

ASPECTOS POLÉMICOS DE LA LEY 8/2021 DE MEDIDAS DE
APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*CONTROVERSIAL ASPECTS OF LAW 8/2021 ON SUPPORT MEASURES
FOR PEOPLE WITH DISABILITIES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 534-573



Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: La ley de apoyo a las personas con discapacidad ha adecuado el ordenamiento jurídico español a Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 2006. La nueva ley ha terminado con la incapacitación, en adelante la capacidad jurídica ya no puede ni eliminarse ni modificarse. La idea central del nuevo sistema son las medidas de apoyo a las personas con discapacidad que serán titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones. Sin embargo, la nueva ley ha adoptado toda una serie de medidas polémicas, como la desaparición del principio del interés superior de la persona con discapacidad, o la sustitución de la capacidad jurídica por la capacidad de obrar, así como la eliminación de la figura del tutor que se reserva para los menores de edad.

PALABRAS CLAVE: discapacidad; provisión de apoyos a las personas con discapacidad, sistemas de apoyo, capacidad jurídica, tutela, curatela, salvaguardias, demanda de incapacitación.

ABSTRACT: *The so-called law of provision of support to people with disabilities has adapted the Spanish legal system to the New York International Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006. The new law has ended incapacitation, henceforth legal capacity can no longer be eliminated or modified. The central idea of the new system is measures to support persons with disabilities who will be entitled to make their own decisions. However, the new law has adopted a whole series of controversial measures, such as the disappearance of the principle of the best interests of the person with a disability or the replacement of legal capacity by the ability to act as well as the elimination of the figure of the guardian that is reserved for minors.*

KEY WORDS: *Disability, provision of support to people with disabilities, Support system, legal capacity, guardianship, curatorship, safeguards, incapacitation lawsuit.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. Objetivos.- 2. La Convención de Nueva York de 2006.- II. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE CAPACIDAD.- 1. La reinterpretación de la normativa vigente a la CDPD.- 2. Las principales novedades de la Ley 8/2021.- III. LAS MEDIDAS DE APOYO ASISTENCIALES.- 1. Medidas de apoyo.- 2. La curatela.- VI. MEDIDAS DE APOYO SUSTITUTIVAS.- 1. El guardador de hecho.- 2. El defensor judicial.- 3. El curador representativo.- VII. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA LEY 8/2021.- 1. La desaparición del interés superior de la persona con discapacidad.- 2. La imposición de la capacidad jurídica en detrimento de la capacidad de obrar.- 3. La desaparición de la tutela de los discapaces.- 4. La aplicación *sui generis* de la Convención de 2006.- 5. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

I. Objetivos.

El 3 de septiembre de 2021 ha entrado en vigor 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 el Preámbulo de la Ley se establece que la reforma de la legislación civil y procesal que aquella introduce obedece a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención o CDPD)¹. Desde la ratificación de la Convención se han publicado multitud de estudios al respecto, habiéndose originado una agria polémica en la doctrina, desde mucho antes de la incorporación de aquella norma internacional a nuestro ordenamiento jurídico. Hemos de precisar, como a continuación se detallará, que la controversia tiene su origen en el momento en que muchos de los estados firmantes de la Convención han de incorporarla a sus ordenamientos jurídicos. Muchos estados firmantes no incorporaron algunos de los mandatos de la CDPD a sus ordenamientos jurídicos de modo que se dictó la Observación General núm. 1, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para determinar el alcance de las obligaciones derivadas de la CDPD para los estados firmantes. La Observación ha hecho una interpretación muy amplia del texto de la CDPD con la consecuencia de que muchos estados firmantes se han visto atrapados entre la espada y la pared. Entre lo que realmente firmaron y en lo que la Observación ha añadido.

¹ En España el 9 de abril de 2008 se aprueba el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 21 abril 2008, núm. 97) que entra en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. La CDPD una vez ratificada ya forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia es directamente aplicable (art. 96.1º CE y art. 1.5 CC). Además, pasa a ser un criterio de interpretación de las normas de acuerdo con el art. 10.2 CE.

• Federico Arnau Moya

Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es.
ORCID: 0000-0002-8434-6708

Esto ha provocado que muchos simplemente hayan hecho caso omiso a parte de las recomendaciones de la misma. Así ha sucedido, en algunos aspectos con nuestro país que ha mantenido las medidas de apoyo sustitutivas en contra de la recomendación si bien por otra parte ha aceptado suprimir la figura del interés superior de la persona con discapacidad. En este concreto punto, es donde se va a situar la misión de la jurisprudencia en nuestro país, en como conciliar la voluntad a ultranza de la persona con discapacidad respecto a las medidas de apoyo que se le van a aplicar con el desaparecido principio del interés del discapaz.

En este trabajo, también nos proponemos analizar otras medidas de la Ley 8/2021 que suponen un importante giro respecto a nuestra tradición jurídica como el cuestionamiento de la figura de la capacidad de obrar, la supresión de la tutela respecto de las personas con discapacidad y especialmente la cuestión de la eliminación del principio superior del interés de la persona con discapacidad. Para nuestro trabajo, vamos a utilizar las resoluciones judiciales que ya se han dictado tras la entrada en vigor. Hay que tener en cuenta que desde la entrada en vigor de la ley hasta el momento de la redacción de este trabajo ya se han dictado tres sentencias por el Tribunal Supremo, una de ellas de Pleno, asimismo por las Audiencias Provinciales ya han sido dictadas más de veinte resoluciones. Si bien es cierto que absolutamente todos estos pronunciamientos judiciales se refieren a hechos surgidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, también lo es que en aquella se han establecido unas reglas de aplicación especiales. Así pues, en la disposición transitoria sexta (DT6^a), que se refiere a los procesos en tramitación, como es el caso de las sentencias que se han dictado hasta el momento de escribir estas líneas, se establece que: «Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento». Asimismo, el nuevo texto legal, para asegurar la implantación de este nuevo régimen, exige revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos (DT5^a Ley 8/2021). Así pues, en estas sentencias, así como en la opinión de la doctrina, vamos a encontrar datos suficientes para poder prever como se va a aplicar la nueva norma, en especial si prevalecerá la voluntad a ultranza del discapaz en aquellos casos en que vaya en contra de sus propios intereses personales y patrimoniales.

2. La Convención de Nueva York de 2006.

La cercanía de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, hace que todavía no se cuente con una doctrina jurisprudencial consolidada, de modo que se hace necesario tener todavía en cuenta los precedentes de la norma. Así pues, para

entender los futuros pronunciamientos judiciales hay que tener en cuenta como la Convención de Nueva York de 2006 ha sido tenido en cuenta por nuestro legislador.

En la doctrina se ha destacado la lentitud del legislador español en incorporar la Convención a nuestro ordenamiento jurídico en forma de ley². En el artículo 1 CDPD se establece como su objetivo el “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentarles por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente”. Asimismo, en el art. 12 CDPD se proclama que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”.

En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se destaca que la Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad y exige a los Estados Partes que proporcionen las salvaguardias adecuadas para 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”. Así pues, -tal como continúa indicado el Preámbulo- se impone un cambio de sistema en nuestro ordenamiento jurídico en el que ha venido predominando la sustitución en la toma de las 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”. Esta libertad de la persona con discapacidad para tomar sus propias decisiones constituye uno de los principios fundamentales de la reforma.

2 CORVO LÓPEZ, F.M.: “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2021, p. 1, destaca el enorme retraso en la publicación de la Ley, puesto que en la disposición adicional 7ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Gobierno español se comprometió a remitir a las Cortes Generales, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la misma, un proyecto de ley de adaptación normativa del Ordenamiento jurídico a las previsiones del art. 12 CDPD.

La Ley 8/2021 es la de más profundo calado de entre todas las que le han precedido para adecuar nuestro ordenamiento jurídico al tratado de Nueva York de 2006³. La imprecisión del art. 12 de la Convención motivó que posteriormente se tuviese que publicar la Observación General núm. 1 de 2014 que tiene por finalidad analizar el alcance de las obligaciones contenidas en citado precepto para los Estados firmantes⁴. A grandes rasgos, en la Observación se establece que las personas con discapacidad deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley. No obstante, en este texto se efectúan algunas afirmaciones que cuya estricta aplicación dejaría sin protección a las personas con graves discapacidades lo que ha generado críticas en una parte de la doctrina⁵. Así pues, se afirma que existen medidas que discriminan a las personas con discapacidad como sucede con la tutela y la curatela. Por lo tanto, deben usarse medidas de apoyo de para tomar decisiones en vez de la tutela y la curatela. También critica las leyes que obligan a las personas con enfermedad mental a tomar a un tratamiento sin su consentimiento y, finalmente mantiene que la capacidad mental no es un motivo adecuado para negar a una persona su capacidad jurídica. La Observación, a diferencia de la Convención, no es un tratado internacional, de modo que los países firmantes de la segunda no están obligados a seguir sus recomendaciones⁶.

- 3 Tal como se señala en el preámbulo de la Ley 8/2021, en nuestro país ya se han publicado toda una serie de normas para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al tratado de 2006. Siendo la primera la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar hasta diecinueve leyes de nuestro Derecho interno para ajustarlas al nuevo modelo social de la CDPD. La reforma continua con 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, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, 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) o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.
- 4 Observación general núm. 1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.convenziondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>. Tal como se indica en la Introducción de esta observación su finalidad es la de proporcionar una interpretación del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- 5 RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: "La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad", *IDIBE*, Tribuna - mayo 8, 2019. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/>. Consultado el 17-05-2021, también manifiesta su disconformidad con la negativa de que médicamente se pueda evaluar la aptitud de una persona para saber si puede o no tomar decisiones. Estima que la afirmación de la Observación es muy arriesgada puesto que atenta contra el principio primordial de la Convención que es la protección de las personas con discapacidad. Esta protección ha de impedir que personas con graves desequilibrios mentales puedan tomar libremente decisiones que pongan en peligro su patrimonio o sus derechos fundamentales.
- 6 NIETO PAVÍA, R.: "El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", *International Law; Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 18, enero-junio, 2011, pp. 176-177, estima que las Observaciones Generales no tienen carácter obligatorio para los Estados Partes, puesto que no han sido ratificadas por estos, en consecuencia, sólo tienen el valor de recomendaciones autorizadas. En parecidos términos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*. (dirs. S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 257, mantiene que los Estados signatarios de la

Afortunadamente en muchos aspectos el legislativo español, no ha tenido en cuenta la Observación puesto que en la Ley 8/2021 se mantiene la curatela como principal medida de apoyo judicial de carácter asistencial. Por otro lado, la representación de las personas con discapacidad tampoco ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, aunque se mantiene con carácter excepcional y bajo la fórmula de la curatela representativa. Asimismo, la Ley 8/2021 de manera implícita sigue teniendo en cuenta las valoraciones periciales de los expertos en enfermedades mentales puesto que el paso de las medidas de apoyo voluntarias a las judiciales sólo será posible en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se traten. Lo anterior requiere someter a una evaluación de las aptitudes mentales de la persona con discapacidad, aunque la ley pase de puntillas sobre este extremo.

II. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE CAPACIDAD.

