



UNIVERSITAT
POLITÈCNICA
DE VALÈNCIA

ADE

Facultad de Administración
y Dirección de Empresas /UPV

UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE VALÈNCIA

Facultad de Administración y Dirección de Empresas

Análisis de las medidas de apoyo a las personas con
discapacidad tras la reforma del Código Civil y la Ley de
Enjuiciamiento Civil por la Ley 8/2021

Trabajo Fin de Máster

Máster Universitario en Gestión Administrativa

AUTOR/A: Gonzalez Gonzalez, Armando

Tutor/a: Amat Llobart, Pablo

CURSO ACADÉMICO: 2022/2023



UNIVERSITAT
POLITÈCNICA
DE VALÈNCIA



UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE VALÈNCIA

Facultad de Administración y Dirección de Empresas

Análisis de las medidas de apoyo a las personas con
discapacidad tras la reforma del Código Civil y la Ley de
Enjuiciamiento Civil por la Ley 8/2021

Trabajo Fin de Máster

Máster Universitario en Gestión Administrativa

AUTOR/A: Gonzalez Gonzalez, Armando

Tutor/a: Amat Llobart, Pablo

CURSO ACADÉMICO: 2022/2023



MASTER UNIVERSITARIO EN GESTIÓN ADMINISTRATIVA

**ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA
REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CIVIL POR LA LEY 8/2021**

ANÀLISI DE LES MESURES DE SUPORT A LES PERSONES AMB DISCAPACITAT DESPRÉS DE LA
REFORMA DEL CODI CIVIL I LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL PER LA LLEI 8/2021

ANALYSIS OF THE SUPPORT MEASURES FOR PEOPLE WITH DISABILITIES AFTER THE REFORM
OF THE CIVIL CODE AND THE CIVIL PROCEDURE LAW BY LAW 8/2021

ARMANDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ
CURSO 2022-2023

DIRIGIDO POR:
DR. D. PABLO AMAT LLOMBART

RESUMEN / RESUM / SUMMARY

El estudio se propone realizar un examen de la Ley 8/2021, Modificativa de la Legislación Civil y Procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, a los efectos de descubrir sus antecedentes, principales avances y deficiencias. Enfocándonos específicamente en las medidas de apoyo aprobadas, mediante el análisis de su regulación, características e implementación, con vistas a contribuir a su mejor comprensión dentro del sector jurídico y la sociedad en general.

L'estudi es proposa realitzar un examen de la Llei 8/2021, Modificativa de la Legislació Civil i Processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seua capacitat jurídica, a l'efecte de descobrir els seus antecedents, principals avanços i deficiències. Enfocant-nos específicament en les mesures de suport aprovades, mitjançant l'anàlisi de la seua regulació, característiques i implementació, amb vista a contribuir a la seua millor comprensió dins del sector jurídic i la societat en general.

The study intends to carry out an examination of Law 8/2021, Modifying the Civil and Procedural Legislation for the support of people with disabilities in the exercise of their legal capacity, in order to discover their background, main advances and deficiencies. Focusing specifically on the approved support measures, through the analysis of their regulation, characteristics and implementation, with a view to contributing to their better understanding within the legal sector and society in general.

PALABRAS CLAVE / PARAULES CLAU / KEYWORDS

Discapacitados; medidas de apoyo; capacidad jurídica.

Discapacitats; mesures de suport; capacitat jurídica.

Disabled; support measures; juridical capacity.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
1.1 Objeto	4
1.2 Objetivos	5
1.3 Vinculación con el master	6
1.4 Metodología	7
2. APROXIMACIÓN SOCIAL A LA PROBLEMÁTICA DE LA DISCAPACIDAD Y SU RÉGIMEN JURÍDICO	9
2.1 El fenómeno la discapacidad y sus principales problemáticas	9
2.2 Régimen jurídico aplicable a la discapacidad	19
2.2.1 Regulación por Organismos Internacionales	19
2.2.2 Tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea	25
2.2.3 Evolución de la configuración jurídica de la discapacidad en España	27
3. CONCEPTOS BÁSICOS DE LOS ELEMENTOS EN ESTUDIO	33
4. LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, FUNDAMENTOS Y REGULACIÓN GENERAL	38
4.1 Capacidad jurídica que incluye la capacidad de obrar	41
4.2 Eliminación de la incapacitación judicial	42
4.3 Reseña de la Ley 8/2021 integralmente	48
4.3.1 Análisis del preámbulo de la Ley	48
4.3.2 Principios generales de las medidas de apoyo	50
5. LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO, PRINCIPIOS GENERALES Y APLICACIÓN PRÁCTICA	57
6. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS INSTITUCIONES TUITIVAS APROBADAS POR LA VÍA JUDICIAL Y SU IMPLEMENTACIÓN	64

6.1 La Guarda de Hecho y el reconocimiento a una institución que lo merece	64
6.2 La curatela, más allá de un cambio de terminología	67
6.2.1 Reglas generales para el nombramiento del curador	70
6.2.2 Retribución del curador	72
6.2.3 Funcionamiento de la curatela	75
6.2.4 Extinción de la curatela	80
6.3 El defensor de judicial como medida de apoyo para los discapacitados: entre lo ya establecido y lo novedoso	81
7. CONCLUSIONES	85
8. CRÍTICAS Y PROPUESTAS QUE PUDIERAN INCIDIR EN UN MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LAS MEDIDAS IMPLEMENTADAS	92
BIBLIOGRAFÍA	96

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Presentación del TFM y objeto de estudio

La problemática de las personas con discapacidad, y su inserción social en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, es un tema sobre el que se ha debatido muchísimo a lo largo de los años. Son varias las limitaciones que ha tenido que enfrentar este colectivo, y no siempre han contado con el respaldo gubernamental, que les permita llevar una vida plena.

Este tema se tratado desde múltiples aristas, con grandes avances en aspectos vinculados a la atención de su salud, la incorporación laboral, o la accesibilidad en los espacios públicos. Sin embargo el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica no contó con la misma suerte, y las políticas imperantes lejos de ayudarlos a lograr este propósito los alejaban de su consecución en muchas ocasiones.

El presente trabajo aborda el fenómeno de la discapacidad, concretamente desde la perspectiva actual del pleno ejercicio de la capacidad jurídica para estas personas. Para lograrlo partimos de analizar la evolución histórica del tratamiento a este colectivo y los modelos con los que se ha tratado de entender y conceptualizar.

Sería imposible entender los avances que hoy se alcanzan sin previamente revisar la génesis de este propósito que se sitúa sin dudas en la Convención de Derechos Humanos de las personas con Discapacidad, proclamada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, en Nueva York. Podemos afirmar que este instrumento resulta el más avanzado internacionalmente en cuanto a derechos humanos relativos a las personas con discapacidad, valorando su trascendencia e integralidad, y que como tal, substituyó a todas las formulaciones, normativas e instrumentos internacionales y regionales anteriores. Resaltar además que exigió a los Estados que adaptaran sus legislaciones internas a lo que allí se promulgaba, generando un movimiento de reformas del que nuestro país formó parte.

España la ratificó en 2007 y el 3 de mayo de 2008 entró en vigor, pasando a formar parte de su ordenamiento jurídico. Sin embargo resultaba necesario

modificar la legislación interna y adaptarla a los preceptos de la Convención en cuanto al ejercicio pleno de la capacidad jurídica por los discapacitados, algo que no corrió con la misma premura. No fue hasta el 2 de junio de 2021 cuando finalmente se dicta la normativa 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.

Ponemos nuestro empeño investigativo precisamente en la Ley 8/2021, realizando un análisis de las principales modificaciones que introduce, desde la eliminación de la incapacitación judicial hasta la creación de un sistema de apoyos a los discapacitados que les permita ejercitar correctamente su capacidad jurídica.

Abordaremos con un enfoque crítico, cada uno de sus apoyos, en afán de valorar sus normas de funcionamiento, y hasta qué punto son suficientes para alcanzar los propósitos inclusivos que perseguía el legislador.

Al ser parte del colectivo de discapacitados desde muy joven, e incluso trabajar directamente en Cuba durante algunos años atendiendo sus necesidades más básicas en todos los sentidos, me impulsa el ánimo intentar, desde esta investigación, arribar a propuestas que puedan favorecer la correcta implementación de las modificaciones que esta ley introduce. Pienso que es una responsabilidad colectiva desterrar los estereotipos que aun subsisten con respecto a las personas con necesidades especiales, siendo que precisamente los discapacitados cognitivos, a los que más afecta la reciente legislación, son en la actualidad el sector más desfavorecido, y que en consecuencia más ayuda necesita, no limitando sus derechos como hasta ahora, sino comprendiendo que independientemente de cualquier situación que presente son tan capaces como el resto de la sociedad para tomar las decisiones más trascendentales de sus vidas por sí mismos.

1.2 Objetivos

El presente TFM persigue los siguientes objetivos:

- I. Estudiar someramente la situación de los discapacitados en España y sus problemáticas.

II. Valorar la evolución del reconocimiento de los derechos de los discapacitados en España.

III. Descubrir las principales modificaciones que se incorporaron al ordenamiento jurídico español a raíz de la Ley 8/2021, y el efecto que estas han tenido en el reconocimiento de sus derechos.

IV. Analizar las principales instituciones jurídicas implementadas como medidas de apoyo a los discapacitados y su funcionamiento.

V. Hacer propuestas que puedan implementarse en beneficio de los discapacitados y los ayuden a alcanzar el grado de igualdad y e integración que se merecen como seres humanos, independientemente de sus características especiales.

1.3 Vinculación con el Master

Indiscutiblemente los conocimientos adquiridos en el Master Universitario en Gestión Administrativa han resultado de muchísima utilidad a los efectos de desarrollar el presente TFM. Partiendo de las bases generales del derecho español, que fuimos estudiando durante el curso vinculadas a cada una de las materias impartidas, pudimos alcanzar los conocimientos generales necesarios para desarrollar una investigación crítica y con el rigor jurídico que este tipo de trabajo requiere.

Al tratarse de una materia vinculada a los derechos personales de un sector poblacional como los discapacitados, sin dudas la asignatura de Derecho civil resultó la aplicada con mayor énfasis. De la misma tomamos conocimientos sobre conceptos doctrinales fundamentales para comprender las modificaciones legislativas en estudio, como por ejemplo los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar que analizamos en uno de los capítulos.

Tratamos también en el trabajo otras materias, como el derecho laboral, aplicado concretamente a este grupo poblacional y valoramos someramente los alcances que en esta materia se han implementado en la Ley española. Los temas de derecho constitucional igualmente resultaron de suma utilidad, puesto que intentamos partir de los preceptos constitucionales para ir estudiando la

evolución y desarrollo que ha tenido el derecho de los discapacitados partiendo de la raíz constitucional.

Consideramos así mismo que otras materias como el derecho administrativo, el derecho notarial o el derecho procesal, todas ellas que de una manera u otra, ya sea como asignaturas independientes o insertadas dentro de las restantes, se imparten en el Master, aportan elementos esenciales al presente trabajo investigativo.

Pero en sentido general debemos resaltar que el Master nos ayuda no solo desde el conocimiento propio de cada materia, sino que además nos impulsa a desarrollarnos como sujetos sociales transformadores, capaces de aplicar los conocimientos que adquirimos y encausarlos en proyectos nobles que puedan resultar provechosos para el país. De nada vale dejar engavetados los conocimientos, creo que el ejemplo de superación profesional de nuestros profesores, ha resultado uno de los mayores aportes del Master, pero no solo para el presente TFM sino para mi vida en sentido general.

1.4 Metodología

Se ha aplicado en la presente investigación la metodología común de las ciencias jurídicas, con especial énfasis en los métodos:

- I. Analítico descriptivo, materializado a través del estudio y análisis de la Ley, sus principales elementos modificativos, así como describiendo su alcance y logros.
- II. Histórico, estudiando los antecedentes históricos de este ordenamiento con sus características.
- III. El exegético, como método fundamental en el derecho, intencionado en el propósito del legislador a luz del articulado del cuerpo legal en estudio.
- IV. La consulta bibliográfica y de tesis de otros autores relacionadas con el tema.
- V. E igualmente el estudio de casos particulares y situaciones prácticas del día a día de los discapacitados a las que intentaremos, al menos desde el punto de vista teórico, proponer soluciones.

Hemos contado con el apoyo constante del tutor del TFM, quien desde su experiencia profesional e investigativa estuvo aportando ideas y guiando la investigación en todo momento, a la par que realizaba un arduo trabajo de revisión de todo cuanto fuimos investigando y redactando en el afán de lograr un trabajo con todo el rigor científico necesario, capaz de aportar ideas y propuestas en el beneficio de una correcta implantación de la Ley estudiada y que la misma resulte de utilidad para el sector de los discapacitados.

2. APROXIMACIÓN SOCIAL A LA PROBLEMÁTICA DE LA DISCAPACIDAD Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

2.1 El fenómeno la discapacidad y sus principales problemáticas.

Analizar un tema relacionado con la discapacidad resulta bien sensible, como quiera que se trata de un sector poblacional con necesidades especiales, que muchas veces se ha visto marginado, sin bien afortunadamente en los últimos años se han venido trazando políticas encaminadas a lograr su plena integración social.

A lo largo de la historia han existido diversas corrientes en el trato a la discapacidad. En ocasiones llegó a ser considerada incluso como castigo divino, defendiéndose ideas para exterminarla o de marginación. Con posterioridad el enfoque hacia estas personas paso a entender su origen como una imperfección física, congénita o adquirida, que generaba afectaciones psíquicas o sensoriales, generando en estos sujetos una percepción social como personas por debajo de lo que pudiera considerarse normal.

Estas visiones, si bien se han modificado con el paso del tiempo, aún persisten en cierto modo en la sociedad actual, generando múltiples situaciones de desprecio y discriminación que corresponde a la política y el derecho evitar que sucedan. Precisamente hacia allí se han dirigido las miradas de los estudiosos del tema, a intentar diseñar proyectos inclusivos, desde todos los aspectos que hagan posible una plena inclusión de estas personas.

Así, desde finales del siglo pasado, con la perspectiva de un modelo social de comprensión del fenómeno, a la discapacidad intenta vérsese no desde las deficiencias físicas del sujeto que la padece, sino desde una configuración de diversidad, donde lo que está mal no es el sujeto con características especiales, sino que la anormalidad radica en la manera de concebir al ser humano dentro de determinados parámetros que podrían considerarse "normales" cuando la realidad es que todos somos normales por igual independientemente de nuestras circunstancias. Este modelo destierra la mirada discriminatoria y nos entiende a todos como seres diversos, razonando

que lo necesario es crear sistemas sociales que protejan a las personas independientemente de sus características.

Estudiosos como MOLINO DE LA HOZ reflexionando en cuanto a este modelo y su alcance, valora a la discapacidad del siguiente modo:

“La discapacidad es producto, en este modelo, de la manera en la que hemos construido el entorno, los productos y los servicios e, incluso, de la manera en la que hemos concebido al propio ser humano”¹.

Reconoce además este autor que el modelo de ser humano se apoyaba en unos patrones basados en la perfección puesta al servicio del logro de diferentes ideales, que se lograban mediante la utilización de esos patrones. Así, la idea de dignidad humana, en este contexto, se apoyó en un ser caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Y ello se trasladó a la concepción de los derechos.

Otra perspectiva en auge es la analizada por la profesora ARNAU RIPOLLÉS, quien fuera directora de la Universidad Abierta Iberoamericana Manuel Lobato, y el científico TOBOSO MARTÍN quienes afirmaban:

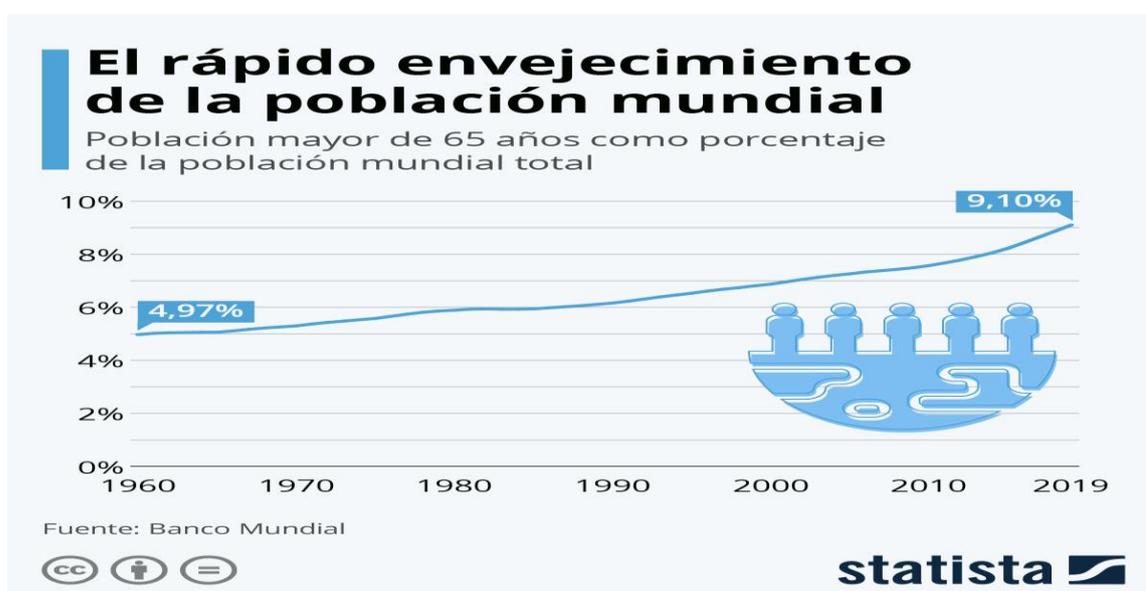
“el hecho de la discapacidad” se convierte en una cuestión de carácter ético y filosófico, y adquiere un status moral (hasta la fecha inalcanzable), a través del cual, toda persona con grave discapacidad y, aunque no pueda “cuidar de sí misma”, adquiere la misma condición de humanidad y dignidad; y, por tanto, toda discriminación que sufra será entendida explícitamente como una violación de los derechos humanos de las personas con discapacidad”².

¹ MOLINO DE LA HOZ R. A. (2006) En presentación del libro “El modelo de la diversidad” de los autores PALACIOS A. y ROMAÑACH J. Diversitas, página 22.

² ARNAU RIPOLLES M. S. (2008) “La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen”. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 10, núm. 20, página 70.

Lo cierto es que cada año aumentan las personas con estas características especiales. Es un fenómeno relacionado con múltiples factores, como la prevalencia de dolencias crónicas y sobre todo el envejecimiento, en constante ascenso en muchos países, resaltando los más desarrollados, entre ellos España. Con la vejez proliferan las enfermedades que naturalmente se producen del propio desgaste del ser humano.

