

RECORRIDO JURÍDICO SOBRE MEDIDAS DE APOYO A LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*LEGAL REPORT ON SUPPORT MEASURES FOR PEOPLE WITH
DISABILITIES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 588-625



Gema
POLONIO DE
DIOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de diciembre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: La Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha traído importantes consecuencias al tráfico jurídico, alterando considerablemente, no solo la regulación positiva, sino la propia “mens legis” del cuerpo jurídico que deroga, pues se antepone y protege la esencia de la persona sobre cualquier situación o estado que motive su situación de discapacidad. Bajo esta premisa, abordaremos la supresión del proceso de incapacitación, la desaparición de la tutela para personas con discapacidad y la reformulación de instituciones ya existente en la práctica como la guarda de hecho y las medidas de apoyo, consecuencias, todas ellas, del nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad que inspira la norma jurídica objeto de este artículo.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; capacidad jurídica; incapacitación; sistemas de apoyo.

ABSTRACT: *Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has brought important consequences to legal traffic, considerably altering, not only the positive regulation, but the very “mens legis” of the legal body that repeals, since the essence of the person takes precedence and protects over any situation or state that motivates their disability situation. Under this premise, we will address the suppression of the incapacitation process, the disappearance of guardianship for people with disabilities and the reformulation of institutions already existing in practice as de facto guardianship and support measures, consequences, all of them, of the new model of protection of people with disabilities that inspires the legal norm object of this article.*

KEY WORDS: *Disability; legal capacity; incapacitation; support systems.*

SUMARIO.- I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS.- 1. Ámbito nacional.- 2. Ámbito internacional.- II. NOVEDADES OPERADAS POR LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA DESDE EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN PRECEDENTE.- 1. Régimen Jurídico anterior a la Ley 8/2021.- A) Capacidad jurídica y capacidad de obrar.- B) La incapacitación.- C) Las llamadas instituciones de guarda: tutela, curatela y defensor judicial.- 2. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021.- A) Medidas de carácter voluntario: mandatos y poderes preventivos y autocuratela.- B) Medidas de carácter legal o judicial: guarda de hecho, curatela y defensor judicial.- III. CONCLUSIÓN.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS.

I. Ámbito nacional.

La protección de los derechos e intereses de las personas con discapacidad ha sido y es una preocupación para el legislador, pero el enfoque de la misma ha experimentado un cambio radical a lo largo de la última centuria, pasando de un enfoque meramente económico a otro de carácter integral, centrado en la propia esencia de la persona.

En el siglo XIX, la conceptualización de la protección a las personas con discapacidad giraba en torno a la protección de su patrimonio, especialmente inmobiliario, debido a la falta de independencia y libertad en su toma de decisiones. A tal efecto, se implementó un sistema de “inhabilitación absoluta” por el que, tras la sustanciación de un procedimiento judicial, se atribuía representación y poderes plenos al tutor¹.

Esta concepción de las personas con discapacidad como un problema de índole exclusivamente económico que había que solventar para no obstaculizar el tráfico mercantil, que deviene del liberalismo económico imperante en el siglo XIX, fue la que se trasladó a nuestro Código Civil de 1889², permaneciendo prácticamente inmaculada en él hasta la irrupción en nuestro ordenamiento jurídico de la Constitución española de 1978³, cuyo art. 49 arrojó una visión completamente diferente a la contemplada hasta ese momento, pues traslada el foco de atención a las personas con discapacidad del ámbito económico a la

1 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Santander, 1976.

2 Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio.

3 BOE núm. 311, de 29 de diciembre.

• Gema Polonio de Dios

Colaboradora Honoraria del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba (2015 hasta la actualidad), Colaboradora Honoraria del Departamento de Derecho Internacional Privado (2022 hasta la actualidad), Profesora Sustituta Interina del Departamento de Derecho Internacional Privado.

esfera individual y personal, ofreciendo una protección y garantías idénticas a las que corresponderían a cualquier ciudadano español⁴. Si bien la consideración del citado precepto en nuestra Carta Magna como principio rector de la política social y económica implica, de conformidad con el art. 53.3 del texto constitucional⁵, una protección más tenue que la contemplada para otros derechos previstos en él, no cabe duda que supone un cambio de mentalidad y salto cualitativo en la protección de los intereses de las personas con discapacidad, quienes dejan de ser concebidos como una traba en la actividad económica y comercial para ser elevados a la categoría plena de ciudadanos, lo que, obviamente, comporta trasladar el enfoque de protección desde su economía y patrimonio hacia su persona.

Debido a la posición que ocupa nuestra Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, la nueva perspectiva adoptada por el constituyente obligó a una reforma de la regulación preexistente, especialmente del Código Civil. Consecuencia de ello, se promulgó la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que modificaba el citado texto normativo en materia de tutela⁶. Como principal novedad, pretendía graduar la declaración de incapacidad con el fin de circunscribirla a las medidas estrictamente necesarias para garantizar la protección de la persona con discapacidad.

A pesar de que la citada reforma debería haber transformado los procedimientos de incapacitación, en la práctica no fue así. Durante esa década y la venidera, se multiplicaron exponencialmente el número de demandas de incapacitación y casi el 95% de las sentencias dictadas en el curso de las mismas concluían en incapacitaciones plenas y permanentes que raramente fueron modificadas o adaptadas debido, en gran medida, a la burocratización del llamado “Estado Social de Bienestar”, que todo lo documenta y cuantifica y que, para activar los recursos destinados a garantizar la protección de las personas con discapacidad, exigía la declaración de incapacitación⁷.

Además de la reforma operada en el ámbito de las personas con discapacidad por la precitada Ley 13/1983, el legislador no cesó en su empeño de adaptar el marco jurídico de aquéllas a las nuevas corrientes jurídicas y doctrinales cuyo principal botón de muestra se concretaba en el ya comentado art. 49 de la Carta

4 Art. 49 Constitución española: “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”.

5 Art. 53.3 Constitución española: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

6 BOE núm. 256, de 26 de octubre.

7 SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Colección Summarium, Cuneip, Madrid, 2021.

Magna. En este sentido, y hasta llegar a la norma legal objeto de este trabajo, podemos citar, entre otras, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁸, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente⁹, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de reforma del Código Civil en materia de Autotutela¹⁰, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia¹¹.

No obstante, y sin menoscabar la importancia de los referidos textos legales como antecedentes de nuestra Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021) resulta imposible abordar el análisis de esta sin detenerse en la Convención de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York en el año 2006, ratificada por España mediante instrumento de fecha de 23 de noviembre de 2007¹² y cuyas conclusiones fueron traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto¹³. Como principales aportaciones en la protección de las personas con discapacidad, la Ley 1/2000 simplificó el procedimiento para la determinación de la capacidad de obrar que pasó del "juicio de menor cuantía" al "juicio verbal", más rápido y ágil. Asimismo, introdujo la posibilidad de nombrar a persona tutora en la propia sentencia sin necesidad de acudir a un posterior proceso de jurisdicción voluntaria y permitió que, en aquellos casos en los que una persona con discapacidad no sometida a régimen de tutela fuera demandada, se pudiera nombrar un defensor judicial para preservar sus intereses sin necesidad de suspender el procedimiento en curso para interponer, con carácter previo, una demanda de determinación de la capacidad de obrar con la que obtener un nombramiento de tutor.

Por su parte, mientras que la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, impuso el consentimiento informado también para las personas con discapacidad y permitió que estas pudieran deducir voluntades vitales anticipadas y nombrar un representante ante la Administración Sanitaria, la Ley 41/2003, que reforma el Código Civil en materia de autotutela, mejoró y agilizó ostensiblemente los mecanismos y herramientas de las que disponía el ordenamiento jurídico para garantizar el bienestar económico y patrimonial de las personas con discapacidad. En concreto, la referida norma legal introdujo por primera vez los poderes

8 BOE núm.7, de 8 de enero.

9 BOE núm. 274, de 15 de noviembre.

10 BOE núm. 277, de 19 de noviembre.

11 BOE núm. 299, de 15 de diciembre.

12 BOE núm. 96, de fecha 21 de abril de 2008.

13 BOE núm. 184, de 2 de agosto.

preventivos¹⁴ (cuya filosofía y configuración prácticamente ha heredado la Ley 8/2021), los cuales permiten que las personas con discapacidad puedan contar con un apoderado o representante designado por ellas mismas sin necesidad de acudir a sede judicial. Además, la Ley 41/2003 también instauró la posibilidad de constituir “patrimonios protegidos” en beneficio de las personas con discapacidad al objeto de proporcionarles liquidez económica y bienestar durante un tiempo determinado, permitió que aquellas disfrutaran de una posición privilegiada para, tras el fallecimiento o ausencia de los padres o tutores, continuar con el uso de la vivienda habitual y reguló la posibilidad de disponer de la legítima de los hermanos a su favor mediante un régimen de sustitución fideicomisaria que tal como afirma Roca Sastre, la sustitución fideicomisaria es como una droga que en varias situaciones proporciona ventajitas, pero de la que no puede abusarse¹⁵.