I. La reinterpretación de la normativa vigente a la CDPD.

Durante el largo periodo de tiempo existente entre la ratificación de la CDPD en el año 2008 hasta la publicación de la Ley 8/2021, han sido los tribunales quienes han ido fijando las pautas para interpretar la normativa vigente en materia de incapacitación de acuerdo con las previsiones de la CDPD⁷. Al respecto, hay que tener en cuenta el giro radical que han supuesto los principios de la convención respecto a la discapacidad para así entender el enorme esfuerzo de nuestros tribunales para reinterpretar nuestro ordenamiento jurídico hasta la publicación de la Ley 8/2021.

Una de las resoluciones pioneras fue la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), de Pleno. En ella la cuestión que se plantea es si tras la ratificación de la CDPD, y su incorporación al ordenamiento jurídico español, debe de considerarse, o no, contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces. La Sala mantiene que la incapacitación, de modo similar a la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. En consecuencia, debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado, puesto que una medida de protección como la incapacitación,

Convención de Nueva York no están obligados a cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité. Sin perjuicio, de reconocerle su valor de interpretación.

7 CORVO LÓPEZ, F. M.: "La Jurisprudencia", cit., entiende que tanto el Tribunal Supremo como la Fiscalía con esa labor de relectura de la normativa vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 han puesto de relieve la fuerza obligatoria de los tratados internacionales desde su ratificación. En este sentido, AGUILAR RUIZ, L.: "Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 44, 2017, p. 359, estima que en esa jurisprudencia se ha intentado acomodar los viejos principios de la institución de la incapacitación, y de los sistemas legales de asistencia y cuidado de los incapaces (tutela y curatela), vigentes en el Código Civil y en la LEC a los nuevos principios internacionales sobre discapacidad recogidos en la Convención de Nueva York de 2006.

con independencia del *nomen iuris* con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Finalmente, mantiene que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada»⁸. Así pues, esta sentencia mantiene que el sistema de español de incapacitación recogido en el CC es acorde con los principios y derechos constitucionales afectados, así como con los contenidos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006⁹. En la doctrina también se ha destacado que en esa sentencia se estima que la incapacitación, lejos de constituir un modo de discriminación constituye un modo de protección de la persona cuyas facultades intelectuales y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como tal. No obstante, como se trata de proteger a la persona, la modificación de la capacidad de obrar no puede ser rígido, sino que ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad. En esta sentencia, se propone la curatela (reinterpretada a la luz de la Convención) como la medida más idónea cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona y tomar decisiones en su nombre. En esta sentencia se crea la tesis jurisprudencial del “traje a medida” que supone que la modificación de la capacidad ha de ser flexible y adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada¹⁰. La aplicación de esta tesis, consecuencia de la relectura

- 8 GONZÁLEZ CERVERA, M. I., MALDONADO RAMOS, I., y XIOL RÍOS, J. A.: “Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona [Crónicas TS (Sala Iª) año 2008-2009]”, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Enero 2009.
- 9 RUBIO TORRANO, E.: “La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2009. Señal que la sentencia, a los efectos de reforzar su línea interpretativa, incorpora una breve referencia a los sistemas de protección europeos más próximos (Códigos civiles italiano, francés y alemán), así como del Código civil de Québec, pertenecientes todos a países firmantes de la Convención de Nueva York. Destaca que todos estos sistemas, si bien con diferente intensidad, prevén la asistencia o representación del incapaz, distinguiendo diversos grados de protección semejantes a los contemplados en el Código Civil español.
- 10 STS 6 mayo 2021 (RJ 2021, 2381), 18 julio 2018 (RJ 2018, 2957), 7 de marzo 2018 (RJ 2018, 934), 6 marzo 2018 (RJ 2018, 1062), 11 de octubre 2017 (RJ 2017, 4290), 18 julio 2017 (RJ 2018,2957), 4 abril 2017 (RJ 2017, 1505), 3 junio 2016 (RJ 2016, 2311) 20 octubre 2015 (RJ 2015, 4900), 13 mayo 2015 (RJ 2015, 2023), 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518). En esta última sentencia se precisa esta tesis al decir que: “La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para

de la incapacitación judicial, ha provocado que se terminara construyendo un régimen de asistencia y apoyos *ad causam* que, según algunas, voces no termina correspondiéndose en esencia ni con la curatela ni con la tutela¹¹.

En la STS 6 mayo 2021 (RJ 2021, 2381) se establecen los principios jurisprudenciales derivados del convenio: 1º) El principio de presunción de capacidad de las personas 2º) El principio de flexibilidad (o del traje a medida). 3º) El principio de aplicación restrictiva 4º) El principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales. 5º) El principio del interés superior de la persona con discapacidad. 6º) El principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad. 7º) El principio de fijación de apoyos.

2. Las principales novedades de la Ley 8/2021.

En el preámbulo de la Ley 8/2021 se dice que la reforma del Código es la más amplia de todas las que introduce la reforma y que de allí se extrapola al resto de la legislación civil y procesal. Se modifica el Título IX del Libro Primero “De la incapacitación” que pasa a denominarse “De la tutela y de la guarda de los menores” y se proponen los nuevos arts. 199 a 238. También se modifica el Título X del Libro Primero “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados” que pasa a denominarse “De la mayor edad y de la emancipación” y se proponen los nuevos arts. 239 a 248. Además, se modifica el Título XI del Libro Primero “De la mayor edad y de la emancipación” que pasa a denominarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” y se proponen los nuevos arts. 249 a 299. Asimismo, se suprime el actual Título XII del Libro Primero “Del Registro del estado civil” y se introduce un nuevo Título XII en el Libro Primero, con la denominación “Disposiciones comunes” y se propone un nuevo art. 300. Finalmente, se modifican multitud de preceptos del Código civil ubicados fuera de los anteriores títulos¹². A su

determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona”.

11 AGUILAR RUIZ, L.: “Nueva lectura”, p. 360.

12 Además de los artículos afectados por los cambios de los citados títulos también se proponen modificaciones para un elevado número de preceptos. Se modifica el segundo párrafo del artículo 9.6; el apartado 8 del artículo 10; el segundo párrafo del artículo 15.1; el apartado 2 del artículo 20; las letras c) y d) del artículo 21.3; la letra c) del artículo 22.2; el artículo 82; se añade un nuevo segundo párrafo al artículo 91; se modifica el artículo 94, el 96; se modifica el párrafo segundo del artículo 112; el artículo 121; el artículo 123; el artículo 124; el artículo 125; se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 137; se suprime el artículo 171; se modifica el artículo 443; artículo 663; artículo 665; artículo 695; se suprime el ordinal 2.º del artículo 697 pasando el ordinal 3.º a ser 2.º; se modifica el párrafo tercero del artículo 706; se modifica el artículo 708; se modifica el inciso inicial del artículo 709 y se añade un último párrafo; se modifica el segundo párrafo

vez la reforma del Código conlleva la de otras leyes, si bien en este estudio nos centraremos principalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV)¹³.

La profundidad de la reforma se justifica en el preámbulo porque el nuevo sistema está fundamentado en tres principios: en primer lugar, está el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad que se extrapola a toda la normativa civil y procesal modificada. En segundo lugar, la nueva regulación de la discapacidad girará en torno al concepto del “apoyo” a la persona que lo precise. En consecuencia, la incapacitación deja de ser el elemento central para la protección de las personas con discapacidad desapareciendo tanto la declaración de incapacidad como la de su modificación. En tercer lugar, la institución de la curatela se constituye en la principal medida de apoyo de carácter judicial al haberse desconectado de este sistema a la institución de la tutela que queda reducida a la protección de menores¹⁴. De manera excepcional se admiten las medidas de apoyo representativas, entre ellas la curatela representativa.

III. LAS MEDIDAS DE APOYO ASISTENCIALES.

I. Medidas de apoyo.

El preámbulo de la ley de se remite a la Observación General de 2014 para la que el apoyo se trata de un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, [...] o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”. Como ya hemos dicho uno de los pilares en los que se sustenta el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad son las denominadas medidas de “apoyo” a la persona que lo precise. Las medidas de apoyo se regulan en el nuevo Título XI del libro primero del Código civil (arts. 249 a 299). En el nuevo artículo 249 CC se establece que “medidas de apoyo a las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado

del artículo 742; se modifica el artículo 753; se modifica el párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756; se suprime el artículo 776; se modifica el artículo 782; se modifica el segundo párrafo del artículo 813; se modifican los párrafos primero y segundo del artículo 822; se modifica el artículo 996; se modifica el artículo 1041; se modifica el artículo 1052; se modifica el párrafo tercero y se añade un cuarto párrafo al artículo 1057; se modifica el art. 1060; se sustituye el primer párrafo del artículo 1163; se modifica el artículo 1263; se modifica el ordinal 1.º del artículo 1291; se sustituye el segundo párrafo del artículo 1299; se modifica el artículo 1301; se modifica el art. 1302; se modifica el artículo 1304; se modifica 1314; suprime el artículo 1330; se modifica el artículo 1387; se modifica el ordinal 1.º del artículo 1393; se sustituye el ordinal 1.º del artículo 1459; se modifica el artículo 1548; se modifica el ordinal 3.º del artículo 1700, se añade un nuevo ordinal 5.º y se modifica el párrafo final del artículo 1732; se modifica el artículo 1764; se modifica el artículo 1765; se modifica el artículo 1773; se modifica el artículo 1811 y se modifica el párrafo tercero del artículo 1903.

13 La reforma también modifica la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

14 RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: “La curatela”, cit.

ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales". En este precepto, se insta a que las personas que presten apoyo lo hagan "atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro"¹⁵.

En el preámbulo de la nueva ley ya se establece que se impone un cambio de sistema en el que ha venido predominando la sustitución en la toma de decisiones que afecten a las personas con discapacidad por otro basado en el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona. De lo anterior se van a producir varias consecuencias: en primer lugar, la persona con discapacidad será la encargada de tomar sus propias decisiones. De modo, que en primer lugar se tendrán que aplicar las medidas de apoyo de carácter voluntario. En segundo lugar, sólo se aplicarán las medidas de apoyo judiciales o legales, como el defensor judicial o la curatela, en los casos de defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate (nuevo art. 249 CC)¹⁶. En tercer lugar, ante la inoperancia de las anteriores medidas se admite, si bien con carácter excepcional, la representación en la toma de decisiones del discapacitado¹⁷.

15 En la STS (Pleno) 8 septiembre 2021 (Tol 8585229) se aplica por primera vez la Ley 8/2021. En el caso resuelto la persona interesada padece un trastorno de la personalidad, el conocido síndrome de Diógenes, que le lleva a recoger y acumular basura en su domicilio de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. En esta resolución se deja sin efectos la declaración de modificación de capacidad de obrar que bajo la anterior normativa se adoptó en las dos instancias inferiores. Por el contrario, se mantiene la medida de apoyo consistente en la asistencia para el orden y limpieza de su domicilio y se designa como curadora, por no ser aplicable ya la tutela, a la Comunidad competente. El aspecto más interesante de esta sentencia es que se interpreta el nuevo art. 268 CC al decir que "en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado". En consecuencia, se admite la validez de la medida de apoyo aun a pesar de haber sido dictada en contra de la voluntad del discapacitado.

16 En el nuevo artículo 268 CC se precisan los requisitos que han de cumplir las medidas judiciales al decir que: "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. 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.