En el mundo se calcula que un 9 % de la población, alrededor de 967 millones de personas en 2019, superaban los 65 años de edad. Un gráfico publicado en el portal estadístico Statista el 30 de septiembre de 2020 refleja el crecimiento exponencial de la edad en el planeta pasando de tener menos de 5 % de la población mayor de 65 años en 1960 a las cifras actuales³.



Esta situación se refleja igualmente en España. En base al último censo de población realizado en 2011 el 43 % de los españoles superaba los 44 años de edad. Datos más recientes, publicados por el Instituto Nacional de Estadística el 1 de enero de 2021, refieren que el país contaba con 9,38 millones de personas mayores de 64 años, y que la cifra había aumentado en más de 2

³ Publicado en la página web Statista 30 de septiembre de 2020, por Mónica Mena Roa. <https://es.statista.com/grafico/23071/poblacion-mayor-de-65-anos-como-porcentaje-de-la-poblacion-mundial-total/#:~:text=En%20n%C3%BAmeros%20absolutos%2C%20este%20grupo,a%20697%20millones%20en%202019>. Consulta: 18/09/2022.

millones a partir del año 2002, lo que refleja claramente la magnitud del fenómeno⁴.

Ello ha provocado que la cantidad de discapacitados en el mundo y en nuestro país, igualmente haya experimentado un vertiginoso ascenso, acaparando en consecuencia la atención de los principales organismos internacionales.

La Organización Mundial de la Salud, que monitorea constantemente la evolución de este sector poblacional, con vistas a garantizar las condiciones de atención médica que requieran, estimaba que más de 1.000 millones de personas en el mundo, aproximadamente un 15 % de la población tenían algún tipo de discapacidad⁵.

Mientras, en España, organizaciones como el Observatorio Estatal de la Discapacidad analizan de igual modo el asunto. Cada año se realiza un informe pormenorizado de la situación en el país denominado Informe Olivenza, que arroja datos estadísticos, pero también estudia los niveles de integración social que se han alcanzado durante el año.

Según el informe de 2020-2021, con vistas a un estudio extraído de la base de datos estatal de personas con discapacidad actualizados hasta el 31 de diciembre de 2019, más de 4 millones de personas se habían sometido a proceso de reconocimiento de discapacidad, siendo registrados con un grado superior al 33% un total de 3.434.862 de españoles activos⁶.

Vistas las dimensiones sociales, su constante tendencia al aumento, y la realidad de que es un fenómeno que no distingue entre personas y puede afectarnos a todos en algún momento de nuestras vidas, se impone hacer un análisis de cuál es la situación de los discapacitados y sus principales problemáticas.

⁴ Datos tomados de la página web Statista, publicados por Rosa Fernández el 11 de enero de 2022 en un artículo de análisis demográfico. <https://es.statista.com/estadisticas/630678/poblacion-de-espana-mayor-de-65-anos/> Consulta: 18/09/2022.

⁵ Publicado por la OMS el 24 de noviembre de 2021. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health> Consulta: 10/09/2022

⁶ Informe Olivenza 2020-2021 sobre la situación de la discapacidad en España, Observatorio Estatal de la Discapacidad.

Aquí tendríamos que comenzar por valorar que no todas las personas en esta situación padecen de las mismas afectaciones. Se reconocen como discapacitados a quienes presenten limitaciones en la visión, audición, comunicación, movilidad, autocuidado, vida doméstica, aprendizaje, aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas, así como interacciones y relaciones personales.

El mencionado informe Olivenza contiene una tabla que nos parece sumamente interesante, ya que aporta una clasificación de las discapacidades en España por sexo y tipos de discapacidad, permitiendo adoptar medidas concretas encaminadas a aliviar las situaciones propias de cada sector, dentro de las que se encuentran las estudiadas en este trabajo.

La tabla que compartimos a continuación, refleja cómo las personas con discapacidad intelectual, comprendidas en 2 clasificaciones, déficit en la aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas, así como interacciones y relaciones personales, suponen cerca de un 30 % del total de los afectados por alguna causal generadora de discapacidad⁷.

Tabla 17. Porcentaje de personas con discapacidad según tipo de discapacidad por edad y sexo (Personas de 6 y más años residentes en domicilios familiares). España, 2008.

	6 a 64	65 a 79	80 y más	Total
Mujeres				
Visión	19,7	28,5	32,7	26,7
Audición	17,7	25,8	37,7	26,7
Comunicación	13,8	12,5	26,9	17,5
Aprendizaje, aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas	13,3	10,8	24,5	16,1
Movilidad	63,8	73,0	82,8	72,9
Autocuidado	34,8	50,6	72,6	52,0
Vida doméstica	55,1	62,4	79,0	65,1
Interacciones y relaciones personales	14,4	8,7	20,6	14,5
Total mujeres con discapacidad	100,0	100,0	100,0	100,0
Hombres				
Visión	19,6	27,3	33,0	24,6
Audición	21,2	36,1	43,6	30,2
Comunicación	24,3	17,4	25,0	22,4
Aprendizaje, aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas	20,4	11,9	18,8	17,5
Movilidad	55,0	59,2	66,7	58,6
Autocuidado	34,3	45,0	62,3	43,1
Vida doméstica	34,6	39,7	56,9	40,6
Interacciones y relaciones personales	24,9	11,6	16,8	19,3
Total hombres con discapacidad	100,0	100,0	100,0	100,0
Ambos sexos				
Visión	19,6	28,1	32,8	25,9
Audición	19,4	29,7	39,4	28,1
Comunicación	18,9	14,4	26,3	19,5
Aprendizaje, aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas	16,7	11,2	22,8	16,6
Movilidad	59,5	67,8	78,1	67,2
Autocuidado	34,6	48,5	69,6	48,4
Vida doméstica	45,2	53,8	72,5	55,3
Interacciones y relaciones personales	19,5	9,8	19,5	16,4
Total personas con discapacidad	100,0	100,0	100,0	100,0

Fuente: INE. Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia 2008.

⁷ Informe Olivenza 2020-2021 sobre la situación de la discapacidad en España, Observatorio Estatal de la Discapacidad. Página 122.

Podríamos mencionar entre los principales apoyos requeridos acorde al tipo de afectación, la eliminación de barreras arquitectónicas para aquellos que presentan déficit en su movilidad y visión, aspecto en el que se está trabajado bastante en toda España, y específicamente en la Comunidad Valencia.

En el caso de las personas sordas o con dificultades comunicativas, requieren de un mayor esfuerzo en cuanto al empleo social de medios de transmisión de la información que faciliten su comprensión para los afectados, entre los que se incluyen el uso de lenguaje de signos, carteles, subtítulos, etc.

Mientras aquellos que padecen de necesidades especiales en las áreas del auto-cuidado y la vida doméstica, precisan de mayor apoyo familiar, que en muchas ocasiones no existe, siendo en consecuencia el Estado quien se encarga de garantizarlo en aquellos caso que se encuentren en serias condiciones de vulnerabilidad. Este aspecto guarda una especial relación que el analizado anteriormente de la edad, pues existen en el país más de 2 millones de personas mayores de 65 años de edad que viven solos, según datos recogidos en un artículo publicado por Europa/Pres⁸.

Entre los varios subsidios estatales y autonómicos encaminados a proteger a las personas que presenten esta situación, el más específico es el Subsidio por Ayuda de Tercera Persona (SATP). Consiste en una prestación económica de carácter periódico, destinada a aquellas personas afectadas por una discapacidad que, a consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesitan, a juicio de un equipo multiprofesional, la asistencia de otra persona para realizar actos esenciales de la vida tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Este subsidio se encuentra regulado en el Real Decreto 383/1984, que en su momento estableció y reguló el sistema especial de prestaciones sociales y económicas para la integración de los discapacitados.

Por su parte el libro “Guía de Prestaciones para las personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de dependencia. Recursos Estatales y Autonómicos”, hace un resumen de todos los recursos que se

⁸ Información tomada del artículo Más de 2 millones de personas mayores de 65 años viven solas en España..... Publicado en la web Europapres el 2 de abril de 2020.

<https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-mas-millones-personas-mayores-65-anos-viven-solas-espana-723-mujeres-ine-20200402123536.html> Consulta: 25/08/2022.

encontraban a disposición de estas personas en el año 2009, dentro de los que se encuentran algunos específicos para la Comunidad Valenciana, como lo son el Servicio de Ayuda a Domicilio, los programas "Major a Casa" y "Menjar a Casa", las Prestaciones Económicas Individuales para Personas con Discapacidad, entre otros⁹.

No obstante, según nuestro criterio las principales problemáticas generales de los discapacitados se encuentran actualmente en las aéreas del reconocimiento de la discapacidad, el acceso al empleo y la situación de pobreza, aun cuando existan muchas otras que también ameritarían una valoración más profunda.

En cuanto a la primera de ellas, el reconocimiento de la discapacidad, se torna una tarea colosal, cargada de burocratismos y términos que se incumplen constantemente. El proceso de calificación, encuentra amparo legal en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, anexos I y II, que ha sido modificado en reiteradas ocasiones.

En esencia, el proceso consiste en presentar la solicitud acompañada de la documentación médica acreditativa de la enfermedad. Con posterioridad el interesado debe presentarse en el Centro de Valoración y Orientación de la discapacidad en la fecha en que sea citado formalmente, citación que normalmente demora demasiado. Una vez allí se le realiza un reconocimiento físico y una serie de pruebas, cuyos resultados se consignan en un informe que este centro presenta al titular de la Dirección Territorial de Igualdad y Políticas Inclusivas, para emitir la Resolución correspondiente, que se notificará a la persona interesada o su representante legal, acompañada de la tarjeta acreditativa de grado de discapacidad cuando ésta sea igual o superior al 33 %, en un plazo de tres meses, que en la práctica en contadas ocasiones se cumple.

Técnicamente no parece un proceso complejo, y no está concebido para que lo sea; sin embargo prima la demora, que se ha agudizado a raíz de la

⁹ Guía de Prestaciones, para las personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de dependencia. Recursos Estatales y Autonómicos. Colección de Manuales y Guías, Serie Servicios Sociales. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) (2009).

pandemia del Covid-19, llegando a demorar hasta 2 años en algunas provincias, como se refleja en un artículo periodístico publicado en el periódico digital Eldiario.es y donde se hace especial mención a la situación de Andalucía y la intervención que ha tenido el defensor del pueblo de aquella Comunidad autónoma, buscando una solución para esta problemática que no se ha encontrado¹⁰.

El tema del acceso al empleo de los discapacitados lleva tiempo encima de la mesa en todos los debates encaminados a la incorporación de estas personas a la sociedad en igualdad de condiciones.

Es cierto que no es un conflicto exclusivo de este sector poblacional, sino que el desempleo es un mal general que afecta a España desde hace tiempo. Sin embargo, para las personas que padecen de algún tipo de discapacidad, es mucho más difícil insertarse en el mercado laboral.

Es probablemente allí donde se puedan palpar los mayores signos de discriminación y estigmatización que aún persisten, y lo cierto es que sin empleo como fuente de ingresos es muy engorroso para estas personas alcanzar por sí mismas el grado de integración e igualdad social al que tienen derecho.

Desde el estado español hace años se vienen tomando medidas para aumentar la contratación de discapacitados, con un primer hito que data del 7 abril de 1982, cuando se aprobó la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), una normativa que supondría un punto de inflexión y detonante de un cambio de mentalidad en materia de integración laboral para las personas con discapacidad.

El artículo 38 de esta Ley, que ha venido manteniéndose en las posteriores actualizaciones legislativas, regulaba que:

¹⁰ Artículo “Hasta más de dos años de espera para el reconocimiento de la discapacidad en Andalucía”. Eldiario.es 23 de noviembre de 2021. https://www.eldiario.es/andalucia/anos-espera-reconocimiento-discapacidad-andalucia_1_8461860.html Consultado 25/08/2022.

“Las Empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al dos por ciento de la plantilla”¹¹.

Aun cargada de buenas intenciones, este modelo de asignación de al menos un trabajador discapacitado por cada cincuenta, pasados más de 30 años todavía presenta muchos retos sociales, políticos y empresariales.

Ante el constante incumplimiento de la ley por parte de muchas de las empresas, se promulgó el Real Decreto 27/2000 “Por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores” que regula varias medidas alternativas, las que se conciben únicamente como excepcionales para empresas que alegaban la imposibilidad de contratar personas con discapacidad, dándoles una opción de cumplir la ley a la par que también se contribuyera con el objetivo de generar empleo para los discapacitados. Entre estas medidas se dispuso, por ejemplo, la realización de donaciones monetarias y acciones de patrocinio, a organizaciones cuyo propósito principal fuera la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad.

Así mismo a lo largo de los años se han incorporado incentivos fiscales para las empresas que contraten trabajadores dentro del grupo de población en estudio, con posibilidades de deducir cuotas de Seguridad Social o del Impuesto de Sociedades incluso en una cuantía que en algunos casos puede llegar hasta los 12.000 euros anuales.

Sin embargo el conflicto persiste, y no se han logrado avances realmente significativos, ni siquiera con todas las obligaciones e incentivos comentados. Un análisis de la Oficina Nacional de Estadísticas, fechado el 15 de diciembre de 2021, reflejaba datos que demuestran cuán lejos estamos de los niveles de empleabilidad deseados para las personas con discapacidad.

¹¹ Artículo 38 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), promulgada el 7 de abril de 1982. Este cuerpo legal constituyó la primera gran acción estatal de lucha con la discriminación de los discapacitados y búsqueda de su inserción social.

Durante el año 2020 solo el 34,3% de las personas en edad laboral con discapacidad oficialmente reconocida eran activos. Esta tasa de actividad era 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,7% mientras los que no presentaban esta situación alcanzaban una tasa de empleo del 64,3%. Igualmente en la tasa de paro la diferencia era notable. Para el colectivo con discapacidad fue del 22,2%, aunque con un descenso de 1,7 puntos respecto a 2019, sin embargo esa tasa era 6,8 puntos superior a la de la población sin discapacidad¹².

Otro elemento a tener en cuenta, que también afecta significativamente a este sector, es la calidad del empleo. Según el mismo reporte estadístico mencionado, la proporción de contratos indefinidos era ligeramente inferior al resto de la sociedad y la simetría de contratos a jornada completa tenía un nivel casi 5 puntos porcentuales menos que aquellas personas que no presentan características especiales.

La situación desfavorable en la materia laboral repercute significativamente en el otro gran problema que enfrentan los discapacitados en España, la pobreza, con índices igualmente superiores al resto de la sociedad. El estado igualmente ha tomado cartas en el asunto, y la política ha respaldado las ayudas económicas como una forma de mitigar las necesidades más imperiosas dentro de este grupo social.

Según el segundo informe 2021 “El mapa de la pobreza severa en España El paisaje del abandono”:

“En 2020, el 9,6 % de las personas con discapacidad de 16 o más años de edad estaba en pobreza severa, cifra que debe compararse con el 8,5 % que se registra entre el total de personas en ese mismo grupo de edad. Después de muchos años de cifras similares o inferiores a las de la población general, desde el año 2017, justo en el período de recuperación económica, la tasa de pobreza severa ha

¹² Nota de Prensa del Instituto Nacional de Estadísticas, “El empleo de las personas con discapacidad 2020”, publicado el 15 de diciembre de 2021. Web https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf Consultado 26/8/2022.

pasado a ser claramente más elevada entre las personas con discapacidad”¹³.

El estudio considera “pobreza severa” ingresos inferiores a 6.417 € por unidad de consumo al año; es decir, cada persona debe sobrevivir con menos de 281 € mensuales para el caso de una familia con dos adultos y dos menores, y con menos de 535 € mensuales si vive sola, lo que ilustra la situación desfavorable en que se encuentra casi 1 de cada 10 discapacitados españoles.

Visto de este modo queda mucho por hacer en cuanto a la protección de un sector que evidentemente se encuentra desfavorecido con respecto al resto de la sociedad.

2.2 Régimen jurídico aplicable a la discapacidad.

2.2.1 Regulación por Organismos Internacionales

La protección de las personas con discapacidad ha sido un propósito constante de los Organismos Internacionales. Inspirados en los principios de igualdad de las personas y no discriminación, que fueron promulgados en la Declaración Universal de los derechos Humanos durante la década del 70 del pasado siglo, la ONU presentó una serie de declaraciones relacionadas con los discapacitados.

Así la Declaración de Derechos del Retardado Mental de 1971, la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975, la Declaración sobre las Personas Sordociegas de 1979 y la Declaración Sundberg de 1981, sirvieron de base a toda una serie de esfuerzos legislativos y programáticos que se han venido haciendo desde entonces por los Organismos Internacionales, llegando a declararse el año 1981 como “Año de los Discapacitados” y la década de 1982 a 1992 igualmente se dedicó a ellos.

¹³ QUIROGA D. y LLANO J. C. (2021) “El mapa de la pobreza severa en España. El paisaje del abandono.” Publicaciones EAPN, página 21. Los autores forman parte de European Anti-Poverty Network (EAPN) es una Plataforma Europea de Entidades Sociales que trabajan y luchan contra la Pobreza y la Exclusión Social en los países miembros de la Unión Europea.

Podríamos considerar que la Declaración de los Derechos de los Impedidos, proclamada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1975, en su trigésimo período de sesiones, fue la más integral y ambiciosa de todas las anteriores. Este documento comienza definiendo a los impedidos como

“Toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, las necesidades de una vida individual o social normal, a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas y mentales”¹⁴.

A partir de este concepto el documento proclama 12 derechos fundamentales de los impedidos, siendo los principales el derecho a su dignidad humana, a la no discriminación, a la igualdad de derechos civiles y políticos, a la atención médica, y a obtener y conservar un empleo acorde a sus posibilidades, entre otros.

A partir de lo regulado en la Declaración que fue aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésimo séptimo período de sesiones, por resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, Programa de Acción Mundial para los Impedidos.

El documento recoge como principal objetivo:

“promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de "participación plena" de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de "igualdad". Esto significa oportunidades iguales a las de toda la población, y una participación equitativa en el mejoramiento de las condiciones de vida resultante del desarrollo social y económico. Estos conceptos deben aplicarse con el mismo alcance y con la misma urgencia en todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo”¹⁵.

¹⁴ Declaración de los Derechos de los Impedidos, ONU 1975.

¹⁵ Programa de Acción Mundial para los Impedidos 1982, Objetivos.

Se trata de un programa sumamente abarcador, que hace un análisis de las dificultades que presentaban los impedidos y se centraba en promover medidas eficaces para la prevención de incapacidades, la rehabilitación y el logro de los objetivos de plena participación de estas personas en la vida social y el desarrollo en condiciones de igualdad.

