



LA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE MEDIDAS DE APOYO AL NUEVO EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

**Máster Universitario en Acceso a la Profesión
de Abogado**

Presentado por:

D^a María Rodríguez Belmonte

Dirigido por:

Dr. José Ignacio Rodríguez González

Alcalá de Henares, a 10 de enero de 2022

El presente trabajo se ha realizado durante el segundo año del Máster en Acceso a la Profesión de Abogado, curso académico 2021/2022, dentro de la asignatura “Trabajo de Fin de Máster”. Se ha elaborado bajo la tutorización del Dr. José Ignacio Rodríguez González, del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

“Agradecimientos a todos los profesores, compañeros y amigos
que han formado parte en mi camino por esta inolvidable
experiencia, la Universidad, en especial a los que han logrado
que me enamore del Derecho y todo lo que lo envuelve”

*“Este es el deber de nuestra generación al entrar en
el siglo XXI: la solidaridad con los débiles, los perseguidos,
los abandonados, los enfermos y los desesperados.*

*Esto expresado por el deseo de dar un sentido
noble y humanizador a una comunidad en la que
todos los miembros se definan a sí mismos,
no por su propia identidad, sino por la de los demás.”*

ELIE WIESEL

Resumen: La nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, ha supuesto un importante cambio en nuestro ordenamiento jurídico con respecto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas discapacitadas. La entrada en vigor de esta ley trae consigo la reforma de nuestra legislación civil y procesal con el fin de dedicar un tratamiento social más igualitario para las personas con discapacidad, suprimiendo los términos discriminatorios y basándose en unas ideas innovadoras como son las medidas de apoyo. De este modo, como así lleva años disponiéndolo la Convención de Nueva York, se ha podido lograr el reconocimiento de la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones, con la autonomía de la voluntad del incapacitado como máximo exponente. Con un análisis legislativo y jurisprudencial, destacaremos en este estudio los cambios más relevantes producidos a raíz de la reforma, y analizaremos también el antes y el después que conlleva en nuestro Derecho este cambio sustancial en materia de incapacitación.

Palabras clave: *capacidad jurídica, medidas de apoyo, personas discapacitadas, autonomía, igualdad, Convención de Nueva York.*

Abstract: The new law 8/2021, June 2nd, has meant an important change in our legal system with regard to the exercise of the legal capacity of disabled people. The entry into force of this law brings with it the reform of our civil and procedural legislation in order to devote a more egalitarian social treatment for people with disabilities, eliminating discriminatory terms and based on innovative ideas, such as support measures. In this way, as the New York Convention has been providing for years, it has been possible to achieve the recognition of full legal capacity under equal conditions, with the autonomy of the will of the disabled person as the maximum exponent. With a legislative and jurisprudential analysis, we will highlight in this study the most relevant changes produced as a result of the reform, and we will also analyze the before and after that this substantial change in the field of incapacitation entails in our Law.

Key words: *juridical capacity, support measures, disabled people, autonomy, equality, New York Convention.*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. EL PREÁMBULO DE LA LEY 8/2021 EN CONTEXTO CON EL DERECHO INTERNACIONAL	7
3. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: EL RÉGIMEN DE MEDIDAS DE APOYO.....	11
3.1. Disposiciones generales	11
3.2. Medidas de apoyo voluntarias.....	14
3.3. Medidas de apoyo judiciales	17
3.4. La revisión de las medidas de apoyo	22
4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	24
4.1. Un precedente jurisprudencial: La Sentencia de 29 de abril de 2009. La doctrina del Tribunal Supremo anterior a la reforma legislativa	24
4.2. La privación del derecho de sufragio a las personas con discapacidad. Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional.....	36
4.3. La doctrina del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021.....	43
5. CONCLUSIONES.....	51
6. BIBLIOGRAFÍA	53
6.1. Legislación	53
6.2. Doctrina y autores	54
6.3. Jurisprudencia	55

1. INTRODUCCIÓN

El día 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta nueva reforma legislativa implica, para el colectivo de las personas con discapacidad o diversidad funcional, un importante cambio para lograr su plena integración social, pues de esta manera se consigue reconocer su plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones, como así lo lleva invocando desde 2006 el Convenio de Nueva York o Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNY), en su nombrado artículo 12, que fue ratificada por España en 2007.