17 Así se anuncia en el preámbulo, donde se admite como solución final en "aquellos casos en los que el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad".

El legislador al establecer dos clases de medidas, voluntarias y judiciales, y dentro de las últimas al distinguir entre medidas asistenciales y representativas está delimitando tres grupos de personas con discapacidad: aquellas que pueden encargarse de tomar sus propias decisiones a las que se aplicarán las medidas voluntarias, aquellas con un defecto o insuficiencia de la voluntad que necesitarán las medidas de apoyo judiciales. Finalmente, por eliminación estarán las personas con discapacidad con absoluta falta de voluntad.

Esta división tripartita, a la que se ve forzada la nueva ley para no dejar desprotegidas a las personas con discapacidades muy graves, nos recuerda la que se efectúa en el art. 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, donde se establecen tres grados de dependencia: En primer lugar, el Grado I (Dependencia moderada) cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal). En segundo lugar, está el Grado II (Dependencia severa) en la que están aquellas personas que necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quieren el apoyo permanente de un cuidador o tienen necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. En tercer lugar, está el Grado III (Gran dependencia) cuando las personas necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesitan el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tienen necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. En la Ley 8/2021 se tiene en cuenta esta clasificación de los grados de dependencia que se efectúa en la conocida como ley de la dependencia, puesto que en su artículo segundo, apartado sesenta y siete, se establece que la referencia a las personas con discapacidad se entenderá hecha, entre otras, a las personas que estén en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006¹⁸. También se mantiene la diferencia de grados de discapacidad en el en el art. 2 de la Ley 41/2003, que no ha sido modificado por la Ley 8/2021, se sigue apostando por los criterios médicos (como no puede ser de otra forma) para establecer el concepto de discapacidad al decir que: “2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las

18 En el art. 77 de la ley de apoyos a la persona con discapacidad se establece que: “Se modifica la disposición adicional cuarta [del CC], que queda redactada como sigue: “La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

Las medidas de apoyo que se proponen en la nueva regulación, como ya hemos avanzado, pueden ser de carácter voluntario y legal o judicial. Dentro del grupo de las medidas de apoyo voluntarias están los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 a 262) así como la autotutela. Medidas estas que ya estaban recogidas en el Código civil ¹⁹. De acuerdo con el nuevo art. 249 CC las medidas de apoyo legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Estas medidas judiciales tienen carácter estable si bien han de revisarse cada tres años salvo que otro plazo se haya establecido por el juez. Así pues, será necesario un “procedimiento general de provisión de apoyos” (arts. 756 a 763) para que el juez determine si hay que adoptar medidas judiciales de apoyo a una determinada persona con discapacidad. Este procedimiento no difiere mucho de los antiguos «procesos de la capacidad de las personas» salvo los ajustes terminológicos.

Las medidas de apoyo judiciales están constituidas por la curatela y la defensa judicial. Así pues, la tutela no ha sido considerada como medida de apoyo en la nueva regulación y como veremos más adelante se ha dejado como institución para la guarda y protección de menores. En la anterior regulación en la sentencia había determinar la extensión y los límites de la incapacitación así como el régimen de tutela o guarda a que había de quedar sometido el incapacitado (antiguo art. 760. I LEC).

2. La curatela.

La curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad (arts. 275 a 294)²⁰. El motivo que sea la curatela y no la tutela la principal medida de apoyo de origen judicial se encuentra en que en el nuevo sistema, como regla general, la persona con discapacidad será la encargada de tomar sus propias decisiones. El carácter asistencial de la curatela se acerca más

19 La autotutela no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico puesto que ya fue introducida, junto con la autotutela, por el art. 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil al modificar el art. 223 CC. La Ley 41/2003 también introdujo los mandatos preventivos en su art. 11 que modificaba el art. 1732 CC.

20 En la Ley 8/2021 se prevé un nuevo art. 250 en el que se recogen las medidas de apoyo, voluntarias y judiciales para las personas con discapacidad: “Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad

a este modelo que el carácter representativo de la tutela²¹. En el preámbulo se establece que la Ley 8/2021 está en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, de modo que la curatela tendrá primordialmente naturaleza asistencial. En consecuencia, sólo de manera excepcional podrá tener este mecanismo carácter representativo. Asimismo, dice el preámbulo que se eliminan del ámbito de la discapacidad tanto la patria potestad prorrogada como la patria potestad rehabilitada, por tratarse de “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas a sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone”.

La segunda medida judicial de apoyo es la del defensor judicial, que se nombra principalmente, cuando existen conflictos de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o cuando exista imposibilidad puntual de que la figura de apoyo pueda actuar (arts. 295 a 298 CC). A mitad camino, entre las medidas de apoyo voluntarias y las judiciales, se encuentra la figura del guardador de hecho (arts. 271 a 274 CC), que sale reforzada dentro del nuevo sistema²².

La introducción de este sistema de medidas de apoyo en el Código civil a su vez ha exigido que se realicen cambios en el ámbito procesal. Tal como se establece en el preámbulo se opta de manera preferente por el cauce de la jurisdicción voluntaria puesto que permite la participación de la propia persona con discapacidad. La reforma ha provocado que a la LJV se le dote de un nuevo

jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La función de las medidas 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 preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién 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.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

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 apoyo.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”.

- 21 AGUILAR RUIZ, L.: “Nueva lectura”, p. 365, señala -con relación al sistema anterior- que la tutela y la curatela funcionan como complemento a las limitaciones de la capacidad de obrar de menores o, en este caso, incapacitados, en función de las necesidades apreciadas por el Juez, quien deberá elegir entre un sistema de representación legal, estable y sustitutivo de la total falta de capacidad de obrar del enfermo (tutela), o un sistema de asistencia parcial, de complemento de la capacidad respecto de actos jurídicos concretos, como la curatela. La diferencia fundamental entre estos regímenes, como ha repetido el Tribunal Supremo se encuentra entonces en que “el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere un complemento de capacidad (por todas, STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901))”.
- 22 De modo complementario a estas medidas de apoyo reguladas en el Código civil se ha modificado la Ley 20/2011, 21 de julio, del Registro civil para permitir la inscripción, y su posible consulta, de las medidas de apoyo tanto voluntarias como judiciales (arts. 77 LRC).

Capítulo III bis que se incorpora al Título III de la LJV bajo la rúbrica “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad” [arts. 42. Bis a) y ss]. La finalidad de este expediente -según el preámbulo- de la Ley 8/2021 es la de establecer los actos para los que la persona con discapacidad requiera apoyo y no exista oposición en cuyo caso el expediente se hará contencioso (nuevo art. 51 bis LJV). Este nuevo procedimiento en ningún caso puede suponer la declaración de incapacidad ni tampoco la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos. Asimismo, se modifica el procedimiento para la rendición de cuentas del tutor y del curador. En la LJV se establece un nuevo “procedimiento general de provisión de apoyos” en sustitución de los anteriores “procesos de modificación de la capacidad”. De modo que si en los anteriores procesos se dictaban medidas para la protección de las personas con discapacidad a los que se pasaba a denominar “personas con capacidad judicialmente modificada” (los antiguos incapacitados) ahora, en el nuevo expediente, se dictarán medidas de apoyo y las personas que las reciban pasarán a denominarse “personas con discapacidad que necesitan apoyos”. En nuestra opinión, nos encontramos prácticamente ante la misma situación de antes de la reforma, pero con un cambio en las expresiones utilizadas. Si una persona no puede realizar válidamente todos los actos jurídicos sin estar debidamente provisto de apoyos es porque necesita un complemento a su capacidad de obrar. De donde se deduce que un efecto de la provisión de medidas es establecer una suerte de incapacitación tácita²³. De ahí que con la supresión de incapacitación en nuestro ordenamiento jurídico vamos a entrar en una fase de inseguridad jurídica habrá que fijar un punto a partir del cual la actuación de una persona con discapacidad puede reputarse como anulable. De modo que cuando judicialmente establezca la curatela, tanto asistencial como representativa, como medida de apoyo a una persona con discapacidad, implícitamente se está estableciendo una suerte de incapacitación. En el anterior sistema la curatela era cara visible de una incapacitación parcial al tiempo que la tutela lo era de la incapacitación total²⁴.

En la doctrina se ha dicho, que como quiera que las medidas de apoyo tienen por finalidad “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad” (art. 249 I CC) en el tráfico jurídico se moverán

23 RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*. (dirs. S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 219-220, estima que se está utilizando la técnica de limitar la capacidad de obrar, no de un modo autónomo o directo sino como un “efecto reflejo” de la entrada en vigor de alguna “medida de apoyo” de las previstas en la ley.

24 RODRÍGUEZ CACHÓN, T.: “5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006”, ADC, tomo LXXIII, octubre 2020, fasc. IV, Sentencias, pp. 1829-1830. Con ocasión de la STS 19 febrero 2020, mantiene que “corresponde la figura de la tutela a una limitación total del alcance de la capacidad, mientras que la curatela corresponde a supuestos de limitación parcial; además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal”.

libremente personas no capacitadas para contratar acompañadas de medidas de apoyo que no servirán para estabilizar la contratación²⁵.

VI. MEDIDAS DE APOYO SUSTITUTIVAS.

En el preámbulo de la Ley 8/2021 se repite en varias ocasiones que el nuevo sistema se basa en el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad. No obstante, termina admitiendo las medidas de apoyo sustitutivas o representativas se admiten en el nuevo art. 249 in fine cuando dice que “En 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”.

La admisión de medidas con carácter representativo por la ley para el apoyo a las personas con discapacidad choca frontalmente con la Observación general de 2014 puesto que -como ya hemos dicho - esta proscribía cualquier tipo de decisión de tipo representativo incluso para actos aislados en sus párrafos 7 y 27; donde se dice que los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental deben ser abolidos. Asimismo, en el párrafo 28 se establece la obligación de los Estados Partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones, por lo que exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención”. Sin embargo, nos parece plausible, esta decisión de nuestro legislador, puesto que el estricto seguimiento de la Observación hubiera supuesto dejar desprovistas de protección a las personas con graves deficiencias cognitivas que no pueden transmitir válidamente su “voluntad, deseos y preferencias”. En ausencia de voluntad que complementar no queda

25 CARRASCO PERERA, A.: “DISCAPACIDAD PERSONAL Y ESTABILIDAD CONTRACTUAL. A PROPÓSITO DEL ANTEPROYECTO DE LEY PRESENTADO POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA PARA LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD”, *CENTRO DE ESTUDIOS DE CONSUMO*. (12-octubre-2018), pp. 1-5. Disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>. Consultado: 21-11-2021. También estima el autor que el sistema de “provisión de apoyos” no tiene que ver nada con la asistencia a la formación correcta del consentimiento contractual. En consecuencia, muchos contratos serán anulables cuando no las medidas de apoyo no lleguen a la asistencia contractual propia de la curatela. Concluye el autor, que «Debería haberse dejado fuera del CC todo el aparato de las medidas de apoyo, importantes para el “desarrollo” del discapacitado, pero no relevantes para la validez del contrato. Y debería haberse previsto que todo sujeto cuya discapacidad sea susceptible de afectar al consentimiento contractual necesita asistencia del curador en el contrato. Y aún más, debería haberse dejado claro que la prestación de esta asistencia contractual excluye la posibilidad de anular el contrato por defecto de consentimiento, al menos frente a terceros que contraten a título oneroso de buena fe».

otra opción que ésta sea sustituida por la de su legal representante para aquellos actos que se hagan constar en la resolución judicial dictada en el procedimiento de provisión de apoyos. En la nueva ley las facultades de representación de la persona con discapacidad puede tenerlas tanto el guardador de hecho, como el defensor judicial como el curador.