El programa fue concebido además para aplicarse en todas las naciones, independientemente de su nivel de desarrollo económico. Solicitaba en consecuencia a los países que en el menor tiempo posible implementaran programas nacionales, con las adaptaciones necesarias en las legislaciones propias.

A partir de este momento comenzó un proceso de ramificación de los objetivos propuestos por cada uno de los diferentes organismos que forman parte del sistema de las Naciones Unidas.

La Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), se ha enfocado principalmente en los aspectos relacionados con el acceso a la educación de estas personas; la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el campo de la salud, la prevención y la rehabilitación; el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en el apoyo a programas dirigidos a los niños con discapacidad y la prestación de asistencia técnica; la Organización Internacional del Trabajo encamina sus esfuerzo a asegurar un empleo digno para todos independientemente de sus características físicas y mentales; y así ha sucedido con el resto de los organismos.

El programa mantiene su vigencia en la actualidad, ha venido actualizándose y enriqueciéndose y es uno de los programas principales dentro del sistema de las Naciones Unidas, subordinado a la División de Política Social y Desarrollo, del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas.

En 1987 se celebró en Estocolmo la Reunión Mundial de Expertos para examinar la marcha de la ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos a cinco años de su implementación y justo en la mitad del

Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos. En el cónclave se registró la necesidad de elaborar una doctrina rectora que indicase las prioridades de acción en el futuro, la que debía basarse en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que hasta ese momento las principales acciones concretas adoptadas guardaban más que nada relación con la atención médica y la rehabilitación.

Luego de varios intentos de convención infructuosos, es el 20 de diciembre de 1993 cuando se aprueban las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Las normas llevaban implícito el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades, aun cuando no se trataba de un instrumento jurídicamente vinculante, aspiraban a convertirse en normas internacionales consuetudinarias y ser aplicadas en un gran número de estados.

El objetivo principal de estas normas, como su nombre precisamente lo indicaba, era lograr la igualdad de oportunidades, *garantizar que niñas y niños, mujeres y hombres con discapacidad, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás*¹⁶. En estas Normas se señalaba además que la discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiere atención o una enfermedad mental, que puede ser de carácter permanente o transitorio.

El propio documento reconocía que en todos los países del mundo persistían todavía obstáculos impidiendo que las personas con discapacidad ejercieran sus derechos y libertades, y dificultaban su plena participación en las actividades de sus respectivas sociedades. En esencia se trata de 22 normas que resumían el mensaje del Programa de Acción de 1982.

Tanto el programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad como las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las

¹⁶ Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Web <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/standard-rules-equalization-opportunities-persons-disabilities>. Consultada el 13/9/2022.

Personas con Discapacidad fueron los instrumentos más importantes de su época en materia de derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo ambos tuvieron en su contra el hecho de no ser normas de cumplimiento obligatorio, y en consecuencia no fueron suficientes para lograr la plena consecución de sus propósitos.

Persistiendo en sus esfuerzos la ONU proclamó entonces el 13 de diciembre de 2006, en Nueva York, la Convención de Derechos Humanos de las personas con Discapacidad, como la Primera Convención dirigida a esta población, y la primera Convención de Derechos Humanos de este siglo.

Para el Catedrático de la Universidad de La Coruña SEOANE RODRÍGUEZ:

“La Convención no es una mera etapa más en el proceso de garantía de la justicia y los derechos de las personas con discapacidad, sino la primera respuesta normativa en clave de derechos de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable. Se abandona la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad, y se reconoce su condición de sujeto de derechos, con atención a todas las etapas y esferas de la vida”¹⁷.

Como elemento significativo podemos mencionar que se adopta el modelo social sobre la discapacidad, comentado en el primer capítulo del presente trabajo, a la par que se reconocía el modelo de la diversidad desarrollado en ese mismo año por AMARTYA SEN, Premio Nobel de Economía en 1998, y la filósofa norteamericana MARTHA NUSSBAUM, que señala el valor de la discapacidad como rasgo de la diversidad humana.

El artículo 3 definía los principios generales como:

¹⁷ SEOANE RODRÍGUEZ J. A (2011) “La Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con Discapacidad: *Perspectiva Jurídica*”, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual, ISSN 0210-1696, Vol. 42, Nº 237, 2011, págs. 28.

1. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
2. La no discriminación;
3. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
4. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
5. La igualdad de oportunidades;
6. La accesibilidad;
7. La igualdad entre el hombre y la mujer;
8. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad¹⁸.

Destaca el principio número 1, en cuanto al derecho a la autonomía individual y la libertad de los discapacitados de tomar sus propias decisiones, como quiera que resultara el fundamento legal en última instancia para las medidas que pretendemos analizar con más profundidad por medio de la presente investigación.

En criterio de SEOANE RODRÍGUEZ, valorando el significado de la Convención refiere que:

“La autonomía es importante y constituye el ideal normativo de la Convención y del modelo, pero también es un objetivo real establecer adecuados sistemas de apoyos y cuidados personales, familiares, sociales, etc., tanto en las áreas de toma de decisión como en las áreas de ejecución de decisiones, mediante la deliberación y el diálogo en el que participarán las personas con discapacidad”¹⁹.

¹⁸ Artículo 3 de la Convención de Derechos Humanos de las personas con Discapacidad, ONU 2006.

¹⁹ Idem, página 30.

Podemos afirmar que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad resulta el más avanzado instrumento internacional de derechos humanos relativo a los derechos de las personas con discapacidad, valorando su trascendencia e integralidad, y que como tal substituyó a todas las formulaciones, normativas e instrumentos internacionales y regionales anteriores. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008 cuando fue ratificada por el país número 20, y en estos momentos 184 países, entre ellos España, la han ratificado he incorporado a sus ordenamientos jurídicos propios.

2.2.2 Tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea

La Unión Europea ha venido manteniendo una postura de tratamiento asistencialista a la discapacidad durante muchos años. Primaba la intención de intentar disminuir las limitaciones de estas personas, pero en contraposición se le reconocían muy pocos derechos.

En 1974 se aprueba por resolución del Consejo, de fecha 27 de junio, el “Primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos”, siendo en la misma donde hallamos las primeras referencias en clave de derechos de los discapacitados. Este documento, si bien resultó significativo, centraba su objeto en elementos mas bien técnicos.

Inspirados en los tratados internacionales de la década del 70, y al declararse por la ONU 1981 como año internacional de los discapacitados, el Parlamento Europeo aprobó la “Resolución sobre integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad”, buscando que se adoptaran las medidas necesarias para lograr una mayor integración de las personas con discapacidad. En este mismo año, el 21 de diciembre, el Consejo, esta vez en compañía de los representantes de los Estados miembros, emiten la Resolución sobre “la integración social de los minusválidos” donde invitaban a los países europeos a “proseguir e intensificar sus acciones para promover la integración económica y social de los minusválidos”.

A lo largo de las décadas del 80 y 90 se fueron aprobando disímiles resoluciones, la mayoría vinculadas a la materia laboral, aunque también resulta destacable la Resolución sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992, llamando a la toma de medidas en cuatro ámbitos diferentes: los derechos civiles, la formación, la educación, el trabajo y la seguridad social, la asistencia y la vivienda.

El 14 de diciembre de 1995 se aprueba la Resolución sobre “los Derechos Humanos de los minusválidos” donde se reconoce que las discriminaciones en razón de discapacidad de una persona constituyen una violación de derechos humanos. Este documento sirvió de base para el año siguiente emitir una comunicación sobre “la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía”, proponiendo un nuevo modelo que implicaba la igualdad efectiva en el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad. El principio de igualdad de oportunidades y el respeto a los derechos humanos de estas personas comenzaría a regir en los tratamientos comunitarios a este sector.

Tras varios años sin novedades legislativas significativas en la materia, 2003 se proclama como año europeo de las personas con discapacidad, donde se perseguía el propósito de adoptar una Directiva específica sobre los derechos de las personas con discapacidad en los ámbitos de competencia de la Unión Europea, algo que finalmente no se materializó²⁰.

Sin embargo, el 24 de enero de 2003, la Comisión presentó una comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo bajo el título “Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, que sirvió de impulso a la promulgación posterior de la Convención de Derechos Humanos de las personas con Discapacidad, paradigma internacional en materia de derechos para los discapacitados.

²⁰ No es hasta 2006, cuando se dicta el Reglamento 1107/2006 “sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo”, que constituye el primer texto de carácter vinculante centrado exclusivamente en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La convención, a la que hicimos referencia en el epígrafe anterior, ha sido ratificada por la Unión Europea y por todos los Estados miembros, desde el 23 de Diciembre de 2010, es vinculante en la Unión Europea y forma parte de su ordenamiento jurídico.

Finalmente mencionar la posterior promulgación dos textos trascendentales en la materia la “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020” y “Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030”. Se trata de dos programas integradores de todo el plan de acción de la unión para la atención a los discapacitados. En los mismos se incluye el respeto a los preceptos de la Convención, en consecuencia, la instauración de un sistema de derechos para los discapacitados que permita el ejercicio de su capacidad jurídica por sí mismos, desarrollado en España por la Ley en estudio.

2.2.3 Evolución de la configuración jurídica de la discapacidad en España.

Lo primero que debemos reconocer es que el estado español siempre ha tratado de integrar correctamente a las personas con discapacidad y respetar sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad. En este sentido podríamos considerar que España tiene hoy configuraciones jurídicas avanzadas en la materia.

La Constitución española de 1978 ya regula algunos derechos básicos para el grupo de personas en estudio, incluso antes de la aprobación de los tratados internacionales a los que hemos hecho referencia.

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”²¹.

²¹ Artículo 49 de la Constitución española de 1978.

El artículo 49, de la constitución española garantiza el acceso de los que se denominaron *disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos* a todos derechos comprendidos en el Título I, y aun cuando su redacción denota un énfasis en la atención médica y la rehabilitación, acorde sobre todo al modelo médico imperante en aquel momento en el tratamiento de la discapacidad, se observan los primeros brotes verdes que después servirían de base para el desarrollo de la legislación propia.

Lo más llamativo es que el artículo ha mantenido su redacción por más de 40 años. En 2021, el Gobierno a partir de una propuesta de la Comisión para las políticas integrales de la discapacidad, aprobó un proyecto de reforma del texto constitucional en aspectos que este colectivo considera fundamentales.

Para empezar se modificaría la terminología a la que hicimos referencia, por el término “personas con discapacidad” buscando introducir un lenguaje más acorde a los valores constitucionales y respetando la dignidad inherente al colectivo.

Luego se destierra la concepción médico-rehabilitadora que subyace en el texto original y se trazan cuatro ramas de atención, acorde a distintos aspectos de la protección a estas personas. En sentido general el propósito es atemperar el artículo al espíritu de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

De esta forma quedaría redactado como sigue:

Artículo 49

“Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con

la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos”²².

Pese a que todas las fuerzas políticas reconocen que la modificación sería positiva, tanto VOX con el PP se han negado a aprobarla, proponiendo nuevas enmiendas que mientras no sean resueltas mantendrán la redacción del texto constitucional tal como está hasta el momento.

La primera ley propia española exclusiva para este colectivo fue la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI), Ley 13/1982, de 7 de abril. Una normativa que sí contó con el respaldo de todas las fuerzas políticas en su momento y que supuso el despegue de un cambio de mentalidad, mediante el que la discapacidad dejaría de ser solo de las personas para ser también de los entornos disponibles para su inclusión.

Hasta ese momento, las personas con discapacidad solo contaban con la protección constitucional. La LISMI sentó las bases de la arquitectura jurídica de la discapacidad en España y ejerció de trampolín para los grandes avances que, desde entonces, se han producido en todas las esferas.

Como uno de los elementos más avanzados está lo relativo a la inclusión en el empleo, con el ya comentado artículo 38 de dicha ley que establecía la cuota de un 2% de trabajadores con discapacidad en todas las empresas que superan los 50 empleados.

²² Proyecto de modificación del artículo 49 de la constitución española aprobado por el gobierno el 11 de mayo de 2021.

Contemplada desde el presente, es evidente que la ley presenta algunos aspectos que hoy resultan obsoletos, empezando por la propia terminología utilizada para denominar al colectivo como minusválidos, término que etimológicamente significa menos válido, y que no cumple con el sentido de la propia ley.

Según el criterio de CORTALÍ F.

“La ley recoge las principales reivindicaciones del sector en la década del 70, pretendía ser básica para el desarrollo de los servicios sociales de los minusválidos, y regulaba la prestación de estos de forma tal que garanticen el logro de adecuados niveles de desarrollo personal e integración en la sociedad”²³.

Luego, no es hasta el 2003 que se aprueba una nueva Ley reguladora de la materia, la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal (LIONDAU), la que incorporaba como novedad el cambio del modelo médico-rehabilitador por el modelo social, y posteriormente se incorpora la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de Infracciones y Sanciones de la LIONDAU.

En la exposición de motivos de la Ley se explica claramente cuál era la situación en ese momento y los propósitos que se perseguían con la misma. Se consideraba necesario complementar el cuerpo legal anterior y su vez impulsar nuevas medidas que propiciaran su cumplimiento:

“Dos razones justifican esta nueva ley: la persistencia en la sociedad de desigualdades, pese a las inequívocas proclamaciones constitucionales y al meritorio esfuerzo hecho a partir de aquella ley, y, lo que es más importante todavía, los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la «discapacidad» y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias. Hoy es sabido que las

²³ CORTALÍ F. (1988). “La Ley 13/82 de la Integración Social de los Minusválidos”. *Servicios Sociales y Política Social*, 11-12, 80-89.

*desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos*²⁴.

Con el hito mundial que significó la Convención de Derechos Humanos de las personas con Discapacidad en el año 2006, España estuvo entre los primeros países en ratificarla, lo que se materializó el 23 de noviembre de 2007. Una vez afirmado este documento se imponía la obligación de modificar la legislación sustantiva imperante en la materia hasta ese momento. En consecuencia se dictó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad.

Dicha Ley Modificaba algunos artículos de la LIONDAU, su sistema de sanciones, y otras leyes de sanidad. En materia de empleo aumentó al 7% el cupo de vacantes para discapacitados en la oferta de empleo público, reservando una parte de las mismas para personas con discapacidad intelectual.

La Disposición Final Segunda de este cuerpo legal autorizaba al gobierno español para que, previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, elaborara y aprobara un texto refundido de las leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007, con vistas a regularizarlas, aclararlas y armonizarlas.

De esta forma se dicta el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, vigente en la actualidad, reconociendo en su preámbulo que corresponde al legislador en primer lugar el impulso de las medidas que promuevan la igualdad de oportunidades, suprimiendo los inconvenientes que se oponen a la presencia integral de las personas con discapacidad.

²⁴ Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal, exposición de motivos.

Esta norma destaca principalmente en el ámbito de la salud por el establecimiento de principios de las actuaciones públicas para la prevención de la discapacidad. En el ámbito de la educación asegura un sistema educativo inclusivo donde se atiendan las necesidades especiales de los alumnos que las requieran.

Por otra parte en materia de empleo se clasifican por vez primera los tipos a los que pueden acceder los discapacitados, el ordinario, protegido y autónomo, se refiere a la necesidad de fomentar empleo aprovechando ayudas estatales, y respeta el sistema de cuotas de reserva recogido en sus antecesores.

También se incluye por primera vez en la norma las definiciones de todos los tipos de discriminación posible que no se admitirán, respaldando las medidas de defensa jurídicas contra posibles acciones de este tipo.

Por ultimo destacar que se hace un reconocimiento expreso del principio de libertad en la toma de decisiones, en cuanto a todos los derechos regulados, de forma tal que serán los discapacitados los que puedan optar o no por acogerse a las medidas de acción incorporadas al ordenamiento positivo.

En sentido general considero que la Ley cumple su objetivo principal de proteger, fomentar y dar seguridad a los derechos humanos de este colectivo, generando posibilidades de desarrollo igualitario en base a oportunidades y al respeto.

3. CONCEPTOS BÁSICOS DE LOS ELEMENTOS EN ESTUDIO

Dentro del tema en estudio resulta fundamental hacer un análisis de los principales conceptos jurídicos y doctrinales que se recogen en este trabajo, comenzando por el de discapacidad, que como sabemos ha adoptado múltiples configuraciones, así como los de capacidad jurídica y de obrar vinculados a la adopción de las medidas de apoyo. Pensamos que así mismo se torna factible valorar estas definiciones desde una perspectiva jurisprudencial, y por ende iremos introduciendo sentencias donde se realicen observaciones de esta índole.

DE LORENZO GARCÍA y PEREZ BUENO hacen referencia a este concepto como sigue:

“Una diferencia específica de las personas a las que afecta, que genera una situación de desigualdad social objetiva de partida que conlleva a la necesidad de establecer medidas de apoyo y de acción positiva para alcanzar la igualdad de oportunidades real”²⁵.

Este concepto que tomamos como base doctrinal, engloba las principales características del fenómeno. Primero mira a la discapacidad como una diferencia específica, siendo lo que lo diferente es parte de la sociedad. En segundo lugar toca la desigualdad que genera esta característica especial de la persona y remata hablando de la necesidad de medidas de apoyo con una finalidad de generar igualdad de oportunidades. En mi criterio estos son los elementos esenciales de cualquier concepto.

Otro criterio un poco más amplio, pero que sigue la misma línea doctrinal y se sustenta sobre todo en el sistema social de entender a la discapacidad, es el emitido por el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y estudioso del tema GARCÍA-ROMERO, quien realizó un estudio sobre este concepto donde lo valora desde dos perspectivas, siendo que para él:

²⁵ DE LORENZO GARCÍA R. y PÉREZ BUENO L. C. (2007) “Tratado sobre Discapacidad” Aranzadi Thomson Reuters, página 18.

“..la discapacidad debe entenderse con rigor y técnicamente, en primer lugar, como el resultado de la incapacidad de la sociedad para impedir que haya barreras u obstáculos a la participación efectiva de las personas que presentan alguna deficiencia permanente. Y, en segundo término, de un modo más práctico, también debe concebirse como la imposibilidad de la sociedad de articular medidas para poder sortear las barreras existentes o, en otras palabras, la inexistencia de medidas de apoyo suficientes y ordinarias para superar dichos obstáculos”²⁶.

Para este autor la perspectiva que difiere está en el hecho de que valora la inexistencia de medidas sociales suficientes como causal generadora del conflicto, no parte de la deficiencia de la persona, sino que como sostiene el sistema que representa, la deficiencia está en la sociedad y su incapacidad para solucionar las diferencias que puedan enfrentar estas personas.

Ambos conceptos, y los que se han venido reflejando de igual forma dentro de los ordenamientos jurídicos propios de la materia, tienen su génesis en la promulgación de la Convención de la ONU del año 2006 que literalmente define las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”²⁷.