La principal consecuencia que dicha reforma conlleva es la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico de la figura del incapacitado, por considerar que este concepto trae consigo precisamente la negación de dicha capacidad jurídica, que abarca desde la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones hasta la legitimación para ejercitarlos. Así, esta nueva concepción permite hacer efectivos derechos tales como el respeto a la dignidad inherente a toda persona y el libre desarrollo de su personalidad, reconocidos por el artículo 10 de nuestra Constitución, y de esta forma cumplir el principio de igualdad ante la ley recogido en el artículo 14 de la misma Ley Fundamental.

Este estudio se comprende de dos importantes bloques. De un lado, se procederá a analizar el nuevo texto legislativo, partiendo de su Preámbulo o Exposición de Motivos, por ser la piedra angular de la reforma y también de este trabajo, pues en él se expone todo el marco contextual de la materia que tratamos. Cabe mencionar que nos adentraremos en la Convención de Nueva York y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otras, pues estas disposiciones normativas internacionales suponen la base que sostiene el resto de su contenido. Ulteriormente, se introducirán en la materia las reformas legislativas que comprende, así como en cuáles ha hecho mayor hincapié el legislador, dentro de las cuales debemos mencionar y dedicar un apartado a la del Código Civil, por tratarse de la más relevante.

De otro lado, el Tribunal Supremo lleva años dictando resoluciones sobre incapacitación e inclusión social de este colectivo, lo cual muestra que nuestro ordenamiento jurídico ya comenzaba a transformarse y adecuarse a las nuevas prerrogativas internacionales. A consecuencia de ello, se ha venido experimentado desde hace ya un tiempo atrás un notable aumento de las sentencias de incapacitación parcial en detrimento de las de incapacitación total, en la línea con el principal parámetro establecido por la CNY, como es el respeto a la autonomía de voluntad del incapacitado. Así, además de la jurisprudencia establecida antes de la reforma que nos concierne, también se expondrán algunas de las primeras sentencias en las que este mismo tribunal ha empezado ya a aplicar la Ley 8/21, para así poder observar el contraste creado a raíz de la entrada en vigor de la nueva ley.

Todo este estudio se realizará desde la mención y exposición de varias fuentes de investigación, incluyendo el trabajo doctrinal de diferentes autores, que cada vez se hace más hueco en nuestro Derecho en relación con una materia civil tan importante como es la capacidad jurídica de las personas.

2. EL PREÁMBULO DE LA LEY 8/2021 EN CONTEXTO CON EL DERECHO INTERNACIONAL

El 3 de junio de 2021 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado (de ahora en adelante, BOE) 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” (a partir de ahora, Ley 8/21), y su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de septiembre de ese mismo año.

Como así lo establece en la primera parte de su **Preámbulo**, de lo que trata el reciente texto normativo es de reformar las principales leyes de nuestro ordenamiento jurídico que tratan la incapacitación de las personas, para que queden así nuevamente redactadas y reformadas conforme al Derecho Internacional Privado, concretamente, adaptadas a la **Convención de Nueva York** de los derechos de las personas con discapacidad, del 13 de diciembre de 2006, pues se trata, citando textualmente la ley, de un “*tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”.¹

El objetivo, pues, de la entrada en vigor de esta disposición normativa ahora vigente, queda claramente establecido al comienzo de la misma:

*“El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.”*²

Así, en su apartado II quedan establecidas las **reformas legislativas** de que se compone. La nueva ley consta de ocho artículos, correspondiendo cada uno, respectivamente, con la modificación de la Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio. Además, cuenta con dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, estableciendo la primera de estas últimas una reforma del Código Penal.³

La modificación de mayor calado es indudablemente la relativa al **Código Civil** (cambia gran parte de la estructura del Libro Primero, “De las personas”, modificando sus Títulos IX a XI), pues sienta las bases del nuevo sistema, centrado ahora en el respeto a la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, lo cual analizaremos más adelante. Prácticamente, las demás reformas legislativas han de adaptarse a la del Código Civil, ya que los principales cambios introducidos en esta reforma suponen la eliminación de

¹ Preámbulo, apartado I, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

² *Ídem*.