En este breve recorrido por la legislación patria anterior a la Ley 8/2021, debemos mencionar la Ley 39/2006 que, si bien no fue promulgada con carácter expreso para las personas con discapacidad, sí que, indirectamente, las incluye de facto en su ámbito de aplicación al introducir en nuestro ordenamiento jurídico un concepto nuevo como el de “autonomía”¹⁶, el cual, tal como afirma SANTOS URBANEJA, nos conduce de lleno al de “autogobierno”, clave para comprender la “mens legis” que sustenta la reforma operada por la Ley 8/2021 en nuestro Código Civil¹⁷, y sobre el cual abundaremos más adelante.

2. Ámbito internacional.

El texto principal que informa e inspira todas las recientes modificaciones introducidas en el sector de la discapacidad lo encontramos en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este tratado, que está compuesto por un Preámbulo y cincuenta artículos y que fue aprobado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, persigue promover, defender y garantizar el “goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad” así como “el respeto de su dignidad”, cubriendo una serie de ámbitos fundamentales.

14 Estos poderes preventivos se contemplaban en el art. 1732 *in fine* del Código Civil, según la redacción otorgada por el art. 1.1 de la Ley 41/2002. A saber: “El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

15 ROCA SASTRE: *El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil*, Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

16 En concreto, el art. 2.1 de la Ley 39/2006 define la autonomía como: “la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”.

17 SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021*, de 2 de junio, cit., pp. 51-52.

Para la consecución de este objetivo, el eje fundamental de la Convención pivota, principalmente, no en la salvaguarda de derechos individuales y concretos, sino garantizarlo mediante la prohibición de toda discriminación¹⁸. De hecho, los acuerdos alcanzados en la Convención fueron tan innovadores que, prácticamente, ninguna legislación de los países que participaron en ella los tenía implementados en su acervo jurídico interno. A tal efecto, y para suavizar los cambios radicales que algunos Estados debían acometer en su Derecho, la Convención introduce el concepto de “ajuste razonable”, según el cual, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que haya que impulsar para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales no pueden suponer para los países cargas desproporcionadas e indebidas¹⁹. Con respecto a este concepto, FÁBREGA señala como necesaria la precisión de la carga desproporcionada o indebida²⁰.

En cualquier caso, el principio inspirador que preside todos los trabajos y acuerdos alcanzados en la Convención fue el nuevo enfoque aplicado a la discapacidad, definida como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Es decir, la Convención viene a poner el acento sobre el concepto de persona, que es la verdadera esencia del individuo, desplazando la discapacidad que padece a un accidente. El sujeto no es esencialmente discapacitado, sino que es persona, igual al resto de sus semejantes, constituyendo la discapacidad una cuestión circunstancial o accidental que, si bien limita a la persona, no debe constituir obstáculo para justificar una merma de derechos o libertades. En este sentido, la propia Convención afirma que la persona con discapacidad es esencialmente digna e igual al resto de las personas, por lo que el verdadero objetivo o finalidad debe ser dotar a aquella de los apoyos precisos para que sus circunstancias (es decir, las limitaciones derivadas de su discapacidad) no afecten a su esencia (persona titular de los mismos derechos y libertades que el resto de sus iguales). A tal efecto, la Convención va a establecer un modelo basado en tres pilares fundamentales que, si bien están presentes a lo largo de todo su contenido, quedan nítidamente sintetizados en el art. 12

18 DE LORENZO GARCÍA, R.: *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, Alianza, Madrid, 2018.

19 Tal como señala SASTRE, para que un “ajuste razonable” tenga fundamento, serán necesarias dos premisas: que efectivamente exista un perjuicio con carácter discriminatorio para quien solicita los ajustes en caso de que estos no sean adoptados y que el esfuerzo para implementar dichos ajustes sea proporcional en función de su coste económico, carga que supone para el funcionamiento de los servicios y perjuicio que acarrea para derechos de terceros. SASTRE, A.: *La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Fundación Derecho y Discapacidad, 2013, pp. 75-96.

20 FÁBREGA RUIZ, C. F.: “Realidad y nuevos horizontes de la guarda de las personas con autogobierno limitado” en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos de protección en materia de discapacidad* (coord. DE SALAS MURILLO), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

de la misma, a saber: mínima intromisión en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, promoción de su autonomía, prestación de apoyos puntuales o permanentes para superar las barreras o limitaciones generadas por su discapacidad²¹.

La Convención entiende que la autonomía y la libertad para la toma de decisiones está vinculadas de forma intrínseca a la dignidad inherente de las personas con discapacidad en un doble sentido. En un sentido negativo en tanto en cuanto, el respeto a la libre elección no puede verse restringida por razón de discapacidad y en sentido positivo, reclamando que, en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas y puedan generar dificultades en la toma de decisiones, se adopten las medidas oportunas para eliminarlas o paliarlas²². En tal sentido, la finalidad de la Convención es maximizar la autonomía de las personas con discapacidad no entorpecerla ni impedirla, esgrimiendo como fundamento incuestionable el principio de protección²³.

Por otro lado, la Convención también va a introducir una serie de obligaciones generales que han de ser asumidas por los Estados, así como una serie de derechos mínimos de las personas con discapacidad. Siguiendo el estudio sistemático empleado por PALACIOS²⁴ las citadas obligaciones pueden aglutinarse en tres grandes grupos. Entre las que distingue: obligaciones de respeto, obligación de los Estados de abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles

21 Art. 12 Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad:

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

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

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

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

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

22 SOLÉ RESINA, J.: “El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas”, *Revista Electrónica de Derecho*, núm. 2, junio 2014, pp. 2-27.

23 CUENCA GÓMEZ, P.: “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*, diciembre 2012, pp. 61-94.

24 PALACIOS, A.: *El modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

con la Convención; obligaciones de protección, debiendo adoptar las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o entidad de carácter privado discrimine por motivos de discapacidad; y obligaciones de cumplimiento, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

En cuanto a los derechos mínimos de las personas con discapacidad, podemos clasificarlos en cinco ámbitos genéricos: derechos de igualdad²⁵, derechos de protección de situación de especial vulnerabilidad²⁶, derechos de libertad y autonomía personal²⁷, derechos de participación²⁸ y derechos sociales básicos²⁹.

Como ya hemos anunciado, el modelo asumido por la Convención, en consonancia con el modelo social de la discapacidad que inspira todo su contenido, es el modelo de asistencia en la toma de decisiones, según el cual una persona puede aceptar ayuda en la toma de decisiones, pero sin que ello implique renunciar al derecho a tomar las suyas propias de forma que la libertad de elección nunca es vulnerada. En nuestra opinión el art. 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la Convención, es decir, garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica y exigirá a los Estados un esfuerzo de imaginación para crear nuevas instituciones coherentes con los principios de la Convención³⁰. Sin embargo, a pesar de la extensión y complejidad del citado precepto, la Convención no define ni regula con detalle el sistema de apoyos que predica, lo que deja un amplio margen a los Estados para decidir cuál es el sistema compatible con la Convención más apropiado dentro de su territorio.

En la esfera nacional, este cambio de mentalidad lo expresa con rotundidad el propio legislador en el Preámbulo de la Ley 8/2021 en el que propugna que la reforma introducida por este cuerpo normativo es una cuestión de derechos humanos que viene a erradicar la perspectiva económica y patrimonial que, desde

25 La Convención no solo contiene una prohibición general de discriminación, sino que contempla expresamente y de modo específico la prohibición de discriminar por motivo de discapacidad.

26 Partiendo de la premisa de que en determinadas situaciones las personas con discapacidad se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad o riesgo en cuanto a la limitación, restricción o violación de sus derechos, la Convención recoge una serie de disposiciones que tienen como objetivo fundamental garantizar un nivel de protección específica en el ejercicio de derechos.

27 La Convención contiene una serie de medidas que pretenden asegurar a estas personas la toma de decisiones y el diseño y desarrollo de una vida independiente.

28 La Convención recoge una serie de medidas que tienden a asegurar la participación social de las personas con discapacidad en los principales ámbitos de la vida cotidiana. Estas medidas pretenden una mayor visibilidad social de las personas con discapacidad, buscando alcanzar una mayor toma de conciencia social respecto de la situación de marginación y exclusión a la que tradicionalmente han sido sometidas estas personas, lo cual, entre otras consecuencias, les han impedido participar en la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de personas.

29 La Convención va a recoger una serie de derechos sociales que conforman un conjunto de normas y principios cuyo reconocimiento e implementación resulta esencial para alcanzar la igualdad material de las personas con discapacidad.

30 PALACIOS, A. y BARIFFI, F.: *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, 2007, Madrid.

el siglo XIX, venía informando e inspirando las medidas protectoras adoptadas en la esfera privada de las personas con discapacidad³¹. Por todo ello, no podemos seguir concibiendo el tratamiento y protección de la discapacidad a través de la figura de la plena incapacitación como la herramienta más idónea con la que eludir dificultades de representación de la persona afectada para la realización de trámites burocráticos o la celebración de operaciones de índole económico o patrimonial. En definitiva, el nuevo sistema invierte diametralmente el modelo tradicional de actuación. Si antes, el sentir común de familiares y profesionales ante la situación de incapacidad de una persona era proceder a su incapacitación judicial, actualmente, dicha posibilidad, debe ser contemplada como última opción. Por todo ello, podemos afirmar que el nuevo enfoque de sistemas de apoyos inspirado por la Convención es mucho menos burocrático, más humano y más respetuoso con las personas con discapacidad, pues el eje informador no es ya su limitación funcional o cognitiva, sino su consideración de persona plena y titular de los mismos derechos y libertades que el resto de la ciudadanía, lo cual, al mismo tiempo, supone un incuestionable refuerzo para su autoestima y autonomía.