Y no es que antes de la Convención no existieran otros conceptos, sino que este documento generó un cambio trascendental en la percepción del problema, reconociendo sobre todo la existencia de barreras sociales que impiden la igualdad de oportunidades para este sector de la población. La Convención además obligó a los Estados a adaptar sus legislaciones y enfrentar las dificultades que cada uno tenía dentro de sus propios países.

²⁶ GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C. F. (2016) “Sobre el Concepto Jurídico de Persona con Discapacidad y la Noción de Apoyos Necesarios” Revista Española de Discapacidad, Volumen 4 Número 2, páginas 81-99

²⁷ Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU 2006, artículo 1.

En el caso de España se conceptualizó a las personas con discapacidad por el artículo 4 del Real Decreto Legislativo de 2013, que prácticamente reproduce la definición dada por la ONU, al considerar que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Solo se modificó la expresión “a largo plazo” del texto primario por el término “previsiblemente permanentes”, un cambio que puede parecer poco significativo pero que introduce una idea de permanencia que a nuestro juicio restringe mucho más de lo que se concibe en la idea original.

El afán conceptualizador ha llegado incluso a los tribunales. Varias sentencias del Tribunal de Justicia Europeo se han aventurado a configurar un concepto de discapacidad, siendo el más abarcador el que razonó que “se refiere a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”²⁸. Tratándose de un asunto de materia laboral, resulta lógico el enfoque en ese sentido dado por el juzgador. No obstante la sentencia refleja el criterio jurisprudencial que en esencia se acoge al sentir de la multicitada Convención del año 2006.

El concepto de Discapacidad debe diferenciarse plenamente del de Incapacidad, ya que se trata de 2 figuras distintas que históricamente se han confundido. La Incapacidad tiene 2 características esenciales que la diferencian del concepto analizado anteriormente. Por una parte es una figura sobre todo de índole laboral, mientras que la discapacidad puede afectar a todas las áreas de la vida de una persona. El segundo elemento diferenciador es que la Incapacidad, por definición, según la mayoría de los especialistas, es una condición sobrevenida. El sujeto que la padece era capaz de realizar normalmente sus actividades profesionales hasta el momento en que por algún motivo se ve incapacitado para hacerlo.

²⁸ Sentencia del TJUE, caso HK Danmark, de 11 de abril de 2013, apartado 38.

El profesor GARCÍA-ROMERO analiza la diferencia de los conceptos desde esta misma perspectiva, en su criterio:

“la incapacidad consiste en que cuando deviene ésta, no se puede hacer –o no del mismo modo– una actividad que antes sí se podía ejecutar, la discapacidad presupone no la imposibilidad total sino la existencia de barreras que lo dificultan pero que son sorteables con las medidas de apoyo precisas”²⁹.

Precisamente aquí se reconoce la importancia de las medidas de apoyo, como una alternativa factible en la búsqueda de la inserción social de las personas con discapacidad. Sin embargo estas medidas no generan el mismo efecto en los incapacitados, puesto que la causa de incapacitación no se vería atenuada con la aplicación de estas alternativas, como sí sucede en el caso de la personas con discapacidad.

Atendiendo a la diferencia entre estos conceptos, discrepamos de la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua, en cuanto a la discapacidad se define como la cualidad de discapacitado, entendiéndose como tal: “Que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”, como quiera que no se atempera al modelo social imperante en la actualidad. Sin embargo, parece mucho más certera la definición de incapacidad que se recoge como “Estado transitorio o permanente de una persona que, por accidente o enfermedad, queda mermada en su capacidad laboral”.

Por su parte los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar igualmente resultan fundamentales a los efectos de un mejor análisis de las medidas de apoyo recientemente aprobadas.

La capacidad jurídica es una condición inherente a la personalidad humana, se tiene desde el mismo nacimiento de la persona, y se concibe como la aptitud

²⁹ GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C. F. Idem.

para ser titular de derechos y obligaciones. Es un concepto sobre el que existe bastante uniformidad.

Como han destacado BARIFFI:

“la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos”³⁰.

Mientras la capacidad de obrar se relaciona con la condición de cada sujeto para poder ejercitar correctamente esos derechos que le corresponden como ser humano, una cualidad activa que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos.

Precisamente una de las modificaciones más llamativas que se han introducido en el ordenamiento español a raíz de la ley en estudio es la unificación de ambos criterios en uno solo, como veremos más adelante en profundidad.

³⁰ BARIFFI F. J. (2009) “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU, hacia un Derecho de la Discapacidad”, Aranzadi Thomson Reuters, página 357.

4. LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FUNDAMENTOS Y REGULACIÓN GENERAL

Tanto ha significado para la atención a los derechos de los discapacitados la Convención del año 2006, que pasados 15 años, la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, comienza haciendo referencia a ella. Su mandato claro a los Estados de adoptar las medidas pertinentes que permitan proporcionar a las personas con discapacidad acceso a las ayudas que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica quedaba pendiente de desarrollar en España, al menos de la manera integral en que se abordó con esta nueva ley.

Es válido destacar que el artículo 9.2 la Constitución española de 1978 recoge un mandato a los poderes públicos para que remuevan todos los obstáculos a fin de conseguir la igualdad real y efectiva entre los ciudadanos. No obstante estos obstáculos se entendían desde otras perspectivas, sin comprender al ejercicio de la capacidad jurídica como tal.

Y es que ciertamente las medidas de apoyo al sector con discapacidad existen desde diversas perspectivas a lo largo de los años. Tal vez el área más conocida es el de la accesibilidad universal, respaldada por el artículo 2, inciso g) de la Ley General de la Discapacidad, comprendida como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad, de la forma más autónoma y natural posible.

No obstante el propio artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 abordaba otros dos tipos de medidas, siendo estas las medidas de acción positiva definidas en el inciso g)³¹ y los ajustes razonables previstos en el inciso

³¹ Medidas de acción positiva: son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad. Artículo 2, inciso g) del Real Decreto Legislativo 1/2013.

m)³², ambos con enfoque muy parecido e igualmente vinculado a la accesibilidad.

El enfoque centrado en la eliminación de barreras, concebidas más que nada desde una perspectiva física, resultó predominante en la legislación anterior en cuanto a medidas de apoyo. Se dedicó un Capítulo de 13 artículos a refrendar el derecho a la vida independiente, vista a la luz de la accesibilidad en todos los sentidos materiales, y la problemática laboral igualmente abarcó un espacio importante, comprendiendo similar articulado que el derecho anterior. Sin embargo solo se dedicó un artículo, el número 6, al respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, centrado en refrendar el principio de libertad en la toma de decisiones.

Este asunto quedo limitado en su regulación del siguiente modo:

“las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles”³³.

Contrario a lo que pudiera resultar lógico, nada se reguló en esta ley en cuanto a medidas de apoyo para asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica.

Volviendo a la Convención como motor impulsor de la legislación en estudio y específicamente de las medidas de apoyo, es necesario dejar en claro cuáles son sus mandatos concretos. Los principales artículos que regulan el tema serían los siguientes:

³² Ajustes razonables: son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos. Artículo 2, inciso g) Idem.

³³ Artículo 6 párrafo segundo, Idem.

Artículo 1 y 4.1: Todas las personas ostentan idénticos derechos, en condiciones de igualdad, tanto en lo relativo a su titularidad como al goce pleno de los mismos, de forma particular para el caso de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Artículo 2: La discriminación por motivos de discapacidad consiste en cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

Artículo 3: El necesario respeto al derecho a la dignidad inherente al individuo, a su autonomía individual, incluye la libertad de tomar las propias decisiones.

Artículo 5: No es posible incorporar medidas que establezcan diferencias en la capacidad jurídica en cuanto a la titularidad y al ejercicio de los derechos en atención a la discapacidad, de ser así, se trataría de un acto de discriminación por motivos de discapacidad.

Artículo 12: Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

En nuestro criterio no caben dudas de la justicia de estos fundamentos, aunque reconocemos que su implementación nunca estaría ajena a disímiles obstáculos, pues en la práctica las legislaciones internas de los Estados, así como la española, regulaban en sentido diametralmente opuesto a lo que en este momento se pedía, y en consecuencia primero resultaba necesario comprender la magnitud de las modificaciones, e ir encontrando las formulas regulatorias oportunas.

Sin duda el centro del debate no está en la igualdad de derechos en sentido general o en la lucha contra la discriminación, sino sobre todo concretamente en dos temas, “el destierro de la dicotomía conceptual entre capacidad jurídica y capacidad de obrar”, puesto que la convención solo da pie al uso del primero

de estos conceptos, eliminando el segundo en su trato a los discapacitados, y “la eliminación de la modificación judicial de la capacidad jurídica”, regulada anteriormente en el Código Civil, en virtud de determinadas enfermedades.

4.1 Capacidad jurídica que incluye la capacidad de obrar

Aun cuando existen diversos criterios, la mayoría de la doctrina consultada coincide en que la Convención engloba los dos conceptos Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar cuando solo se refiere al primero de ellos como aplicable para los discapacitados mayores de edad. La catedrática de la Universidad Carlos III de Madrid, CUENCA GÓMEZ sostiene que:

“En este punto, conviene aclarar que el artículo 12 engloba, tal y como se ha defendido desde diversos ámbitos con argumentos convincentes, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar”³⁴.

Con este criterio coincide quien fue asesora del gobierno español durante la Sexta y la Octava Reunión del Comité Especial de Naciones Unidas relativo al establecimiento de un Tratado Internacional sobre la protección jurídica de las personas con discapacidad, la catedrática PALACIOS RIZZO:

“Parece que finalmente el texto ha quedado redactado de manera afín al modelo de asistencia en la toma de decisiones, y utilizado el término capacidad jurídica en un sentido amplio, comprensivo tanto de la capacidad de goce de derechos como de ejercicio de los mismos”³⁵.

Por último mencionar a los prominentes estudiosos españoles del tema de la discapacidad DE LORENZO GARCÍA y PÉREZ BUENO, muy vinculados a organizaciones de discapacitados, los que comparten este criterio:

³⁴ CUENCA GÓMEZ, P. (2012) “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, REDUR, núm. 10, página 73.

³⁵ PALACIOS RIZZO, A. (2008) “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” CERMI, Madrid, página 45.

“La Convención, en su artículo 12, proclama la igual capacidad jurídica de todas las personas, rechazando en línea de principio la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que es uno de los pilares del Derecho civil moderno. El traslado de lo dispuesto en la Convención a nuestro Ordenamiento exige modificar así este pilar, y esto es algo que, además de voluntad, requiere tiempo”³⁶.

Cuando estos últimos autores citados hicieron su análisis, ya habían transcurrido más de 10 años de implementación de la Convención, y España continuaba aferrada a las mismas prácticas.

4.2 Eliminación de la incapacitación judicial

La explicación a esta demora se debe en buena parte al segundo punto conflictivo que mencionamos con anterioridad, a saber la imposibilidad de modificar la capacidad jurídica de las personas o incapacitarlos. Aquí tenemos que suprimir definitivamente el concepto de incapacidad vinculado a este sector poblacional.

Es en este punto donde se complejizaba todo, puesto que ante la existencia de diversidad de niveles en la discapacidad, si bien para algunos discapacitados es más fácil encontrar las medidas de apoyo oportunas, en otros casos resulta muy difícil arribar a las mismas sin que éstas signifiquen una incapacitación de la persona, más allá de la mera eliminación del concepto, que solo se mantendría para los menores de edad, en igualdad de condiciones independientemente de cualquier padecimiento.

Queda entonces valorar la aplicación de medidas de apoyo que sean capaces de cumplir con el mandamiento de la Convención, facilitando a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos por sí mismos sin que estos constituyan un mecanismo de sustitución, pero que a la vez provean de un sistema de salvaguarda para protegerlos, incluso de sus propias acciones, y de posibles abusos por parte de quienes deben brindarle apoyos.

³⁶ PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R. (2016) “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia” Cinca, Madrid, página 144.

Sin dudas como ya analizamos, aquí resulta sumamente influyente el cambio en cuanto a los modelos de la discapacidad, pues la convención le dio un golpe definitivo al modelo médico rehabilitador que miraba el fenómeno desde la enfermedad de la persona, instaurando el modelo social que, como ya explicamos, se centra en la incapacidad de la sociedad para adoptar las medidas suficientes que posibiliten superar las dificultades que en cada momento puedan afectar a un individuo.

La doctora PALACIOS RIZZO, una de las máximas defensoras de este modelo, lo define de esta forma:

“Desde este paradigma se considera que las causas que dan origen a la discapacidad [...] son preponderantemente sociales. Se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Así, se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas —incluyendo quienes tengan una discapacidad— sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Asimismo, desde este modelo se insiste en que las personas con discapacidad pueden contribuir a las necesidades sociales en la misma medida que el resto de personas, siempre que se eliminen los obstáculos contruidos por la misma sociedad”³⁷.

Reconozco que resulta muy complejo encontrar siempre una respuesta social a las distintas situaciones que pueden darse, puesto que la discapacidad como fenómeno sumamente diverso, entraña disimiles facetas y modalidades, si bien en algunas de ellas los apoyos son más viables, en otras resultan complejos de implementar sin que entrañen una incapacidad total a efectos prácticos.

³⁷ PALACIOS RIZZO, A. (2008) El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cinca Madrid páginas 471 y 472.

Otra crítica sostenida por diversas personalidades, entre ellas el notario valenciano MARÍN CALERO³⁸, es en cuanto a la participación de los discapacitados intelectuales en la defensa de sus propios derechos, incluso desde la redacción de la propia Convención, puesto que a todas luces, es este el sector que más problemáticas presenta en cuanto al ejercicio de su capacidad jurídica.

Y es que resulta incuestionable que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se tornan prácticamente innecesarias cuando la discapacidad no afecta la función volitiva. Las personas con discapacidades físicas y motoras, por ejemplo, pueden por si mismos desarrollar sus actos jurídicos sin precisar de apoyos.

Otro grupo con discapacidades más severas, pero igualmente no intelectuales, puede expresar su voluntad a través de actos jurídicos con apoyos que pudiéramos denominar menos injerencistas. Dentro de este grupo puede citarse por ejemplo a los sordos, mudos, ciegos, sordo ciegos, que con adaptaciones para expresar su voluntad y con la asistencia técnica que se requiera pueden salvarse éstas problemáticas.

Sin embargo la situación se torna mucho compleja cuando las discapacidades afectan el proceso de manifestación de voluntad, e incluso al de su formación, comprendiendo el alcance de sus actos y las consecuencias que de los mismos pudieran derivarse para sí y para otros. La Convención nos llama a que sea la persona quien pueda adoptar las decisiones por si misma, con los apoyos precisos. Esto bien puede lograrse muchas veces con un acompañamiento y explicaciones oportunas, siempre y cuando a través de las

³⁸ MARÍN CALERO, C. "Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad", página 5. "Se ha dicho que uno de los mayores méritos de la Convención es que en su redacción, desde el primer momento, se dio voz y voto a las propias personas con discapacidad, con su proclama de nada sobre nosotros sin nosotros. Pero eso no fue así para las personas con discapacidad intelectual; ellas no intervinieron en la redacción de la Convención ni lo están haciendo en su implantación. Lo contrario de la discapacidad intelectual, no nos engañemos, es la plena capacidad intelectual, se tenga o no otro tipo de discapacidad. Las personas con discapacidad intelectual, sin duda agradecerán que esas influyentes personalidades con discapacidad física o sensorial, a las que se reconoce un indiscutible liderazgo mundial en la implantación de la Convención, ejerzan todo su poder social para conseguir la plena eficacia de la Convención, de su Convención, también respecto de todos los derechos de todas las personas con discapacidad intelectual." [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf)

mismas pueda lograrse un proceso de formación de voluntad propio y sin vicios.

Sin embargo aun así en la práctica quedan dos situaciones que se tornan bien complejas. La primera es cuando la persona, a través de los apoyos, llega a alcanzar un nivel de comprensión del acto jurídico que le permite entenderlo y expresar su voluntad con respecto a su materialización o no, pero que aun así no es capaz de entender la magnitud de sus consecuencias, y cómo estas pueden afectarlo a sí mismo o a otros. En este caso entran en contraposición dos derechos igualmente tutelados y previstos en la convención: el ejercicio de la capacidad jurídica por sí mismo contra el deber de protección de los intereses, sobre todo patrimoniales de este sector.

En mi criterio personal debería valorarse cada caso en concreto. Tal vez en algunas ocasiones deba primar el interés de protección, cuando el actuar que se pretende adoptar denota un claro perjuicio para el discapacitado, o afecta a otras personas que tienen tantos derechos como él. Obviamente respaldamos el principio de intentar no suplantar la voluntad del discapacitado, solo que pensamos que ante la igualdad de importancia de este fundamento con respecto a la obligación de protección debe analizarse en cada caso concreto qué derecho debe primar sobre el otro, sin que esto signifique desconocer ninguno de los dos.

Quedaría entonces un último grupo que es el más problemático y genera mayor número de opiniones encontradas. Se trata de aquellas personas, que independientemente de las medidas de apoyo que se adopten están impedidas totalmente, o en un nivel muy alto, de comprender sus acciones o de manifestar voluntad de ningún tipo.

Lo primero es que el artículo 12 de la Convención ni siquiera en estos casos permite la restricción o pérdida de la capacidad jurídica del sujeto, ni su representación o sustitución puesto que se considera un acto de discriminación. Por si quedaban dudas al respecto el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 31 de marzo a 11 de abril de 2014, en el 11 período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, emitió la Observación General N° 1 (2014) donde se dejan claros los criterios de este

organismo respecto a la interpretación del mencionado artículo de la Convención:

“La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación. En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar

*decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio*³⁹.

Sin embargo la realidad es que la Convención tampoco da una solución para esta problemática. Se limita a indicar a los Estados lo que no pueden regular en sus ordenamientos. Queda claro que no es posible utilizar un procedimiento judicial para, sobre la base de la discapacidad, reducir o privar la capacidad al sujeto, ya que sería una solución discriminatoria y contraria a la Convención. El procedimiento judicial solo puede servir como vía para dotarle de las medidas de apoyo que sean necesarias, pero nunca para restarle o negarle capacidad, sin que se desarrolle cuáles pudieran ser las medidas de apoyo necesarias para casos tan complejos como estos.

Por otra parte las medidas que se adopten, además de que no pueden suplantar por completo la capacidad del sujeto, solo pueden tener un carácter temporal, y dictarse para determinados actos concretos, a la vez que puedan ser revisables con el tiempo garantizando de esta forma que no se haga un uso incorrecto de las mismas.