³ Preámbulo, apartado II, de la Ley 8/2021.

cuatro importantes figuras de nuestro Derecho Civil: la incapacidad judicial, la tutela (para las personas con discapacidad), la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, y la prodigalidad.⁴

Para poder entender todo este contenido, deberemos primero analizar brevemente la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (DUDDHH), proclamada el 10 de diciembre de 1948, dispone en su primer artículo que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*⁵. No obstante, fue tras varias décadas, en 2006, cuando por fin pudo ser aprobada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento internacional cuyas bases se asientan sobre el principio de no discriminación y de inclusión hacia las personas con discapacidad. Una sociedad inclusiva anhela la igualdad para todos los ciudadanos, lo que implica que puedan gozar del correcto ejercicio sus derechos, y de una accesión equitativa a las oportunidades que dicha sociedad presenta, incluyendo aquellos grupos que encuentran mayores dificultades. Así pues, La CNY adopta una nueva visión social en cuanto a la consideración e inclusión de las personas discapacitadas, pues como la ciencia ha ido demostrando en su desarrollo, la discapacidad ha superado enfoques médicos y asistenciales y ha conseguido avanzar en la conceptualización de la discapacidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos.⁶

Se hace hincapié de este último inciso en los Preámbulos de ambas disposiciones normativas. En el de la Ley 8/21 se reconoce que hasta ahora la visión de nuestro ordenamiento jurídico ha tenido un enfoque demasiado paternalista e intrusivo en la esfera de derechos que envuelven la vida cotidiana de las personas con diversidad funcional⁷, en incisos como *“se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad; [...] partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan*

⁴ “Los diez puntos clave para entender la reforma del Código Civil: Modificaciones realizadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, Dossier de medidas para el apoyo a las personas con discapacidad; IBERLEY, 2021, pág. 4.

⁵ Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:
“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

⁶ CHAMORRO CRISTALDO, María Felicia; SILVERO ARÉVALOS, José Manuel: *“Enfoque de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: las Tecnologías de la Información y Comunicación como elemento de inclusión social”*. Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales (DIALNET), vol. 10, nº2, diciembre 2014; pág. 239.

⁷ El concepto “diversidad funcional”, mencionado varias veces a lo largo del estudio, sustituirá a los términos “discapacitado” o “con discapacidad” en la medida de lo posible. Esto es debido a que, aunque la legislación, la jurisprudencia y la doctrina aún hablen de “persona con discapacidad”, la nueva terminología se considera más inclusiva para el colectivo. Así lo establecen RODRÍGUEZ DÍAZ, Susana y A V. FERREIRA, Miguel en *“Diversidad funcional: Sobre lo normal y lo patológico en torno a la condición social de la discapacidad”*. Cuadernos de Relaciones Laborales, 28 (1), 2010; págs. 151 a 172:

“El colectivo de personas con discapacidad en España ha propuesto el concepto de Diversidad Funcional para reivindicar su derecho a tomar decisiones y a abandonar la marginación a la que tradicionalmente ha sido sometido. El concepto se inscribe en los presupuestos de la Filosofía de Vida Independiente y trata de superar las definiciones en negativo (discapacidad, minusvalía), reclamando el derecho al pleno reconocimiento de su dignidad como una expresión más de las muchas diversidades que en la actualidad son reconocidas positivamente en nuestra convivencia colectiva.”

periclitadas”.⁸ Y es que, desde un punto de vista más social y menos médico, el Preámbulo de la CNY reconoce que la necesidad de ajustar el derecho a la nueva realidad social de las personas con discapacidad se debe a que *“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.⁹ Es decir, que en relación con las personas con discapacidad existe una gran diversidad y constante evolución, lo que implica que no pueden imponerse unas medidas rígidas e iguales para todos los casos, pues no se ajustarían a las necesidades concretas y personales de cada persona.