Como ya se ha expuesto con anterioridad, los acuerdos rubricados en la Convención fueron transpuestos al ordenamiento jurídico español por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual, en cumplimiento de los acuerdos alcanzados y ratificados por nuestro país, fue aprobada con el objetivo de reformar un total de diecinueve leyes ya existentes en el acervo interno para ajustarlas al nuevo modelo definido por la Convención. En este sentido, cabe reseñar que durante la tramitación parlamentaria de esta norma se incorporó e a su texto la actual Disposición Adicional séptima que, en base al art. 12 de la Convención, propugnaba la adaptación normativa necesaria para el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, circunstancia que conllevaba una necesaria reforma sustantiva del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los procesos de modificación de la capacidad civil de las personas. Concretamente, la citada Disposición Adicional otorgaba al Gobierno el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley para acometer

31 “Tal como señala el tercer párrafo del apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, 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. La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho -jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores- que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas”.

esta reforma y, aunque dicho mandato ha sido cumplido con excesivo retraso, la Ley 8/2021 que nos ocupa es el fruto del mismo.

Pero también no podemos olvidar que, en este proceso de adecuación y adaptación, se produjo una refundición de la legislación vigente en el ámbito de la discapacidad hasta ese momento. Nos referimos a la LISMI³² y LIOUNDAU³³ a través del RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (que derogó, además de las citadas, también la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad) dándose cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011³⁴.

II. NOVEDADES OPERADAS POR LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA DESDE EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN PRECEDENTE.

I. Régimen Jurídico anterior a la Ley 8/2021.

A) Capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Aunque tras la ratificación de la Convención y la entrada en vigor de la Ley 8/2021 podemos afirmar que se trata ya de un debate estéril, no se debe confundir capacidad jurídica con capacidad de obrar. Mientras que la capacidad jurídica podía ser definida como la aptitud ostentada por todo individuo para ser titular de ciertas relaciones jurídicas, la capacidad de obrar sería la facultad para realizar, en general, actos jurídicos; es decir, la facultad para autogobernarse de manera autónoma, es decir, la posibilidad de ejercitar por uno mismo los derechos y obligaciones de los que se es titular. Esta capacidad se ve afectada tanto por la edad y por la posibilidad de formar voluntad para tomar decisiones. En efecto, en este momento se sigue empleando el concepto de discapacidad jurídica para referirse a la titularidad de derechos y se emplea la expresión ejercicio de la capacidad jurídica para referirse a las concretas actuaciones que la persona puede llevar a cabo en el ejercicio de los derechos de que es titular³⁵. Este entramado de conceptos que, como ya

32 Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

33 Ley 53/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

34 LÓPEZ SAN LUIS, R.: "El principio de respeto de la voluntad de las personas con discapacidad en la convención de Nueva York y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Indret*, 2020, pp. 111-130.

35 CARRANCHO HERRERO, T.: *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

avanzamos, constituyen pilares básicos de la reforma operada por la citada Ley 8/2021³⁶.

Por todo ello, para poder realizar válidamente un acto se precisaba tanto capacidad jurídica como capacidad de obrar, entendiendo la primera como una cualidad inherente a cualquier persona por el simple hecho de serlo. Constituye aquella no solo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos³⁷. En cuanto a la capacidad de obrar, ejercida de forma independiente y autónoma, no la poseían todas las personas por lo que, para su ejercicio, requerirían la intervención de un tercer sujeto que le asistiera.

En este sentido, el régimen anterior a la Ley 8/2021 preveía los siguientes instrumentos para paliar o complementar la falta de capacidad de obrar de la persona afectada: la incapacitación (en caso de ausencia total de capacidad de obrar) y las llamadas instituciones de guarda (tutela, curatela y defensor judicial), en el supuesto de capacidad de obrar limitada. Actualmente, con el nuevo enfoque que introduce la Ley 8/2021, se supera la antigua dualidad existente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, pues ambos términos quedan refundidos en el más amplio y unitario de "capacidad jurídica", pudiendo ser este definido como la aptitud para decidir sobre actos concretos, siendo necesaria la implementación de medidas de apoyo en beneficio de aquellas personas cuya capacidad jurídica se encuentre limitada o cercenada.

B) La incapacitación.

La falta de una plena capacidad de obrar por aquél que la padecía no significaba que el ordenamiento jurídico se desentendiera de la protección de sus intereses y derechos. Para paliar la inexistencia de capacidad, el ordenamiento contemplaba la figura de la incapacitación legal que habría de llevarse a cabo por el juez siempre en interés de la persona afectada. Así, al declarar a una persona incapaz, se perseguía

36 Aunque toda persona poseía capacidad jurídica -comienza con su nacimiento y finaliza con su defunción-, no podíamos realizar la misma afirmación respecto a la capacidad de obrar. Ni todo individuo podía disfrutar esta última, ni es igual para todos los que la ostentaban. En este sentido, la capacidad de obrar puede faltar totalmente (por ejemplo, en el caso de un niño recién nacido), existir plenamente (como ocurre en el caso de toda persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades) o tener un carácter limitado (por ejemplo, en el supuesto de los menores emancipados). Por todo ello, podíamos definir la discapacidad como la falta de idoneidad de la persona para celebrar actos jurídicos, es decir, la carencia, parcial o total, de capacidad de obrar, la cual puede tener su origen en factores naturales (es decir, derivados de la propia vicisitud de la vida humana) o legales (impuestos por el Derecho).

37 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico -privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, 2010.

su protección, asegurando su correcto cuidado y atención personal y preservando sus intereses patrimoniales³⁸.

Los requisitos exigidos para poder declarar judicialmente la incapacidad de una persona eran los establecidos en el art. 200 del Código civil³⁹: existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico⁴⁰; persistencia en el tiempo de la enfermedad o deficiencia, de tal modo que se pudiera asegurar que sería crónica o, cuando menos, que presumiblemente se prolongaría por mucho tiempo⁴¹; imposibilidad de autogobierno, entendida ésta como aptitud necesaria para obrar por uno mismo o actuar libremente⁴².

El procedimiento de declaración de incapacidad, actualmente ya derogado, se hallaba regulado en los art. 756 y siguientes de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Según dicha norma, será competente para conocer de las demandas sobre capacidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que residiera la persona a la que se refería la declaración que se solicitaba. La declaración de incapacidad podía ser promovida por el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encontraba en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz. Si las personas mencionadas no existían o, en su caso, no habían solicitado la declaración, ésta sería promovida por el Ministerio Fiscal. No obstante, la incapacidad de menores de edad, en los casos en que procedía conforme a la Ley, sólo podía ser promovida por quienes ejercieran su patria potestad o tutela.

En los procesos de incapacidad, además de las pruebas que se practicaban, el tribunal oía a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinaba a éste por sí mismo y acordaba los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidía sobre la incapacidad sin previo dictamen pericial médico,

38 GÁZQUEZ, L. y MÉNDEZ, M. M.: *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea. Tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho Civil*, Comares, Granada, 2006, pp. 96-156.

39 SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y Tutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

40 Para el Tribunal Supremo (STS 16390/1991, de 31 de diciembre) "son aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhábil para el ejercicio de derechos civiles y demás consecuentes".

41 En cualquier caso, el propio Tribunal Supremo había señalado que la sentencia de incapacidad no producía efectos de cosa juzgada, por lo que, si desapareciera, total o parcialmente, la causa de incapacidad, se podría instar y acordar dejar sin efecto o modificar la declaración de incapacidad. Los intervalos lúcidos que pudiera tener una persona incapacitada no habían de suponer un impedimento para la declaración de incapacidad. En este sentido, si un sujeto incapacitado llevaba a cabo un acto jurídico en un intervalo de lucidez, se podría instar la validez del mismo, aunque, si la materia sobre la que versaba el acto estaba incluida en el ámbito de la declaración de incapacidad, la carga de la prueba recaería sobre la parte que pretendía lograr dicho efecto.

42 Por lo tanto, aquellas enfermedades que impedían el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia constituían causas de incapacidad.

acordado por el tribunal. Asimismo, la sentencia que declaraba la incapacitación determinaba la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda al que hubiera de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciaba, en su caso, sobre la necesidad de internamiento. Asimismo, la sentencia de incapacitación no impedía que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pudiera instarse un nuevo proceso que tuviera por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. La sentencia de incapacitación podía establecer que esta fuera total o parcial. Sería total cuando se trataba de enfermedades o deficiencias cuyos efectos, además de ser irreversibles, determinaban una imposibilidad de regirse por sí mismos como consecuencia de la pérdida de las funciones cognitivas básicas⁴³. En el caso de incapacitación parcial, el déficit de capacidad afectaba sólo a algunas facetas del actuar humano⁴⁴. A tal fin, para graduar la falta de capacidad, y según han detallado GÁZQUEZ y MÉNDEZ, la autoridad judicial podía llevar a cabo las siguientes actuaciones⁴⁵: 1) enumerar los actos concretos para los que el incapacitado necesita asistencia o, bien a la inversa, declarar la incapacidad general de la persona dejando a salvo una serie de actos que se relacionan, 2) declarar la incapacidad de la persona para administrar sus bienes, precisando de un curador que complemente su capacidad, 3) declarar a la persona capacitada para administrar sus bienes, pero no para disponer por sí solo de ellos, necesitando del complemento de capacidad del curador; 4) declarar la incapacidad parcial para cuidarse, precisando de otra persona que supervise su sometimiento a un tratamiento médico o asistencial, especialmente en el caso de enfermos mentales que carecen de conciencia de enfermedad para que someterse al tratamiento.

Actualmente, tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, La Ley de Enjuiciamiento Civil también se ha visto afectada sobre todo en lo que se refiere al Capítulo II del Título I del Libro IV. Las normas previstas en este capítulo se aplican a los supuestos que sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no hay podido resolverse, tal como se establece en el art.756.I de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De no darse algunas de estas circunstancias, las medidas de apoyo se adoptan conforme a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. La legitimación para tal proceso se regula en el art. 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta medida obedece a la idea del legislador de contribuir a la descongestión que sufrían juzgados y

43 Así sucedía, por ejemplo, en el caso de deficiencias psíquicas graves, demencias seniles avanzadas o enfermedades de alzhéimer.

44 En estos casos, en los que existía un mínimo de facultades cognitivas, pero éstas eran insuficientes para garantizar una plena capacidad, el juez debía circunscribir la incapacitación solo a aquellas esferas o ámbitos de la vida del hombre que realmente se veían afectados por la enfermedad o deficiencia.

45 GÁZQUEZ, L. y MÉNDEZ, M. M.: *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea...*, cit.

tribunales como consecuencia de este tipo de prácticas donde la incapacidad se había considerado la medida estrella para la protección de las personas con discapacidad cayendo en el abuso de tal práctica.

C) Las llamadas instituciones de guarda.

Como es sabido, la asistencia o representación puede ser voluntaria o legal. La primera surge cuando una persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades psíquicas encomienda a otra que actúe en su nombre y le confiere para ello poder de representación⁴⁶. Por el contrario, la asistencia o representación legal surge en virtud de mandato legal o exigencia judicial, dando lugar a las llamadas como instituciones de guarda cuyo objeto es la protección de la persona y/o bienes de los individuos incapacitados y cuyo desempeño constituye un deber para quien ha de cumplirlas, admitiéndose su excusa sólo en los supuestos legalmente previstos.

Las llamadas instituciones de guarda se hallaban reguladas en el hoy modificado art. 215 del Código Civil, el cual disponía que “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: la tutela, la curatela o el defensor judicial”. En cualquier caso, estas funciones, que aún se mantienen, aunque modificadas, en la Ley 8/2021 bajo la denominación de “tutela y guarda de menores” y “medidas de apoyo”, se ejercen en beneficio de la persona incapacitada y, cuando proceda, bajo salvaguarda de la autoridad judicial y vigilancia del Ministerio Fiscal.

La función de guarda es una actividad esencialmente gratuita, aunque si la persona que la desempeña, sin culpa por su parte, sufre algún daño o perjuicio, tendrá derecho a una indemnización con cargo a los bienes de la persona incapacitada, salvo que pueda obtener el resarcimiento por otro medio. No obstante, como excepción a la regla general de gratuidad, el vigente art. 229 del Código Civil, que regula la tutela, dispone que “el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita”.

En la regulación precedente a la Ley 8/2021, la tutela tenía por objeto la guarda y protección de aquellas personas incapacitadas a las que una sentencia sometía a esta forma de amparo, fijando el fallo judicial el ámbito o sector sobre el que se extendía la incapacidad y, por tanto, también la tutela. Además de los incapacitados, tal como recogía la anterior redacción del art. 222 del Código Civil, podían estar también sometidos a tutela los menores no emancipados cuando no estaban sujetos a patria potestad, los menores que se hallan en situación de desamparo y

⁴⁶ Se denomina “voluntaria” porque todo sujeto mayor de edad en pleno uso de sus facultades psíquicas rige su persona y bienes por sí mismo y puede actuar en la vida jurídica personalmente, sin necesidad de que nadie lo asista o represente, salvo que él lo haya dispuesto así de forma expresa.

los individuos sujetos a patria potestad prorrogada cuando ésta cesaba, colectivos a los que ha quedado restringido el ámbito de esta institución tras la reforma operada por la Ley 8/2021. Así pues, como regla general se establece que las funciones tutelares constituyen un deber que se ejercerán en beneficio del menor tutelado y que estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial⁴⁷.

En este sentido, y más allá de las buenas intenciones que hayan podido presidir la voluntad del legislador; la eliminación de la tutela para, especialmente, las personas con discapacidad psíquica grave, no ha sido bien recibida por un sector doctrinal al considerar que esta decisión acarreará importantes consecuencias para quienes tienen que ocuparse de ellas, sobre todo sus progenitores⁴⁸.

De conformidad con el antiguo art. 229 del Código Civil, estaban obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Asimismo, también estaban obligados a la constitución de la tutela los Fiscales y los Jueces competentes que tuvieran conocimiento de que existiera en el territorio de su jurisdicción alguna persona que debiera quedar sometida a ella, sin perjuicio de que cualquier otra persona pudiera avisar de esta situación al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial competente.

Con carácter previo a su constitución, el Juez pedía audiencia a los parientes más próximos, a las personas que estimara más conveniente y, en todo caso, al tutelado si éste tuviera juicio suficiente y fuera mayor de doce años. Mientras se tramitaba la tutela, el sujeto de la misma quedaba bajo el amparo y representación del Ministerio Fiscal y, si además era necesario proteger sus bienes, el Juez designaba un administrador para tal fin.

El nombramiento del tutor correspondía al Juez que, salvo resolución motivada en contrario en aras de un mayor beneficio del incapacitado, debía de ajustarse al orden de preferencia que contemplaba el extinto art. 234 del Código Civil⁴⁹.

47 CARRANCHO HERRERO, M. T.: *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

48 VELLILA ANTOLÍN, por ejemplo, señala que el legislador no ha tenido en cuenta, por ejemplo, que una persona que nace con una enfermedad congénita o una patología incapacitante que obliga a sus padres a asistirle en todas las actividades básicas de la vida diaria más allá de su mayoría de edad necesita una protección tan elevada que no puede por sí mismo prestar ningún tipo de consentimiento, por lo que es imprescindible que alguien lo haga en su lugar. La patria potestad prorrogada tenía la enorme ventaja de ser permanente hasta el fallecimiento de los padres o hasta que estos devinieran incapaces para hacerse cargo del hijo, en cuyo caso pasaban a una institución tutelar.
VELLILA ANTOLÍN, N.: "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad", *El notario del Siglo XXI*, núm. 99, visto en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad?tmpl=component&print=1&I>.

49 Art. 234 extinto... literal.

En cualquier caso, tal como rezaba el hoy modificado art. 236 del Código Civil, el cargo de tutor debía recaer sobre un único sujeto, salvo supuestos concretos y determinados. Nuestro Código Civil no establecía (ni establece actualmente) como exigencia para ser tutor una capacidad especial, aunque sí requería que el individuo que pudiera adquirir tal condición gozara de plena capacidad de obrar. Por lo tanto, podía ocupar el puesto de tutor tanto una persona física que se hallara en pleno ejercicio de sus derechos civiles, como una persona jurídica que no tuviera finalidad lucrativa y entre cuyos fines figurara la protección de menores o incapacitados⁵⁰. Como excepción a esta regla general, el Código Civil iba a recoger en sus arts. 243 y siguientes unas causas de inhabilidad que impedirían el acceso a la función tutelar, las cuales, con pequeñas modificaciones, aún se mantienen en los vigentes arts. 216 y 217.

La tutela estaba considerada como institución que facultaba a su titular para cumplir ciertos deberes en beneficio del tutelado y bajo salvaguarda judicial, al mismo tiempo que, como consecuencia de ello, sugería la obligatoriedad de su ejercicio. Así pues, no cabía la posibilidad de su renuncia, aunque, de conformidad con el modificado art. 251 del Código Civil, sería posible la admisión de su excusa por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa que resultara excesivamente gravosa para el ejercicio del cargo.

En cuanto a las funciones del tutor, cabe reseñar que, con carácter general, el art. 269 del Código Civil disponía que aquel estaba obligado a velar por el tutelado y, en particular, a procurarle alimentos, educarlo, promover la adquisición o recuperación de su capacidad, velar por su mejor inserción en la sociedad e informar anualmente a la autoridad judicial sobre la situación en la que se encontraba, rindiendo cuenta también, en su caso, de la administración de su patrimonio.

En relación a la extinción de la antigua institución de tutela, conviene destacar la diferencia entre la conclusión de ésta de manera definitiva y el cese, pura y simplemente, de un tutor determinado en el ejercicio de su cargo; había supuestos en los que se extinguía el expediente de tutela, mientras que en otros únicamente se producía la sustitución de su titular⁵¹. El tutor, al cesar en sus funciones, debía rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuera necesario si concurría justa causa. Los gastos necesarios de la rendición de cuentas, serían a cargo de la persona que estuvo sometida a tutela.

50 GAZQUEZ, L. y MÉNDEZ, M. M.: *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, cit.

51 SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y Tutela*.cit.

Para concluir, cabe señalar que la tutela, entendida hasta la reforma como la institución que ha otorgado mayor protección a las personas con discapacidad no ha sido la apuesta de la Convención Internacional, apostándose por otras medias como veremos en el apartado siguiente⁵².

En referencia a la curatela, se establece que es una institución de guarda que surge en nuestro derecho tras la modificación operada en el Código Civil por la Ley 13/1983. Tanto en el anterior régimen como en el actualmente vigente, la curatela nunca acarrea la representación legal del incapacitado ya que, fundamentalmente, tiene un contenido asistencial para complementar la capacidad del sujeto sometido a la misma. En este sentido, tal como expone ALBALADEJO, la figura de la curatela limita la capacidad de la persona sometida a la misma de modo que sigue siendo ella quien ejerce las facultades que le corresponderían, pero, en vez de permitirle obrar por sí sola, se le impone que en ciertos sectores o asuntos lo haga con intervención de otra persona, llamada curador, que mediante su aprobación o asistencia completará la capacidad de la persona afectada⁵³. En concreto, tal como señalaban en su anterior redacción los arts. 286 y 287 del Código Civil, estaban sujetos a curatela: los emancipados cuyos padres fallecieran o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley, los que obtuvieran el beneficio de la mayor edad, los declarados pródigos y las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

En cuanto al ámbito material de la curatela, cabe reseñar que los actos en los que se requería la intervención del curador serían los fijados en la sentencia judicial aunque, tal como indicaba el art. 290 del Código Civil, "si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial", es decir, los relacionados en el art. 271 que ya hemos descrito más arriba.

Por último, en lo que respecta al Defensor Judicial es un cargo transitorio de amparo y representación de menores o incapacitados que el Juez designa en ciertos casos. Antes de la reforma introducida por la Ley de 1983, el Código Civil ya acogía esta figura para casos de choque de intereses entre menores e incapacitados y sus padres o guardadores ordinarios. No obstante, tras la citada reforma, la figura del Defensor Judicial se generalizó y extendió a otros casos. En este sentido, el anterior art. 299 del Código Civil disponía que se procedería a nombrar un defensor judicial para la representación y defensa de los derechos e intereses de las personas que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:

52 GARCÍA ALGUACIL, M. J.: *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Barcelona, 2016.

53 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, Volumen Primero*, Bosch, Barcelona, 1995.

“1) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado. 2) En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo. 3) En todos los demás casos previstos en este Código”.

El nombramiento de Defensor Judicial, así como la delimitación de sus atribuciones y facultades, correspondían al Juez mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria, debiendo designar para este cometido a la persona que estimara más idónea la cual, una vez concluida su gestión, debería rendirle cuentas.

2. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Según expusimos con anterioridad, el espíritu y razón de ser de la Ley 8/2021 lo encontramos en su Preámbulo donde el legislador, con la firme voluntad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, traslada su voluntad de imponer un cambio de sistema en el que predomina el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad frente al modelo precedente que abogaba por su sustitución por otra persona en la toma de sus propias decisiones. No obstante, tal como se advierte, esta nueva regulación debe ir unida también a una transformación de la mentalidad social y, muy especialmente, de la de aquellos profesionales que operan en el ámbito del Derecho que han de prestar sus respectivas funciones a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios postulados en la ley. En definitiva, tal como ha puesto de manifiesto SANTOS URBANEJA, la Ley 8/2021 culmina la evolución de la posición jurídica de las personas con discapacidad que han pasado de una subordinación a su propia familia, con o sin apoyo de los poderes públicos, a un respeto por su autonomía y libertad a través de la articulación de un sistema de apoyos que complemente las limitaciones derivadas de su estado⁵⁴.

En este sentido, tras la reforma el Código Civil observa una reforma extensa al sentarse las bases de un nuevo sistema fundamentado en el respeto a la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. En lo que se refiere al Título XI del Libro Primero ha pasado a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

54 SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021*, de 2 de junio, cit., pp. 116 a 119.

De conformidad con el art. 249 del Código Civil, las medidas de apoyo que precisen las personas con discapacidad "(...) para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate", circunstancia que supone una clara apuesta por una razonable desjudicialización del sistema que sólo deberá actuar con carácter subsidiario, es decir, en defecto o por insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria⁵⁵. Sin embargo, SERRANO considera que hay una indeterminación en este punto, puesto que no establece el destinatario en concreto sean las personas con discapacidad⁵⁶.

En este contexto, y al amparo del art. 250 del Código Civil, las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que configura el legislador, a raíz de la Ley 8/2021 son, además de la de naturaleza voluntaria (entre las que distinguimos los poderes y mandatos preventivos y la autotutela), la guarda de hecho, la tutela y el defensor judicial. Veamos a continuación como se desarrolla toda esta novedad legislativa en nuestro Código Civil.

A) Medidas de carácter voluntario: los poderes y mandatos preventivos y la autotutela.

Los poderes preventivos no constituyen en sí mismos una novedad para garantizar la autonomía de las personas con discapacidad, pues ya fueron introducidos en el Código Civil por la reforma operada en virtud de la Ley 41/2003. No obstante, la Ley 8/2021 les va a reconocer una mayor importancia con una sección propia (arts. 256 a 262 del Código Civil) y una regulación más detallada.

Tal como prevén los arts. 256 y 257 del Código Civil, los poderes preventivos pueden ser otorgados en estado de plena capacidad jurídica para, respectivamente, un hecho presente o para un supuesto futuro. En el primer caso, se emite el poder para que produzca efectos inmediatos con la inclusión de una cláusula por la que se prevé que el mismo subsista en el futuro aun cuando sobrevenga una situación de incapacidad. Por el contrario, el art. 257 alberga la regulación de poderes cuya efectividad queda sometida al cumplimiento de un hecho futuro e incierto como

55 En este sentido, el art. 255 in fine del Código Civil señala que "sólo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".

56 SERRANO GARCÍA, I.: "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal de apoyo jurídico a la discapacidad*, pp. 69-89.

es el supuesto de necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica⁵⁷. Podemos decir, que nos encontramos con dos tipos de medidas de apoyo: por un lado, las anticipatorias o preventivas basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toma por parte del interesado ex ante, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo y, por otro, las medidas ex post porque nada ha previsto al respecto el propio interesado⁵⁸. Por consiguiente, de esta manera, se parte del respeto de la autoprevisión y autoprotección de las personas con discapacidad⁵⁹. En cualquier caso, como disposiciones comunes para ambas modalidades, podemos destacar las siguientes:

- Habrán de otorgarse en escritura pública y el Notario autorizante deberá comunicarlos de oficio al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante (art. 260 del Código Civil).

- Los poderes mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas en favor del poderdante (art. 258.1).

- El poder otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho se extinguirá automáticamente con el cese de la convivencia, salvo manifestación expresa en contrario del poderdante o cuando el cese se deba al internamiento de este (art. 258.2).

- El poderdante podrá incluir las medidas de control e instrucciones, revisiones y preferencias que estime conveniente (art. 258.3).

- Si el poder determina facultades representativas, estas serán personales e indelegables sin perjuicio de la posibilidad de encomendar uno o varios actos concretos a terceras personas (art. 261).

- Supletoriedad, para lo no previsto en el poder, del régimen aplicable a la curatela (art. 259).

Finalmente, aunque el legislador no le dedica una regulación detallada, reconoce la existencia del mandato emitido sin poder en el art. 262 del Código Civil, atribuyendo al primero el régimen jurídico de este último. El mandato, al igual que el poder, expresa un acuerdo personal entre poderdante y apoderado

57 De conformidad con el art. 257 del Código Civil, “el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”.

58 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 29-60.

59 LÓPEZ AZCONA, A.: “El respeto a las voluntades anticipadas en el Derecho Civil aragonés”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 313-330.

que debe formalizarse por escrito, pero, a diferencia de aquél, no es necesario que se extienda en escritura pública. Y se impone al notario autorizante la obligación de comunicarlos de oficio sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante⁶⁰.

En cuanto a la autocuratela, al amparo de lo previsto en los art. 271 a 274 del Código Civil, surge como una posibilidad que asiste a la persona con capacidad jurídica derivada de los poderes preventivos que hemos visto previamente. En concreto, la autocuratela es un acto solemne, que requiere elevación a escritura pública, mediante el que una persona plenamente capaz designa a un tercero o terceros para que, ante una eventualidad futura que comporte la pérdida o limitación su capacidad jurídica, puedan ejercer la función de curador o curadores. Asimismo, el legislador también ha formulado esta posibilidad en sentido negativo, es decir, que igualmente resulta factible a la persona que acude a la autocuratela efectuar, no el nombramiento, sino la exclusión de ciertas personas para el desempeño futuro del papel de curador o curadores.

El nombramiento efectuado mediante la figura de la autocuratela, así como el resto de disposiciones voluntarias impuestas por la persona interesada, vincularán a la autoridad judicial encargada de constituir la curatela aunque esta afirmación no puede ser formulada de forma taxativa, pues el párrafo segundo del art. 272 del Código Civil la matiza al permitir a la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, a prescindir total o parcialmente de dichas disposiciones mediante resolución motivada cuando concurren graves circunstancias que eran desconocidas por la persona que instituyó la autocuratela o se produce una grave alteración de las causas que tuvo en cuenta para instituir la.

Finalmente, tal como establecen los art. 273 y 274 del Código Civil, en el supuesto de que se haya producido un nombramiento múltiple de curadores en diversos documentos y no se haya determinado un orden de preferencia, se optará por la persona propuesta en el documento posterior y, si el nombramiento múltiple tiene lugar en un mismo acto, será preferida la persona propuesta en primer lugar. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo expuesto, la facultad para elegir al curador entre las personas relacionadas en escritura pública podrá ser delegada en el cónyuge o en otra persona.

60 CHAMARRO HERRERA, M. T.: *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

B) *Medidas de carácter legal: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.*

Comenzando con la guarda de hecho, sin lugar a dudas, tal como podemos deducir en el propio Preámbulo de la Ley 8/2021⁶¹, es una institución que, si bien ya preexistía en nuestro Derecho, ha sido reforzada por el legislador en el actual sistema de apoyos que contempla el citado cuerpo legal. En concreto, la guarda de hecho es una institución de protección de personas con discapacidad que irrumpió en nuestro ordenamiento tras la reforma operada en el Código Civil por la ya referida con anterioridad Ley 13/1983 y que, en contraposición con su propia denominación, no tiene su origen en una situación en precario al margen de toda regulación jurídica, sino que el guardador de hecho recibe sus atribuciones directamente de la norma jurídica que contempla esa figura que le permite ejercer las funciones inherentes a la misma sin necesidad de exhibir resolución expresa emitida al respecto, todo ello sin perjuicio de que, para ciertos actos excepcionales, sí que sea preceptivo acudir a la autoridad judicial competente para exhibirla⁶². RODRÍGUEZ manifiesta que estamos ante una figura compleja⁶³. Siguiendo a este autor, es aconsejable, para poder llevar a cabo una mejor comprensión de la misma, hacer un viaje en el tiempo y retrotraernos a su regulación anterior a la reforma, resumir cuál fue su concepción y tratamiento y observar el cambio que el legislador ha querido darle a esta institución considerando que no debía desaparecer sino reforzarla con los ajustes razonables para que mejor encaje con los parámetros de la Convención⁶⁴.

Realizada esta precisión, muy brevemente, comentaremos que la guarda de hecho, tradicionalmente, ha sido concebida como una situación fáctica en que una o varias personas, no jurídicamente obligadas, acogen en su domicilio y prestan asistencia sin nombramiento judicial a un menor o una persona con discapacidad o, incluso con capacidad modificada judicialmente, cuando el cargo tutelar no ejerce sus funciones o aun no hay sido nombrado⁶⁵. Otro sector doctrinal representado

61 El cuarto párrafo del apartado III del Preámbulo señala que (...) conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.

62 SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021*, de 2 de junio, cit., pp. 191 y 192.

63 RODRÍGUEZ, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2022.

64 HERNÁNDEZ CABALLERO, M.^a J.: "La guarda de hecho en el panorama tuitivo de las personas con discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 8991, Sección Doctrina, 2017, pp. 1-13.

65 ALBA FERRÉ, E.: "La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, pp. 152-177.

por ALBÁCAR Y MARTÍN -GRANIZO, siguen esta línea conceptual y añaden que la guarda de hecho se definía como el ejercicio con respecto a menores o incapaces, de funciones propias de las instituciones tutelares con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia y protección, o de administración de su patrimonio o gestión de intereses, por parte de personas que no son tutores, ni curadores ni defensores judiciales. La doctrina entendía, por tanto, que toda guarda continuada que no se constituía como tutela, curatela o patria potestad, el guardador asumía de forma implícita las funciones de un tutor o un curador. A este respecto, MONJE señala que “una de las características de esta institución va ser su indefinición en cuanto a la facultad y funciones asociadas a la misma. Y, es que la guarda, era sin más, la asunción voluntaria de obligaciones por parte de la persona que decide asistir y cuidar a la persona con discapacidad”⁶⁶.

En definitiva, podemos decir que, antes de la reforma, la regulación jurídica de esta institución era escasa e incorrecta lo que provocaba acudir a ideas interpretativas. PARRA LUCÁN consideró que era una institución avocada a desaparecer⁶⁷. Sin embargo, como ahora veremos, es una de las apuestas más fuertes que realiza el legislador en materia de apoyos.

Actualmente, el art. 250 del Código Civil la define como una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Es evidente que el legislador lo que pretende es que sea una medida de apoyo flexible o como bien dice el art. 250.4º del Código Civil, una medida informal pues dependiendo de las circunstancias de la persona con discapacidad, en ocasiones será necesario que el guardador represente a las personas y, en otras, se limite a prestar una ayuda o asistencia para que la persona con discapacidad ejerza libremente su capacidad jurídica⁶⁸.

Tras la reforma del nuestro Código Civil introducida por la Ley 8/2021, la guarda de hecho se encuentra regulada en los arts. 263 a 267 del Código Civil. Su carácter fáctico aparece definido en el art. 263 según el cual señala: 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. No obstante, como excepción a esa regla antiformalista, el art. 264 nos remite, a su vez, al art. 287 del Código Civil para enumerar una serie de actos en los que la

66 MONJE BALMASEDA, O.: “El estado de la cuestión: La guarda de hecho. Instrumento clave en las instituciones de apoyo”, en *Estudio básico sobre la guarda de hecho algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege lata y de lege ferenda de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al anteproyecto por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018, 2019*, pp.59-81.

67 PARRAS LUCÁN, M^a. Á.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad” en DE SALAS MURILLO, S. (coord.): *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, pp. 211 y ss.

68 PEREÑA VICENTE, M.: “La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?, *La Ley 10/0/2007*, pp.1-16.

persona que ejerce la guarda de hecho habrá de obtener autorización judicial a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria⁶⁹. Aunque las situaciones enumeradas en dicho precepto no constituyen un supuesto de *numerus clausus*, sí es cierto que recogen la práctica totalidad de las situaciones en las que la persona que ejerce la guarda de hecho acude a la autoridad judicial para formalizar dicha situación y poder acometer uno o varios actos en beneficio de la persona con discapacidad, debiendo ser ejercida, en todo caso, esta función de apoyo respetando su voluntad, deseos y preferencias. A juicio de LÓPEZ SAN LUIS, el hecho de que la guarda de hecho haya pasado a consagrarse como medida de apoyo universal de carácter informal y permanente, no cambia su naturaleza jurídica⁷⁰.

En contraposición a la exigencia de autorización judicial y en aras del espíritu “desjudicializador” que impregna la Ley 8/2021, el art. 264, párrafo tercero, del Código Civil va a especificar que no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. En cualquier caso, ya para aquellos asuntos que por su naturaleza y peculiaridades así lo exijan, la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor

69 El art. 287 del Código Civil, aunque está previsto para la regulación de la actividad del curador, también resulta aplicable a la figura del guardador de hecho. Según el mismo, “el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de trascendencia 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.

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 extraordinaria”.

70 LÓPEZ SAN LUIS, R.: El principio de respeto de la voluntad de las personas con discapacidad en la convención de Nueva York y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret*, 2020, pp.111-130.

judicial para la mejor defensa de los derechos e intereses de la persona con discapacidad⁷¹.

La tendencia “antiformalista” que la Ley 8/2021 imprime a la institución de la guarda de hecho no es incompatible con el establecimiento de mecanismos de control que garanticen el correcto ejercicio de la institución en beneficio de la persona con discapacidad. En este sentido, el art. 265 del Código Civil, así como el art. 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria⁷², determinan que la autoridad judicial podrá, en cualquier momento, exigir que la persona guardadora de hecho rinda cuentas de su actuación o informe de la misma, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria impulsado de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, pudiendo establecer, a la luz de los conclusiones que se deduzcan, las salvaguardas que estime necesarias para garantizar la protección de los intereses de la persona con discapacidad.

Si bien el ejercicio de la guarda de hecho es gratuito, ello obsta para que, tal como reconoce el art. 266, el guardador sea reembolsado en los gastos justificados e indemnizado por los daños derivados de su función, en ambos casos, a cargo de los bienes de la persona con discapacidad.

Finalmente, en cuanto a su duración, la guarda de hecho se ejercerá mientras persista la situación que la motivó y se mantengan las condiciones que determinaron su constitución. No obstante, el art. 267 del Código Civil va a enumerar una serie de supuestos cuya concurrencia determinará la extinción de esta figura. A saber: 1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo. 2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron. 3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 4.º Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

En definitiva, el sistema acogido por la Ley 8/2021 que permite acudir directamente al Juzgado para solicitar autorización en aquellos casos en los que resulte preceptivo sin previa incapacitación es mucho más razonable y respetuoso con los derechos de la persona necesitada de apoyos, al tiempo que para la Administración de Justicia supone un importante alivio de carga de trabajo. Asimismo, el cese de control judicial permanente no debe ser considerado como

71 RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M^ª: “Personas mayores. Vida independiente y soluciones jurídicas”, *Fundación Aequitas* (2009), pp.1-20.

72 BOE núm. 158, de 3 de julio.

una “irresponsabilidad”, pues lo cierto es que la estadística demuestra que los abusos o malas praxis son escasos y pueden ser corregidos a través de otros instrumentos jurídicos y judiciales⁷³.

En referencia a la curatela no es una institución novedosa, pues forma parte de nuestro acervo jurídico desde el Derecho Romano que la concebía como un instrumento para completar o perfeccionar una capacidad o aptitud incompleta o imperfecta, que no es lo mismo que inexistente. Bajo ese prisma se instauró, tal como hemos visto previamente, en el Código Civil, contrapuesta a la institución de la tutela, la cual estaba prevista para casos de carencia absoluta de capacidad. Por todo ello, ante una realidad dual, el legislador, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, ofrecía dos alternativas: la curatela para completar capacidades insuficientes y la tutela para representar y suplir una capacidad inexistente.

En el nuevo marco jurídico, se termina con esa dualidad, pues, como ya tuvimos la oportunidad de avanzar, la tutela ha quedado relegada para las personas menores de edad no sometidas a patria potestad o en situación de desamparo. Por tanto, en el ámbito de la discapacidad sólo subyace ya la curatela, en consonancia con el espíritu que informa el nuevo sistema, según el cual, no existen personas plena o totalmente incapaces, pues todos los individuos están habilitados, en mayor o menor medida, a ejercer su capacidad jurídica.

En cualquier caso, el legislador es conocedor de que existen casos excepcionales en los que ese ejercicio de la propia capacidad está muy limitado, por lo que, frente a la “curatela ordinaria”, basada en la mera asistencia, prevé una “curatela representativa”, cuyo régimen recuerda al de la antigua tutela y cuya oportunidad ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que el legislador ha transformado y desvirtuado esta institución, convirtiéndola en una dudosa técnica jurídica, para aquellos casos excepcionales que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona. A tal respecto, y según propugna este sector, la nueva ley combina conceptos y terminologías, pues la institución del curador realiza la antigua función que ostentaba en el tutor anteriormente, pero con la obligación de hacer inventario y rendir cuentas ante el juez⁷⁴.

Debates y consideraciones aparte, es el art. 269 del Código Civil el que contempla ambas tipologías de curatela antes enunciadas, estableciendo para la primera que la autoridad judicial deberá determinar en su resolución los actos concretos para los que la persona con discapacidad requerirá asistencia del curador, pudiendo actuar por sí misma sin necesidad de apoyos para el resto de

73 SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, cit., pp. 194.

74 BOZA RUCOSA, M.: *Comentario crítico a la Ley 8/2021*. Visto en <https://bozarucosa.com/blog/comentario-critico-a-la-ley-8-2021/>.

supuestos. Por el contrario, y con carácter excepcional, el párrafo tercero del citado precepto va a regular la “curatela representativa” en la que el curador, más allá de un simple apoyo, asume la representación de la persona con discapacidad⁷⁵.

De conformidad con el art. 250 del Código Civil, podemos definir la curatela como una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo, debiendo ser proporcionadas a las necesidades de las personas que las precisen, respetando su máxima autonomía y atendiendo a sus deseos y preferencias. En cualquier caso, tal como establece el art. 268, las medidas de apoyo adoptadas en sede judicial deben ser revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, aunque la autoridad judicial, de forma excepcional y motivadamente, podrá establecer un plazo superior de revisión que, en ningún caso, podrá exceder de seis años. No obstante, sin perjuicio de lo expuesto y al margen de cualquier consideración de índole temporal, las medidas de apoyo judiciales se revisarán ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda exigir una modificación de las mismas.

En cuanto a la capacidad para ser curador, el art. 275 del Código Civil va a reconocer dicha condición, con carácter general, a toda persona física mayor de edad que sea apta para el desempeño de esta función y a toda persona jurídica sin ánimo de lucro entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. No obstante, frente a este reconocimiento genérico, el legislador ha establecido una serie de excepciones que operarán, bien de forma absoluta, bien de forma relativa, pues en estos últimos supuestos se prohibirá el nombramiento de curador salvo circunstancias excepcionales debidamente acreditadas. En este sentido, entre las limitaciones absolutas para adquirir la condición de curador, el legislador ha establecido las siguientes: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º 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. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

Asimismo, y si perjuicio de lo expuesto, entre las prohibiciones absolutas, hemos de contemplar también la prevista en el art. 250 in fine del Código Civil que excluye de la prestación de medidas de apoyo a quienes, en virtud de una relación

75 El art. 269 del Código Civil, párrafos tercero y cuarto, señala que (...) “Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación”.

contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, restricción que, tal como ha puesto de manifiesto SANTOS URBANEJA, podría dar lugar a muchos problemas en el caso de entidades privadas que han asumido tutelas de personas que se encuentran ingresadas en sus Centros. Para estos casos, el citado autor estima que habría que distinguir entre la titularidad del centro o establecimiento, que es la verdadera prestadora del servicio, y los profesionales del mismo que sí podrán continuar ejerciendo la guarda de hecho sobre las personas usuarias, pues, tal como el legislador ha formulado la prohibición, esta resulta claramente aplicable a las medidas de apoyo constituidas judicialmente (curatela o guarda judiciales) pero no a la guardia de hecho ordinaria que previamente ya hemos analizado⁷⁶.

Por otro lado, tampoco se podrá designar como curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas a las siguientes personas: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

Con carácter general, y salvo que concurran alguno de los supuestos anteriores o las circunstancias excepcionales a las que hemos aludido al abordar el art. 272, la autoridad judicial nombrará curador a la persona que haya sido propuesta por el/la propio/a interesado/a o en quien este/a hubiera delegado. En defecto de propuesta, tal como señala el art. 276, la autoridad judicial nombrará curador la persona que corresponda respetando el siguiente orden: 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 sin ánimo de lucro, pública o privada, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

⁷⁶ SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, cit., pp. 292-293.

No obstante, y sin perjuicio de lo expuesto, la autoridad judicial podrá alterar el orden anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Asimismo, cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial también podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Con carácter general, el nombramiento del cargo de curador es de aceptación obligada, aunque el art. 279 del Código Civil establece que será excusable el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo, bien por causas originarias, bien por causas sobrevenidas. Por su parte, las personas jurídicas privadas también podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes o las condiciones del ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.

El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento. Mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada. Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

Al igual que existe un proceso y unas reglas para el nombramiento del cargo de curador, el legislador también prevé en el art. 278 del Código Civil un régimen para su remoción. En concreto, el aludido precepto establece que serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo. La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial. Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo.

En cuanto al desempeño del cargo de curador, el art. 282 del Código Civil consagra que la persona designada para este fin deberá tomar posesión de su cargo ante el/la Letrado/a de la Administración de Justicia y estará obligada a mantener

contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo para asistirle con la diligencia debida en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando su voluntad, deseos y preferencias y fomentando, en la medida de lo posible, sus aptitudes para que aquella pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y reducir así, en un futuro próximo, la necesidad de apoyo. Si bien el legislador sólo establece principios generales para regular el ejercicio de la institución de curador, sí que va a fijar una serie de prohibiciones expresas y concretas para quien, con carácter general, desempeñe alguna medida de apoyo, regulando tal cuestión en el art. 251 del Código Civil⁷⁷: 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. 3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Si bien el curador tiene una serie de obligaciones que cumplir en el ejercicio de su cargo, el ordenamiento también le reconoce el derecho a percibir una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, 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. En estos casos, tal como dispone el art. 281 del Código Civil, corresponderá a la autoridad judicial fijar el importe de la retribución y el modo de percibirla.

Finalmente, aunque como ya hemos indicado, el ejercicio de la curatela está definido en el marco de unos principios generales y unas prohibiciones taxativas, ello no implica que esté exento de diversas técnicas de control que, siguiendo a SANTOS URBANEJA, podemos clasificar en cinco grupos: general, previo, periódico, ocasional y final⁷⁸.

El control general sobre la actividad del curador lo encontramos regulado en el art. 270 del Código Civil que permite a la autoridad judicial establecer en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar los derechos, voluntad y preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. Asimismo, tanto la propia autoridad judicial como el Ministerio fiscal podrán, en cualquier momento, recabar al curador la

77 En las medidas de apoyo voluntarias, tal como recoge el art. 251 *in fine*, estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.

78 SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, cit., pp. 295-303.

información que consideren necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

Por su parte, el control previo gira en torno a las figuras de la fianza y el inventario, reguladas, respectivamente, en los arts. 284 y 285 del Código Civil. Respecto a la fianza, la autoridad judicial podrá exigir la constitución de la misma al curador cuando, por razones excepcionales, lo considere preciso para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. En cuanto al inventario, el art. 285 determina que el curador con facultades representativas (no se aplica, por tanto, a la "curatela ordinaria") estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo en el plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo. El inventario se formará ante el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, quien podrá prorrogar el plazo anterior si apreciase causa suficiente para ello. Si hubiera bienes (tales como dinero, objetos preciosos, valores mobiliarios, etc.) que, a juicio del/la Letrado/a, no debieran quedar en poder del curador, se depositarán en un establecimiento destinado a este efecto. En cualquier caso, los gastos que resultarán de la formulación del inventario correrán a cargo de los bienes de la persona necesitada de apoyo.

Mientras que el fundamento del control periódico lo hallamos en el art. 292 del Código Civil, que impone al curador la obligación de rendición periódica de cuentas en los términos prefijados por la autoridad judicial, el control ocasional se sustenta en el art. 287, al cual ya nos hemos referido con anterioridad al abordar los actos para los que la persona que ejerce la "guarda de hecho" precisa de autorización judicial previa. Es preciso destacar que, en la institución que ahora mismo nos ocupa, este régimen sólo resulta aplicable a la "curatela representativa", por lo que en el ámbito de la "curatela ordinaria" esta autorización no resulta exigible.

Por último, el control final tiene lugar con la extinción de la curatela que, conforme al art. 291 del Código Civil, tiene lugar por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo, así como por resolución judicial, cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o se adopte otra más adecuada para la persona sometida a curatela. Asimismo, aunque el legislador no lo ha contemplado expresamente, también asistimos a un supuesto extintivo cuando el curador cesa en su cargo y se procede a su sustitución por otra persona. Sea cual sea el motivo, llegado ese momento, y tal como establece al art. 292 antes citado, el curador deberá rendir cuentas ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si mediase causa justa. En cualquier caso, la acción para exigir esta rendición prescribe a los cinco años computados desde la terminación del cómputo de este plazo de tres meses. Presentada esta rendición de cuentas, y antes de resolver su aprobación,

la autoridad judicial deberá oír a la persona a la que se prestó apoyo o a sus herederos o, en su caso, al nuevo curador. La aprobación judicial de las cuentas (afirmación que también podríamos extender a la aprobación del inventario) no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona que recibe el apoyo o a sus causahabientes para la defensa de sus derechos e intereses, pues dicha aprobación no produce efectos de “cosa juzgada”⁷⁹.

En cualquier caso, si como resultado de la actuación de control final se determinase la responsabilidad del curador, tal como establece el art. 293, responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo. A tal efecto, la acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas.

Para concluir nuestra exposición abordamos la figura del defensor judicial que, tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021 se encuentra en los arts. 295 al 298. En su nueva regulación, esta institución se va a caracterizar por tener un carácter subsidiario y provisional. Afirmamos que la figura del defensor judicial es subsidiaria porque el legislador acude a ella en defecto de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o, en ausencia de estas, si tampoco concurre la guarda de hecho o la curatela. Por otra parte, la provisionalidad de esta institución se deduce del propio art. 250 del Código Civil, según el cual, el nombramiento de esta medida procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

La subsidiariedad y provisionalidad de la figura del defensor judicial también resulta patente tanto en la regulación de los casos en los que procede su nombramiento, como en aquellos casos en los que este no resulte procedente. Respecto a los primeros, cabe reseñar que constituyen supuestos tasados al margen de los cuales no resulta posible acudir a esta institución. Estos casos, que se enumeran en el art. 295 de Código Civil, son los siguientes: 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

79 Así, a modo de ejemplo, el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de diciembre de 2020 ha establecido que ni la inclusión o exclusión de un bien en el inventario o la aprobación de las cuentas resuelven definitivamente cuestiones de propiedad que puedan suscitarse por parte de terceros.

requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial. Por su parte, el art. 296 del Código Civil establece que no se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento, regulación que, como hemos expuesto, denota el matiz subsidiario que presenta esta institución.

En cuanto al régimen aplicable a la figura del defensor judicial, el Código Civil, a través de su art. 297, remite al régimen previsto para las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen para conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo. No obstante, y como regulación específica de esta figura, el art. 298 establece que se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos. No obstante, el defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.

III. CONCLUSIÓN.

De todo lo expuesto y como conclusión a esta revisión jurídica podemos señalar que esta ansiada reforma ha conllevado:

Primero, desde un punto de vista procesal, la desaparición del proceso de incapacitación, supone no solo una gran modificación de la legislación procesal civil sino también, el fin de un procedimiento que, hasta entonces, era la medida por excelencia de protección hacia las personas con discapacidad. Ahora, el procedimiento para la adopción de medidas de apoyo a las que he hecho referencia a lo largo de esta exposición se encuentran reguladas en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a “Los procesos sobre la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”.

Segundo, la desaparición de la figura de la tutela quedando relegada solo para el ámbito de los menores. La eliminación de la tutela para, especialmente, las personas con discapacidad psíquica grave, no ha sido bien recibida por un sector doctrinal al considerar que esta decisión acarreará importantes consecuencias para quienes tienen que ocuparse de ellas, sobre todo sus progenitores.

Tercero, la superación de un debate ya obsoleto entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, el cual durante años ha dado lugar a importantes ríos de tinta

y donde la doctrina ha centrado grandes esfuerzos. Actualmente, ambos términos quedan refundidos en el más amplio y unitario de “capacidad jurídica”, pudiendo ser este definido como la aptitud para decidir sobre sobre actos concretos, siendo necesaria la implementación de medidas de apoyo en beneficio de aquellas personas cuya capacidad jurídica se encuentre limitada o cercenada.

Cuarto, la remodelación y nuevo sentido de las figuras ya existente con una nueva visión y tratamiento dando primacía a la guarda de hecho, mandatos y poderes preventivos y autotutela. El fortalecimiento de estas medidas conlleva el cumplimiento de lo establecido en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad donde ya se implementó la necesidad de un cambio de sistema en el que predominara el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Quinto, en cuanto a la guarda de hecho es la medida por excelencia a pesar de estar ya recogida en nuestro Código Civil. A pesar del carácter “poco formal” que se le pretende otorgar, no por ello está exenta de un exhaustivo control. Se ha convertido en la medida por excelencia para la prestación de apoyos, de carácter informal y permanente pero no por ello ha cambiado su naturaleza jurídica.

Por último y en sexto lugar, en cuanto a la tutela: frente a la “tutela ordinaria” existente basada en la mera asistencia, se prevé ahora una “tutela representativa”, cuyo régimen recuerda al de la antigua tutela la cual ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que el legislador ha transformado y desvirtuado esta institución, convirtiéndola en una dudosa técnica jurídica, para aquellos casos excepcionales que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Sin dudar que estamos ante un apasionante reto, habrá que esperar a la puesta en práctica de tales medidas y ver en el día a día y en el devenir del tráfico jurídico que ventajas e inconvenientes se desprenden de las mismas, lo que servirá de acicate para mejorar aquellas cosas que no funcionen y perfeccionar las que, obviamente den resultados positivos sin perder de vista los dos objetivos fundamentales: el respeto de la voluntad de las personas con discapacidad y facilitar la labor a jueces y tribunales en el ejercicio y adopción de medidas preventivas.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA FERRÉ, E.: “La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, Volumen Primero*, Bosch, Barcelona, 1995.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Santander, 1976.

BOZA RUCOSA, M.: *Comentario crítico a la Ley 8/2021*. Visto en <https://bozarucosa.com/blog/comentario-critico-a-la-ley-8-2021/>.

CHAMARRO HERRERA, M. T.: *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

CUENCA GÓMEZ, P.: “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*, diciembre 2012.

DE LORENZO GARCÍA, R.: *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, Alianza, Madrid, 2018.

FÁBREGA RUIZ, C. F.: “Realidad y nuevos horizontes de la guarda de las personas con autogobierno limitado” en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos de protección en materia de discapacidad* (coord. DE SALAS MURILLO), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

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

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018.

GÁZQUEZ, L. y MÉNDEZ, M. M.: *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea. Tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho Civil*, Comares, Granada, 2006.

HERNÁNDEZ CABALLERO, M^a. J.: “La guarda de hecho en el panorama tuitivo de las personas con discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 8991, Sección Doctrina, 2017.

LÓPEZ AZCONA, A.: “El respeto a las voluntades anticipadas en el Derecho Civil aragonés”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.

LÓPEZ SAN LUIS, R.: "El principio de respeto de la voluntad de las personas con discapacidad en la convención de Nueva York y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Indret*, 2020.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico -privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, 2010.

MONJE BALMASEDA, O.: "El estado de la cuestión: La guarda de hecho. Instrumento clave en las instituciones de apoyo", en *Estudio básico sobre la guarda de hecho algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege lata y de lege ferenda : de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al anteproyecto por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*, 2019.

PALACIOS, A.: *El modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F.: *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, 2007, Madrid.

PARRAS LUCÁN, M^a. Á.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en DE SALAS MURILLO, S. (coord.): *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*.

PEREÑA VICENTE, M.: "La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?, *La ley 1010/2007*.

ROCA SASTRE : *El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil*, Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

RODRÍGUEZ, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2022.

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M^a.: "Personas mayores. Vida independiente y soluciones jurídicas", *Fundación Aequitas*, 2009.

SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y Tutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Colección Summarium, Cunieip, Madrid, 2021.

SASTRE, A.: *La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Fundación Derecho y Discapacidad, 2013.

SERRANO GARCÍA, I.: "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal de apoyo jurídico a la discapacidad*.

SOLÉ RESINA, J.: "El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas", *Revista Electrónica de Derecho*, núm. 2, junio 2014.

VELILLA ANTOLÍN, N.: "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 99.