Criterios doctrinales como el de MARÍN CALERO respaldan esta idea, en su juicio:

“En caso de una persona sin voluntad o sin una relevante, es imprescindible que intervenga la autoridad judicial, para proteger los intereses de quien no puede velar por los propios; pero ¿no debería ser una autorización individual y apropiada al caso?; y, si la protección descansa, no en la sustitución sino en la autorización individual y acompasada a cada situación concreta, ¿para qué atribuir a otro la representación legal general de la persona? [...] la

³⁹ <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

supervisión judicial de actos concretos, pero sin incapacitar y sin designar representantes; quien actúa en el pretendido interés de la persona con discapacidad, actúa por sí, bajo su responsabilidad y con autorización judicial previa”⁴⁰.

4.3 Reseña de la Ley 8/2021 integralmente

4.3.1 Análisis del preámbulo de la Ley

Sentadas las bases de lo complejo que resultaba para España arribar a una nueva Ley que tratara la materia, queda claro que su implementación tampoco podía continuar prorrogándose, puesto que ya habían transcurrido prácticamente 15 años desde la proclama de la Convención.

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, deja claro en su preámbulo que perseguía propósitos bien ambiciosos.

En primer orden pretende cambiar el sistema imperante hasta el momento de su promulgación, en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, sustituyéndolo por otro que se basara fundamentalmente en el respeto a su voluntad y preferencias, fijando que fuera el discapacitado el encargado de tomar sus propias decisiones.

Para ellos la Ley fija un grupo de medidas de apoyo relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, considerando que las mismas garantizan el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que además no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Ante el reconocimiento de la demora en la implementación de la ley, se perseguía que estas medidas se aplicaran en el plazo más corto posible. Por otra parte se concibió que estuvieran sujetas a exámenes periódicos de una

⁴⁰ MARÍN CALERO, C. “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”, op. cit, página 8.

autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, y que estas salvaguardias fueran proporcionales al grado en que dichas medidas afectaran a los derechos e intereses de las personas.

La ley modificó buena parte de la legislación sustantiva y adjetiva vinculada a los discapacitados. Sufrieron cambios en su formulación, que no analizaremos en profundidad, la Ley Hipotecaria, la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la normativa tributaria con esta finalidad, la del Registro Civil y el Código de Comercio. En todos se eliminó, por ejemplo, lo vinculado a la incapacidad judicial.

Así mismo sufrieron cambios significativos el Título X que se redactó con una nueva formulación y el Título XI del Libro Primero del Código Civil que pasó a denominarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

La nueva regulación tiene como idea central el apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

La nueva ley reconoce que existirían situaciones donde el apoyo solo podrá concretarse a través de la representación en la toma de decisiones, fijando este mecanismo, que será resuelto a través de una Curatela, solo ante casos de imposibilidad de aplicar otras ayudas.

El preámbulo deja sentado:

“no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo

desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio”⁴¹.

La otra modificación que consideramos más significativa está dada en que como reconoce el propio preámbulo se optó por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente. Con esto se busca de manera esencial que sea la propia persona quien participe en toma de las medidas que habrán de ayudar, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente. Esto exige de la autoridad judicial que se interese en obtener de primera mano, a través del discapacitado, la información que precise, y le permitan luego ajustarse en su decisión a los principios de necesidad y proporcionalidad. Todo ello sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio.

Por último, resaltamos dentro de los propósitos de la reforma normativa impulsada por esta Ley, el ánimo de que la misma propiciara un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hasta ese momento resultaban predominantes.

4.3.2 Principios generales de las medidas de apoyo

Una vez analizada cuál era la situación de hecho al momento de la promulgación de la Ley y los principales objetivos que el preámbulo de la

⁴¹ 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, Preámbulo, Apartado III.

misma dejaba sentado que se perseguían, pasaremos a analizar qué se reguló en cuanto medidas de apoyo. La ley las divide en dos tipos: medidas de naturaleza voluntaria, que son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance⁴², y la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, que desarrollaremos cada una de manera independiente.

El nuevo Título XI del Código Civil en su capítulo primero comienza estableciendo determinadas premisas que no hacen más que ratificar los objetivos perseguidos que se vienen arrastrando desde la Convención.

Los artículos 249 y 250 del texto legislativo en su redacción modificada regulan que la finalidad primordial de estas medidas es permitir en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad el desarrollo pleno de la personalidad de los discapacitados y su desenvolvimiento jurídico. El respeto a la dignidad humana y el destierro de los vestigios de discriminación a este sector continúan siendo los motores impulsores de la reforma.

Como ya se anunciaba en el preámbulo, la ley fija que dentro de las medidas de apoyo siempre tendrán un papel predominante aquellas de carácter voluntario, donde el discapacitado pueda exponer por sí mismo sus deseos y criterios, quedando en un segundo plano las de origen legal y judicial, que solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

La práctica dirá hasta qué punto es medible esa insuficiencia de voluntad de la persona sin que se considere por los más puros defensores de la Convención que se están vulnerando sus derechos. No obstante pensamos que era absurdo legislar contra la realidad objetiva que puede significar la falta de voluntad en muchos casos, y las soluciones dadas por la ley. Más adelante las analizaremos con profundidad, pero aun cuando tengan en cuenta todos los fundamentos de la convención tienen que ser capaces de enfrentar estas realidades. La Ley exige que se haga ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad, ajustándose a las exigencias de cada caso concreto.

⁴² Idem, artículo 250.

Pero el segundo y tercer párrafo del artículo 249 ratifican uno de los principales cambios conceptuales introducidos en el Código Civil:

“Las personas que presten apoyo deberán actuar 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.

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”⁴³.

Si antes primaba el criterio de buscar siempre el interés superior del discapacitado, ahora lo que prima es su voluntad. Incluso para aquellos casos donde la misma no pueda materializarse, la Ley exige su búsqueda, exige que se tenga en cuenta la historia de esta persona y cuáles hubieran sido sus deseos. Esto incluso con carácter supletorio de las ya mencionadas medidas voluntarias, que siempre tendrán preferencia sobre el resto.

Sin dudas se trata de un cambio de visión trascendental que ciertamente destierra los vestigios de discriminación que pueden derivarse de una sobreprotección estatal.

⁴³ Ídem artículo 249, párrafo tercero.

Precisamente el doctor PAU PEDRÓN, consejero de Estado y Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, deja clara la intención del legislador en este sentido desde el proyecto de reforma:

“El criterio más importante que ha de guiar la actuación del curador es el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. En la reforma del Código no se habla sólo de voluntad; se habla de «voluntad, deseos y preferencias». Pero el respeto a la voluntad va más allá de la indagación de esa voluntad. Hay casos en que la voluntad no puede expresarse, porque ha sobrevenido una discapacidad que lo impide, y en ese caso hay que indagar la voluntad que hubiera tenido la persona. Y para ese caso se impone al curador que tome en consideración «la trayectoria vital, los valores y las creencias» de la persona con discapacidad”⁴⁴.

Este criterio es compartido por ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ, para quienes el ideal de la Convención y su modelo de derechos no se colman con la igualdad formal y de oportunidades sino con la autonomía de las personas con discapacidad:

“En esta línea, la nueva concepción de la discapacidad, planteada desde la Convención, está basada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias”⁴⁵.

En las palabras de la catedrática de la Universidad de Las Palmas Gran Canaria PETIT SÁNCHEZ:

⁴⁴ PAU PADRÓN, A. (2018) “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil” Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 julio-septiembre, página 23.

⁴⁵ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (2010) “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Derecho Privado y Constitución, núm. 24, página 21.

“Se consagra así un nuevo sistema que reposa en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y procesal”⁴⁶.

Este principio de prevalencia de la voluntad, deseos y preferencia del incapacitado se refuerza incluso en el nuevo texto civil sustantivo con la posibilidad que se otorga a la autoridad judicial de dictar las salvaguardas que considere necesarias a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto.

Tanta es la importancia que se da al respeto de la voluntad, deseos y preferencias del incapacitado que esta frase se repite en cuatro ocasiones solo en las disposiciones generales de la nueva ley, en cuanto a las medidas voluntarias de apoyo dejando más que claras las intenciones del legislador en este sentido.

Por otra parte la Ley también prevé determinados mecanismos de control de las medidas de apoyo a los efectos de que estas cumplan con su real objetivo y no se produzcan desviaciones que pudieran afectar al discapacitado.

Uno de estos mecanismos de control es la revisión periódica de las medidas adoptadas, lo que obedece a que en primer orden las situaciones de discapacidad no necesariamente tienen que ser definitivas. En la práctica muchas enfermedades generan situaciones que precisan de apoyos por un periodo determinado y luego evolucionan favorablemente recuperando el afectado la totalidad de sus capacidades.

La Sentencia de 29 de abril de 2009 del Tribunal Supremo refrenda este criterio de revisar los actos jurídicos de este tipo acorde a la realidad variable de la discapacidad. Lo interesante de esta Sentencia es que lo hace desde una perspectiva de aplicación de la Convención, pero respaldando la figura de la tutela como compatible con la misma. No obstante resulta válido su argumento:

⁴⁶ PETIT SANCHEZ, M. (2020) “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm. 5 octubre-diciembre, página 268.

«el sistema de protección debe [...] constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección»⁴⁷.

La revisión periódica también se justifica en el hecho de que las medidas aplicables, a raíz de las modificaciones introducidas, ya no pueden tener un carácter definitivo, sino que se dictan para actos concretos, y en consecuencia debe la autoridad verificar que la situación que generó la necesidad de la medida se mantiene en el tiempo. Este criterio se deriva del principio de provisionalidad y proporcionalidad para estos actos que refrenda la reciente codificación, en contraposición con la irrevocabilidad y generalidad que primaba en las instituciones anteriores.

Como norma general la revisión debe hacerse dentro de un término máximo de tres años desde su adopción, y solo en casos motivados y excepcionales se puede disponer un período de revisión superior, que en ningún caso podrá exceder de los 6 años. No obstante la propia Ley aclara en su artículo 268 que la idea de la norma es revisar estos actos ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación en dichas medidas.

A nuestro juicio la revisión periódica es sumamente necesaria y evita el inadecuado uso de estas salvaguardas.

La Ley civil sustantiva introduce además tres prohibiciones generales en la aplicación de las medidas de apoyo, a saber:

“1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

⁴⁷ Sentencia 282 de 29 de abril de 2009, Tribunal Supremo de España, Sala Civil, ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías. <https://vlex.es/vid/-60279937>.

3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título⁴⁸.

Se tratan de prohibiciones vinculadas a actos de contenido patrimonial, que solo pueden ser ignoradas por el propio discapacitado en caso de que sea él quien defina las medidas de apoyo que pueda necesitar en un futuro.

⁴⁸ Artículo 251 de la legislación en estudio.

5. LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO, PRINCIPIOS GENERALES Y APLICACIÓN PRÁCTICA

Como hemos visto, la nueva ley en su artículo 250 deja sentado que existirán dos tipos de medidas de apoyo, las voluntarias, a las que nos referiremos en este capítulo, y otras de corte formal o judicial que analizaremos en profundidad más adelante.

Siguiendo el sentir de la Convención, las medidas voluntarias siempre tendrán un carácter preferencial, como quiera que propician que sea el propio discapacitado quien pueda proveerse de los apoyos que precise con un mínimo de intervención judicial.

Su definición más general la encontramos en el propio artículo 250, cuando menciona: *“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”*.

Aquí podríamos añadir que dentro de éstas existen dos categorías, por una parte están los poderes preventivos:

“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”⁴⁹.

Y por otro lado tenemos a la autocuratela con una regulación muy parecida:

“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura

⁴⁹ Código Civil Español actualizado en virtud de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, artículo 255, primer párrafo.

*pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador*⁵⁰.

Pese a la similitud entre ambas instituciones la ley ha tenido a bien regularlas de forma independiente y en secciones separadas del código, dedicando una sección aparte a los poderes y mandatos preventivos, dejando la autocratela como una figura especial dentro del Capítulo que regula la Curatela, como quiera que una vez constituida se regulará acorde a similares principios, aunque cumpliendo con las características propias que el discapacitado hubiere previsto.

En cuanto a sus requisitos de forma, ambas requieren de escritura pública ante notario de elección, y exigen de la inscripción de la misma por el fedatario actuante en el registro civil individual de la persona que hubiera otorgado la escritura.

Como elemento esencial, estas medidas tienen un carácter preventivo. En ambas es el sujeto, en ese momento puede o no ser discapacitado, pero en pleno uso de sus facultades, quien previendo una situación de discapacidad que le impida en cierto modo ejercer directamente en un momento posterior su capacidad jurídica, quien se adelanta a los acontecimientos y diseña un plan de acción. Si este plan incluye determinados modos de actuar sin que se requiera de representación de un curador, sería a través de poderes preventivos, o podría designar una determinada persona para que lo represente en acciones concretas dentro del tracto jurídico mediante una autocratela.

Estas medidas pueden simultanearse con otras que, como complemento, designen la autoridad correspondiente a solicitud de las personas facultadas. No obstante siempre tendrán un carácter preferente, y si bien cuentan con mecanismos de control y determinadas prohibiciones en el actuar del apoderado, incluidas las causas de remoción del apoderado o curador, puede el poderdante en la propia escritura solicitar que no sean de aplicación dichos mecanismos como muestra de la total preponderancia de su voluntad.

⁵⁰ Ídem, artículo 271.

Así tenemos que en los poderes preventivos es válido otorgar facultades de cualquier tipo, con condiciones e instrucciones para el ejercicio de las mismas. Se pueden fijar sus propios mecanismos y órganos de control, además de las salvaguardas que se entiendan oportunas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y modificar incluso los plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. También podrán disponerse formas de extinción del poder otorgado, todo ello en virtud de lo previsto en el artículo 258 del Código Civil.

Por otra parte, en el poder que disponga la autotutela, además de proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador, también podrá regularse el funcionamiento y contenido de la tutela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo, a la luz de lo preceptuado por el artículo 271 del Código Civil.

Ambas instituciones difieren en un elemento sustancial. Mientras los poderes preventivos forman parte exclusivamente del derecho privado y basta con que se demuestre la ocurrencia del hecho que los motiva para que comiencen a surtir efecto, la autotutela tiene también un contenido institucional: funciona como una propuesta vinculante a la autoridad pública a fin de que disponga el curador y su régimen, contrayéndose a la voluntad del discapacitado una vez generada la situación que la motive. Pero en última instancia es el Juez quien está facultado para constituirlo acorde a lo previsto en el artículo 269.

En tal sentido compartimos el criterio del notario ESCARTÍN IPIÉNS, vocal de una de las comisiones codificadoras, quien ilustra sobre estas diferencias:

“A diferencia de tales poderes o mandatos, la declaración de voluntad de la autotutela es una propuesta dirigida a la autoridad judicial para que constituya la tutela, nombre o excluya a determinada persona como curador, determine su

régimen orgánico y funcional, conforme a la propuesta vinculante del declarante...⁵¹.

Como elementos propios de estos poderes salta a la vista su principal diferencia con el resto de los poderes, y es que subsisten y siguen siendo válidos ante situaciones que impiden a quien lo otorga el ejercicio de su capacidad jurídica reconocida por la Convención y la ley civil española.

Se regula su compatibilidad con otras medidas de apoyo, que pueden ser tanto de ámbito judicial como voluntarias. El legislador dispuso además que en caso de otorgarse poder a favor del cónyuge o pareja de hecho, este quede sin efecto automáticamente en caso de cese de convivencia, salvo que el poderdante disponga lo contrario o la separación se deba a su internamiento.

La norma civil actualizada establece igualmente que el ejercicio de la representación será personal, y si bien se puede delegar solo para actos concretos, las facultades de protección del discapacitado no podrán delegarse.

Por último, en cuanto a esta figura jurídica, destacar la salvedad del artículo 259, que fija el cumplimiento por parte del apoderado de las reglas de control aplicables a la curatela en todo lo no previsto en el poder, cuando se precise de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y las facultades del poder comprendan todos los negocios del otorgante, siempre salvo que este hubiere dispuesto lo contrario.

La jurisprudencia española, aun cuando se trata de una figura reciente, ya ha dado algunos pasos en cuanto a la conceptualización e importancia de esta institución. Partiendo de que el Código Civil de Cataluña en su artículo 222 apartado segundo reconocía estos poderes como *un medio o mecanismo de protección de los intereses (personales y/o patrimoniales) de una persona ante un eventual supuesto de pérdida sobrevenida de capacidad*, la Audiencia Provincial de Cataluña sentó jurisprudencia en similar sentido, aun cuando la sentencia, de fecha 2 de noviembre de 2019, es anterior a la promulgación de la Ley, y se refiere a las ya desterradas figuras de la

⁵¹ ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. (2018) “La autotutela en el anteproyecto de ley sobre modificación del código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”. Revista de Derecho Civil vol. V, núm. 3 julio-septiembre, página 89.

Incapacidad e Incapacitación, la traemos a colocación por el análisis que hizo de los poderes preventivos, considerándolos:

“...solución arbitrada por la ley para velar por los intereses de quien, llegado el momento, no puede gobernarse por sí mismo... Los poderes preventivos tienen dos manifestaciones: El poder que produce efectos desde su otorgamiento y subsiste incluso en caso de incapacidad del poderdante y el que empieza a surtir efectos en caso de incapacidad del poderdante...Una vez producida la merma de capacidad del poderdante el poder preventivo deja de serlo para convertirse en una institución de protección... Por definición y ante la evidente imposibilidad de que en estos casos el poderdante pueda controlar por sí el ejercicio del poder es importante prever en el momento de su otorgamiento las medidas de control que quiera establecer el poderdante para el momento en que pierda su capacidad y le sea imposible revocarlo o adoptar otras medidas...”⁵²

Por su parte la autotutela también ostenta elementos propios que la diferencian no solo de los poderes preventivos, como ya analizamos, sino además de la curatela, siendo el mayor de todos que sea la propia persona que

⁵² Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18 Civil, Sentencia 801, de 26 de noviembre de 2019, ponente MYRIAM SAMBOLA CABRER. En esa propia fecha la misma sección dictó la sentencia 803, siendo ponente MARIA JOSE PEREZ TORMO, donde se analizó un caso muy interesante sobre el derecho al voto de los discapacitados y toca además otras cuestiones vinculadas a la capacidad jurídica de este sector poblacional, dado lo curioso de la coincidencia y teniendo en cuenta su relación con el tema, reproducimos parte de sus fundamentos de derecho: “Por ello decae la posibilidad de cualquier razonamiento que parta de la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (y la presunción de que ésta existe iuris tantum y admite prueba en contrario), ni entre "incapacidad" y "discapacidad", cualquier análisis sobre conciencia y voluntad, cognición y volición, grado de inteligencia y comprensión, o sobre los diferentes tipos de discapacidad intelectual. El legislador lo prohíbe. Y cualquier medida de vigilancia y control no puede ir en detrimento del derecho fundamental, ni imponerse al cargo tutelar, sino que debe ir encaminada a la efectividad del voto. Por ello, no se puede dejar constancia en la sentencia, no se puede incluir indicación expresa de que el afectado carezca por completo de facultades y aptitudes psíquicas para votar, pues ello encubriría un incumplimiento de la previsión legal. En suma, las personas que ven mermada su capacidad de obrar, en el grado que sea, retienen el Derecho de participación política. Concretada la opción del legislador en estos términos, nada puede ya decir la resolución judicial. No cabe restringir el derecho en la sentencia de modificación de la capacidad de obrar, sino facilitar al discapacitado su ejercicio con apoyos y salvaguardas”.