De esta forma, reafirma la Convención de Nueva York de nuevo en su Preámbulo, entre otras cosas, que:

*“[...] los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, [...] que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole, (que) reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación [...]”*¹⁰

Así pues, bajo todo este marco conceptual, su afamado **artículo 12**, bajo el título de “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, decreta el deber de los Estados Parte de cumplir con dichos mandatos, como son, en primer lugar, el de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todo su territorio, a tratarlas con igualdad de condiciones al resto en todos los aspectos de la vida, y a adoptar las medidas que sean necesarias para que lo anterior se cumpla. Además, añade que estas medidas deben ser dirigidas desde el punto de vista de apoyo a la capacidad jurídica, pero nunca como sustitución de esta, y que en todas ellas *“se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”*.¹¹

Y es en este cuarto apartado del artículo 12 donde se hace la puntualización más importante y en la que se basa principalmente la reforma de todos los ordenamientos jurídicos que ratifican esta disposición internacional, y es el respeto de la voluntad de las personas incapacitadas, para que puedan realizar actos en su vida cotidiana sin intromisión del Estado más que en la medida que estrictamente lo necesiten y lo que es más importante, les sirva únicamente como ayuda y garantía para poder cumplir su voluntad. El Estado únicamente podrá interferir para revisar periódicamente este apoyo y adaptarlo a sus necesidades, pero nunca para anular sus intereses:

⁸ Preámbulo, apartados I y III, de la Ley 8/2021.

⁹ Preámbulo, apartado e), de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

¹⁰ Ibidem (apartados a, b y c).

¹¹ Artículo 12, apartado 4, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

*“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.”*¹²

El último apartado del artículo que analizamos asegura que entre dichas voluntades de la persona con discapacidad se encuentre también la libre disposición de sus bienes y patrimonio, pues podrán *“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”*.¹³

De este modo, y volviendo al análisis de la Ley 8/21, debemos considerar la misma promulgación de esta como un hito fundamental a la hora de adaptar el ordenamiento español a la Convención de Nueva York, logrando poco a poco la pretendida unificación de la capacidad jurídica en todos los Estados. Pero también supone la actualización de nuestro Derecho interno en una importante cuestión, como es la del trato igualitario de aquellas personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ya que eso es precisamente lo que pone en marcha este proyecto tan invocado en los últimos años, tanto por la **Organización de las Naciones Unidas** (ONU), como por las mismas **Instituciones de la Unión Europea** y, como lógica consecuencia, también por todos los Estados que ratifican e impulsan estas enmiendas, pues cada vez son más los que se suman.

Como consecuencia de todo lo anteriormente analizado, podríamos concluir que el resultado de mayor relevancia que ha dado lugar a todo un cambio tanto terminológico como social en nuestro ordenamiento jurídico, ha comenzado en nuestro Derecho Civil, y es la total supresión de la incapacitación, como así deja claro la nueva ley:

*“Desde el punto de vista procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.”*¹⁴

Esto ha traído consigo una modificación total del resto de conceptos que la incapacitación englobaba y, como analizaremos ulteriormente, todo parte de nuestro Código Civil.

¹² *Ídem.*

¹³ Artículo 12, apartado 5, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

¹⁴ Preámbulo, apartado III, de la Ley 8/2021.

3. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: EL RÉGIMEN DE MEDIDAS DE APOYO

3.1. Disposiciones generales

Continuando con el Preámbulo de la Ley 8/21 y como ya se ha puntualizado en líneas anteriores, la reforma del Código Civil supone el cambio más relevante, por ser la reforma de mayor extensión y también la que sienta las bases de la nueva ley en las demás disposiciones normativas, o como cita aquella textualmente: “*informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal*”.¹⁵

Desde el 3 de septiembre de 2021, la estructura de los Títulos IX a XII del libro I del Código Civil quedan reestructurados por completo:

HASTA EL 03/09/2021	DESDE EL 03/09/2021
LIBRO PRIMERO. De las personas	LIBRO PRIMERO. De las personas
- Título IX. De la incapacidad (arts. 199 a 214) *arts. 202-214 derogados por la LEC desde el 08/01/2001.	- Título IX. De la tutela y guarda de los menores
	Cap. I: De la tutela (arts. 199 a 234)
	Cap. II: Del defensor judicial del menor (arts. 235 a 236)
	Cap. III: De la guarda de hecho del menor (arts. 237 a 238)
- Título X. De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados	- Título X. De la mayor de edad y de la emancipación (arts. 239 a 248)
Cap. I: Disposiciones generales (arts. 215 a 221)	
Cap. II: De la tutela (arts. 222 a 285)	
Cap. III: De la curatela (arts. 286 a 298)	
Cap. IV: Del defensor judicial (arts. 299 a 302)	

16

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

¹⁶ Imágenes basadas en el *dossier* “Los diez puntos clave para entender la reforma del Código Civil: Modificaciones realizadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio”; IBERLEY, 2021; págs. 5 a 6.