I. El guardador de hecho.

La Ley 8/2021 reconoce que también puede actuar con carácter representativo la persona que tenga la guarda de hecho. En el nuevo art. 263 CC quien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de naturaleza voluntaria o judicial. Se admite que la persona guardadora de hecho pueda excepcionalmente realizar actuaciones representativas siempre que ésta obtenga la pertinente autorización mediante un expediente de jurisdicción voluntaria en el que se oír a la persona con discapacidad (art. 52.3 LJV). La autorización judicial podrá comprender uno o varios actos para el desarrollo de la función de apoyo, y sólo se otorgará si se comprueba la existencia de la necesidad y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencia de la persona mayor de edad con discapacidad²⁶. Así se recoge también en el preámbulo donde se dice que “Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, 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”.

2. El defensor judicial.

En la anterior regulación el defensor judicial se nombraba en aquellos casos en los que existía conflicto de intereses entre los menores y alguno de los progenitores para que los representara en juicio y fuera de él (163 CC). También se nombraba para que representara y defendiese los intereses del desaparecido (art. 181 CC). En el anterior art. 215 CC también figuraba el defensor judicial, junto con las instituciones de la tutela y la curatela para la guarda y protección de la persona y bienes de la persona o de los menores incapacitados. Asimismo, se nombraba defensor durante la tramitación del expediente de remoción del tutor (art. 248 CC). Esta figura se regulaba principalmente en los anteriores arts. 299 a 302 CC, siendo ese régimen jurídico de aplicación tanto a los progenitores, como a los tutores y curadores.

²⁶ En el art. 263 se exige la autorización judicial para todas actuaciones en las que el art. 287 se la exige al curador. Entre otras para realizar actos de trascendencia personal o familiar, enajenar o gravar bienes inmuebles, disponer a título gratuito de bienes o derechos. Renunciar a derechos. Etc.

En la Ley 8/2021 la tradicional regulación unitaria de la figura del defensor judicial, se desdobra, de ahí que a partir de ahora tengamos un defensor judicial del menor (nuevos arts. 235 y 236) y un defensor judicial de la persona con discapacidad (nuevos arts. 295 a 298 CC). En el nuevo art. 235 CC, aplicable para los menores y en consecuencia para los casos de tutela, se recogen los mismos supuestos que en el anterior art. 299 CC. La novedad consiste en la inclusión de un nuevo supuesto en el párrafo 3º en el que se establece que se nombrará un defensor judicial del menor cuando “el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses”²⁷. En el preámbulo de la nueva ley se señala que “el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”.

3. El curador representativo.

En la anterior regulación el tutor era el representante del menor o del incapacitado mientras que la función del curador era la complementar o a asistir la capacidad de aquellos cuando el Juez así lo establecía en la sentencia de incapacitación²⁸. Sin embargo, como ya hemos dicho, con la nueva ley se amplía el ámbito de las funciones del curador al permitírsele que pueda realizar funciones representativas que hasta el momento, tanto en el caso de los menores como de las personas con capacidad modificada judicialmente, habían venido estando reservadas en exclusiva al tutor (salvo que estuvieran desempeñadas por los progenitores).

La curatela a partir de ahora se regula en el Capítulo IV del Libro Primero que gira bajo el epígrafe “De la curatela” (arts. 268 al 294). En el preámbulo de la Ley

27 Los nuevos arts. 247 y 248 se corresponden a los anteriores 323 y 324 CC en los que se establecen que actos no pueden realizar los menores emancipados (y quien hubiera obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad) sin consentimiento de sus padres y a falta de ambos, sin el de su curador.

28 Para la mayoría de la doctrina la configuración tradicional de la curatela no admite la representación: BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Instituciones de guarda: la tutela”, mayo, 2017. Disponible en: <https://www.fundacionquerer.org/instituciones-guarda-la-tutela>. Consultado el 23-04-2021, estima que el curador asiste al curatelado, no le representa ni le sustituye. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, L.: “Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro”, *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 169, 2014, p. 114, entiende que la finalidad esencial de la tutela es la de suplir la capacidad de obrar de quien carece de ellas. Sin embargo, en el caso de no ser necesaria esta sustitución sino solo completarla se establecerá la curatela. VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho Civil I*, 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 306, estima que; “El curador no es un representante legal y, por tanto, no sustituye a la persona objeto de protección. El consentimiento imprescindible para el acto corresponde a la persona sujeta a curatela, puesto que el curador sólo lo complementa”.

8/2021 se dice que la curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad que precisen el apoyo de modo continuado. El nuevo art. 269 CC exige que la constitución judicial de la curatela se realice mediante resolución motivada, al tiempo que establece su carácter subsidiario, puesto que sólo podrá constituirse cuando no exista otra media de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. Asimismo, se establece que su extensión será fijada por el juez que tendrá que determinar en la resolución aquellos actos para los que se requiera la asistencia del curador. Una de las grandes novedades de la nueva ley, ha sido superar aquella configuración clásica de la curatela en la que sólo se podía utilizar esta figura para complementar la capacidad de obrar de aquellas personas que la tenían limitada. En adelante se permite la curatela representativa si bien como excepción a la regla general de curatela asistencial (art. 269 III CC). Así pues, en este precepto se concreta para el curador aquella previsión más amplia de funciones representativas que el art. 249 III reconoce con carácter general para todas las medidas de apoyo, en las que se admite que aquellas puedan incluir funciones representativas en los casos excepcionales en los que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona. De modo que en el art. 269 III, se admite la tutela representativa teniendo en cuenta las circunstancias de la persona con discapacidad. Es de destacar que esta representación sólo será para actos concretos que, según el art. 269 CC, serán determinados por el juez en resolución motivada. En el último párrafo del citado precepto, nuevamente se insiste en que “tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia o apoyo como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa”. La relación entre ambos preceptos se pone de manifiesto en el párrafo cuarto del art. 269 CC donde se exige que el curador, tanto en su faceta asistencial como representativa, tiene que actuar bajo los criterios fijados en el artículo 249 CC. Lo anterior supone que el curador en el ejercicio de esas funciones tendrá que tener en cuenta la trayectoria vital, creencias y valores de la persona con discapacidad, 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. Finalmente, en el art. 269 IV se establece que en ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera prohibición de derechos.

La curatela asistencial nos parece la figura adecuada para aquellos casos en los que la persona con discapacidad todavía conserva aptitudes suficientes para transmitir su voluntad con cierto discernimiento, si bien para otros actos con mayor trascendencia jurídica, su voluntad no puede formarse perfectamente y por ello se necesita en para esos actos el curador actúe con carácter sustitutivo²⁹. Se trata de una figura que respecto de una misma persona en ocasiones complementa su

29 La STS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760) señala que “lo que importa, por encima de la denominación de la institución de guarda, es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí, de los actos para los que necesita un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro”.

voluntad y en otras la representa. El curador representativo tampoco es ninguna figura novedosa puesto que el Tribunal Supremo y algunas Audiencias Provinciales ya habían admitido la posibilidad de la curatela representativa mucho antes de la entrada en vigor de la nueva regulación³⁰.

La introducción de la curatela representativa por la Ley 8/2021 ha exigido que se redacten artículos de nuevo cuño para que se le aplique un régimen similar al de la tutela. Otros preceptos a tener en cuenta para establecer el contenido de la curatela son los nuevos artículos 282 a 290 en los que se regula su ejercicio. En el art. 282 tras determinar que el curador tomará posesión ante el letrado de la Administración de justicia, se le obliga a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar sus funciones con diligencia debida. Asimismo, nuevamente se vuelve a insistir que el curador asistirá a la persona a la que va a prestar su apoyo respetando su voluntad deseos y preferencias. Asimismo, procurará que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de decisiones. En el art. 284 CC se dice que al curador se le puede exigir la constitución de fianza cuando la autoridad judicial así lo considere. En el art. 285 CC se le obliga al curador con facultades representativas a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo de acuerdos con los requisitos que ese mismo precepto se establecen. Asimismo, en el art. 287 al curador representativo se le exige autorización judicial para todos aquellos actos que se determine en la resolución en la que se le nombra y en todo caso para aquellos actos en los que en el anterior art. 270 CC se le exigía al tutor, como en sucedía con los actos de trascendencia personal o familiar, o para enajenar o gravar bienes de toda naturaleza que tengan extraordinario valor; disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona a presta el apoyo, renunciar a derechos, etc. No obstante, a pesar de que en el art. 249 CC III se establece expresamente que excepcionalmente “las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas” en la doctrina algún autor todavía defiende que esta función no será de sustitución de la voluntad sino de interpretación o de integración de esta³¹. No obstante, también se mantiene que con este tipo de

30 En la citada STS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760) señala que “También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí, pero no solo, y la función de representación para otros. La doctrina del Código Civil admite una curatela con funciones de representación y expresamente se reconoce esta posibilidad en otros Derechos civiles españoles, como el catalán (arts. 223-4 y 223-6 CCCat) y el aragonés (art. 150.1 y 2 CDFA). Lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio”. Esta sentencia ha sido aplicada por las SSAAPP Asturias (Sec. 5ª) 4 mayo 2020 (JUR 2020, 170959), Barcelona (Sec.18ª) 4 noviembre (JUR 2019, 318540), Vizcaya (Sec. 4ª) 5 julio 2019 (JUR 2019, 281730), Asturias (Sec.4ª) 4 abril 2019 (JUR 2019, 164161), La Rioja (Sec.1ª) 28 marzo 2019 (JUR 2019, 165376), Ourense (Sec.1ª) 4 octubre 2018 (JUR 2018, 309482), La Rioja (Sec.1ª) 5 febrero 2018 (JUR 2018, 130833) y SAP Vizcaya (Sec. 4ª) 29 diciembre 2017 (JUR 2018, 69298).

31 TORRES COSTAS, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 293,

curatela no se trata de reforzar o dar cauce a una voluntad deficiente o cuestionada sin que se trata, a partir de la imposibilidad de conocer la voluntad de una persona cuando es preciso actuar para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que le incumben³².

VII. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA LEY 8/2021.