Ambas sentencias pueden consultarse en el siguiente enlace:

<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9574096/robo/20210621>

necesitará de apoyos quien la proponga. Este elemento marca la separación entre las dos instituciones, pero además fija otras pautas, que le permiten al discapacitado, en cumplimiento de su voluntad, modificar principios generales de la institución.

La autocuratela tiene un carácter personalísimo, es decir no se puede ejercer por delegación, solo puede fijarse por quien posteriormente necesitará de este apoyo. El artículo 274 podría traer alguna confusión en este sentido al mencionar que se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador, pero aclara “de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada”.

Se trata de una novedad legislativa, en la que incluso pudiera tener participación la figura del gestor administrativo como persona de confianza del discapacitado. No obstante esta posibilidad solo es válida en orden secundario. Se trata de organizar lo que el discapacitado dispuso sin que esto pueda significar quebrantar su voluntad como principio, sino por el contrario lo que busca la ley es que esta persona aún ayude a descifrar cómo cumplir de un mejor modo con las preferencias de quien precisa apoyo.

Destacar además de esta figura que según el mencionado notario ESCARTÍN IPIÉNS generó mucho debate en la comisión legisladora el carácter imperativo o dispositivo de las normas de la autocuratela con respecto a las de la curatela en general. Su criterio, que compartimos plenamente:

“..es defender la prevalencia de la voluntad del declarante en la autocuratela, sobre el régimen general, como principio. Con excepciones precisas y concretas que deberán constar en la resolución de la autoridad judicial. Las razones en las que me fundo son las siguientes: 1ª. El texto del artículo 12.4 de la Convención cuando dice: «Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la

capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona...»⁵³.

La ley al parecer respalda este criterio. No obstante, el artículo 272 segundo párrafo establece que la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias 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.

Nos parece una salvaguarda correcta, pero en lo personal genera dudas la última parte, sobre todo lo referido a las causas que presumiblemente tuvo en cuenta esta persona. Entendemos que da pie a valoraciones subjetivas que bien pudieron evitarse, y solo la práctica dirá hasta qué punto puede afectar el correcto funcionamiento de una institución que como ya se ha dicho nació para garantizar la voluntad del discapacitado.

⁵³ ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. Ídem, página 94.

6. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS INSTITUCIONES TUITIVAS APROBADAS POR LA VÍA JUDICIAL Y SU IMPLEMENTACIÓN

6.1 La guarda de hecho y el reconocimiento a una institución que lo merece

Como habíamos mencionado en los capítulos anteriores, la nueva Ley ha diseñado un orden de prelación de las medidas de apoyo sobre la base de un principio claro de subsidiariedad, basado en primer orden en la voluntad del incapacitado como guía general de toda la reforma. Siendo así, las medidas voluntarias mencionadas con anterioridad, a saber los poderes preventivos y la autotutela, tendrán un carácter preferente con respecto a las analizadas en este capítulo.

La guarda de hecho es una figura que por primera vez se reconoce como medida eficaz de protección del discapacitado, y no por simple cambio de terminología, sino que se traza un diseño de actuación de esta figura que le permite funcionar correctamente en el entramado judicial tanto como funciona en la vida diaria.

El artículo 263 parte reconociendo que existen personas que ejercen la guarda de hecho sin un reconocimiento judicial, acción que se mantendrá mientras no sean de aplicación medidas voluntarias que funcionen correctamente⁵⁴. En nuestro criterio este artículo organiza las medidas de apoyo acorde a la voluntad del necesitado, colocando a la guarda de hecho en un término medio, de forma tal que primero se aplicarían los poderes preventivos, luego la autotutela, después la guarda de hecho, y por último la tutela o el defensor judicial.

Se trata de una institución que está concebida para brindar protección y cuidado al discapacitado sin que requiera de reconocimiento institucional. No obstante, cuando dentro de estas funciones sea necesario asumir actos de

⁵⁴ La redacción del artículo 263, “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”, nos parece un poco confusa, puesto que comienza dando una idea de preeminencia de la guarda de hecho sobre otras medidas voluntarias, que después se condiciona a la eficaz aplicación de estas últimas.

representación, algo que la Ley establece como excepcional, y en todos los actos establecidos en el artículo 287, entonces se recabará autorización a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

No obstante, determinados eventos de representación se admiten sin que sea necesaria la autorización judicial. Se trata, por un lado, del acto de solicitar una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que no suponga un cambio significativo en su forma de vida, o realizar actos jurídicos sobre bienes del discapacitado que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

En cuanto a estas excepciones somos del criterio que generan muchas dudas que quedarían a la discrecionalidad del guardador, puesto que en estos casos no requieren de autorización judicial. Expresiones como “un cambio significativo”, “escasa relevancia económica” o “especial significado personal o familiar”, parecen tener un fuerte contenido subjetivo.

La profesora titular de derecho Civil de la universidad Rey Juan Carlos, PEREÑA VICENTE, alertaba de esta situación:

“La segunda dificultad viene provocada por la incorporación de dos conceptos jurídicos indeterminados de difícil ponderación: que los bienes sean de escasa relevancia económica y que carezca de especial significado personal o familiar. ¿Quién lo valora? ¿El guardador? Parece evidente que este párrafo se refiere a la posibilidad de enajenar bienes que cumplan estos dos requisitos, pero, ¿por qué no se ha referido expresamente a actos de disposición el texto? Es complicado realizar una interpretación sistemática coherente de este precepto”⁵⁵.

Es una verdadera pena que sus fundamentos no hayan encontrado respuesta en la Ley aprobada.

⁵⁵ PEREÑA VICENTE, M. (2018) “La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley” Revista de Derecho Civil, Volumen 5, No. 3, página 68.

Ahora bien, cuando sea necesario acudir al expediente de jurisdicción voluntaria, se establece que debe escucharse el criterio del discapacitado, como quiera que las autorizaciones que se emitan deberán ejercitarse teniendo en cuenta como hilo conductor de toda la Ley, su voluntad, deseos y preferencias.

Se establece además que antes de otorgar una autorización, que puede ser para uno o varios actos, deberá verificarse su estricta necesidad, en los términos y requisitos adecuados a las circunstancias del caso. No podemos olvidar que lo que se quiere es que sea el discapacitado por sí mismo quien ejercite su capacidad jurídica.

Como mecanismos de control en el proceder del guardador la autoridad judicial cuenta con tres alternativas:

1. Acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.
2. Requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.
3. Exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

También prevé el nuevo ordenamiento civil, en su artículo 266, que el guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

Recuerdo cuando el tutor de este Trabajo Fin de Master, el Dr. AMAT LLOMBART, profesor de Derecho Civil de la Universidad Politécnica de Valencia, en su conferencia sobre figuras jurídicas, incluida la presente, mencionaba este particular al analizar la institución⁵⁶, me resultó muy llamativo

⁵⁶ El profesor Dr. AMAT LLOMBART, PABLO, explicaba las características de esta institución desde la situación fáctica que la generaba, las circunstancias de control judicial, y agregaba además un acápite especial a la imposibilidad de impugnar los actos del guardador cuando estos fueran en utilidad del protegido. Su criterio nos parece digno de desarrollo legal, es compartido por parte de la doctrina, y

ya que en mi país de origen, Cuba, nuestro ordenamiento jurídico no concibe ningún tipo de retribución o reembolso para el guardador.

Por último se regulan las causas de extinción de la guarda de hecho: por solicitud del discapacitado, desistimiento del guardador, porque hubieran desaparecido las causas que la motivaron o por decisión judicial.

En esencia, se trata de una figura que no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, pero que esta ley desarrolla como medida de apoyo eficaz ante determinadas circunstancias. Es una medida que respalda, considero que contribuye al reconocimiento de una institución que se encuentra bien arraigada en la sociedad española, y dota a los guardadores de legitimación para realizar actos jurídicos dentro de sus funciones con una cierta agilidad. Siempre con el control que se precisa, a fin de cuentas son ellos quienes más tiempo están con las personas que precisan de ayuda y se encuentran en mejores condiciones para saber cómo procedería el discapacitado en cada caso.

6.2 La curatela, más allá de un cambio de terminología

“Tan contrario a la Convención es abusar del sistema de representación, como no recurrir a él cuando sea necesario, porque «el apoyo» es la finalidad perseguida, no la medida en sí; de ahí que ese apoyo en alguna ocasión exige una intervención mínima mientras que en otros casos necesita de la representación porque es la única vía para la persona”⁵⁷.

Sin dudas es la representación y su alcance el mayor acertijo que impone la Convención. Mientras en algunos casos son posibles medidas de apoyo que no subroguen la capacidad jurídica del discapacitado, en otras ocasiones esto no resulta posible, y en consecuencia es necesario acudir a la representación, siendo la curatela la principal medida diseñada en este sentido.

lamentablemente no encontró respaldo dentro del articulado propio de la institución, por lo que le serían aplicable las formas generales de impugnación de actos comprendidas dentro del ordenamiento civil.

⁵⁷ PEREÑA VICENTE, M. (2014) “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa” Revista de Derecho Privado, Núm. 4, páginas 9 – 10.

La palabra curatela proviene del latín *cura* que significaba cuidado u ocupación. De ella derivó el verbo *curare* (cuidar de, proteger, ocuparse de) que dio origen a la curatela. Como concepto jurídico se define del siguiente modo:

“Medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, constituida mediante resolución motivada por la autoridad judicial cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”⁵⁸.

Precisamente este concepto recoge tres de los principios de la reforma. Se reconoce como medida de apoyo, se declara por autoridad judicial y se trata de una medida subsidiaria de las voluntarias, aunque para parte de la doctrina, como por ejemplo el catedrático de derecho civil de la Universidad de Islas Baleares MUNAR BERNAT, estos principios podrían desarrollarse en cuatro puntos: la necesidad, temporalidad, proporcionalidad y personalización de la medida⁵⁹.

La curatela no es una medida nueva, existe en la legislación civil desde tiempos inmemoriales. Sus primeras referencia en el derecho español se remontan a Las Partidas, específicamente a la partida sexta, dedicada a los tutores del siglos XV⁶⁰. Se trata de una institución muy vinculada a la tutela desde sus orígenes. Sin embargo, pese a la diversidad de definiciones con grandes similitudes, la doctrina tendía a marcar la principal diferencia precisamente en concebir la curatela como una medida destinada a complementar la capacidad de obrar, mientras que se identificaba a la tutela con la incapacidad total y la plena necesidad de representación.

Como hemos visto, a raíz de la proclama de la Convención comienza a desterrarse la idea de la incapacitación judicial, muy enraizada en los ordenamientos jurídicos tradicionales, y se imponía la necesidad de encontrar soluciones que cumplieran con el doble propósito de servir de apoyo en el

⁵⁸ Definición del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.

⁵⁹ MUNAR BERNAT, P. A. (2018) “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad” Revista de Derecho Civil, volumen V, número 3, página 132-133.

⁶⁰ PESET REIG, M. (2008) “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español” Revista Critica de Derecho Inmobiliario, número 483, página 304.

complemento de la capacidad jurídica sin que significara una privación total de la misma.

Siendo así, la Ley 8/2021 suprime la incapacitación y la consecuente asignación de tutor para las discapacidades cognitivas más severas, y en su lugar reconfigura la curatela y la diseña como una medida de apoyo eficaz para estos casos, con carácter temporal, revisable por ley y sometida a mecanismos de control bien estrictos.

Como principio general se ratifica una vez más el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado y a su autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica.

El artículo 268 del Código Civil establece una proporcionalidad entre la medida de apoyo, reflejada en el alcance de la curatela, y las necesidades del protegido. Se introduce un término de revisión periódica de tres años, que de modo muy justificado podrá ser extendido a seis, y se fija además la revisión judicial ante cualquier cambio en la situación del discapacitado que pueda requerir de una modificación.

El artículo 269 funda la constitución de la curatela en una resolución motivada y emitida por la autoridad judicial competente, en este caso el juzgado de primera instancia correspondiente al domicilio donde resida el discapacitado. El cauce procesal se seguirá acorde a lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, artículo 42 bis.

La resolución que disponga la curatela debe fijar correctamente su alcance, partiendo de las necesidades concretas de apoyo. La lectura del artículo 269 refuerza la subordinación de la curatela a las medidas voluntarias. Solo se constituirá cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

Por otra parte, también se establece en el propio artículo el carácter primordialmente asistencial en el ejercicio de la capacidad jurídica, y vuelve a admitir que se permite la representación para casos excepcionales, en los que resulte imprescindible por las circunstancias del discapacitado.

Aquí se introduce una modificación sustancial. La autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, eliminando de esta forma la posibilidad de una curatela abierta con representación para la totalidad de actos, lo que vendría siendo como la tutela antes de la modificación del Código Civil. Se añade, además, reformando la idea anterior, que la resolución en ningún caso podrá incluir la mera privación de derechos.

No obstante queda claro que la curatela sí puede abarcar una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica. Así lo indica expresamente el artículo 288, con la salvedad de que deben especificarse las circunstancias y características fundamentales de los mismos.

6.2.1 Reglas generales para el nombramiento del curador

La función de curador podrá ser desempeñada tanto por personas naturales como jurídicas⁶¹, estableciéndose determinados requisitos para cada caso. En cuanto a las personas naturales se exige que sean mayores de edad, y que se encuentren aptos para el ejercicio de esta función, teniendo en cuenta el criterio de la autoridad competente. Como quiera que existe la posibilidad de fijar en una autocuratela las preferencias en el nombramiento del curador y la exclusión de determinadas personas, como ya vimos, estas disposiciones resultan vinculantes para la autoridad, y en consecuencia no podrán ser curadores en primer orden los excluidos por quien precise de apoyo.

Estos requisitos de aptitud descartan a quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección; y a quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. Igualmente no podrán desempeñar esta función, salvo casos muy

⁶¹ Sobre la posibilidad de que personas jurídicas asuman esta función, si bien no era práctica común, cabe señalar que la inmensa mayoría de los países europeos han incorporado esta opción en sus ordenamientos jurídicos al momento de adaptarlos a la Convención, como lo ha hecho España. Solo encontramos opuesto a este criterio el llamativo caso de Suiza, donde solo el beneficiario puede proponer a una persona jurídica para el desempeño de estas funciones, en el resto de los casos quedará reservado a personas naturales.

excepcionales, los condenados por delitos que hagan suponer que no cumplirá, correctamente con sus funciones y los que presenten conflictos de interés con el discapacitado. Quedan finalmente excluidos el administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal y a quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona, estos 2 últimos casos menos frecuentes.

Para las personas jurídicas se fijan 2 límites esenciales. Solo podrá tratarse de fundaciones y demás entidades sin ánimo de lucro, y deberá figurar entre los fines de la entidad la promoción de la autonomía y la asistencia a las personas con discapacidad. Estos límites solo se establecen en la legislación española, no encontramos ningún antecedente similar en los ordenamientos europeos, donde por el contrario se han fomentado incluso entidades dedicadas a esta actividad de modo profesional. En tal sentido nuestro criterio es que no debieron fijarse estos límites, pues con los mecanismos de control correctos, es posible el desempeño de la función de curador por entidades que no precisamente tengan la filantropía como principio.

En defecto de una disposición expresa en cuanto a la designación del curador, la nueva ley establece un orden de preferencia a tener en cuenta por la autoridad. Así el artículo 276 ordena:

1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.

2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.

No obstante el propio artículo fija dos posibles excepciones al cumplimiento de este orden, en ambos casos ratificando a la voluntad y preferencias del discapacitado como principio ordenador de toda la reforma. De este modo se puede variar el orden teniendo en cuenta el criterio del discapacitado, que deberá ser escuchado antes del nombramiento del curador. La otra opción es para casos en que la autoridad no pueda saber por el propio discapacitado cuál es su voluntad, y considera que debe variarse el orden a los efectos de nombrar a la persona más idónea para comprender cuál sería la voluntad de quien precisa de apoyos, y en consecuencia actuar de conformidad con la misma.

Otra posibilidad incorporada es la opción de nombrar varios curadores, e incluso separar sus funciones, de forma tal que uno se encargue del cuidado de la persona y otro actúe como curador de sus bienes. Para estos casos igualmente deberá fijarse el funcionamiento de cada figura y el alcance de la actuación de cada prestador de apoyo.

6.2.2 *Retribución del curador*

Como mencionamos al analizar la figura de la guarda de hecho, el artículo 266 prevé que el guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo. Sin embargo no establece la Ley una posible retribución al guardador por sus funciones e igual ocurre en el caso del defensor judicial.

Quizá se trate de una omisión involuntaria, pues ciertamente las características propias y la regulación de cada figura perfectamente admitirían una retribución. En el caso del guardador de hecho, siendo una figura que solo conlleva el reconocimiento judicial para actos de representación, nada impide que en el ámbito extrajudicial, y por voluntad del discapacitado se fije una

retribución. Téngase en cuenta además que el sentido de la ley es respetar precisamente esta voluntad. En consecuencia, difícilmente lo que disponga el discapacitado en plenitud de facultades, sea revocado por la autoridad, salvo casos extremos.

Pero en la curatela, el artículo 281 sí se pronuncia directamente estableciendo que el curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, y agrega, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

En nuestro criterio resulta un poco contradictorio, no solo porque resulta llamativo que solo se fije para la curatela y no para las restantes medidas de apoyo, sino porque además se regula en sentido distinto a la prohibición del ánimo de lucro que se estableció para las personas jurídicas que de este modo podrían recibir una retribución.

El nuevo ordenamiento incluso va más allá. Menciona la retribución como un derecho, con todo el alcance que la palabra conlleva. Se sobrepasa la simple posibilidad de que se disponga o no como una opción, y el límite estaría únicamente en el patrimonio del discapacitado y en la posibilidad real de asumir dicha retribución.

Precisamente una de las modificaciones con respecto a la ley anterior viene dada en que se eliminan los límites en los que se recomendaba encuadrar el total de la cantidad retribuida, que se fijaban conforme a unos baremos que iban del 4 al 20 por ciento del rendimiento líquido de los bienes del sujeto sometido a tutela. Ahora corresponde al juez el encargo de fijar la cuantía y el modo de percibirla, atendiendo al trabajo a desempeñar y al valor y rentabilidad de los bienes de la persona asistida.

Incluso si el discapacitado, en plenitud de condiciones, dispone una retribución determinada, pero luego no está en condiciones de modificarla, y su patrimonio no puede sostenerla, igualmente la autoridad judicial podría ordenar la modificación en franca protección de sus intereses. Primaría el principio de

respeto a su voluntad, pero también debe tenerse en cuenta la obligación protectora estatal que subyace ante la especial desprotección que pueden sufrir estas personas.

El razonamiento doctrinal de SANCHO GALLARDO ratifica la idea anterior:

“En lo relativo a la remuneración de quien asista a la persona en virtud de la aplicación de medidas voluntarias, y siguiendo la argumentación sostenida en cuanto a la asunción de gastos y al espíritu de la reforma, la voluntad de quien establece dichas medidas ha de tomarse como prioritaria a la hora de fijar o no la retribución por el ejercicio de las funciones establecidas. Hemos de destacar que en estos casos la voluntad se ha establecido por una persona con pleno ejercicio en cuanto a su capacidad jurídica. Si se ha fijado una cuantía a asumir por su patrimonio debe respetarse esta voluntad, siempre que el patrimonio del sujeto pueda soportar el pago. En caso de que haya cambiado la situación patrimonial y la retribución suponga un grave perjuicio para el patrimonio que la asume consideramos que deberá ajustarse a través de la vía judicial”⁶².

Por último señalar que se conciben dos conceptos de pagos diferentes: estaría el derecho a retribución y el derecho al reembolso de los gastos, con distintos contenidos aun cuando se regulan en el mismo artículo.

Para DÍAZ PARDO, profesora titular de derecho civil de la Universidad Rey Juan Carlos:

“Efectivamente, son dos tipos de pagos distintos, tal y como nosotros los estamos tratando en estas líneas. En un caso, en el derecho a retribución, se trata de pagar al curador, o por analogía al cargo que corresponda, por la labor que realiza, por su gestión, su tiempo y su dedicación, mientras

⁶² SANCHO GARGALLO, I. (2022) “El juez en el nuevo sistema de apoyos” Tirant lo Blanch, Valencia, página 81-83.

que, de tratarse del reembolso de los gastos, lo que se estará abonando son las cantidades satisfechas para desempeñar adecuadamente cada función”⁶³.

Sobre estos últimos son claros los límites para su repercusión en el patrimonio del curatelado. La reforma introduce un cambio en cuanto el concepto para autorizar el pago. Si bien en la normativa anterior se establecía el reembolso de los gastos considerados como “necesarios”, ahora el requisito para su devolución es que sean “justificados”. A nuestro juicio se trata de una modificación atinada.

De este modo quedarán excluidos todos los gastos que no redunden en un beneficio para el sujeto, además de aquellos que no puedan ser asumidos por su patrimonio.

Para la profesora DÍAZ PARDO la modificación es muy acertada, su criterio es el siguiente:

“Con ello, independientemente de que se trate de gastos habituales, ordinarios y «necesarios» para el ejercicio de la función, o de gastos que revistan un carácter «extraordinario», siempre que su desembolso se justifique, serán incluidos en este concepto. El cambio de redacción entendemos que clarifica la cuestión y evita las dudas que pudieran suscitarse”⁶⁴.

6.2.3 Funcionamiento de la curatela

El correcto ejercicio de la curatela, exige de determinadas normas de funcionamiento que la propia ley regula en la sección III, del Capítulo IV, del Título XI del Código Civil.

Se trata de una serie de requisitos, algunos de los cuales son puramente formales, como por ejemplo la toma de posesión ante el letrado de la

⁶³ DÍAZ PARDO, G. (2022) “Retribución y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal”. Revista de Derecho Civil volumen IX, número 1, página 120.

⁶⁴ Idem.

administración de justicia, o la obligación de mantener contacto personal con el discapacitado, algo que resulta a nuestro juicio imprescindible para el correcto cumplimiento de sus funciones.

La idea de 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, vuelve a ratificar una vez más el objetivo principal de la reforma, incluso se refuerza con dos criterios novedosos. Se exige que procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y que fomentará sus aptitudes de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

Como señala PEREÑA VICENTE:

“Para que ello sea posible hay que recurrir a conceptos extrajurídicos como la empatía, la aptitud caracterizada por un esfuerzo de comprensión del otro, de sus sentimientos y de sus emociones, excluyendo toda implicación afectiva o juicio moral”⁶⁵.

Luego se recogen cláusulas para casos de excepcionalidad como podrían ser impedimento transitorio del curador en el ejercicio de sus funciones o un conflicto provisional de intereses. En ambos casos la solución legal sería el nombramiento de un defensor judicial, figura que veremos más adelante, o en caso de que existan varios curadores, la designación de quien se encuentre en mejores condiciones para asumir la función. Siempre se exige además tener en cuenta el criterio del propio curatelado.

Para casos extremos en que esta situación perdure en el tiempo de modo ostensiblemente prolongado o se vuelva irreversible, entonces podría reordenarse la curatela y nombrar un nuevo curador.

Como quiera que se trata además de una figura que puede en ocasiones tener un fuerte contenido de administración patrimonial, se imponían

⁶⁵ PEREÑA VICENTE, M. (2014) “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa” Revista de Derecho Privado, número 4, página 32.

mecanismos de control económico que quedaron fijados en los artículos 284 al 287.

En primer lugar, se fijó la posibilidad de exigir una fianza al curador para garantizar el correcto ejercicio de sus funciones administrativas. Dicha medida será regulada por la autoridad judicial, que fijará su cuantía y podrá modificarla en cualquier momento acorde a las características del caso concreto.

Como segundo mecanismo de control se estableció la obligación de hacer inventario del patrimonio del discapacitado, cuando se cuente con facultades representativas. Dicho inventario tiene un término de 60 días para hacerse luego de asumir el cargo, y se formará ante el letrado de la administración de justicia quien pudiera citar a este acto a las personas que estime pertinente.

El propio artículo 285, que contiene el mandato anterior, incluye una tercera provisión de seguridad: la posibilidad de que el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador sean depositados en un establecimiento destinado a este efecto.

La última provisión de seguridad se encuentra regulada en el artículo 287, y es aplicable igualmente a la guarda de hecho por remisión expresa de la Ley⁶⁶. Se trata de la exigencia de autorización judicial para la realización de determinados actos de representación, que en la mayoría de ellos por su relevante significado patrimonial el legislador dotó de un especial cuidado.

De esta forma se requerirá especial autorización para:

“1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.”

⁶⁶ El artículo 264 de la guarda de hecho establece “En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287”.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución

judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria⁶⁷.

Véase que se intenta exonerar de autorización a los asuntos de escasa cuantía, e incluso el apartado primero, donde la toma de decisiones no necesariamente guarda un contenido patrimonial, sino que puede estar relacionada con actos personales o familiares se exige autorización para los considerados “trascendentales”.

Más allá del margen a las interpretaciones subjetivas a las que puede prestarse el artículo, entendemos que el legislador persigue equiparar la responsabilidad de cuidado que se delega en la autoridad, con la viabilidad del proceder cotidiano de la figura del curador, puesto que resultaría en extremo complicado estar constantemente solicitando autorizaciones en todo lo vinculado al funcionamiento de la curatela.

Caso especial es el previsto en el artículo 289, relativo a la partición de herencia o la división de cosa común. Es interesante que en estos casos no se requiera autorización judicial sino que una vez practicada se someterá a la aprobación judicial, independientemente de que el apoyo lo brinde un curador o se hubiere nombrado defensor judicial para este acto. Resulta cuando menos difícil de comprender que se permita realizar la división para luego someterla a revisión, ya que en los casos de que no se apruebe, entonces tendría que dejarse sin efecto y volver a practicarse, suponemos que siguiendo las recomendaciones que se realicen por la autoridad hasta que se logre su autorización final.

⁶⁷ Artículo 287 del Código Civil, que por su importancia transcribimos cada punto.

6.2.4 Extinción de la curatela

El ordenamiento en estudio ha escogido un sistema de extinción de la curatela que se limita a tres supuestos, la muerte o declaración de presunción de muerte del tutelado, la adopción de otra medida de apoyo más adecuada, o el hecho de que ya no sean necesarios los apoyos, estos dos últimos casos mediante resolución judicial acorde a lo previsto en el artículo 291.

La primera causa no admite discusión alguna, puesto que ante el fallecimiento del discapacitado, de manera automática desaparecerían sus apoyos. Se trata de una causa de extinción de pleno derecho.

Respecto a los dos casos restantes, somos del criterio de que aglutinan todas las situaciones que pudieran generar la extinción de la curatela, aunque algunos estudiosos como MARTÍNEZ PUJALTE consideran que:

“la legislación procesal deberá establecer que la oposición de la persona con discapacidad a la constitución de la curatela pone fin al procedimiento judicial de provisión de apoyos. Asimismo, y en concordancia con estas disposiciones, debe incluirse también como causa de extinción de la curatela la solicitud de la persona con discapacidad de poner fin a la misma”⁶⁸.

Nos parece que la solicitud del discapacitado de poner fin a la curatela puede ser una muestra de que ya no precisa de apoyos, y por ende se encaminaría a través de esta causa. No obstante la solicitud debe valorarse por la autoridad de conjunto con otros elementos que garanticen que ya no se precisa del apoyo. Por ende se discrepa del criterio del profesor MARTÍNEZ PUJALTE.

Una vez extinguida la curatela se regula en el nuevo ordenamiento la obligación por el curador saliente de rendir cuentas de su administración ante la

⁶⁸ MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. (2020) “A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo” Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, fecha de publicación 15/06/2020, página 19.

autoridad competente, dentro de un período de tres meses, prorrogables en caso de causa justificada.

Antes de resolver sobre la aprobación de las cuentas, la autoridad tendrá en cuenta el criterio del discapacitado o de sus herederos en caso de fallecimiento, así como del nuevo curador de haberse nombrado. Los gastos para la rendición de las cuentas correrán a cargo del patrimonio de quien precisó de apoyos.

La ley deja sentado que la aprobación de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones legales que considere oportunas el discapacitado, sus herederos o el curador cesado, quien deberá responder de los daños que hubiere causado a quien le presto apoyo por negligencia o culpa.

6.3 El defensor de judicial como medida de apoyo para los discapacitados: entre lo ya establecido y lo novedoso

La figura del defensor judicial aparece en el ordenamiento español desde la primera edición del Código Civil en 1889, incorporada en el artículo 165⁶⁹. En sus inicios se concibió exclusivamente como un mecanismo de defensa de los menores ante posibles conflictos de intereses con sus padres, y así se mantuvo hasta 1983, cuando en la reforma del Código Civil, por el artículo 215 se amplían las figuras de guarda de los discapacitados. Hasta ese momento solo existía la tutela, y se introducen la curatela y el defensor judicial.

Siempre se consideró una institución de carácter sustitutivo y transitorio, y en cierto modo es una concepción que perdura hasta nuestros días, aunque con algunos matices que veremos más adelante.

La reforma de 1983, a tono con las legislaciones de la época, exigía que el actuar del defensor debiera regirse en favor del principio de interés y beneficio del menor o discapacitado, y solo la modificación legislativa en estudio ha logrado desde entonces remover los cimientos de la institución, ampliando sus

⁶⁹ “Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. El Juez, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño.”

posibilidades de actuación, pero sobre todo subordinándola al respeto absoluto a la voluntad, deseos y preferencias de quien precise de apoyos. También debemos resaltar que en este caso la ley prefirió separar las figuras del defensor judicial para menores y el previsto como medida de apoyo para los discapacitados, siendo estos últimos el centro de nuestro trabajo.

Así tenemos que el artículo 295 de la Ley 8/2021 establece cinco casos en los que se nombrará defensor judicial, a saber:

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

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

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

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

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

El apartado segundo mantiene la causa histórica de esta figura, los casos en que exista conflicto de intereses entre el discapacitado y la persona a quien preste apoyos, pudiera ser un guardador de hecho o un curador.

Los apartados 1, 3 y 4, por su parte, se refieren a circunstancias transitorias, cuando la autoridad considere que se precisa de un apoyo concreto y no existe quien lo brinde, bien porque se inició el proceso de provisión de apoyos pero aún no se ha nombrado un guardador o curador, o bien porque el ya nombrado

no puede cumplir con sus funciones en ese momento o en un último caso porque este alegó alguna excusa.

Por su parte el apartado quinto sí constituye una novedad legislativa. Llamativamente se trata de una modificación que no estuvo exenta de debate, puesto que el Consejo Fiscal, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, se opusieron a su introducción y lograron incluso eliminarla del proyecto enviado al Congreso, siendo el Senado quien finalmente aceptó la inclusión quedando incorporada de forma definitiva⁷⁰.

Su redacción, a nuestro juicio, resulta bastante ambigua, al referirse a términos aparentemente contradictorios como “ocasional” y “recurrente” dentro de la misma figura.

Tal vez la explicación a esta configuración se debe al afán de diferenciarla de la curatela y resaltar su posible autonomía. Así si el apoyo precisado es estable y continuado en el tiempo, procedería disponer una curatela, y es si es ocasional, aunque recurrente, se designaría un defensor judicial. Será la práctica, como criterio valorativo de la verdad, quien dicte la última palabra y el uso que se le dé a la institución al amparo en esta causa.

Ya lo reseñaba así el profesor SÁNCHEZ VENTURA:

“En su regulación precedente, el defensor judicial ha venido caracterizado tradicionalmente por dos notas fundamentales: su transitoriedad –pues su intervención estaba prevista para supuestos específicos y se encontraba limitada en el tiempo– y su subsidiariedad –dado que, más allá de tratarse de una institución autónoma, venía a cumplir en exclusiva una función supletoria de otros regímenes de guarda, tales como la tutela o la curatela”⁷¹.

⁷⁰ MARTÍN AZCANO, E. M. (2022) “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en AA.VV. (PEREÑA VICENTE, M., Dir.): El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, páginas. 285-286.

⁷¹ SÁNCHEZ VENTURA MORER I. (2019) “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses” en AA.VV. (DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO,

De momento van apareciendo sentencias donde se aplica la nueva legislación y se exige el nombramiento de defensor judicial. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo Español 472/2021, de 30 de junio de 2021⁷².

Por su parte los artículos 296 y 297 fijan reglas generales para el funcionamiento de este modo de apoyo. Conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de quien precise auxilio en el ejercicio de su capacidad jurídica, se atribuye como una obligación del defensor judicial. De hecho ya previamente en el último párrafo del 295 se había dispuesto que la autoridad judicial nombrara a quien esté en mejores condiciones de cumplir con este mandato.

Las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador también serán aplicables a esta figura, y en cumplimiento de su carácter subsidiario, que de cierto modo subyace de fondo, no se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona y en defecto de uno, otro pueda asumir el cuidado, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento.

Por último resaltar que dado el carácter menos invasivo de la figura del defensor judicial con respecto a la curatela, pensamos que es mucho más recomendable su adopción cuando las circunstancias del caso lo ameriten y se puedan encausar a través de uno de los supuestos recogidos en el artículo 295, sobre todo teniendo en cuenta la introducción de la causa quinta, que bien empleada puede darle mucha más utilidad a esta figura que la que hasta el momento se le ha otorgado.

M. V Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, página 272.

⁷² Estima un recurso extraordinario de infracción procesal por vulneración del artículo 24 CE, puesto que, pese a constar desde los inicios del proceso que se había dictado una sentencia en la que se limitaba de una manera considerable la capacidad de obrar de una de las codemandadas y se nombraba curadora a su madre (otra de las codemandadas), ello no hizo que se suspendiera el curso del proceso, no se comunicó tal circunstancia al Ministerio Fiscal, ni tampoco se le nombró a la codemandada con la capacidad limitada un defensor judicial que velase por sus intereses, lo que era completamente necesario dada la existencia de intereses contrapuestos entre ésta y su madre.

7. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos podido realizar un análisis general de las problemáticas de los discapacitados, y el impacto que ha tenido en este sector la aprobación de la Ley 8/2021 con su reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a los discapacitados en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Reconocemos que el periodo de vigencia de la nueva legislación aun no permite estudiar con profundidad sus resultados, y por ende, nos basamos en el estudio de lo legislado, sobre todo en lo relativo a las medidas de apoyo, para arribar a conclusiones.

Partimos de la seguridad de que todo lo que se haga con el proposito de un reconocimiento de derechos en favor de quien estuviera privado de los mismos es una obra de bien, perfectible como toda construcción humana, pero al menos en este caso cargada de buenas intenciones.

Teniendo en cuenta el estudio realizado de la normativa legal Internacional, de la mencionada Ley 8/2021, y específicamente de las medidas de apoyo vigentes para los discapacitados en el ejercicio de su capacidad jurídica, arribamos a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La legislación internacional relacionada con las personas que padecen alguna discapacidad ha ido evolucionando en el sentido de no solo reconocer los derechos que como seres humanos tienen, sino además se ha propuesto crear un sistema que les permita ejercitarlos por sí mismos.

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, promulgada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, resultó un hito para la humanidad. Su proclama de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, en todos los aspectos de la vida, obligó a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a estas personas el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

España estuvo entre los primeros países en ratificar la convención, lo que se materializó el 23 de noviembre de 2007. Sin embargo tardó demasiado tiempo en adaptar su legislación interna al espíritu de la misma. La Ley 8/2021 no hizo más que venir a cumplir con la obligación contraída más de diez años antes, puesto que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, supuesta adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, no modificó en modo alguno el sistema operante hasta ese momento.

SEGUNDA: La Ley 8/2021, con su reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a los discapacitados en el ejercicio de su capacidad jurídica, contiene una serie de logros que las personas con discapacidad se merecían. La eliminación de la incapacitación judicial puede considerarse una de las principales modificaciones y de las más discutidas por los estudiosos de la Ley.

Con la modificación del Código Civil desaparece la dicotomía conceptual entre capacidad jurídica y capacidad de obrar contenida en el anterior artículo 199. La interpretación acogida recientemente promulga que la capacidad jurídica engloba la capacidad de obrar, salvo en el caso de los menores, y así debe entenderse con respecto a quienes presenten discapacidades cognitivas, suprimiendo su discriminación por este motivo.

Nuestro criterio es que se trata de una medida justa e imprescindible si queremos alcanzar la integración plena de los discapacitados. El sistema que operaba antes de la implementación de la Ley sin dudas discriminaba a estas personas. Si bien se les reconocían derechos, al incapacitarlos se les privaba de poder ejercitarlos por sí mismos. Este actuar incumplía con lo dispuesto en la Convención Internacional ratificada por España y además con los planes de acción que para este sector poblacional se habían dispuesto por la Unión Europea.