Cap. V: De la guarda de hecho (arts. 303 a 313)	
- Título XI. De la mayor de edad y de la emancipación (arts. 314 a 324)	- Título XI. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica
	Cap. I: Disposiciones generales (arts. 249 a 253)
	Cap. II: De las medidas voluntarias de apoyo (arts. 254 a 262)
	Cap. III: De la guarda de hecho de las personas con discapacidad (arts. 263 a 267)
	Cap. IV: De la curatela (arts. 268 a 294)
	Cap. V: Del defensor judicial de las personas con discapacidad (arts. 295-298)
	Cap. VI: Responsabilidad por daños causados a otros (arts. 299-299 bis)
- Título XII. Del Registro del estado civil (arts. 325 a 332)	- Título XII. Disposiciones comunes (arts. 300 a 332)

17

De este modo, como principal cambio encontramos que la figura de la incapacitación desaparece y es sustituida por el nuevo sistema basado en el apoyo a la persona que así lo requiera. En la redacción actual del Código Civil, esto queda establecido en el nuevo Título XI (Libro Primero), ahora denominado “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Aunque también conlleva la desaparición de otras figuras, que explicaremos más adelante, como la tutela para las personas con diversidad funcional (sustituida ahora por la curatela para los casos en que sea pertinente), la patria potestad prorrogada y la rehabilitada, y la prodigalidad como institución autónoma.

Es menester aclarar, como así lo hace la propia Ley 8/21, que, a pesar de que esta reforma conlleva un cambio terminológico al que será necesario adaptarse, no solo ha de verse como tal, sino como un ajuste que pretende enfocar en nuestro ordenamiento jurídico una visión más adecuada a la realidad social actual y, por ende, de las nuevas necesidades que esta demanda:

“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

¹⁷ Ídem.

*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”*¹⁸

Así pues, se sustituyen los siguientes conceptos:¹⁹

- “Medidas de sustitución” ➡ “medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”
- “Incapacitado/a” ➡ “personas que necesitan medidas de apoyo” o “persona con discapacidad”
- “Procedimiento de incapacitación” ➡ “regímenes de curatela” y “nombramiento de defensor judicial a las personas con discapacidad”
- “Personas con la capacidad modificada judicialmente” ➡ “personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”

Entendemos ahora que, extrapolado al ámbito procesal, el procedimiento de provisión de apoyos del que ahora hablan la Ley de Jurisdicción Voluntaria (artículo 42 bis y siguientes) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (Libro IV, de los procesos especiales, Capítulo II) solo puede conducir a una resolución judicial que determine cuáles serán aquellos actos para los que la persona con discapacidad vaya a requerir el apoyo, y en ningún caso procederá la declaración de incapacitación ni a la privación de sus derechos personales, patrimoniales o políticos. Además, podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise.

Volviendo al Código Civil, debemos precisar, antes de entrar en el análisis de su nuevo Título XI, qué se entiende por medidas de apoyo.

Estas, ya sean con carácter voluntario o de origen judicial, son las que reemplazan a las anteriores medidas de sustitución, y están destinadas a personas mayores de edad o menores emancipadas que las necesiten para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, que engloba la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

¹⁸ Preámbulo, apartado III, de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

¹⁹ Normativa del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; ficha de legislación sobre 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, pág. 4.

La Observación General Número 1 de 2014 de la ONU, establece un *numerus apertus* de las que pueden suponer aquellas, aunque aclarando que existen muchas y muy variadas. Algunas de las que hace mención son:²⁰

- Persona de apoyo: persona de confianza, ya sea profesional o natural (entendiendo por tales a miembros de la familia, compañeros de trabajo o del centro educativo, vecinos, etc.), que ayuda en la comprensión de una o varias actividades a quienes presentan dificultades o alguna discapacidad.
- Diseño universal y medidas de accesibilidad: un espacio con diseño universal es aquel que está adaptado para el uso de toda persona, incluidas aquellas modificaciones para las personas con problemas de movilidad.
- Métodos de comunicación diferentes a los métodos habituales: como son el lenguaje de signos para las personas sordomudas o el Braille para invidentes.
- Planificación anticipada: conlleva tener la oportunidad de planificar lo que vas a hacer, así como la información y el tiempo necesarios para la toma de decisiones.

Debemos hacer también distinción entre los tipos de medidas anteriormente aludidas, como son las voluntarias y las de origen judicial.

3.2. Medidas de apoyo voluntarias

Este tipo de medidas son establecidas por la persona con discapacidad mediante su propia petición, y también puede fijar quién y cómo debe prestársele ese apoyo. El Código Civil dedica, tras su reforma, el Capítulo II dentro del ya mencionado nuevo Título XI. Así, para el **establecimiento voluntario de medidas de apoyo**, el Código contempla dos posibilidades atendiendo al momento vital del interesado:²¹

- El que establece el artículo 254 CC, cuando la persona **aún es menor de edad y si en los 2 años anteriores a la mayoría de edad** se prevé que, una vez alcanzada aquella, el menor sujeto a patria potestad o tutela pueda precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este caso, y siempre y cuando el menor no haya hecho sus propias previsiones, “la

²⁰ Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, de 19 de mayo de 2014. (Apartado Segundo, “*Explicación del artículo 12*”, referido a la Convención de Nueva York).

²¹ Normativa del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; ficha de legislación sobre 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; págs. 4 a 6.

autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad".²² Si, por el contrario, las ha establecido, se le dará participación en el proceso, atendiendo a sus intereses y preferencias.

- El establecido por el artículo 255 CC, cuando la persona **ya ha alcanzado la mayoría de edad** o se trata de un menor emancipado y se prevea la concurrencia de ciertas circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica. Para este caso, el propio interesado *"podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes"*.²³

Pero no solo esto, sino que también podrá decidir sobre el régimen, la forma y el alcance de las facultades de la persona que le preste apoyo, conforme a lo dispuesto en el artículo 249 CC²⁴. De igual forma, podrá prever las medidas de control que estime oportunas, así como quién llevará este control y cada cuánto, con el fin de evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, y de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. El juez únicamente podrá adoptar de oficio otras medidas supletorias o complementarias a estas cuando las de naturaleza voluntaria sean insuficientes o no las haya y se consideren preceptivas.

También habla el Código del **establecimiento de poderes y mandatos preventivos**. El legislador prevé dos supuestos relativos a la necesidad temporal de recibir los apoyos. El primero de ellos, del que habla el artículo 256 CC, es el llamado "poder de subsistencia" o "prorrogado", pues se trata de una cláusula temporal para que el poderdante que ya reciba medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad pueda mantenerlo en el

²² Artículo 254 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, con las modificaciones suscitadas 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 (a partir de ahora, si no se especifica lo contrario, será simplemente "Código Civil").

²³ Artículo 255 del Código Civil.

²⁴ Artículo 249 del Código Civil:

"Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. 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. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera."

futuro si prevé que lo seguirá necesitando. El segundo, el cual expone el artículo 257 CC, se trata de un “poder preventivo” o “de protección”, ya que se contempla para el supuesto de que la persona que aún no recibe ningún apoyo para el ejercicio de su capacidad tenga probabilidad de precisarlo en el futuro. Este último puede otorgarse en escritura pública mediante acta notarial.²⁵

Ambos poderes son compatibles con la constitución de medidas de apoyo, tanto voluntarias como judiciales, y mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras nuevas, como así lo dispone el artículo 258 CC.

Por último, otra importante incorporación es la figura de la **autocuratela** (anteriormente denominada como autotutela), regulada en los artículos 271 a 274 CC. Pero para hablar de esta, primero debemos establecer el concepto de curatela.

Al buscar el significado de curatela, comprobaremos que el resultado que mayoritariamente obtendremos es la definición anterior a la reforma. Por ejemplo, la que da el Magistrado del Tribunal Supremo y también Catedrático de Derecho Civil, XAVIER O'CALLAGHAN:

“La curatela es la institución y el curador la persona que complementa la capacidad del sujeto a la misma, que no la tiene plena. Es, pues, una institución de menor trascendencia que el tutor; no cuida de la persona sujeta a la misma, no le representa ni cuida de su patrimonio, sino simplemente complementa su capacidad, pues si bien no es un incapaz como el menor ni un incapacitado total, precisa para ciertos actos jurídicos un complemento de capacidad o "autorización". [...] Su función, pues, se limita a esta prestación de complemento de capacidad.”²⁶

Pero, tras la entrada en vigor de la Ley 8/21, ya no podemos hablar de “complemento de capacidad”, “incapacitación” (tanto plena como parcial) ni de “tutor”. La eliminación de estos conceptos supone que la figura de la curatela ahora adquiera un mayor protagonismo y que su aplicación sea desde una perspectiva nueva y diferente, ya que el actual Código Civil habla de la figura del curador como aquel que *“asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias; [...] procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones [...] (y) fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.”²⁷*

Sin embargo, a diferencia de la curatela, que es una medida adoptada judicialmente y no nos atañe aquí, la autocuratela como nueva concepción supone, que el régimen de curatela puede ser escogido por el interesado. A aquella persona que prevea la necesidad de apoyar su capacidad jurídica se le permite proponer nombramiento de curador o curadores mediante escritura pública. También podrá determinar las disposiciones que considere necesarias para

²⁵ Normativa del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; ficha de legislación sobre 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; pág. 5.

²⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (Magistrado del TS. Catedrático de Derecho Civil): *“Compendio de Derecho Civil. Tomo IV (Derecho de Familia)”*, Lección XII: *“La curatela”*. Edit. RAMÓN ARECES, 3ª ed., 2020.

²⁷ Artículo 282 del Código Civil.

regular el contenido y funcionamiento de esta curatela y sobre todo las relativas al cuidado de su persona y bienes, y las medidas de vigilancia y control. Estas propuestas vinculan a la autoridad judicial excepto si concurren circunstancias de gravedad desconocidas por la persona interesada que estableció el régimen.

En el apartado siguiente, relativo a las medidas de apoyo judiciales, hablaremos más en profundidad de la curatela, el nombramiento del curador y de las personas que están facultadas para ello.

3.3. Medidas de apoyo judiciales

Además de las medidas voluntarias existen, de otra parte, las medidas de apoyo de origen judicial, y así lo establece el propio Código Civil: *“las (medidas de apoyo) de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”*.²⁸ En su artículo siguiente, además, dispone cuáles son estas, que pertenecen a un *numerus clausus*:

*“Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.”*²⁹

Procederemos a explicar cuáles son estas medidas comprendidas:

La guarda de hecho (artículos 263 a 267 CC):

*“Se dice que existe una situación de guarda de hecho cuando una persona física o una institución presta espontáneamente a una persona desvalida (menor, discapacitado, anciano, etc.) los cuidados y atenciones que necesita sin que medie sentencia o resolución administrativa que así lo disponga.”*³⁰

Pese a lo que refleja esta definición, ahora esta medida se establece como una institución propia de las personas con diversidad funcional.

La guarda de hecho procede cuando no existan medidas de apoyo o cuando las preexistentes no se estén aplicando eficazmente. Aunque no la establezca directamente la autoridad judicial, esta podrá requerirle al interesado información acerca de la persona que quiera designar como guardador, así como establecer los medios de vigilancia y control oportunos y, de otro lado, también requerirle a aquel designado un informe de la situación sobre la persona del amparado, sus bienes y su actuación en relación con los mismos.

Cabe que, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho. Esta función únicamente será viable atendiendo a los niveles de necesidad y proporcionalidad de la persona que deberá ser representada. En este caso, el guardador deberá obtener una autorización judicial para poder llevarla a cabo mediante expediente de

²⁸ Artículo 249 del Código Civil.

²⁹ Artículo 250 del Código Civil.

³⁰ SANTOS URBANEJA, Fernando (Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba): *“La guarda de hecho”*, en <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com/>, 2004.

jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad, y también, en todo caso, para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287 CC, relativos a la curatela pero análogos a la guarda de hecho (realzar actos de transcendencia personal o familiar, enajenar o gravar viene inmuebles, disponer a título gratuito a bienes o derechos, renunciar a estos últimos, etc.)

Por último, la guarda de hecho se extingue a instancia de la persona a la que se preste este apoyo para llevarla a cabo de otro modo, a instancia de algún tercero interesado o del Ministerio Fiscal; cuando el guardador desista en su actuación, y/o cuando desaparezca la causa que la motivó.

La curatela (artículos 268 a 294 CC):

Como ya hemos definido en líneas anteriores esta figura, hablaremos ahora de su importancia en la nueva reforma y qué funciones puede desempeñar.

Y es que la curatela, a raíz de la supresión de la tutela como mecanismo de representación para personas con discapacidad, es ahora la principal medida de apoyo de origen judicial para estos casos. Esta figura tiene ahora una naturaleza asistencial, pues solo en casos excepcionales tendrá funciones representativas, y su extensión vendrá determinada por resolución judicial motivada, ya que esta medida sólo será impuesta cuando no quepa otra, atendiendo a las necesidades de la persona necesitada, como así dispone el artículo 269 del Código:

*“La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.”*³¹

Podemos establecer aquí una comparación con respecto a lo que el antiguo Código Civil establecía para la curatela:

“Artículo 287. Igualmente procede la curatela para 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.

Artículo 289. La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

*Artículo 290. 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.”*³²

³¹ Artículo 269 del Código Civil.

³² Artículos 287, 289 y 290 del Código Civil anterior a la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre.

Observamos de nuevo que, como ocurría con la guarda de hecho, los actos que realice el curador están destinados principalmente a prestar apoyo y no a representar o a sustituir en su capacidad de obrar a la persona necesitada, pues solo en casos excepcionales, se llevarán a cabo con esta segunda función, como así lo establece expresamente el artículo 269 CC³³. Además, el artículo 287, ya mencionado anteriormente, es el que regula los actos que realiza el curador en representación del interesado que, por su especial trascendencia, precisan siempre de autoridad judicial, pues intervienen en la esfera de derechos personales y patrimoniales del interesado.

Esta nueva perspectiva se debe a que, a raíz de la reforma, lo que se pretende es alejar nuestro ordenamiento jurídico de la anticuada figura paternalista que lo envolvía, y que prácticamente suponía la anulación de toda voluntad de la persona con diversidad funcional. En cambio, ahora el foco se pone precisamente ahí, en respetar en la medida de lo posible los intereses de aquella, y solo dependiendo de las circunstancias de cada caso, si se estima que los apoyos son medidas insuficientes, el juez propondrá o deberá imponer otras de mayor eficacia, interfiriendo en la esfera de derechos del interesado solo en los casos más justificados. Por ello, *“la autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.”*³⁴

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, podrá proponer el nombramiento o exclusión de una determinada persona o personas como curador, si se prevé la concurrencia de alguna circunstancia que posiblemente le dificulte en un futuro el ejercicio de su capacidad jurídica. Del mismo modo, en cuanto a quién puede ser propuesto como curador, podrán serlo las personas (físicas) mayores de edad que se consideren aptas para el adecuado desempeño de su función, así como las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro que se dediquen a la asistencia a las personas con discapacidad. El legislador fija en el artículo 275 CC una serie de excepciones que excluyen a determinadas personas o supuestos en los que no se podrá desempeñar la función de curador.

La propuesta de nombramiento vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela, pero el juez siempre podrá prescindir de ella, mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona interesada o si las causas expresadas por ella y que tuvo en cuenta en el momento de la propuesta de nombramiento se han visto alteradas. Si no se da esta situación ni la de las excepciones ya mencionadas, el juez nombrará curador a quien haya sido propuesto para tal cargo. En caso de que no haya sido propuesto nadie, se podrá nombrar curador a (artículo 276 CC):

³³ Artículo 269 del Código Civil:

“[...] 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. [...]”

³⁴ Artículo 270 del Código Civil.

- El cónyuge, o a quien se encuentre en análoga situación
- El hijo o descendiente.
- El progenitor o, en su defecto, ascendiente.
- La persona o personas que el cónyuge, pareja o progenitores hubieran dispuesto en testamento.
- El actual guardador de hecho
- Un hermano, pariente o allegado
- