretendida MUÑIZ ESPADA, E.: “Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm.111, 2020, pp. 277-325, concretamente en la p. 293, dice: “Lo importante es que el pretendido cambio que se quiere adoptar ha de garantizar indubitadamente la seguridad del tráfico jurídico, y en esta consecuencia falla la reforma, porque representa una mayor seguridad a este respecto para los terceros la situación precedente, es decir, la actual; si se quiere modificar habría que hacerlo con un sistema que no deje duda a los terceros con quienes se contrata de la estabilidad de su negocio. Entender poder realizar actos jurídicos válidos sin necesidad de incapacitación cuando la persona está afectada obviamente de deficiencias intelectuales, simplemente asistido por la indefinición de un apoyo cuando tampoco está profesionalizado, no representa una adecuada seguridad, ni para los terceros ni para el mismo incapaz.”

El art. 1 de la Convención no define expresamente quienes son las personas con discapacidad, pero afirma que “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En España, acuña la expresión “persona con discapacidad”¹⁷, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad -en el apartado segundo de su art. primero-, si bien es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su art. 4.1 el que define las personas con discapacidad como “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”¹⁸.

En cuanto a la discapacidad que aquí nos interesa, tradicionalmente venimos entendiendo por personas con “discapacidad intelectual” aquellas que no poseen el discernimiento necesario para conocer, para comprender el acto o contrato en cuestión, carecen de capacidad suficiente para querer, entender acerca del contrato, el significado o alcance del acto o contrato, lo que éste representa para ella, y el carácter beneficioso o perjudicial que puede suponerle¹⁹.

17 La CE de 1978, en su art. 49 establece que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Es el único precepto constitucional que menciona a las hoy denominadas personas con discapacidad con una norma “dirigida al legislador ordinario que introduce un principio social y dibuja un marco constitucional en relación con las personas discapacitadas” ROCA TRÍAS, E.: “Conferencia inaugural: Discapacidad y protección de derechos fundamentales”, en AA.VV.: *Protección jurídica de la persona con discapacidad* (COORD. I. SERRANO GARCÍA y A. CANDAU PÉREZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-33, en concreto, en las pp. 17 y 18. Sobre los derechos fundamentales, LÓPEZ EBRI, G. A.: “Restricciones involuntarias a las personas con discapacidad desde la óptica del derecho fundamental a la libertad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2020, pp. 193- 258.

18 En el art. 2.a) de Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” DE LORENZO GARCÍA, R., y LOYA DEL RÍO, M.: “Concepto y sistema de fuentes”, en AA.VV.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad* (dir. R. DE LORENZO GARCÍA y L.C. PÉREZ BUENO), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 205- 253, en concreto en las pp. 209, 210 y 211, se recoge la definición de la persona con discapacidad que realizan la legislación de Portugal, Italia, Francia, Estados Unidos, México y Perú.

19 Art. 200 CC. Vid. también el Reglamento de Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944 modificado en su art. 182.1º por el Real Decreto 1276/2011 de 16 de septiembre. Sin embargo frente a ese planteamiento que se ha denominado médico, está el modelo llamado social para el cual en palabras de GARCÍA ALGUACIL, M. C.: *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 19, la discapacidad no se percibe, o no se debería percibir como consecuencia de una enfermedad, sino que debería ser valorada desde “la interacción entre las personas que se encuentran en dicha situación y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

La cuestión se centra en qué medida la persona con discapacidad ve limitado el ejercicio de sus derechos. A estos efectos, es importante dejar claro que la discapacidad “es una forma de capacidad en que manifiesta una existencia. No es una negación total de capacidad pues ello sería una incapacidad, sino un medio o manera de estar modelada para cada uno el alcance de la propia capacidad, y denota una manera especial de ser capaz”²⁰.

En muchos casos, a las personas con discapacidad intelectual -aquellas que tienen dificultades para formar una voluntad libre y enteramente consciente para realizar actos o negocios jurídicos-, se las ha marginado socialmente, incapacitándolas, sin prestarles los apoyos jurídicos, la ayuda que precisan para aprovechar su potencial capacidad jurídica. Con la Convención de 2006, se propugna una reforma para cambiar la mentalidad ya que no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia- limitación intelectual-, puesto que ello supone marginarla o dejarla a un lado al privarla de su capacidad de decidir por sí misma, actuando por ella su representante. Lo que tiene sentido es ayudar o apoyar a esa persona para que logre tomar la decisión que esa persona con discapacidad quiere, la que desea, la que sea de su interés (en sentido subjetivo), facilitándole que quiera algo, atendiendo a su voluntad, a sus deseos o preferencias -no objetivamente en el sentido de buscar lo que según otros le conviene-²¹.

Desde este planteamiento, toda persona tiene capacidad jurídica que puede ejercitar²², y en casos extremos y severos de discapacidad intelectual de una persona, “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”²³. Por ello, en el Preámbulo de la Ley 8/2021 se señala 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 las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado...”.

20 SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: “Discapacidad, condición humana y dignidad humana”, en AA.VV.: *Fundamentos de conocimiento jurídico: la capacidad jurídica* (coord. A. SÁNCHEZ DE LA TORRE), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 376 y 383.

21 PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el CC”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 8 y 9.

22 Las SSTS 15 marzo 2018 (Tol 6548076) y 15 marzo 2018 (Tol 6544108), ya parten del principio de presunción de capacidad en línea con la Convención de 2006. En la última de ellas se pone de manifiesto que la capacidad natural ha de comprobarse “in situ”, esto es, en el lugar y momento en que se otorgue el acto jurídico de que se trate. La posibilidad concreta de realizar u otorgar, caso por caso, esos actos no contemplados en la sentencia que pone fin al procedimiento de prestación de apoyos, corresponde constatarla al funcionario competente respecto de cada uno de ellos, y en el momento en que pretendan realizarse.

23 Preámbulo de la Ley 8/2021.

Desde esta Ley 8/2021, se formula un cambio en nuestro Ordenamiento Jurídico al pasar de un sistema en el que predominaba, mediante resolución judicial, la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad intelectual, por otro sistema de apoyos y respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que serán las que tomarán sus propias decisiones²⁴.

Si la persona con discapacidad intelectual no tiene clara su voluntad o preferencia, la persona de apoyo, en interés de la primera, debe intentar ayudar a que tenga su propia voluntad, a buscar el deseo y preferencia de aquella y, sólo cuando ello no sea posible (recrear ese deseo, preferencia o voluntad de la persona con discapacidad), entonces la persona de apoyo, el curador representante, será quien decida en interés de la persona con discapacidad²⁵. De esta manera, se

24 LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O: "De la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley español de 26 de septiembre de 2018", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 14º, 2019, pp. 15-18, concretamente en la p. 17: "Y así, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación", AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño del sistema de apoyo", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 125- 163; LEGERÉN-MOLINA, A: "La relevancia", cit., pp. 165 a 212.

Ya en el CP vigente (tras su modificación por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, que modifica, entre otros, el art. 156) existe una manifestación en este sentido: El art. 155 establece: "En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontáneamente y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección". Sin embargo, respecto de ésta, el art. 156 del mismo texto legal establece que "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales." Así pues, se está admitiendo que es válido tal consentimiento prestado por personas con discapacidad intelectual que no carezcan absolutamente de aptitud para prestarlo.

25 Con arreglo a los planteamientos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, las personas que presten apoyo deben actuar atendiendo, además de al mejor interés de la persona con discapacidad, a la voluntad deseos y preferencias de quien lo requiera. Sin embargo, hay que matizar con SANTOS URBANEJA, F.: La guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de la persona con discapacidad, recuperado en <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com/>, pp. 1-43, concretamente pp. 11 y 12, considera el interés superior de la persona con discapacidad como criterio rector de toda actuación. "Toda persona con discapacidad tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Como criterio general se considera interés superior de la persona con discapacidad aquel que, en relación con sus circunstancias concretas, le reporte mayor calidad de vida y felicidad apreciado ello conforme a lo manifestado por dicha persona de acuerdo con sus convicciones personales, dentro de los límites legalmente previstos.

Toda persona con discapacidad en la medida que sea posible y aplicando en su caso los instrumentos de apoyo que sean preciso, deberá ser oída respecto de las decisiones que le incumban, debiendo ser respetada su voluntad cuando haya podido válidamente formarse y manifestarse. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior de la persona con

intenta que ésta deje de estar excluida siempre que tenga voluntad y claridad mental que pueda expresarse con la correspondiente ayuda.

Por tanto, la preferencia está en saber que quiere la persona con discapacidad intelectual, su voluntad y deseos. Si no la tiene plenamente formada habrá que ayudarle para que decida por sí misma.

Se considera que la curatela encaja mejor que otros sistemas de apoyo con lo dispuesto en la Convención de 2006 y sus principios rectores de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad²⁶.

Pero en ocasiones, la persona con discapacidad no alcanzará la facultad de querer o entender. Ante la imposibilidad de formar esa voluntad de la persona discapacitada, se precisa designar a un representante –curador- que decidirá, pero teniendo presente las creencias, preferencias, valores, ideas, trayectoria vital del representado. De esa manera llegará a decidir el curador-representante, si fuere posible, lo que hubiese decidido la persona con discapacidad intelectual: el representante actuará por la persona con discapacidad intelectual. Ahora bien, el curador ha de actuar respetando la voluntad, deseos y preferencias²⁷ de la persona con discapacidad. “Pero respecto a la voluntad va más allá de la indagación de esa voluntad. Hay casos en que la voluntad no puede expresarse, porque ha sobrevenido una discapacidad que lo impide, y en ese caso hay que indagar la voluntad que hubiera tenido la persona. Y para ese caso se impone al curador que tome en consideración “la trayectoria vital, los valores y creencias” de la persona con discapacidad²⁸”.

En este contexto jurídico de la Convención de 2006, desaparecerá la incapacidad como estado civil²⁹, dada la heterogeneidad de situaciones de discapacidad. Al ser la discapacidad muy diversa, no es posible aplicar las mismas medidas de apoyo para todas las situaciones de discapacidad. El tratamiento jurídico de medidas de apoyo

discapacidad sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Sin embargo, GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp. 143-192, entiende que como toda la propuesta de regulación del Proyecto de Ley está basada en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés, ya que es aquella quien puede decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque se equivoque.

- 26 Opinión ya adelantada por VARELA AUTRÁN, B.: “Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS 11 octubre 2012 (Tol 2674037)”, *Diario la Ley*, núm. 8006, Tribuna, 22 enero 2013, quien añade que se ha desaprovechado una importante ocasión para dejar marcado un posicionamiento jurisprudencial sobre una materia de tanto interés y trascendencia, desde una perspectiva jurídica y social, como es el de la consideración de las personas discapacitadas a la luz de los derechos humanos fundamentales que les corresponden en igualdad de condiciones.
- 27 Art. 249.2 CC, a tenor 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.
- 28 Ello es así por requerirlo la Convención de 2006, como nos recuerda, PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación”, cit., p.23.
- 29 DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952, p. 70 define los “estados civiles” como “cualidades jurídicas de las personas”.

no puede ser idéntico para todas las personas con discapacidad intelectual, ya que son distintas las características personales de cada una, esto es, dada su respectiva singularidad. “En armonía con este nuevo y acertado enfoque de la discapacidad, la antigua noción de “estado civil de incapacidad” -que ponía el centro de gravedad en el incapaz- ha dado paso a la de “situación de prestación de apoyos” -que coloca el centro de gravedad en las personas plenamente capaces³⁰”.

Queda claro que no tiene sentido prohibir a las personas con discapacidad intelectual el ejercicio de su capacidad jurídica, ya que éstas con el apoyo adecuado, pueden llevar a efecto el ejercicio de su capacidad jurídica. Las personas de apoyo han ayudado a las personas con discapacidad intelectual para que lleguen al ejercicio de su capacidad jurídica.

III. LA REFORMA DEL CC A TENOR DEL ART. SEGUNDO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

El cambio del régimen jurídico, respecto de las personas con discapacidad intelectual, supone que las personas que realizan el apoyo -sea para un apoyo asistencial o de representación-, no actuarán atendiendo a lo que a su juicio resulta ser el interés “objetivo” de la persona con discapacidad intelectual, sino atendiendo a lo que quiere ésta, ya que debe prevalecer su voluntad. Para todo ello, la Ley 8/2021, sigue los principios de la Convención de 2006 -en particular los que se desprenden con la nueva concepción de la capacidad establecida en el art. 12-, se deducen diversas líneas principales que presidirán el nuevo régimen jurídico del CC, aplicable a las personas con discapacidad psíquica³¹:

1º- Si bien se parte de una idea amplia de discapacidad, la Ley se centra en aquellos supuestos en que la discapacidad afecta a la voluntad en la toma de decisiones, esto es, afecta a la capacidad de autogobierno de la persona con discapacidad(intelectual)³².

2º.- La Ley 8/2021, basándose en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad intelectual, a su voluntad, deseos y preferencias, por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés a juicio de terceros, establece como regla general que “es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque

30 PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación”, cit., pp. 10 y 11 expone las razones por las que con la discapacidad (a diferencia de lo que sucedía con la incapacitación) ha dejado de ser un estado civil. Las personas con discapacidad no deben ser vistos como un grupo determinado al que se impone un mismo régimen jurídico.

31 Sigo en este apartado a GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp.143-192, y también a, PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación”, cit., pp.13 y 14.

32 En este sentido, GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp. 143-192, en concreto p. 172.

se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás³³, atendiendo al interés por ellas preferido.

3º.- La Ley 8/2021, parte de la capacidad sin distinciones de todas las personas. Al no hacer distinción entre capacidad jurídica y de obrar, habla de capacidad al entender que ésta no puede ser objeto de limitación o modificación judicial. “La capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se puede restringir ni se puede modificar”³⁴.

4º.- Según la exposición de motivos, “a la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela”³⁵.

Se reconoce el ámbito más amplio posible a la autonomía (autorregulación) de la persona con discapacidad para poder decidir su futuro dentro de la legalidad. La autonomía puede hacerse efectiva mediante una escritura pública de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes; mediante las medidas voluntarias de apoyo³⁶, de manera que, salvo que legalmente se disponga otra cosa, el juez no puede apartarse de lo dispuesto por la persona con discapacidad intelectual, y mediante la autotutela³⁷ (la persona no nombra

33 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp.143-192, en concreto p. 173.

34 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp.143-192, en concreto p. 174.

35 MAYOR DEL HOYO, M. V.: “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicional por la reforma estatal?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 2020, pp. 3359-3415, y concretamente en la p. 3371, refiriéndose al avance en el camino hacia la autorregulación que entraña la modificación legislativa prevista manifiesta que ésta: “otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que puede tomar la persona en previsión de una futura necesidad de apoyo, que han de prevalecer sobre las medidas que se establecen judicialmente. Adquieren así especial importancia los poderes y mandatos preventivos. Se introduce una nueva regulación de éstos, dedicándoles un capítulo -el II- dentro del título XI, en la que se separa la autotutela del otorgamiento de poderes preventivos y estos del mandato. El nuevo paradigma de la discapacidad se proyecta, en distinto grado, sobre amplios sectores del ordenamiento jurídico-civil, por lo que son muchas las normas que a lo largo del CC precisan adaptación y que el Anteproyecto propone modificar: reglas de Derecho Internacional Privado; adquisición de la nacionalidad; efectos de la separación, nulidad y divorcio; determinación de la filiación; patria potestad; emancipación; régimen económico matrimonial, en especial, preceptos relativos a la sociedad de gananciales; posesión. Particularmente afectadas -como explica la exposición de motivos- van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, dado que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, repercute en la idea de responsabilidad, en concreto, en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno”.

36 “De las medidas voluntarias de apoyo”, Art. 254 y ss. CC, a tenor de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Sobre los denominados poderes preventivos GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipado”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 29- 60.

37 Art. 271 del CC a tenor de la Ley 8/2021. ESCARTÍN IPIÉNS, J. A.: “La autotutela en el anteproyecto de ley sobre modificación del CC y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 85- 119; ESCARTÍN IPIÉNS, J. A.: “Disposiciones transitorias del anteproyecto de Ley de

curador –que es una facultad exclusiva del Juez- pero la propuesta hecha por el interesado vinculará al Juez al constituir la curatela³⁸, si bien la autoridad judicial podrá prescindir de la propuesta del interesado, mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves³⁹).

5º.- La Ley 8/2021, diferencia claramente entre las medidas preventivas, basadas en la voluntad de la persona (autorregulación) tomadas en previsión de una necesidad de futuro apoyo y las medidas -de carácter no voluntario- que se establecen una vez que se constata la necesidad de apoyo -mediante la curatela, la guarda de hecho⁴⁰ y el defensor judicial⁴¹- que han de respetar en el más amplio margen posible la voluntad del discapacitado. Estas últimas medidas, son subsidiarias de las primeras medidas tomadas anticipadamente por la propia persona en previsión de su futura discapacidad -poderes preventivos⁴² o auto-curatela-.

Se establece, por tanto, preferencia de la auto-regulación (regulación privada, adoptada por una persona respecto de su propia discapacidad intelectual futura), frente a la regulación establecida por la Ley o por el Juez⁴³. Primero se ha de estar a lo que quiere la persona con discapacidad y, si nada ha dispuesto ésta, o lo dispuesto en la auto-regulación es insuficiente (vg. existe un poder preventivo, pero éste no alcanza a toda la necesidad de apoyo), se estará a lo establecido

reforma del CC y otras leyes complementarias en materia de discapacidad, *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018, pp. 227- 245.

- 38 Art. 272 CC, a tenor de la Ley 8/2021. RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 215- 252.
- 39 Art. 272, apartado segundo CC, a tenor 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.
- 40 De la guarda de hecho de las personas con discapacidad, Art. 263 y ss. CC, a tenor de la Ley 8/2021. Sobre este particular ya se había ocupado PÉREZ MONGE, M.: “La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la convención”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT, P.A), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 243 -276.
- 41 Del defensor judicial de la persona con discapacidad, se ocupan los artículos 295 a 298 del CC a tenor de la Ley 8/2021. Sobre este aspecto ya se había ocupado SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.: “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp.271-290.
- 42 PEREÑA VICENTE, M.: “El régimen”, cit., pp.195-241, en concreto en la p. 199, refiriéndose a la cuestión esencial del respeto de la voluntad de la persona con discapacidad: “Si la voluntad de la persona se sitúa en el centro del sistema, los poderes preventivos están llamados a convertirse en una de las instituciones esenciales del mismo. Porque vehicular dicha voluntad y esta es trasunto, nada menos que de la libertad. La libertad individual es el derecho fundamental que está en juego cuando hablamos de respeto de la voluntad y, por ello, es esencial construir un sistema que, además de consagrar el derecho, lo garantice.”
- 43 El art. 253 “in fine” CC, a tenor de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, establece que: “Sólo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria (escritura pública con medidas de apoyo, poder y mandato preventivo o proponer nombramiento de curador), y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

por la Ley o por el Juez (éste, puede nombrar curador). Sólo en defecto de auto-regulación, el Juez puede adoptar medidas al respecto⁴⁴.

Es cierto que la auto-regulación y la regulación legal o judicial, no son incompatibles, es posible su coexistencia cuando la primera sea insuficiente⁴⁵. Si la primera no existiese o fuese insuficiente puesto que solo se han previsto determinados actos o negocios jurídicos, se necesita de la regulación establecida por la Ley o por el Juez para el futuro, ya que la persona con discapacidad no ha decidido por sí misma. El Juez, mediante un proceso judicial de determinación de apoyos, nombrará curador para ayudar a la persona con discapacidad en los demás actos o negocios jurídicos no previstos por el propio discapacitado. Por tanto, pueden coexistir el nombramiento de curador con la vigencia del "poder preventivo", o bien, el Juez puede simplemente completar las previsiones del citado poder, pero no disponiendo nada respecto del nombramiento de un curador⁴⁶.

La auto-regulación para el futuro, dispuesta por la persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica, no está sometida a un control, homologación o autorización judicial previa⁴⁷. "Solo en defecto o por insuficiencia de 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"⁴⁸. El Juez ha de respetar tales decisiones, aunque no fuesen acertadas, cosa distinta en que se hayan producido determinados errores, que se podrán corregir.

El Preámbulo de la Ley 8/2021 se deja claro que "la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la

44 Art. 255 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021. Ahora bien, ha de tenerse presente que declarar a una persona incapaz para privarle de ejercer todos o parte de sus derechos conforme a su voluntad o preferencias -siempre que estas existan-, vulnera la dignidad de la persona. Existe, en el art.12.4 de la Convención, un principio de respeto a las decisiones personales.

45 Art. 255 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021. GARCÍA RUBIO, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143-192, en concreto p.178, entiende que habrá una mayor amplitud "de las situaciones en las que pueden convivir los negocios preventivos nacidos de la voluntad del interesado con otras medidas de apoyo, coexistencia que pasa a ser la regla general, de modo que en línea de principio los poderes preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado, salvando evidentemente las situaciones de absoluta impunidad".

46 Art. 258 CC, a tenor de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: "Los poderes a que se refieren los artículos anteriores (poderes y mandatos preventivos) mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado".

47 Art. 271 CC, a tenor de la Ley 8/2021.

48 Art. 255 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021.

autocuratela”. Sin embargo, en este último caso se dispone que: “No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”⁴⁹.

En todo caso, las medidas de apoyo legales o judiciales que se adopten- “que sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”⁵⁰ - han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (principio de proporcionalidad)⁵¹, y que se aplicarán en el plazo más corto posible (principio de temporalidad)⁵², siendo necesario que esas medidas estén sujetas a revisión periódica (principio de revisión)⁵³, de cara a su posible modificación o supresión⁵⁴. En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se deja claro que la Convención de Nueva York de 2006 exige a los Estados Parte “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 aseguran 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”.

49 Art. 272 “in fine” CC, a tenor de la Ley 8/2021.

50 Art. 249 “in fine” CC, a tenor de la Ley 8/2021.

51 Art. 249 “in fine” CC, a tenor de la Ley 8/2021, todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

52 Art. 12.4 de la Convención de 2006.

53 Art. 12.4 de la Convención de 2006.

54 El art. 268 CC a tenor de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: “... las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”. La discapacidad intelectual no es una realidad inmodificable. La ya citada a STS 29 abril 2009 (RAJ) 2009, 2901) habló de la “reversibilidad” de esa situación: “el sistema de protección debe...constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección”. Sobre la contribución de la Jurisprudencia del TS al diseño del nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp.361-394.

En suma, las medidas de apoyo, que pueden afectar tanto al ámbito personal (aspectos médicos, domicilio, correspondencia, derechos de la personalidad, ...) como al ámbito patrimonial (contratos, propiedad, ...), o a ambos, deberán ajustarse como señala García Rubio “a los principios de necesidad y proporcionalidad, e irán destinadas a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. De los mencionados principios se deriva que las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad (principio de necesidad), pero también que han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (principio de proporcionalidad)”⁵⁵.

6°.- Según el Preámbulo de la Ley 8/2021, la curatela pasa a ser la “principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado-, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación, y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y sólo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas”.

Sabemos que cada persona con discapacidad intelectual tiene las facultades que tiene y que son variables, por lo que precisamente teniendo presente las que son, habrá que apoyar a la persona para que desarrolle su personalidad. Por todo ello, la figura central de apoyo pasará a ser la curatela, por ser una figura graduable y de la necesaria plasticidad para que sea proporcionada a las concretas necesidades de apoyo de la persona necesitada del mismo. Por consiguiente, se deja al margen la tutela por ser esencialmente no graduable y, además, fundamentalmente una figura de representación.

La curatela se establecerá en un procedimiento judicial de provisión de apoyos, en cuya tramitación no se prescindirá de la voluntad, deseos y preferencias – como indica el art. 12 de la Convención de 2006- de la persona con discapacidad. Así, la pasa a ser la institución única de apoyo a la persona mayor de edad con discapacidad, al tratarse de una figura graduable en su intensidad y amplitud atendiendo al grado e intensidad de las medidas de apoyo que precise la persona con discapacidad intelectual. El Preámbulo de la Ley 8/2021 nos señala que “el procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera

55 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp.143-192, en concreto p. 174, manifiesta que tomando la expresión de la jurisprudencia más reciente “... se parte de una concepción del apoyo como un “traje a medida”, o mejor aún, como “tantos trajes a medida como sean necesarios”, pues el apoyo ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona que lo requiere”.

el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.”

La curatela del mayor de edad con discapacidad, al ser graduable, puede ir, por ejemplo, desde una mera curatela de asistencia e intervención, de acompañamiento a los negocios jurídicos que realice la persona con discapacidad (para los casos más leves de discapacidad intelectual, en la que se manifiesta el deseo, la voluntad de la persona), a la curatela de representación para casos límites severos (los más graves en las que no siempre sea posible la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad intelectual) y que supone la actuación en nombre de ésta persona para ciertos actos que no puede realizar por sí misma. El Juez en lo posible, atendiendo al grado de discapacidad, procurará optar por la curatela no representativa, buscando que exista una correlación entre la necesidad de medidas de apoyo y la ayuda recibida, entre el grado de discapacidad intelectual y el grado de asistencia, respetando la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Al excluirse la incapacitación, no se modifica la capacidad de la persona, sino que, en función de la discapacidad intelectual de la persona, el Juez gradúa las medidas de apoyo constituyendo una curatela asistencial (determinando los actos que requieren esa asistencia). Cuando se trate de una discapacidad intelectual severa que impida a la persona decidir por sí misma, se establece como medida de apoyo la curatela de representación. “Solo de modo excepcional se acepta la curatela representativa, aunque sea para actos aislados, con lo que más excepcional será todavía la curatela representativa de alcance general, esta última solo deberá decretarse en aquellas situaciones en la que la persona con discapacidad esté absolutamente privada de sus facultades volitivas y cognitivas, de suerte que únicamente el mecanismo representativo puede garantizar su participación en la vida jurídica...., en aras al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en los supuestos en los que actúe en representación o sustitución de esta, el curador estará obligado a tratar de averiguar el sentido de la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiese requerido representación; para ello habrá de tener en cuenta los factores que esa misma persona habría tomado en consideración y no otros ajenos”⁵⁶.

56 Arts. 268 y ss. CC, a tenor de la Ley 8/2021. GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp.143-192, en concreto p. 182, añade “Por consiguiente, el motivo de la decisión no ha de descansar en lo que el curador (ni la autoridad judicial, ni ningún tercero experto) pueda considerar como lo mejor para la persona con discapacidad o lo que mejor satisface su interés, sino en aquello que, tras un delicado trabajo de reconstrucción hermenéutica, hubiera sido concorde con su voluntad, deseos y preferencias del necesitado de apoyo.”

Además, la curatela puede ser revisable⁵⁷ y variable con una misma persona con discapacidad, pues cabe que, para determinados actos a realizar por esa persona con discapacidad intelectual, el curador actúe en una modalidad asistencial -vg. arrendar-, mientras que, para hipotecar –o vender- bienes de la persona discapacitada, actúe como un curador representante⁵⁸. La sentencia de provisión de apoyos establecerá el apoyo que necesita la persona con discapacidad para cada acto concreto, teniendo presente que la curatela como institución de apoyo flexible se adaptará al grado real de posibilidades de autogobierno de cada persona, teniendo el alcance que resulte necesario: desde la mera asistencia hasta los actos en que se precise la práctica sustitución en la toma de decisiones cuando la persona discapacitada intelectualmente no pueda hacerlo por sí misma⁵⁹.

La actuación del curador ha de ser de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad⁶⁰, teniendo presente que todos los actos distintos de aquellos para los cuales la autoridad judicial haya previsto asistencia, o representación, podrán ser realizados por la propia persona con discapacidad intelectual.

En suma, la curatela pasará a ser la medida de apoyo preferente para quienes precisen de manera continuada el apoyo⁶¹. Se constituye mediante resolución judicial cuando no exista otra medida de apoyo, o ésta no fuere suficiente⁶², precisándose los actos para los cuales la persona con discapacidad intelectual requiere la intervención del curador y aquellos en los que éste, excepcionalmente, representa al discapacitado⁶³. Además, en la susodicha resolución se incluirán las oportunas medidas de control para garantizar el respeto a la voluntad y preferencia

57 El Preámbulo de la Ley 8/2021 establece que “Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación”. Art. 268 apartado segundo CC a tenor de la Ley 8/2021.

58 Art. 269 CC, a tenor de la Ley 8/2021.

59 Art. 269 CC, a tenor de la Ley 8/2021.

60 El art. 268 CC, a tenor de la Ley 8/2021 dispone: “Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.” Art. 270, apartado primero CC, a tenor de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: “La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida...”

61 Preámbulo de la Ley 8/2021: “La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad.”

62 Art. 269 CC, a tenor de la Ley 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.

63 En estos casos el curador necesita de autorización judicial para aquellos actos determinados por la propia resolución judicial, y en todo caso, para los especificados en el art. 287 CC, a tenor de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y para los realizados por el curador sin autorización judicial, art. 289 CC, a tenor de la Ley susodicha: “No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial...”

de la persona discapacitada en el proceso de toma de decisiones⁶⁴. En este sentido, nos recuerda GARCÍA RUBIO que “la función principal de cualquier curador es la de asistir a la persona que presta apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica en los aspectos personales y/o patrimoniales que lo necesite, respetando su voluntad, deseos y preferencias garantizando su participación activa en la toma de decisiones que le afecten”⁶⁵.

7º.- El propio Preámbulo de la Ley 8/2021 deja claro que “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 que ahora se propone... las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen 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 la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”.

La tutela, con su tradicional connotación representativa, por su rigidez en cuanto a su ámbito y en cuanto a su duración, se limitará a los menores de edad no emancipados que no estén protegidos a través de la patria potestad. Los menores no emancipados necesitan representación legal y universal⁶⁶. Salvo para estos casos, se optará por la supresión de la tutela⁶⁷, como medida basada en la adopción de decisiones sustitutivas, reemplazándose por otras medidas que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones de la persona con discapacidad. Se reconfigura la curatela para esos casos, atribuyéndole excepcionalmente al curador funciones de representación -con lo que cabe hablar de curatela representativa- para casos

64 Art. 270 CC, a tenor de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

65 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp.143-192, en concreto p.184, añade que “el curador deberá además tener en cuenta en su actuación la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que presta apoyo cuando actúe con facultades representativas, en cuyo caso tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta para ello los factores que esa persona habría tomado en consideración. El curador que ejerza funciones representativas precisará de la autorización judicial ex ante para los actos más trascendentes, que pueden ser tanto de naturaleza personal como patrimonial”.

66 Art. 199 y ss. CC, a tenor de la Ley 8/2021.

67 PEREÑA VICENTE, M.: “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2016, pp. 3-40, en concreto en la pp. 10 y 11, entiende que con arreglo al art. 12 de la Convención de 2006, es posible admitir que, en supuestos graves de discapacidad intelectual, la tutela, más allá de la terminología, pudiera ser un apoyo idóneo puesto que “el apoyo es la finalidad perseguida no la medida en sí”.

excepcionales⁶⁸ en los que el discapacitado puede necesitar dicha representación⁶⁹, en los que, en ocasiones, será difícil que el curador actúe atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o teniendo en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a que se preste apoyo, en cuyo caso, por sentido común el curador representante tomará como criterio de actuación el interés objetivo de la persona con discapacidad, puesto que debe actuar en beneficio de la persona representada.

Para el menor emancipado, cuando lo necesite, se dispone la asistencia del defensor judicial (como complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos) y se suprime la prodigalidad como institución autónoma “dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”, siendo apoyado mediante un asistente⁷⁰. Por tanto, al margen de la discapacidad, no se regula expresamente la prodigalidad como situación de la persona que requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales, en detrimento del derecho de alimentos de parientes.

En el Preámbulo de la Ley 8/2021, se recoge la figura del defensor judicial “especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual

68 En que está privada la persona de las facultades volitivas o cognitivas. Art. 249, apartado tercero CC, a tenor de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: “En los casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

69 Crítico es ALEMANY, M.: “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 227-302, concretamente en las pp. 21 a 45, en particular en la p. 41 escribe en relación con los concretos efectos sociales que la reforma tendrá sobre las personas con discapacidad mental y/o intelectual: “mi sospecha es que va a ser perjudicial para los casos de personas que verdaderamente necesitan de medidas paternalistas y, en particular, de la representación. Más bien parece que terminarán siendo las víctimas que todo cambio revolucionario genera: algo que sí que plantea problemas con el principio de dignidad...En resumen, me parece desproporcionada la exigencia de excepcionalidad que se está imponiendo para negarle validez a una declaración de voluntad”.

70 En cuanto a la supresión de la prodigalidad, vid. el Preámbulo de la Ley 8/2021. Dentro de la modificación del CC, los arts. 199 (quienes quedan sujetos a tutela) y 235 referido al defensor judicial del menor ambos conforme a 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. Por otra parte, el art. sexto del susodicho texto legal, referido a la Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, punto Cinco. Se modifica el título y el apartado 1 del art. 72: “Art. 72. Resolución judicial de provisión de apoyos, asistencia al pródigo y declaración del concurso de persona física.1. La resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona afectada. La inscripción expresará la extensión y límites de las medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo”.

lo ejerza". Por tanto, la figura del defensor judicial está pensada para situaciones en las que existe la necesidad de apoyo ocasional que no está garantizado por otra medida voluntaria o de facto, o en las situaciones de conflicto de intereses entre la figura de apoyo –vg. curatela- y la persona con discapacidad o ante la imposibilidad de ejercer coyunturalmente el apoyo por la figura de apoyo habitual.

Las figuras de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, como instituciones rígidas, deben excluirse como medidas de apoyo al hijo con discapacidad, ya que suponen una representación total con la consiguiente sustitución de una actuación jurídica del hijo, cualquiera que sea el grado de su discapacidad. En cambio, el hijo debe recibir los apoyos que precise según el grado de discapacidad intelectual a través de la curatela⁷¹. Por tanto, en el ámbito de la discapacidad se eliminará la Patria Potestad prorrogada- y también la rehabilitada, en su caso-, ya que al cumplir el hijo la mayoría de edad no quedará sometido a una representación universal de sus padres, sino que quedará sometido a una curatela determinada en función del apoyo que necesiten⁷².

8º.- El Preámbulo de Ley 8/2021 destaca "el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho...que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias".

71 "Resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad, reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia" Cfr. STS 20 octubre 2014.

72 El Preámbulo de la Ley 8/2021 establece que "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... las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen 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 la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera."

Por tanto, se potencia como institución de apoyo la guarda de hecho⁷³ para no dificultar su actuación cuando la persona con discapacidad esté suficientemente atendida por razones afectivas (atendido por: el cónyuge, la pareja, el familiar, el vecino...) y no resulta preciso el nombramiento del curador. Sabemos que generalmente la familia es el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que respecta a los miembros de la misma más vulnerables.

Ahora bien, cuando el guardador de hecho necesite acreditarse para realizar actos concretos en representación, podrá acudir al Juez, en acto de jurisdicción voluntaria, para obtener una autorización concreta como representante para ese concreto acto o negocio jurídico, pero sin iniciar un procedimiento judicial de determinación de prestación de apoyo que es de índole contenciosa⁷⁴.

El apoyo fáctico que representa la guarda de hecho sólo subsistirá en caso de que no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales que resulten eficaces, pues la esencia de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador, salvo que se requiera autorización judicial para realizar actos jurídicos representativos. En estos casos, “el guardador de hecho deberá obtener la autorización correspondiente, pero sin que pueda exigirse la incoación de un procedimiento general de provisión de apoyos⁷⁵”.

9°. Reza en el Preámbulo de la Ley 8/2021 que “el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos

73 Art. 263 CC, a tenor de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., pp.143 -192, en concreto p.179, refiriéndose a esta figura que considera de “apoyo más frecuente”, asegura que “se trata de un instituto cuyos contornos exactos no se definen en el nuevo texto, lo que le permite una gran plasticidad. No obstante, a diferencia de la concepción del Código vigente, deja de ser contemplada como una situación provisional destinada a ser sustituida por otra más estable, para pasar a consagrar su permanencia en tanto constituya el apoyo adecuado para la persona necesitada de él. Por consiguiente, la guarda de hecho va a ser considerada como una genuina institución de apoyo a la que se dan mayores posibilidades de actuación eficaz en el tráfico jurídico que las que posee en la regulación actual, pues se le permite realizar incluso actuaciones representativas para actos concretos previa autorización judicial, por un procedimiento no contencioso que trata de ser rápido y eficiente.” Respecto de la guarda de hecho, LECIÑENA IBARRA, A.: “La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 293-320.

74 Art. 264 CC, a tenor de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: “Cuando excepcionalmente ser requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el art. 287”.

75 A. PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación”, cit., p. 20.

para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos”.

El procedimiento judicial de prestación de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que, lejos de privar de derechos personales o patrimoniales a las personas con discapacidad, determine los actos o negocios jurídicos para los que éstas requieran apoyo o, excepcionalmente, representación.

En los apoyos de naturaleza judicial, se trata de evitar recurrir a las figuras ligadas a los modelos de sustitución plena en la toma de decisiones, como han venido siendo la tutela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Se evita la tutela como medida de apoyo para la persona con discapacidad, manteniéndose para los menores no sometidos a la patria potestad. El desechar las figuras de la patria potestad prorrogada y rehabilitada se justifica al ponerse “en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el niño-adolescente-joven-adulto con discapacidad llegue a adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, quienes, en buena parte de los casos, morirán antes que él. No se puede olvidar, además, que cuando el padre y la madre se hacen mayores, esa patria potestad prorrogada o rehabilitada pueda llegar a ser una carga demasiado pesada para ellos, de suerte que otras personas pueden estar en mejores condiciones para servir de apoyo a sus hijos adultos con discapacidad. En consecuencia, el menor discapacitado que alcanza la mayoría de edad tiene el mismo tratamiento que cualquier discapacitado mayor de edad que solicita, o para el que solicitan, medidas de apoyo ...la autoridad judicial... podrá acordar si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad...estas medidas se adoptarán dando participación al menor en el proceso y atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”⁷⁶.

El susodicho procedimiento judicial de determinación de apoyos, además de llevar a una resolución judicial que determine aquellos actos para los que la persona con discapacidad precisa asistencia, determinará el carácter representativo de la curatela, o en su caso, su ámbito total o parcial, así como la persona a la que se le nombra curador, pero nunca la privación de derechos personales o patrimoniales⁷⁷.

La Sentencia no prohibirá a la persona con discapacidad actos concretos en su esfera personal, familiar o patrimonial, sino que establecerá los que puede hacer

⁷⁶ GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria”, cit., p.181,

⁷⁷ En la redacción dada al art. 268 CC por 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 establece: “Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las

por sí misma y que apoyos necesitará para los demás actos. El contenido de la Sentencia de prestación de apoyos puede ser diverso ya que puede determinar, de manera precisa, los actos en los que la persona con discapacidad intelectual pueda actuar por sí misma, los actos para los que requiera asistencia de curador y los actos para los que requiera representación del curador. Por tanto, se trata de que la Sentencia judicial establezca, no la limitación de capacidad, sino los apoyos que necesita la persona con discapacidad para que ejercite su capacidad jurídica.

IV. DE LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

En el art. veintitrés de la Ley 8/2021, se modifica el CC y su art. 249 CC, al tratar de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, se refiere a las necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.

Pero ¿Qué debemos entender por persona mayor de edad o emancipada que precisa medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica? Atendiendo, a sensu contrario, a lo dispuesto en el propio art. 249 citado, es aquella que sin esas medidas de apoyo no puede desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y por ello precisa de otras personas que le preste el apoyo para que puedan desarrollar tal proceso de toma de decisiones informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias.

Durante todo el proceso de apoyo, las personas que lo prestasen fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menor apoyo en el futuro⁷⁸.

Respecto de las medidas de apoyo que recibirán las personas mayores de edad o emancipadas que las precisan, se dirigirán al adecuado ejercicio de su capacidad jurídica con la finalidad del desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad con las demás personas. Se inspiran estas medidas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de los derechos fundamentales. Se considera que en circunstancias normales

necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.”

En la redacción dada al art. 269 CC por 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, se establece que “en ningún caso podrá incluir la sentencia la mera privación de derechos”, como por ejemplo el derecho a testar, el derecho a contraer matrimonio, entre otros.

78 Art. 249, párrafo 2° in fine CC, según de Ley 8/2021.

resulta posible determinar, a través de las medidas de apoyo, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro⁷⁹.

Las medidas de apoyo pueden tener su origen en la voluntad de la persona de que se trate de apoyar, o pueden tener un origen legal o judicial⁸⁰. Estas últimas solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate de apoyar, si bien todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad⁸¹. Cuando habiéndose hecho un esfuerzo considerable mediante las medidas de apoyo y no siendo posible determinar, para actuar, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, las instituciones jurídicas de apoyo – guardador de hecho, curatela o defensor judicial⁸²-, podrán asumir las funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en el caso de no requerir representación⁸³.

En consecuencia, las medidas de apoyo, como regla general, se llevarán a cabo por las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, pero sin asumir funciones de representativas. Sólo en casos excepcionales las susodichas instituciones jurídicas de apoyo asumirán funciones representativas.

El juez – según el art. 249, párrafo cuarto del CC a tenor de la Ley 8/2021- podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este

79 Art. 249, párrafo 1º y 2º CC, a tenor de la Ley 8/2021.

80 Art. 249, párrafo 1º CC, a tenor de la Ley 8/2021. VIVAS TESÓN, I.: “Curatela y asistencia”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 227-302, concretamente en las pp. 279 y 280, la autora se pregunta si el procedimiento judicial de provisión de apoyos y la posibilidad de sustitución o representación del adulto con discapacidad que contempla el Proyecto de ley por la que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, contradice los principios y filosofía de la Convención de Nueva York de 2006 y se responde que no, fundamentalmente “por partirse de la indiscutible premisa de que la autonomía y decisional de la persona debe limitarse lo menos posible por el papel preeminente o privilegiado de las medidas de apoyo voluntaria o preventiva sobre las legales, de modo que la judicialización de la discapacidad se considera la última ratio (hasta ahora la primera y única), por la excepcionalidad de la curatela con funciones representativas, por la obligada revisión periódica de la sentencia y por la aplicación al curador de las directrices de actuación previstas por la CDPD, las cuales se reconducen a la prevalencia de la voluntad, preferencias y deseos existenciales de la persona que precisa de apoyo”.

81 Art. 249, párrafo 1º in fine CC, a tenor de la Ley 8/2021.

82 Art. 250 CC, a tenor de la Ley 8/2021.

83 Art. 249, párrafo 3º in fine CC, a tenor de la Ley 8/2021.

precepto, y en particular atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria⁸⁴, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias⁸⁵.

Guardador de hecho -que ejerce una medida informal- es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente⁸⁶.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo⁸⁷.

El nombramiento de defensor judicial-como medida formal de apoyo-procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente⁸⁸.

La curatela pasa a ser la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad⁸⁹ mayores de edad o emancipadas que precisen medida de apoyo, en consonancia con la Convención de Nueva York de 2006 -arts. 1, 3.a) y 12-, dada la premisa según la cual la persona mayor de edad con discapacidad puede realizar todos los actos que, de acuerdo con lo previsto en la correspondiente resolución judicial, no precisen de asistencia o en su caso representación (sin suplantar la voluntad de la persona con discapacidad, respetándose sus aspiraciones, anhelos y creencias vitales⁹⁰, lo que conduce a que

84 Art. 250 CC, párrafo 3, a tenor de la Ley 8/2021: Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quien debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

85 Art. 250 CC, párrafo 1 y 2, a tenor de la Ley 8/2021.

86 Art. 263 CC, a tenor de la Ley 8/2021

87 Art. 250, apartado quinto CC, a tenor de la Ley 8/2021

88 Art. 250, apartado sexto CC, a tenor de la Ley 8/2021

89 VIVAS TESÓN, I.: "Curatela", cit., pp. 227-302, concretamente en la pp.284-301 analiza el régimen jurídico de la Curatela en el nuevo marco normativo en el CC, sus principios rectores (necesidad, proporcionalidad y especificidad; subsidiariedad; elasticidad, temporalidad), el nombramiento del curador, ejercicio de la curatela, la extinción de ésta, así como su régimen transitorio.

90 CUENCA GÓMEZ, P: "De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT),

el representante ha de tomar la decisión, lo cual a veces no será fácil, que la persona con discapacidad hubiese tomado⁹¹).

Nos encontramos ante un criterio preferente: los deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Ahora bien, cuál será el alcance de este criterio cuando estemos en presencia de personas que no tienen aptitud de manifestar sus deseos o preferencias, y particularmente, con personas que por su discapacidad nunca han podido manifestarlos. En tales casos habrá que encontrar la mejor interpretación posible de esa voluntad y preferencias en el supuesto en que hayan podido manifestarse en algún momento de su existencia. Cuando desde el momento del nacimiento no hayan podido ser manifestados, quien preste el apoyo actuará orientado por el interés que éste considere que es el interés de la persona con discapacidad⁹².

Por tanto, la discapacidad no conlleva, por sí misma, la designación judicial de curador, designación que procede cuando se precise el apoyo para que la persona con discapacidad ejercite su capacidad jurídica, y sólo para lo que realmente precise a estos efectos, apoyo éste que no pudiera ser prestado a través de otra medida⁹³.

Uno de los aspectos importantes de la modificación del CC a través de la Ley 8/2021 es la desaparición de la figura de la tutela en el ámbito de discapacidad⁹⁴.

Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 227-302, concretamente en la pp.47-75, concretamente en la p. 64 asegura que "resulta crucial incidir en que el cambio que propugna el art. 12 no supone abandonar o dejar desamparadas a su suerte a las personas con discapacidad cognitiva. Más bien lo que implica es cambiar la dirección del impulso protector...de un sistema que les convierte en "objetos" de protección silenciando sus voces, y transfiriendo sus decisiones y derechos a un tercero, a un sistema que les protege en tanto sujetos de derechos, exigiendo el máximo respeto a su voluntad y preferencias, garantizando la asistencia en la toma de decisiones, estableciendo salvaguardas, y restaurándolas en el ejercicio de sus derechos humanos".

- 91 La curatela se incardina en el nuevo sistema con base en la voluntad, preferencias y anhelos de la persona con discapacidad por delante incluso del "interés de la persona con discapacidad" como nos recuerda PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación", cit., pp. 5-28, en concreto en la p. 9 escribe: "El interés de la persona con discapacidad queda muy relegado en relación con la voluntad de la persona -y situado incluso detrás de la voluntad presunta", pasando a ser la voluntad de la persona, como indica VIVAS TESÓN, I.: "Curatela", cit., pp. 227-302, concretamente en la p. 281, " la dueña de su propia vida...y por ello es la única que puede tomar sus propias decisiones(acertadas o no, pues, como todas las personas, tienen derecho a elegir, a equivocarse y a aprender de los errores, que es en lo que consiste la libertad personal y la consiguiente responsabilidad que lleva aparejada), y sólo de manera muy excepcional es posible la sustitución por una tercera persona, la cual, buena conocedora de la trayectoria vital de la persona con discapacidad, deberá decidir siempre atendiendo a sus criterios, valores y creencias, pese a que no las comparta".
Hay que poner todos los medios posibles para conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo cual por sí sólo no asegura que se consiga ese fin. Cosa distinta, como indica la STS 30 septiembre 2014 (RAJ 2014, 4864), es que conocida deba "ser respetada salvo por razones objetivas permitan concluir que ello la perjudica".
- 92 MUNAR BERNAT, P. A.: "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del anteproyecto", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 175-193, concretamente, p. 183.
- 93 VIVAS TESÓN, I.: "Curatela", cit., pp. 285 y 286. En esta última página señala: "Por tanto, la decisión judicial debe personalizar al máximo las funciones y actos del curador, precisando, con claridad, los actos que requieran apoyo y la intensidad del mismo (asistencia o representación): debe ser un "traje a medida" no pre-confeccionado o pret-à porter, sino de nuevo corte, personalizado y exclusivo para cada persona".
- 94 PAU PEDRÓN, A.: "El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, núm.1, 2020, pp. 3-29, en concreto en la p. 20 escribe: "Y se ha dejado fuera

Esta desaparición ha planteado dudas pensando en aquellas personas con discapacidad que padecen una afectación severa que les priva de toda capacidad para manifestar su voluntad. Desde esta perspectiva se ha defendido que se precisaría una institución que permitiera la sustitución en la toma de decisiones, por lo que, para algunos, sería preciso mantener la tutela⁹⁵. En definitiva, ésta es la respuesta que diseña la Ley 8/2021 para proteger a las personas con discapacidad en grado extremo, al considerar que estas también cuentan con capacidad jurídica y que necesitan apoyo para su ejercicio⁹⁶.

V. CONCLUSIONES.

I. De lo hasta aquí expuesto, se pone de manifiesto que después de los años transcurridos de vigencia, en el Reino de España, de la Convención de 2006, nuestro Ordenamiento Jurídico, y en concreto nuestro Derecho civil precisaba ser armonizado totalmente con la citada Convención. Durante muchos años ha pervivido, aunque suavizado por nuestra Jurisprudencia, el régimen de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad intelectual. Con la Ley 8/2021 se pretende adaptar totalmente el Derecho español al espíritu de la Convención de 2006.

II. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, es un instrumento de protección de las personas con discapacidad en general y en particular de las que tienen una discapacidad intelectual, tomando como punto de partida dos principios básicos: la dignidad humana y la autonomía de la persona.

Para dar cumplimiento al art. 12 de la susodicha Convención de 2006, el legislador realiza una labor de adaptación legislativa en lo atinente a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Las ideas básicas que surgen del citado art. 12 de la Convención y que se reflejan en la Ley 8/2021 de 2020, son:

del ámbito de la discapacidad la figura del tutor, que es siempre una persona que actúa por sí misma, representando a otra, y además actuando en interés de ella, como si ella misma no pudiera, en la inmensa mayoría de los casos, expresar sus propios intereses”.

95 DÍAZ ALABART, S.: “Actuación de la persona con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal”, en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas* (dir. M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, 2019, pp. 163-197, concretamente en la pp. 167 y 168. En realidad, para algunos, esto es lo que sucede en los supuestos en los que sea necesario representar a la persona de manera estable, pero con la denominación de “curatela representativa” por carecer de voluntad la persona con discapacidad SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento”, cit., pp. 385-428. Contraria a la eliminación de la tutela en personas con discapacidad en grado extremo PEREÑA VICENTE, M.: “Derechos fundamentales”, cit., pp. 3 a 40, en concreto en las pp. 10 y 11, entiende que el cambio de la tutela por la curatela representativa de ámbito general parece más bien “terminológica” que sustancial.

96 RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela”, cit., pp. 215-252, concretamente en la p. 247.

1ª) La referencia a la capacidad jurídica a que alude el precepto, no se refiere al sentido que tradicionalmente se le ha venido dando en nuestro Derecho como equivalente al de personalidad jurídica, sino que incluye tanto la capacidad para ser titular de derechos como la capacidad para ejercitarlos (capacidad de obrar).

La Ley 8/2021 favorece la auto-regulación y abandona la declaración de incapacidad, el previo proceso de incapacitación y la consiguiente modificación de la capacidad. Desaparecerá el estado civil de incapacitado. Toda persona con discapacidad mayor de edad cuenta con capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida -art. 12 Convención 2006-. El citado proyecto se refiere a personas con discapacidad psíquica que presentan problemas ligados al proceso de toma de decisiones al afectar la discapacidad a sus facultades cognitivas y volitivas y no a sus facultades físicas o sensoriales.

2º) Partiendo de esta premisa, el art. 12 de la Convención de 2006 rompe con el modelo de sustitución en la toma de decisiones, sistema tradicional que ha utilizado la idea de sustitución de las personas con discapacidad intelectual en la toma de decisiones que le afectaban (comprar, vender, consentir o no determinadas actuaciones sanitarias, testar, ...). La Convención de 2006, exige que el modelo sustitutivo en la toma de decisiones sea reemplazado por el modelo de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones.

El modelo tradicional de suprimir o restringir la capacidad de obrar, asociado a un tutor que representa a un incapacitado en casi todas las actuaciones jurídicas -supuesto de representación legal general en el que el tutor toma las decisiones por el tutelado-, y en el que además pueden existir figuras de sustitución parcial o limitadas –como la curatela que se viene utilizando como complemento de capacidad incompleta y que no implica representación-, ha tocado a su fin. Tras la Convención de 2006, la Ley 8/2021 hace que esas figuras, tal y como tradicionalmente han estado perfiladas, salgan de nuestro Derecho para ser reemplazadas por otras, en el marco de un nuevo sistema, como figuras de apoyo en la toma de las decisiones que han de provenir de la propia persona con discapacidad, puesto que esas nuevas formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se han de basar en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Se elimina el modelo de toma de decisiones mediante sustitución, suprimiéndose la institución de la tutela para personas mayores de edad con discapacidad, así como la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La tutela como institución tradicionalmente representativa, se reserva en exclusiva para los menores de edad.

Por consiguiente y en coherencia con el art. 12 de la Convención de 2006, la reforma del Derecho Civil se dirige a la supresión del modelo de la incapacitación basado en la sustitución en la adopción de decisiones mediante la institución de la tutela, para ser remplazado por otro modelo de apoyo en la adopción de decisiones por las propias personas con discapacidad -respetando su autonomía de la voluntad-, lo que repercute en todo el conjunto del Derecho Privado, alcanzando, más allá del CC, a normas registrales, procesales,... Se abandona la incapacitación como estado civil y se configura un régimen jurídico diverso de la discapacidad que tiene como punto de partida el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad intelectual.

3º) La reforma elimina el procedimiento de incapacitación, revisa los mecanismos de apoyo -protección- para dar prioridad a la voluntad y autonomía de la persona con discapacidad -capacidad diversa- en el diseño de su propia protección mediante medidas preventivas y convirtiendo a la curatela en la institución preferente de apoyo, atribuyéndole funciones representativas excepcionalmente. Debe quedar atrás definitivamente cualquier atisbo de proclamar la incapacitación de la persona con discapacidad con la consiguiente limitación para realizar actos jurídicos.

Con los apoyos adecuados, la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica, priorizando la voluntad de la propia persona, salvo en los supuestos graves en que ésta no haya tenido capacidad de formar su voluntad y adoptar decisiones, en cuyo caso habrá que acudir a la curatela representativa.

Al reemplazarse el modelo de sustitución por otro de apoyo en la toma de decisiones para el ejercicio de su capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se establecerán medidas de salvaguarda adecuadas y efectivas para que, en el modelo de apoyo de las personas con discapacidad, en el ejercicio de sus derechos y toma de sus propias decisiones, se asegure el respeto de su voluntad y sus preferencias. Si después de haber hecho lo preciso para ajustarse a éstas y no fuese posible lograrlo, habrá que acudir a la representación de la persona con discapacidad, pero con la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la ésta, sin que, en ningún caso, la persona que presta el apoyo ejerza influencia indebida (presiones, amenazas, agresiones, manipulaciones, ...) sobre la persona con discapacidad. En suma, se han de establecer salvaguardas para todos procesos relacionados con el ejercicio de la capacidad jurídica y su ejercicio, con el objetivo de que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

III. La curatela se convierte en la principal institución de apoyo para las personas con discapacidad – la tutela se reserva al ámbito de los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad o en situación de desamparo-, completándose el sistema de apoyos con el guardador de hecho y el defensor judicial, medidas de

apoyo éstas que se pondrán en práctica en defecto de auto regulación (medidas de apoyo voluntarias: poderes preventivos, escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes y, por último, la auto curatela) que pueden coexistir con la hetero-regulación cuando aquella resultare insuficiente.

La curatela será fundamentalmente de naturaleza asistencial -apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica- excluyéndose, salvo en los casos más graves, las actuaciones de naturaleza representativa. De manera excepcional, en los casos en que fuese preciso, la curatela tendría funciones representativas, pero teniendo presente la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que esa persona hubiese tenido en consideración.

La figura del defensor judicial quedaría para supuestos de necesidad de apoyo ocasional, aunque pudiera ser recurrente - cuando hubiese conflicto de intereses entre la persona de apoyo (curador) y la persona con discapacidad-, o bien cuando sobreviene una imposibilidad coyuntural de contar con la institución de apoyo estable.

La guarda de hecho se refuerza como medida de apoyo ya que pudiera llegar a obtener autorización judicial para determinados actos en concreto sin que fuese preciso un procedimiento general de provisión de apoyos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.: “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño del sistema de apoyo”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Código civil, prólogo Ciento treinta años después... un Código Civil para el siglo XXI, Código Civil*, edición actualizada, Tecnos, Madrid, 2020.

CUENCA GÓMEZ, P.:

- “De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.
- “Sobre la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica”, en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de los logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de discapacidad*, (coord. M. FLORES), 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2019.

DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Madrid, 1952.

DE LORENZO GARCÍA, R, y LOYA DEL RIO, M.: “Concepto y sistema de fuentes”, en AA.VV.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad* (dir. R. DE LORENZO GARCÍA y L.C. PÉREZ BUENO), Aranzadi, Navarra, 2020.

DÍAZ ALABART, S.: “Actuación de la persona con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal”, en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas* (dir. M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, 2019.

ESCArtÍN IPIÉNS, J. A.:

- “Disposiciones transitorias del anteproyecto de Ley de reforma del CC y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018.
- “La autocuratela en el anteproyecto de ley sobre modificación del CC y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018.

GARCÍA ALGUACIL, M. C.: *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2016.

GARCÍA RUBIO, M. P.:

- “Algunas propuestas de reforma del CC como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, 2018. “
- “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 1, 2018.
- “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipado”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

LECIÑENA IBARRA, A.: “La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

LEGERÉN MOLINA, A.: “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.: “De la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley español de 26 de septiembre de 2018”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 14º, 2019.

LÓPEZ EBRI, G. A.: “Restricciones involuntarias a las personas con discapacidad desde la óptica del derecho fundamental a la libertad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2020, pp. 193- 258.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Comentarios al anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018.

MAYOR DEL HOYO, M. V.: “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condiona por la reforma estatal?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 2020.

MUNAR BERNAT, P. A.:

- “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del anteproyecto”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.
- *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

MUÑIZ ESPADA, E.: “Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 111, 2020.

PAU PEDRÓN, A.:

- “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el CC”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018.
- “El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2020.

PEREÑA VICENTE, M.:

- “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2016.
- “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

PÉREZ MONGE, M.: “La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la convención”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

RECOVER BALBOA, T.: “Hacia la reforma del CC y la LEC en materia de discapacidad”, en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (dir. M.C. GARCÍA GARNICA), Dykinson, Madrid, 2017.

RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ROCA TRÍAS, E.: “Conferencia inaugural: Discapacidad y protección de derechos fundamentales”, en AA.VV.: *Protección jurídica de la persona con discapacidad* (coord. I. SERRANO GARCÍA y A. CANDAU PÉREZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: “Discapacidad, condición humana y dignidad humana”, en AA.VV.: *Fundamentos de conocimiento jurídico: la capacidad jurídica* (coord. A. SÁNCHEZ DE LA TORRE), Dykinson, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2020.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.: “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses”, AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SANTOS URBANEJA, F.: “La guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de la persona con discapacidad”, recuperado en <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com>.

TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

VARELA AUTRÁN, B.: "Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS 11 octubre 2012 (Tol 2674037)", *Diario la Ley*, núm. 8006, Tribuna, 22 enero 2013.

VIVAS TESÓN, I.: "Curatela y asistencia", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. MUNAR BERNAT, P.A), Marcial Pons, Madrid, 2021.