I. La desaparición del interés superior de la persona con discapacidad.

En el preámbulo de la Ley 8/2021 se señala que se impone un cambio de sistema en el que se pasa de la sustitución en la toma de las decisiones que afecten a las personas con discapacidad, por otro que se basa en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona quien, como regla general será la encargada de tomar sus propias decisiones. En este aspecto el legislador español sí que ha seguido al pie de la letra el parágrafo 21 de la Observación donde se exige la sustitución del “interés superior” de la persona con discapacidad por la “mejor interpretación de su voluntad y preferencias”. En nuestra opinión, la desaparición del interés superior de la persona con discapacidad es un elemento sine qua non es imposible imponer la voluntad del discapacitado en todo caso. La principal pieza a sacrificar por la nueva ley ha sido la de este principio superior, puesto que de mantenerse este se podría imponer a la persona con discapacidad cualquier medida de apoyo incluso a pesar de su expresa oposición. Así ha venido sucediendo hasta la publicación de la ley. No obstante, nos atrevemos a pronosticar a que este principio será recuperado por la doctrina jurisprudencial como ya se deja entrever en la STS 19 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770)³³. En otras sentencias anteriores como la STS (Pleno) 8 septiembre 2021 (RJ 2021,4002), dictada en un caso de un discapaz con síndrome de Diógenes reconoce la posibilidad de imponer medidas de apoyo en contra de la voluntad del interesado³⁴. Para ello se utiliza el sutil resquicio de la Ley de Jurisdicción voluntad que permite acudir a un procedimiento contradictorio en el caso de la oposición de una persona con discapacidad a cualquier tipo de

304 y 305.

32 RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela”, cit., p. 224.

33 De manera un tanto tímida, en un caso de autocuratela, el TS reconoce que el Juez puede ir en contra de la voluntad del discapaz « 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 (art. 272 II CC)».

34 En el FD. 4º se establece que: “En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”.

apoyo³⁵. La doctrina ha aprovechado la posibilidad que se abre por mor de esta sentencia a que impongan medidas de apoyo incluso en contra de la voluntad expresa del discapaz para verter ácidas críticas contra las trabas de la Ley 8/2021 a que se vaya en contra de la voluntad, deseos y preferencias del discapaz incluso en casos extremos³⁶.

No hay que olvidar que en la anterior regulación de la tutela esta se constituía y se ejercía teniendo en cuenta tanto el beneficio del tutelado³⁷. Como quiera que hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 la tutela podría recaer sobre menores y sobre personas con discapacidad es evidente que ese beneficio se refería tanto al del tutelado menor de edad como el del tutelado incapacitado. A este principio en beneficio del tutelado se hacía referencia en la anterior versión del art. 216 CC cuando se decía que las funciones tutelares además de constituir un deber “se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”. Asimismo, en el antiguo art. 233 CC al exigirse al Juez que tanto al

35 En el FD (4º) de STS (De Pleno) 8 septiembre 2021 (RJ 2021,4002), se establece «En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado. La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV, dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado”.

36 Este es el caso de CARRASCO PERERA, A.: “Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978/2021. Que con duros términos afirma que: “Una vez que el legislador nuevo comete el desenfoque de no regular *civilmente* la capacidad como un régimen relativo a la restricción de la capacidad de obrar, que es su sede lógica, entonces cualquier disparate resulta, como el de Diógenes. Por la naturaleza del caso, Diógenes no está bajo la guardia de hecho de nadie (ni puede estarlo, salvo que se tratara de otro marginal), carece de medios y de voluntad para proveerse de “medidas de apoyo voluntarias”, está libre, porque es pobre y asocial, de actividades de tráfico jurídico y no requiere complementos de capacidad de obrar, precisamente porque, siendo asocial, repudia el tráfico social y económico”. Asimismo, critica que en el nuevo art. 250 CC las únicas fronteras a las medidas de apoyo sean las se hayan configurado “la realización de deseos y preferencias del discapacitado (*¡demosle más basura!*), abrir puertas al desenvolvimiento de sus derechos y personalidad. Más allá de ello, toda intervención es la esfera personal es casi inconstitucional (arts. 250 II, 260 I, 270 CC; 749 LEC). Solo es legítimo escudriñar cuál sería la voluntad hipotética del afectado. Tal es así, que el expediente se cierra cuando Diógenes repite que ni quiere ni necesita apoyos (art. 42 bis b) 5 LJV)”. Por otro lado, el autor alaba al ponente de la sentencia al decir que ha elegido “una vía peligrosísima para el funcionamiento del espurio sistema de apoyos diseñado por la ley 8/2021. No importa que Diógenes no quiera apoyos, porque su decisión procede precisamente de la deficiencia cognitiva que define su síndrome. Sígase por ahí y habremos dinamitado la parafernalia ideológica sobre la que se construye el nuevo sistema. De momento, no ha podido soportar el primer rejón que le mete el discreto Sr. Sancho Gargallo. Otros vendrán que le apuntarán”.

37 En la STS 6 mayo 2021 (RJ 2021,2381) se establece que “El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. A dicho principio se refiere la STS 18 de julio 2018 (RJ 2018, 2957), cuando señala: “El interés superior del discapaz SSTS 19 noviembre 2015 (RJ 2015, 4973); 27 junio 2018 (RJ 2018, 3095) -, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad”.

constituir la tutela como en la resolución en la que establezca las medidas de control y vigilancia del tutelado que lo haga "en beneficio del tutelado". Finalmente, en el art. 235 se permitía que el Juez, en defecto de las personas nombradas en el art. 234 CC nombrase tutor a quien por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, se considerase más idóneo. En otros preceptos, todos ellos modificados por la Ley 8/2021, se hacía una referencia más explícita al "beneficio del menor o del incapacitado". Este era el caso del art. 224 CC donde se decía que las disposiciones mencionadas en el precepto anterior vinculaban al Juez, al constituir la tutela, "salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa". También en el modificado art. 234 CC, después del listado de preferencias para el nombramiento de tutor se establecía como excepción que el juez pudiese alterar el orden o incluso prescindir de las personas mencionadas "si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere". Asimismo, en el anterior art. 245 CC se autorizaba al Juez para que pudiese nombrar tutor a una persona excluida expresamente por uno de los progenitores en testamento cuando en resolución motivada, se estimase "otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado". Finalmente, en el art. 246 también se permitía que el juez teniendo en cuenta el "beneficio del menor o del incapacitado" no aplicase las causas de inhabilidad ex arts. 243.4.º y 244.4.º a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando estas causas fueren conocidas por aquellos en el momento de hacer la designación.

En la nueva redacción del Código civil si bien se mantienen las referencias al beneficio del tutelado, como ya hemos mencionado, tras la reforma la tutela ahora solo puede recaer sobre los menores de edad. En los nuevos preceptos del Código civil ha desaparecido la expresión interés o beneficio del incapacitado para sustituirse por la de "la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos". La explicación hay que buscarla en el preámbulo de la Ley 8/2021 donde se dice que "Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las 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. El art. 94 CC, relativo el derecho de comunicación y visita, constituye el paradigma del nuevo cambio, puesto que en sus párrafos IV y VI, equipara "el interés superior del menor" con "la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos". En la doctrina se ha criticado absoluta desaparición de cualquier tipo de referencia al interés superior de la persona con discapacidad³⁸.

38 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Curatela", cit., p.502. Es crítico con la eliminación de las referencias al interés superior de la persona con discapacidad, y en su lugar limitar la guía del curador, tanto el asistencial como el representativo, a una voluntad o preferencias pretéritas del incapaz.

El tratamiento de la voluntad de la persona con discapacidad no es igual en todos los nuevos preceptos. En un primer grupo la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se impone en todo caso tal como se infiere del tenor literal de los preceptos. Como ya hemos referido, esto es posible al haberse eliminado la figura del interés superior de la persona con discapacidad. Esta imposición de la voluntad del discapaz en todo caso, la podemos encontrar en el nuevo art. 249 CC donde se dice que “las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad deseos y preferencias de quien lo requiera” (art. 249). De modo similar el art. 264 I CC, cuando se referirse a la actuación representativa del guardador de hecho establece que esta “deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad». Asimismo, en el art. 268 I CC, en sede de curatela, al referirse a la extensión que han de tener las medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad, se dice que “atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”. En consecuencia, en este último precepto el curador queda relegado a un mero nuncio de la persona con discapacidad puesto que la voluntad del curatelado se impone “en todo caso”.

En otros preceptos, se utiliza una fórmula más suave y la referencia es al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Así sucede con el art. 250 II CC al referirse a la función de las medidas de apoyo. En el art. 255 también hay referencias a garantizar “el respeto a su voluntad, deseos y preferencias”. Asimismo, en el art. 258 III CC; en el art. 288 también hay una referencia para “garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”. En el art. 270 I CC se establece que el juez establecerá “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. En parecidos términos el art. 282 III dice que el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias. También hay referencias al respeto a la voluntad de la persona que precise el apoyo en el art. 283 I CC. En el art. 295 III se dice que se nombrará defensor judicial del discapacitado a la persona más idónea para “respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella”. El comentado respecto a la voluntad de la persona a la que se preste apoyo también se le exige al defensor judicial en el art. 297 CC.

En la LEC, de modo similar al Código civil la Ley 8/2021 ha hecho desaparecer las escasas referencias que existían al interés de los incapacitados y las ha sustituido por la salvaguarda a la voluntad de la persona con discapacidad. A título de ejemplo, en el anterior art. 749 LEC, relativo a los antiguos procesos sobre capacidad, se establecía que en aquellos procedimientos donde intervenga

el Ministerio Fiscal este «velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada». En la nueva versión del precepto en su apartado I. II, ahora en sede de procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, se establece que el Ministerio Fiscal “velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor”. De modo similar en el anterior artículo 777.8 LEC relativo a los procedimientos de separación y divorcio de mutuo acuerdo, se autorizaba al Ministerio Fiscal a presentar recurso contra aquellas sentencias o el auto que aprueben la propuesta de convenio en interés de menores e incapacitados. En el nuevo apartado 8 de este precepto se ha sustituido el interés del incapacitado por la expresión “en aras de la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de los hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores”. La única referencia a los intereses de la persona con discapacidad, en toda la Ley 8/2021, la encontramos en el nuevo art. 770. 4ª IV LEC que establece que “En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses [...]”.

En la LJV antes de su modificación por la Ley 8/2021 también se equiparaba el interés del menor con el interés de la persona con capacidad modificada judicialmente. Así sucedía con los anteriores arts. 4, 18.4, 19.2, 26.2, 27, 45.2 II y 58.3 LJV donde se hacía referencia al “interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente” o expresiones similares. En la nueva redacción de la LJV, a diferencia de lo acontecido con el Código y la LEC, no se ha eliminado totalmente las referencia al interés de la persona con capacidad modificada judicialmente que utilizando diferentes fórmulas se mantiene en los nuevos arts. 4, 18.4, 19.2, 26.2, 27.1.a) y 58.3 LJV. No obstante, la excepción la encontramos en el nuevo art. 45.2 II donde ahora se dice que “tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor y respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en lo que conste, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas”. No obstante, la LJV es una norma procesal y donde debería de haberse mantenido el interés superior de la persona con discapacidad es en el Código civil por tratarse de la norma sustantiva aplicable a las personas con discapacidad.

En nuestra opinión nos parece un avance que el nuevo sistema se base en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y que como regla general sea esta la encargada de tomar sus propias decisiones. Pero es un hecho de todos conocido, que las personas con discapacidad igual que

los menores en ocasiones pueden tomar decisiones que vayan en contra de sus propios intereses personales o patrimoniales. Entendemos que una cosa es que la persona con discapacidad disfrute de una libertad para la toma de decisiones que hasta ahora le había sido hurtada y otra bien diferente es que su voluntad carezca de límite alguno. En consecuencia, nos parece un error del legislativo el que no se haya mantenido el principio del interés de la persona con discapacidad por constituir un mecanismo que impide que esta pueda hacerse daño a sí misma. En todo caso tendrá que ser la jurisprudencia la que establezca que criterio se ha de seguir cuando la decisión de una persona con discapacidad perjudica gravemente sus intereses personales o patrimoniales. Nos cuesta creer que el juez en una estricta aplicación de la ley permita que predomine aquella voluntad de la propia persona con discapacidad sobre sus intereses personales o patrimoniales. Máxime cuando el Tribunal Supremo, mucho antes de publicarse la nueva ley ya había manifestado que el principio en interés de la persona con discapacidad se encuentra recogido en la Convención de 2006³⁹. No obstante, el legislador en el preámbulo de la nueva ley ha dejado un resquicio abierto para seguir utilizando el principio del interés superior de la persona con discapacidad al decir que “las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

2. La imposición de la capacidad jurídica en detrimento de la capacidad de obrar.

Algunos de los cambios terminológicos que ha provocado la nueva ley nos parecen un tanto excesivos como sucede con el hecho de que a lo largo de la ley se emplee la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica” que si bien no es totalmente extraña a nuestro sistema jurídico sí que lo es cuando se usa en detrimento de la clásica y más precisa expresión “capacidad de obrar”. En el preámbulo de la Ley 8/2021, el legislador tal vez consciente de lo poco habitual de este término ya advierte que en la Observación de 2014 se precisa que dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación

39 En la STS 17 septiembre 2019 (RJ 2019, 3610), se estima que se puede prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad por aplicación del interés superior del discapacitado. En este caso se prescinde de su voluntad exteriorizada y preferente en la designación del tutor. Se establece que el “El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. Comprende la obligación de que se utilice el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufra restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y transmitirlo mortis causa a sus herederos. Y supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad. Hemos declarado que dicho interés rector de la actuación de los poderes públicos, enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York “[...] no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapacitado en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado” (SSTS 635/2015, 19 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio y 458/2018, de 18 de julio).

para ejercitarlos⁴⁰. No obstante, en la doctrina se ha defendido la desaparición entre la titularidad de los derechos y su ejercicio⁴¹.

En el Derecho civil español la capacidad jurídica se considera como una situación estática, equivalente al término de personalidad jurídica y que hace referencia a la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones. Esta capacidad es propia de todas las personas jurídicas, no puede carecerse de ella y a diferencia de lo que sucede con la capacidad de obrar no admite graduación⁴². El ejercicio de los derechos subjetivos que la persona tiene por contar con capacidad jurídica solo es posible cuando se cuenta con capacidad de obrar que es la aptitud para ejercer aquellos derechos⁴³. Esta capacidad, a diferencia de la jurídica, es graduable y depende de dos factores como son la edad y de que su capacidad no haya sido modificada judicialmente. De la combinación de ambos factores surge una capacidad de obrar plena, como la que corresponde al mayor de edad que cuya capacidad de obrar no ha sido modificada judicialmente. Junto con esta capacidad plena se encontraba la capacidad de obrar limitada y finalmente la inexistente en aquellos casos extremos.

- 40 El alcance de la "capacidad jurídica" a la que se refiere el art. 12 de la Convención ha tenido que ser aclarado en la Observación general núm. 1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. En la Observación, en su apartado II se analizan las obligaciones generales que derivan de los diversos componentes del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En ese apartado se establece que: que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. Nuevamente, en el párrafo 13 de la Observación se vuelve a explicar que "La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar).
- 41 GARCÍA RUBIO, M. P.: "¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE EL INTERÉS DEL MENOR?", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), p. 30 (pp. 14-49), estima que la dicotomía entre titularidad y ejercicio de los derechos es discutible. O si se prefiere entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, es una dualidad superada en otros ámbitos como en el de los derechos de las personas con discapacidad, concretamente en el art. 12 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. La misma autora en "La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 95-97, ya mantuvo que la consideración del menor de edad como un incapaz de obrar había de considerarse superada. Para ello se basó, entre otras, en la STC 174/2002, de 9 de octubre, que declara que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).
- 42 BLASCO GASCÓ, F.P.: *Instituciones de Derecho Civil Parte General Introducción. La Relación Jurídica. Sujetos y Objeto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 175, manifiesta que "la distinción entre ser sujeto de derechos y obligaciones y tener capacidad para ejercitarlos permite distinguir dos conceptos: el de capacidad jurídica y el de capacidad de obrar. La capacidad jurídica equivale a personalidad civil o jurídica y se puede definir como la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Esta capacidad la tiene toda persona física o natural desde su nacimiento, el cual, dice el art. 29 CC, determina la personalidad y ésta no es graduable; y la adquieren las personas jurídicas desde su regular constitución (art. 35 CC)".
- 43 BLASCO GASCÓ, F.P.: *Instituciones*, cit., p. 175, sigue la tesis clásica para la que "la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para ejercitar derechos y obligaciones. Precisamente las definiciones anteriores nos permiten admitir que si bien la capacidad jurídica no puede graduarse, en cambio, la capacidad de obrar puede ser objeto de graduación".

Nos parece que no es de recibo que una expresión plenamente consolidada en nuestro ordenamiento jurídico como es la “capacidad de obrar” no sea utilizada en un texto legal que va referido a la posibilidad del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad⁴⁴. Esta mala praxis de la ley, ya se produce en el propio título de la misma donde se refiere a las personas con discapacidad en el ejercicio de su “capacidad jurídica”, en vez de haberse utilizado la expresión “capacidad de obrar”⁴⁵. Es cierto que en el preámbulo de la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad se dice que ese texto legal pretende la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la citada Convención de Nueva York de 2006⁴⁶.

También es verdad que en el texto de la Convención no aparece ni una sola vez la voz capacidad de obrar, pero también lo es que en los textos legales internacionales se tiene que utilizar una terminología jurídica que tenga encaje en el máximo número de sistemas jurídicos posible. Lo anterior no es incompatible con el hecho de que el legislador español podría haber incorporado al nuevo texto legal todas las directrices y principios que se establecen en el tratado, si bien respetando nuestra tradición jurídica, de modo similar a como sucede con la trasposición de una directiva europea⁴⁷. Este cambio de algunas expresiones como consecuencia de la Convención ya tuvo lugar con el texto de la Ley de Jurisdicción

-
- 44 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *IDIBE*, Tribuna, septiembre 30, 2021. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>. Consultado 20-11-2021. Mantiene la pervivencia de la figura de la capacidad de obrar puesto que la Ley 8/2021 no rechaza en ningún momento la capacidad de obrar, que por otro lado tampoco estaba presente en la anterior redacción del Código Civil. Además, su desaparición no viene exigida por el art. 12 de la Convención. Si bien en la Observación General sí que se rechaza si bien con una serie de argumentos cuestionables.
- 45 El término capacidad de obrar en el Código civil sólo aparecía en el modificado art. 223. Tras la reforma esta expresión ha desaparecido. No obstante, esta expresión ha sido utilizada en múltiples ocasiones: en el art. 18 de la Ley sobre Registro Civil Ley 8 junio 1957; En el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en los arts. 27, 41 y 120.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; en el art. 12.1.e) del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas; en los arts. art. 3.1 a) y b), 3.2, 4.2 y 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; en los arts. 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; en el art. 7.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; en el art. 20.1 (como incapaz de obrar) y en la disposición adicional tercera de Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. En el art. art. 7.2. de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; en el art. 558.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- 46 RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: “La curatela”, cit., contrapone las tradicionales capacidades jurídica y de obrar de nuestro ordenamiento jurídico frente a la capacidad jurídica que defiende la Convención en su artículo 12. Señala que en nuestro ordenamiento jurídico la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar la que se encuentra limitada en nuestro ordenamiento jurídico, al tiempo que se acompaña de medidas para su protección como son la tutela, la curatela, la defensa judicial y la guarda de hecho.
- 47 En la Convención sólo se insta a la incorporación de los principios que en ella se reconocen. Tal como se establece en su artículo 4 (obligaciones generales: [...] los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención. b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

Voluntaria, donde en su preámbulo se señala que se busca la adaptación a la nueva terminología y que “en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”.⁴⁸ No obstante ahora, se considera inapropiada aquella expresión que no hay que olvidar que superaba el filtro de la Convención, para cambiarla por el término de “persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Ambas expresiones si bien son respetuosas con las personas con discapacidad no son nada prácticas para los operadores jurídicos. Esto ya provocó que en algunas sentencias ya empezara a utilizarse la poco estética expresión “discapaz” para evitar la poco práctica expresión a la hora de redactar una sentencia de “persona con capacidad judicialmente modificada”. En consecuencia, poco éxito le auguramos en el foro a las enrevesadas expresiones de la nueva ley como la de “personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”.⁴⁹ Proponemos la expresión de “persona con ayudas”. Por otro lado, en el caso de abandonarse la expresión capacidad de obrar habrá que distinguir entre capacidad jurídica, como una situación estática, y su ejercicio. De ahí que la doctrina se abogue el mantenimiento de la tradicional expresión capacidad de obrar.⁵⁰

3. La desaparición de la tutela de los discapaces.

La tutela tradicionalmente ha sido una institución cuyo objeto era la guarda y protección de la persona y bienes de los menores, así como de las personas

48 En la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria no es posible encontrar ninguna referencia a la capacidad de obrar, si bien es cierto que tampoco se utiliza la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica”. Se prefiere utilizar la expresión más neutra de “capacidad de una persona” como sucede en sus arts. 27.3 y 4 o incluso la de “capacidad para contratar” (art.110). Asimismo, en el Código Penal se utiliza la expresión “ejercicio de su capacidad jurídica”, como consecuencia de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en cuyo preámbulo se establece que: “Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad”. Asimismo, se emplea esta expresión en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Disposición adicional séptima). En Ley 49 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) tras su modificación por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo; en el art. 59.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. En incluso en el art. 3.h) de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

49 La expresión “discapaz” ha sido utilizada en las SSTs 17 septiembre 2019 (RJ 2019, 3610), 18 julio 2018 (RJ 2018, 2957), 15 junio 2018 (RJ 2018, 2449) y 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934).

50 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es posible?”, cit., entiende que es necesario recurrir al concepto del ejercicio de la capacidad jurídica (la tradicional capacidad de obrar) para explicar la figura de la anulabilidad en ciertos contratos. Así sucede con los realizados por menores no emancipados, con las excepciones del 1263 CC (art. 1302.2 CC) o los realizados por los discapaces en aquellos actos en que sea preceptiva la intervención del curador por así haberse dispuesto, de acuerdo con el art. 269 II CC, en la sentencia constitutiva de la curatela (1302.3 CC). En consecuencia, no es conveniente abandonar la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que tiene perfiles claros y precisos, que ha sido admitida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. No es admisible su sustitución por la capacidad jurídica y su ejercicio que, utilizando otros términos, viene a decir lo mismo.

con capacidad modificada judicialmente⁵¹. Antes de la ley de apoyo a las personas con discapacidad su régimen jurídico se encontraba en los arts. 222 y ss. del CC. No obstante, los aspectos procesales para la constitución de la tutela, así como de la curatela, se regulaban en los anteriores arts. 43 a 51 de LJV. No obstante, había que recurrir a la LEC, antiguos arts. 756 a 763, cuando se solicitaba dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona⁵².

En el anterior art. 215 CC la tutela encabezaba los mecanismos de guarda y protección de la persona y bienes de los menores o incapacitados, a continuación, se mencionaba la curatela y el defensor judicial. En el anterior art. 222 CC se podían distinguir dos grupos de personas a las que se podía aplicar la tutela: uno de menores y a otro de incapacitados. Dentro del primer grupo ese mecanismo tuitivo podía aplicarse tanto a los menores no emancipados que no estaban bajo la patria potestad como a aquellos otros menores que se hallaban en situación de desamparo. En el caso de los incapacitados, por una parte, estaban aquellos que estaban sujetos a tutela porque así lo había establecido una sentencia y por otra se encontraban aquellas personas con la patria potestad prorrogada cuando ésta cesaba, pero continuaba la discapacidad del sometido a ella. En consecuencia, al cesar la patria potestad prorrogada como sucede con la muerte de los progenitores, tendría que nombrarse un tutor salvo que el juez estimase la procedencia de la curatela⁵³. El tutor en la nueva regulación ya solo puede ser el representante legal de los menores no emancipados que no estén sujetos a la patria potestad y de los menores que se hallen en situación de desamparo. El hecho de que el tutor sea representante legal supone que su voluntad sustituye a la del tutelado⁵⁴.

No obstante, hasta la reforma la tutela no ha sido obstáculo para que el menor o el incapacitado pudiera realizar por sí solo determinados actos por así establecerlo

51 VERDEIRA SERVER, R.: *Lecciones*, cit., p. 301, estima que mediante el mecanismo de la tutela se protegen a las personas y los bienes de aquellos riesgos que les puede provocar su falta de capacidad natural o por encontrarse en una determinada situación.

52 Es de destacar el art. 760.I LEC en el que se establece que “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”.

53 Según el art. 171 CC: “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título”.

54 VERDEIRA SERVER, R.: *Lecciones*, cit., p. 301, entiende que por tratarse de un mecanismo de representación legal se puede afirmar que la tutela es la institución de guarda y protección de menores e incapacitados de mayor intensidad y alcance. Asimismo, dice que el hecho de que el tutor sea representante no significa que la opinión de este no haya de tenerse en cuenta, puesto que el art. 9 LOPJM establece que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado en aquellos procesos administrativos, judiciales o de mediación en que esté afectado y que produzca efectos en su esfera personal o familiar, o social. Se tendrá en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Asimismo, el art. 273 establece que para los actos en que se requiera autorización o aprobación judicial, el juez oír al ministerio fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

la sentencia de incapacitación o la ley⁵⁵. Tras la reforma la representación del menor continuará sin tener carácter absoluto, de modo que en el nuevo art. 225 CC el tutor es el representante del menor si bien se exceptúan aquellos actos que el menor “pueda realizar por sí solo o para los que únicamente precise asistencia”. Esta representación, según el nuevo art. 227, tendrá que realizarse en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos.

El antiguo art. 222 CC ha sido objeto de una importante reforma con la nueva ley para el apoyo de las personas con discapacidad: en primer lugar, se altera su ubicación sistemática al ser reenumerado como el art. 199 CC. Finalmente porque en la nueva regulación se restringe el número de personas que pueden quedar sujetos a tutela. En adelante la tutela solo podrá aplicarse a “1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad”. Es decir que a partir de la entrada en vigor de la nueva ley a los “incapacitados” a los que se refería el anterior artículo 222 CC ya no se les aplicará el mecanismo de la tutela. Así se contempla en el preámbulo del nuevo texto legal al decir que “la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial”.

Esta medida de reservar la curatela como medida de apoyo para los mayores de edad con discapacidad en principio nos parece totalmente adecuada para la gran mayoría de personas con discapacidades moderadas, puesto que en el art. 12.4 del Convenio se establece, entre otros, 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”. En consecuencia, el mecanismo de la curatela donde el curador complementa la capacidad de aquellas personas que no la tienen plenamente es la vía más adecuada para que se respete la voluntad y preferencias de estas personas con discapacidad. O utilizando la terminología del nuevo texto legal, la curatela es la medida más adecuada para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (si bien manifestamos nuestra preferencia por utilizar la expresión más precisa de capacidad de obrar)⁵⁶. A partir de la entrada en vigor de la nueva ley la única medida de apoyo que se les podrá aplicar a aquellas personas con discapacidad que necesiten que se les sustituya en ciertos actos será la curatela representativa. Esta medida nos parece adecuada para aquellas personas con dependencias moderadas o incluso con dependencias

55 BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Instituciones de guarda”, cit.

56 La tutela no siempre tenía que referirse a todos los actos jurídicos a realizar por el incapacitado, puesto que como señala RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela”, cit., p. 224, la tutela también podía ser parcial o mitigada. De modo similar a como ahora la curatela también puede ser “ampliada, modulada o reforzada).

severas (utilizando la terminología del art. 26 de la Ley 39/2006) por cuanto que la curatela ha de ser la medida judicial de apoyo por excelencia.

No obstante, entendemos que para que proceda esta medida de apoyo es necesario que la persona con discapacidad tenga cierto grado de entendimiento, que le permita que en ocasiones el curador pueda asistirle y en otras que le sustituya. El problema lo tenemos con las personas con grandes dependencias, como sucede con las personas con un grado avanzado de Alzheimer o una persona en estado vegetativo, que no pueden realizar ningún tipo de manifestación de voluntad con entidad suficiente para que pueda ser complementada.

En estos casos extremos entendemos que no cabe ni tan siquiera una curatela representativa puesto que no existe voluntad alguna que complementar. De modo que cuando se tiene que representar a la persona con discapacidad prácticamente en todos sus actos jurídicos el mecanismo adecuado sería el de la tutela. De ahí que la Ley 8/2021, tendría que haber mantenido la tutela, si bien con carácter subsidiario de la curatela representativa y únicamente para aquellos casos en los que la persona con discapacidad no pudiera emitir válidamente su voluntad en ningún aspecto de su vida. El haber mantenido la tutela con carácter residual para las personas con grandes dependencias no hubiera supuesto una violación de la Convención, que a diferencia de la Observación no prohíbe expresamente ni la curatela ni la tutela. Por otro lado, el mantenimiento de la tutela para estos casos extremos hubiera sido compatible con el hecho de que la curatela sea el eje central del nuevo sistema. El Tribunal Supremo en alguna resolución ya se ha manifestado en favor del mantenimiento de la tutela por entender que no es contraria a los principios de la Convención, puesto que “la tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas [...]”⁵⁷. No obstante, algún

57 Así se pronuncia la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2207) tras haber recordado previamente que “el sistema de apoyos a que alude la Convención [sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención”, asimismo, tras recordar que la tutela debe de aplicarse cuando al persona con discapacidad no puede tomar decisiones, en asuntos de su incumbencia, manifiesta su apoyo al empleo de la curatela en otras circunstancias al decir que “Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts.287, 288 y 289 CC)”. En parecidos términos se pronuncia la STS 3 diciembre 2020 (RJ 2020, 4815) al decir que “El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español, por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el “procedimiento de modificación de la capacidad” y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención.” En sentido similar se habían pronunciado las SSTs 19 febrero 2020 (RJ 2020, 392) y 15 junio 2018 (RJ 2018, 2449).

autor ha mantenido, antes de entrar en vigor la nueva regulación, que en vez de una pluralidad de instituciones, como la tutela y la curatela, sería más adecuado que se previera una única institución de contenido sumamente flexible⁵⁸. Tal vez hubiera sido el momento adecuado para crear una nueva figura que pudiera realizar a un mismo tiempo funciones de complemento y representativas, máxime cuando la expresión curatela es una gran desconocida para la inmensa mayoría de los ciudadanos.

4. La particular aplicación de la Convención de 2006.

En la Ley 8/2021 se ha efectuado una aplicación *sui generis* de la Convención puesto que ha tenido que pasar de puntillas sobre algunas de las ilógicas manifestaciones de la Observación de 2014 que vetan directamente el recurso a cualquier tipo de medida de apoyo sustitutiva y expresamente se manifiesta en contra de la utilización tanto de la tutela como de la curatela y que incluso llegan a poner en tela de juicio a la ciencia médica para valorar las afecciones mentales. De haberse seguido a la Observación nos hubiéramos encontrado con un sistema incompleto puesto que sólo sería aplicable para aquellas personas con discapacidades leves, con habilidades cognitivas suficientes para poder manifestar su voluntad, deseos y preferencias⁵⁹. Se trataría de un sistema imposible de aplicar en el caso de personas con discapacidades graves que impiden cualquier tipo de comunicación con sus semejantes. Así como también con aquellas personas con discapacidades moderadas pero que carecen totalmente de habilidades para la administración de su patrimonio. Nuestro legislador, para no dejar sin protección los mencionados grupos de personas se ha visto obligado a hacer una reinterpretación del mandato del artículo 12 de la Convención, al margen de la Observación, de modo que ha tenido que autorizar las medidas de apoyo de carácter representativo, si bien -como ya hemos dicho con carácter excepcional- en el nuevo art. 249 III CC. Esta decisión ha sido muy acertada puesto que de no haber actuado en ese sentido las personas con grandes problemas cognitivos habrían quedado totalmente desprotegidas⁶⁰.

La particular aplicación de la Convención que efectúa la Ley 8/2021 supone un avance respecto de la situación anterior para las personas con discapacidades

58 VERDERA SERVER, R.: *Lecciones*, cit., p. 293.

59 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es posible?”, cit.; estima que el Comité parece estar pensando en personas con ciertos tipos de discapacidades, como las sensoriales o las provocadas por el síndrome de Down, en las que la restricción de la capacidad de obrar en ocasiones suele ser desproporcionada. En esos casos, sí que procede establecer un sistema de apoyos para posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que padecen estas discapacidades. Estas personas pueden ejercer estos derechos de acuerdo con sus propias inclinaciones, lo incluye su derecho a equivocarse en ocasiones.

60 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es posible?”, cit., señala que como consecuencia del aumento de la esperanza de vida, cada vez será más frecuente la necesidad de acudir a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de un representante legal, el curador representativo, que actúe en nombre de la persona con discapacidad.

moderadas puesto que permite tener en cuenta su “voluntad, deseos y preferencias”. También es un acierto que se haya impuesto la curatela como la medida de apoyo por excelencia puesto que esta figura al tener carácter asistencial permite que se tenga en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad. En el caso de las personas con discapacidades graves, la nueva ley todavía les reportaría ventajas, puesto que en todos los actos jurídicos que no estuviesen incluidos dentro de la curatela representativa se tendría que tener en cuenta su voluntad y preferencias. A los integrantes de este grupo antes de ley se les habría impuesto la tutela. No obstante, hay que destacar que el Tribunal Supremo en los últimos años en toda una serie de resoluciones en las que se hace referencia a la Convención ya ha venido limitando en todo lo posible el recurso a la tutela salvo que fuera estrictamente necesario⁶¹.

Finalmente, queda el grupo de las personas con grandes dependencias, que por padecer graves discapacidades cognitivas son incapaces de manifestar una voluntad correctamente formada, o bien son incapaces de cualquier tipo de comunicación y necesitarán que les sustituya en todos sus actos jurídicos. En estos supuestos la mayoría de sus decisiones -salvo las de carácter personalísimo - las tendrá que tomar su representante. En este caso la ley tendría que haber permitido que se nombrara un tutor, sin embargo, será el curador representativo el que lleve a cabo este cometido. Para este grupo de personas la ley prácticamente no ha supuesto ninguna ventaja, salvo la prevista en el nuevo art. 249 III CC que al referirse a las funciones representativas de las personas que presten apoyo estima que en el ejercicio de las mismas se tendrá que tener en cuenta la trayectoria 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. Sin embargo, en el caso de aquellos grandes dependientes que lo han sido desde su nacimiento o desde muy tempranas edades es imposible reconstruir su voluntad y para ellos la ley prácticamente no les aporta ninguna ventaja.

En el preámbulo de la ley viene a decirse que desaparece la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, así como la modificación de la capacidad por considerarse inherente a la condición de persona humana. En

61 El Tribunal Supremo en varias ocasiones se ha pronunciado por la preferencia de la figura de la curatela frente a la tutela teniendo en cuenta el Convenio de 2006. Este ha sido el caso de la STS 19 febrero 2020 (RJ 2020, 392) al decir que “que la institución que mejor garantiza la autonomía y protección de Dña. R. es la curatela (arts. 287 y 289 del C. Civil), dado que posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, sin perjuicio de la necesaria asistencia del curador a aquellos actos ya declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial, con los que la recurrente y el Ministerio Fiscal están conformes. En el mismo sentido los arts. 1 y 12 del Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reconoce el preámbulo del Convenio “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”. Asimismo, se ha utilizado una justificación similar en la STS 18 julio 2018 (RJ 2018, 2957), 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934) y 7 febrero 2018 (RJ 2018, 392)

realidad, estas manifestaciones constituyen un brindis al sol. Puesto que si bien es cierto que desaparecen las expresiones “incapacitado” o “persona con capacidad modificada judicialmente” ahora tenemos como equivalente la de “persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”. La equivalencia de estos términos la formula la propia Ley 8/2021 en el apartado veinte “Sustitución de términos” del artículo séptimo en el que se modifica la LJV. De modo que antes unas personas tenían capacidad de obrar plena, limitada o inexistente ahora tendremos personas con discapacidad con medidas de apoyo. A su vez las medidas de apoyo revisten diferente intensidad, puesto que pueden ser asistenciales o representativas. Si quitamos las etiquetas jurídicas y analizamos la realidad que subyace debajo de las mismas nos encontramos con que antes y después de la ley la mayoría de las personas con discapacidad necesitan que se complemente o se sustituya su voluntad para actuar en el mundo jurídico. De modo que tras la publicación de la nueva ley podemos utilizar la expresión latina *nihil novum sub sole*.

Lo que sí que cambiará en el mundo jurídico es que entraremos en una etapa de confusión terminológica hasta que con el tiempo los tribunales volverán a poner las cosas en su sitio. Entre ellas la recuperación del principio del interés de la persona con discapacidad que nunca tendría que haber desaparecido. De modo que esa hipotética nueva situación en la que las personas con discapacidad pueden imponer su voluntad tendrá corto recorrido, puesto que el alcance de la misma se ajustará por los tribunales y sólo se aplicará en aquellos casos de personas con grados muy leves de discapacidad.

Es cierto que el legislador español tenía que efectuar cambios legislativos para evidenciar que realmente se ha incorporado la Convención. Sin embargo, en vez de una reforma de tan amplio calado hubiera sido más práctico efectuar unas ligeras modificaciones en el Código civil, LEC y LJV en las que se estableciese la obligación de respetar la voluntad de las personas con discapacidad siempre que no fuera en contra de sus propios intereses. Así como el establecimiento de la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial. También se tendría que haber dejado la tutela para las personas con grandes dependencias lo que habría permitido no establecer el régimen jurídico de la curatela representativa que es una duplicación del de la tutela.

La Ley 8/2021 ha terminado con una eficaz manera de contemplar la falta de capacidad de las personas de manera unitaria, tanto para los menores como para las personas con discapacidad. Ahora esta unidad se ha roto puesto que la nueva ley siguiendo la estela de la Convención ha separado las cuestiones relativas al ejercicio de la capacidad de obrar de los menores y el de las personas con discapacidad. Finalmente, estimamos que tras la nueva ley en nuestro país seguirán

existiendo personas con discapacidad que no podrán actuar en el mundo jurídico si no es a través de la figura del curador. En consecuencia, si alguien necesita que se le complemente o incluso se le sustituya en algunos actos jurídicos es porque carece de plena capacidad de obrar. De modo similar a como Galileo en su defensa de la teoría heliocéntrica pronunció la frase *eppur si muove* nos atrevemos a decir que la capacidad de obrar limitada sigue estando presente en nuestro ordenamiento jurídico a pesar de la nueva reforma.

5. A modo de conclusión.

Primera. Durante muchísimo tiempo la mayoría de los procesos de incapacitación han terminado con sentencias de incapacitación en las que sistemáticamente se sometía al incapaz a un régimen de representación legal que sustituía de modo integral la toma de decisiones tanto sobre su persona como sus bienes. La ratificación por España de la CDPD supuso que nuestros tribunales hasta la publicación de la Ley 8/2021, hicieran una relectura ajustada de la incapacitación. Esa relectura seguía dos líneas fundamentales: Se mantenía que la incapacitación no podía alterar la titularidad de los derechos fundamentales aunque si su forma de ejercicio. Además, la incapacitación no podía responder a un modelo rígido, igual para todos, sino que debía de ser flexible adaptándose a las necesidades particulares de cada persona. Esta graduación es la que ha dado lugar a la tesis del traje a medida.

Segunda. La figura de la incapacitación dotaba de seguridad al tráfico jurídico cuando participaban personas con discapacidad. Asimismo, esta institución protegía tanto a la persona como al patrimonio de las personas con discapacidad. La ratificación de la CDPD, tal como se ha manifestado el Tribunal Supremo en las denominadas sentencias de relectura de la incapacitación, era compatible con el mantenimiento de aquella figura. De modo que con algunas reformas de no excesivo calado del Código civil y de las leyes procesales como la LEC y la LJV hubiera sido suficiente para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la CDPD.

Tercera. La Ley 8/2021 supone un cambio de paradigma. Como no podía ser de otro modo hay que tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. No obstante, debería de haberse mantenido una línea roja a partir de la cual la voluntad del discapaz cuando fuese en su propio perjuicio ya no fuese tenida en cuenta. La desaparición del principio superior del incapaz de la nueva ley no significa que haya desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico de modo que será la jurisprudencia la que con toda probabilidad recupere este principio. Una vez recuperado este principio no entraremos en una situación parecida a la de la época de la relectura de la incapacitación, si bien con el añadido, de la desaparición de aquella figura.

Cuarta. La propuesta de la figura del curador como la principal medida de apoyo judicial por la Ley 8/2021 ha sido un gran logro, habida cuenta que demasiados procesos de incapacitación, terminaban imponiendo la tutela en todas las esferas, patrimonial y personal, del discapaz. No obstante, la imposición a ultranza de la tutela ya había ido corrigiéndose con la denominada jurisprudencia de relectura de la incapacitación tras la ratificación de la CDPD. En la doctrina y en la jurisprudencia de relectura de la incapacitación de los últimos años ya se abogaba para que la tutela tuviera carácter residual y se reservase para casos extremos donde el incapaz carecía absolutamente de capacidad tomar decisiones de su incumbencia, ni por sí sola ni con apoyo de otras personas como sucede con casos graves de Alzheimer graves o personas en estado de coma o vegetativo.

Quinta. El legislador español al dictar la Ley 8/2021 ha optado por una vía que ha provocado una excesiva modificación de preceptos del Código Civil y de otras leyes. Solamente con haber mantenido la figura del tutor, en vez de su equivalente de la curatela representativa, se hubiera evitado la modificación de muchos preceptos.

Sexta. El poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la nueva ley el todavía escaso número de sentencias que ha recaído al respecto nos permiten afirmar que vamos a asistir a un período inicial de excesiva prudencia por parte de los tribunales. Así pues, en una primera fase, se hará una aplicación literal de la nueva norma y muchos casos que en el anterior sistema hubieran terminado con una sentencia de incapacitación parcial, como ya había sido la norma general, ahora finalizarán sin que se aplique ninguna medida de apoyo cuando el discapaz se oponga a ello. En una segunda fase, es probable que el Tribunal Supremo sea más contundente en sus pronunciamientos y asistamos a una recuperación del principio del interés superior del discapaz. A partir de ese momento en la jurisprudencia menor se empezarán a aplicar las medidas de apoyo en contra de la voluntad del discapaz en aquellos casos puntuales en el que existan elementos objetivos que aconsejen su provisión.

Séptima. En materia de discapacidad, vamos a asistir a un fenómeno similar a cuanto aconteció en materia de arrendamientos urbanos, donde la Lau/64 asfixiaba a los propietarios para pasar al conocido Decreto Boyer donde la excesiva libertad contractual del arrendador terminó perjudicando gravemente a los arrendatarios, para finalmente encontrar un punto intermedio con la Lau/94. En consecuencia, será la jurisprudencia la que encuentre el punto medio entre un sistema que el que la voluntad del discapaz apenas era tenida en cuenta a otro en el que sus voluntad, deseos y preferencias se imponen a ultranza.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L.: Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 44, 2017. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 10-12-2021

BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Instituciones de guarda: la tutela”, mayo, 2017. Disponible en: <https://www.fundacionquerer.org/instituciones-guarda-la-tutela>. Consultado el 23-04-2021.

BUEYO DÍEZ JALÓN, M.: “El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad”, Discapnet, El portal de las personas con discapacidad 2012. Disponible en: <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion>. Consultado el 1-12-2021.

CARRASCO PERERA, Á.:

- “Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978/2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 16-12-2021.
- “Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *Centro de Estudios de Consumo*. (12-octubre-2018). Disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>. Consultado: 21-11-2021.

CORVO LÓPEZ, F.M.: “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 16-12-2021

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, IDIBE, septiembre 30, 21. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>. Consultado 20-11-2021.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013.

-¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE EL INTERÉS DEL MENOR?, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina).

GONZÁLEZ CERVERA, M.I., MALDONADO RAMOS, I Y XIOL RÍOS, J.A.: "Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona" [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2008-2009]. *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Enero 2009. BIB 2009\4216. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado: 29-11-2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*. (dirs. S. DE SALAS MURILLO y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, L.: "Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro", *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 169, 2014.

NIETO PAVÍA, R.: "El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", 18 *International Law; Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 18, enero-junio 2011. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13763>. Consultado el 15-07-2021.

RABANETE MARTÍNEZ. I. J.: "La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad", *IDIBE*, Tribuna mayo 8, 2019. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/>.

RIBOT IGUALADA, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento". En *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*. (dirs. S. DE SALAS MURILLO y M. V. MAYOR DEL HOYO). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

RODRÍGUEZ CACHÓN, T.: "5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006", *ADC*, tomo LXXIII, octubre 2020, fasc. IV, Sentencias.

RUBIO TORRANO, E.: "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York", *Revista Doctrinal*

Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 9/2009. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado: 29-11-2021.

TORRES COSTAS, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho Civil I*, 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.