Si bien es innegable que al existir disimiles niveles de discapacidad, en casos extremos será imprescindible recurrir a la representación para determinadas acciones, estas se incluyen ahora como medidas de apoyo y la Ley fija sus mecanismos de funcionamiento y control. En ningún caso se permite la privación de derechos, independientemente de las condiciones

físicas en que se encuentre el discapacitado, lo que constituye un gran paso de avance.

TERCERA: La configuración legal actual de las medidas de apoyo a los discapacitados en el ejercicio de su capacidad jurídica, está diseñada sobre principios que modifican plenamente su funcionamiento anterior.

Este apoyo engloba todo tipo de actuaciones: el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas cuando las circunstancias no admitan otra vía que la representación. Sin embargo en todos los casos el eje central de los apoyos será la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, y no la defensa paternalista de sus intereses que antes predominaba. Esto no significa que se eliminen los mecanismos necesarios para garantizar también su protección en los casos necesarios. Por el contrario, el estudio realizado denota que se han reforzado los mismos, si bien desde una posición menos invasiva.

El principio de respeto de la voluntad de quien precise apoyos, ordena las medidas que la Ley reconoce en su texto, de forma tal que se preferirán las medidas tomadas directamente por el propio necesitado, a saber, los poderes y mandatos preventivos, así como la autotutela de ser necesaria. Quedarían en un segundo orden la guarda de hecho que no requiera intervención judicial, y por último la tutela y el defensor judicial.

Somos del criterio que se trata de un cambio que va requerir tiempo para asimilarse correctamente, puesto que debemos empezar por cambiar la mentalidad que sobre el tema se tiene dentro de los propios operadores del derecho. Reconocemos que puede ser difícil entender las preferencias de un discapacitado, así como las de cualquier persona, puesto que se trata de decisiones que muchas veces tendrán una gran parte de subjetividad, pero debemos acostumbrarnos no solo a entenderlas, sino además a respetarlas y hacerlas valer, que en definitiva es el objetivo central de la Ley.

CUARTA: Las medidas voluntarias de apoyo reconocidas recientemente gozan de una configuración novedosa que actualiza los procedimientos

preestablecidos. Los poderes preventivos se regulan de manera independiente por primera vez. Hasta ahora una de las causas de invalidez de un poder era la incapacitación judicial del poderdante. Ahora la incapacitación ha desaparecido, siendo precisamente el objetivo central de estos poderes delegar facultades de actuación para casos en los que se precise de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Se trata de una posibilidad muy valiosa, que puede ejercitarse de dos formas: otorgando poder que surta efecto desde su emisión y que mantenga su validez en caso de precisar de apoyos futuros para el ejercicio de la capacidad jurídica, o bien señalando que el poder solo surtirá efectos ante situaciones de discapacidad extrema.

Una de las principales ventajas que apreciamos en esta figura, es que correspondería al apoderado acreditar la situación de necesidad de apoyo del poderdante para poder comenzar a hacer uso del poder si fue otorgado con este propósito. La ley señala que las reglas de calificación de esta situación de hecho serán determinadas por el propio poderdante. Sin embargo, ante la inexistencia de pronunciamientos en este sentido se levantará acta notarial con los criterios del apoderado y a esta se anexará un informe pericial.

Consideramos que se trata de un proceso concebido para realizarse de manera natural, sin que se requiera de intervención judicial, lo que constituye un logro. Estos instrumentos, como el resto de las medidas de apoyo, pueden diseñarse como un traje a medida confeccionado por el propio discapacitado, donde es posible incluir todo tipo de previsiones, ya sean de carácter funcional, con determinación de actuaciones, provisión de métodos de control o cualquier otra circunstancia que se considere oportuna.

También se incluye como medida voluntaria la autoguarda, con la diferencia principal de que en este caso sí se requiere de intervención judicial. Pero ante la necesidad extraordinaria de recurrir a un curador que asuma determinadas actuaciones de representación, se atenderá a lo dispuesto por el discapacitado en materia de autoguarda, y estas serán la reglas que ordenen el nombramiento del curador, el funcionamiento y alcance de la guarda, sus

mecanismos de control, o cualquier otra circunstancia que se pueda prever por quien requiera acudir a este tipo de apoyo.

QUINTA: La guarda de hecho se ha reformado en aras de facilitar un reconocimiento institucional que hasta el momento no tenía. En lo personal, creemos que es la institución a la que más uso debe darse, ya que por una parte el guardador común y cotidiano, al estar más cerca del discapacitado, está en mejores condiciones de interpretarlo.

Por otro lado, es una institución que no necesita de intervención judicial y puede funcionar correctamente sin necesidad de formalizarla. De hecho, como su nombre lo indica, se concibe para funcionar así, con carácter informal. La salvedad estaría en los casos en que se requiera asumir funciones representativas, lo que hasta el momento no resultaba posible a través de una guarda de hecho y era imprescindible iniciar un proceso de incapacitación y constitución de la tutela. Sin embargo, con las modificaciones operadas en el Código Civil, el guardador de hecho puede solicitar de la autoridad una autorización de representación para actos concretos y en lo restante continuar cumpliendo con sus apoyos sin mayor intervención externa.

Quizás la crítica que con más fuerza recibe la guarda de hecho es que ante el posible aumento en la solicitud de autorizaciones, los trámites burocráticos para conseguirlas se tornen demasiado dilatados en el tiempo y afecten a su normal funcionamiento. Es una preocupación que se comparte, pero que consideramos en cierto modo un mal necesario, ya que cualquier otra medida de apoyo igualmente requerirá de autorizaciones para acciones de representación, y en consecuencia pensamos que debe darse mayor uso a la menos invasiva. En tal sentido consideramos un logro de la reforma que se otorgue a la guarda de hecho toda la importancia práctica que la misma tiene.

SEXTA: Uno de los ejes más controvertidos de la reforma, que ha generado un debate campal, es la nueva concepción de la curatela, sustituyendo a la tutela histórica, para los casos más extremos en que resulte imprescindible acudir a la representación. Consideramos que aún no existe todo el conocimiento necesario sobre el alcance de las modificaciones introducidas en este sentido. Si bien muchos operadores del derecho alegan que la

operatividad de la tutela resultaba más favorable ante casos extremos, lo cierto es que su funcionamiento anterior con carácter permanente y alcance total, contradice el espíritu de la Convención. Somos del criterio que la curatela actual es mucho más atinada y respetuosa con los derechos de los discapacitados.

A diferencia de la tutela, la curatela se diseñará acorde a las necesidades concretas de la persona, y su validez se someterá a revisión judicial cada determinados períodos de tiempo, en sentido general cada tres años. Como novedad cabe resaltar que aun cuando exista un orden de prelación a los efectos del nombramiento, este puede variarse en aras de nombrar a quien se encuentre en mejores condiciones para interpretar la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, algo que constituye una novedad legislativa.

Resaltamos de modo muy positivo que se introdujera además la obligación del curador de mantener contacto personal con el discapacitado, ya que tal como se pretende que funcione la institución, resulta imposible interpretar voluntad y preferencias sin tener un contacto directo con quien se está apoyando.

Pensamos que la práctica judicial irá perfeccionando un modelo de curatela lo más apegado posible a las verdaderas preferencias de los discapacitados. Somos conscientes de que será un proceso de transformación paulatina, que debe llevarse adelante con la mirada puesta en transformar realmente la forma de apoyar. Ello exige el sumo cuidado de la autoridad en busca de no convertir una real modificación de contenido y funcionamiento, en solamente un cambio de denominación. Y sobre todo en permitir que se abuse de la curatela, cuando la ley deja claro que se recurrirá a ella cuando no existan otras medidas de apoyo que puedan aplicarse.

SÉPTIMA: Por último, finalizamos nuestro análisis haciendo referencia a las conclusiones relativas a la figura del defensor judicial. Somos del criterio que la nueva ley pretende que se dé mucho más uso a esta figura del que históricamente ha tenido. Dentro de las cinco causas reguladas para su nombramiento, las cuatro primeras mantienen su contenido transitorio y atemperado a casos donde existía o pudiera existir un conflicto de intereses. La

novedad mayor aparece en el apartado quinto y en el uso que en la práctica se le pueda dar a la nueva formulación.

Entendemos que la ambigüedad de usar los términos “ocasional aunque recurrente” puede generar dudas a la hora de disponer su nombramiento. No obstante, nuestro criterio es que el legislador entiende que es un apoyo viable para actuaciones muy concretas, en casos donde no existan otras medidas aprobadas y cuando la facultad representativa, por lo concreto del acto, aun cuando sea recurrente, no amerite la implementación de una curatela.

En sentido general, consideramos que estamos ante una modificación sumamente abarcadora y necesaria. Una legislación que parte de un ideal de justicia e igualdad admirable, pero que además se atreve a remover conceptos históricamente establecidos como el de la capacidad de obrar o la institución de la incapacidad y la tutela. Piensamos que es un tema para nada agotado, sino que por el contrario puede continuar desarrollándose a través de posteriores trabajos investigativos, donde incluso pueda ir valorándose el funcionamiento práctico de las modificaciones introducidas.

8. CRÍTICAS Y PROPUESTAS QUE PUDIERAN INCIDIR EN UN MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LAS MEDIDAS IMPLEMENTADAS

Como toda obra humana consideramos que las medidas implementadas en la reciente ley son susceptibles de mejoras, aun cuando entendemos que sus avances son realmente significativos. En primer orden es necesario eliminar trabas burocráticas que persisten en la tramitación de los asuntos, puesto que las instituciones aprobadas precisan de una dinámica en su funcionamiento que las haga efectivas.

Con la eliminación de la tutela ciertamente los trámites se multiplican, y en consecuencia, resulta necesario dotar a los juzgados con competencia en esta materia de los recursos humanos necesarios para resolver todas las solicitudes. Debe tenerse en cuenta además que la ley también aumentó los plazos de revisión de todos los apoyos a un término de 3 años, que aun cuando es posible aumentar a 6 años en algunos casos, sobrecarga el trabajo de los funcionarios.

Como segunda crítica consideramos que se hace un abuso de términos subjetivos en la redacción de la ley, dando margen a interpretaciones judiciales que bien pudieran alejarse del espíritu de la Convención. Términos como “trascendencia personal”, “bienes que sean de escasa relevancia económica” y “carecer de especial significado personal o familiar” entre otros, pueden generar apreciaciones incorrectas por parte de los juzgadores, en detrimento de la voluntad del discapacitado que debe ser el hilo conductor de todo el sistema de apoyo.

Para evitar esta problemática nuestra propuesta es que se sustituyan estos conceptos calificándolos correctamente. En las actuaciones que presenten un contenido patrimonial puede sustituirse la escasa relevancia económica por un baremo determinado. Consideramos que lo atinado sería vincularlo o bien a un 10 por ciento del capital del discapacitado o de sus ingresos mensuales. Ello evitaría una buena parte de las autorizaciones para acciones de representación que hoy se gestionan.

Mientras la trascendencia personal o familiar en nuestro criterio debería suprimirse, evitando la posibilidad de representación para estas acciones que solo debería ejercitar el discapacitado. No descartamos que puedan auxiliarse para ello de otros tipos de apoyos, pero que no sean de tipo representativo, pensamos por ejemplo en la tala de un árbol que el discapacitado sembró y en el que siempre se sentó a su sombra, o en la entrega en adopción de su mascota a otra familia. Somos del criterio que solo él podría dar una autorización para una acción de este tipo basado en el significado personal o familiar.

Entendemos así mismo que en el caso de la guarda de hecho podría admitirse la cesión de determinadas funciones representativas sin necesidad de acudir a los juzgados. Somos del criterio de que sería suficiente un acta notarial, o en última instancia, una mera comparecencia, para la autorización de estas funciones, siempre teniendo en consideración las características de los actos a realizar y los criterios del discapacitado y su guardador. No podemos obviar que se trata de una institución caracterizada por su operatividad, donde el legislador persigue que no se requiera de intervención judicial. Por ello nos inclinamos a proponer mecanismos más viables y menos burocráticos.

En cuanto a la curatela el principal temor es que se abuse de la institución y llegue a sustituir a la tutela en todos sus efectos. Para ello será fundamental el papel de jueces en cuanto a las facultades representativas que otorguen. Si bien muchos críticos de la ley, abogan por un mayor alcance de esta medida de apoyo, no podemos olvidar que la Observación general nº 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, señalaba a la tutela y la curatela como instituciones discriminatorias para las personas con discapacidad, apuntando la necesidad de superar estas medidas en pro de la igualdad ante la ley y la libre toma de las propias decisiones. Es cierto que no todos los casos son iguales, pero es claro el objetivo de buscar instituciones menos injerencistas en cuanto a la toma de decisiones de los discapacitados. Nos parece que, lejos de ampliar la curatela debemos continuar buscando fórmulas que limiten aún más su uso.

En tal sentido abogamos por un mayor desarrollo de figuras como el facilitador, un apoyo que la Ley reconoce pero que no desarrolla a cabalidad. Pensamos que pueden utilizarse facilitadores que trabajen de conjunto con los guardadores de hecho, curadores y defensores judiciales, en el afán de lograr que el discapacitado ejercite su capacidad jurídica por sí mismo siempre que esto sea posible.

Una opción en este sentido sería crear un grupo de facilitadores profesionales, con conocimientos de derecho y psicología, que puedan participar en la toma de decisiones de quien precise apoyo sustituyendo con su presencia la autorización judicial. Ello igualmente se revertiría en una significativa disminución de los trámites judiciales.

Señalar además que debe permitirse a las personas jurídicas, públicas o privadas, asumir la función de curador, sin que necesariamente tenga que tratarse de organizaciones filantrópicas. En nuestro criterio la ley presenta una contradicción en este sentido. Mientras el artículo 275 establece que solo podrán admitirse entidades sin ánimo de lucro, el artículo 281 por su parte afirma que el curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita. Como mencionamos en nuestro trabajo, no encontramos otro precedente legislativo que contenga esta prohibición, y pensamos que en futuras modificaciones legislativas debe eliminarse.

En cuanto a la figura de los poderes y mandatos preventivos, sugerimos la separación en títulos distintos de los poderes y los mandatos, como sucede con la autoguardatela. En buena técnica jurídica, se trata de figuras con vida propia más allá de sus similitudes. En el caso de los poderes sería factible instituir en el propio documento un encargado de controlar el actuar del apoderado, eximiendo de esta responsabilidad al juez, como una opción de evitar recurrir a la autoridad si esta fuera la voluntad del necesitado de apoyo.

Consideramos que sobre la marcha y con el paso del tiempo, podremos ir valorando con más profundidad el funcionamiento de la ley y enmendar cualquier deficiencia que vaya surgiendo. Por el momento, cabe afirmar que estamos ante un cuerpo legal con más luces que sombras, cargado de buenas

intenciones, y que dota a los discapacitados de las medidas de apoyo que pudieran requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU RIPOLLES M. S. (2008) “La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen”. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 10, núm. 20, página 70.

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (2010) “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, página 21.

Artículo “Hasta más de dos años de espera para el reconocimiento de la discapacidad en Andalucía”. *Eldiario.es* 23 de noviembre de 2021. https://www.eldiario.es/andalucia/anos-espera-reconocimiento-discapacidad-andalucia_1_8461860.html

BARIFFI F. J. (2009) “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU, hacia un Derecho de la Discapacidad”, *Aranzadi Thomson Reuters*, página 357.

CORTALÍ F. (1988). “La Ley 13/82 de la Integración Social de los Minusválidos”. *Servicios Sociales y Política Social*, 11-12, 80-89.

CUENCA GÓMEZ, P. (2012) “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, núm. 10, página 73.

DE LORENZO GARCÍA R. y PÉREZ BUENO L. C. (2007) “Tratado sobre Discapacidad” *Aranzadi Thomson Reuters*, página 18.

DÍAZ PARDO, G. (2022) “Retribución y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal”. *Revista de Derecho Civil volumen IX, número 1*, página 120.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. (2018) “La autotutela en el anteproyecto de ley sobre modificación del código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”. *Revista de Derecho Civil vol. V, núm. 3 julio-septiembre*, página 89

GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C. F. (2016) “Sobre el Concepto Jurídico de Persona con Discapacidad y la Noción de Apoyos Necesarios” *Revista Española de Discapacidad, Volumen 4 Número 2*, páginas 81-99

Guía de Prestaciones, para las personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de dependencia. Recursos Estatales y Autonómicos. Colección de Manuales y Guías, Serie Servicios Sociales. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) (2009).

Informe Olivenza 2020-2021 sobre la situación de la discapacidad en España, Observatorio Estatal de la Discapacidad. Página 122.

QUIROGA D. y LLANO J. C. (2021) “El mapa de la pobreza severa en España. El paisaje del abandono.” Publicaciones EAPN, página 21.

MARÍN CALERO, C. “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”, página 5.
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf)

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. (2020) “A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo” Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, fecha de publicación 15/06/2020, página 19.

MARTÍN AZCANO, E. M. (2022) “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en AA.VV. (PEREÑA VICENTE, M., Dir.): El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, páginas. 285-286.

MOLINO DE LA HOZ R. A. (2006) En presentación del libro “El modelo de la diversidad” de los autores PALACIOS A. y ROMANACH J. Diversitas, página 22.

MUNAR BERNAT, P. A. (2018) “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad” Revista de Derecho Civil, volumen V, número 3, página 132-133.

Nota de Prensa del Instituto Nacional de Estadísticas, “El empleo de las personas con discapacidad 2020”, publicado el 15 de diciembre de 2021. Web https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf Consultado 26/8/2022.

PALACIOS RIZZO, A. (2008) “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” CERMI, Madrid, página 45.

PAU PADRÓN, A. (2018) “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil” Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 julio-septiembre, página 23

PEREÑA VICENTE, M. (2018) “La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley” Revista de Derecho Civil, Volumen 5, No. 3, página 68

PEREÑA VICENTE, M. (2014) “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa” Revista de Derecho Privado, Núm. 4, páginas 9 – 10

PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R. (2016) “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia” Cinca, Madrid, página 144

PESET REIG, M. (2008) “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español” Revista Critica de Derecho Inmobiliario, número 483, página 304.

PETIT SANCHEZ, M. (2020) “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm. 5 octubre-diciembre, página 268

SÁNCHEZ VENTURA MORER I. (2019) “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses” en AA.VV. (DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M. V Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, página 272.

SANCHO GARGALLO, I. (2022) “El juez en el nuevo sistema de apoyos” Tirant lo Blanch, Valencia, página 81-83.

SEOANE RODRÍGUEZ J. A (2011) “La Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con Discapacidad: *Perspectiva Jurídica*”, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual, ISSN 0210-1696, Vol. 42, N° 237, 2011, págs. 28.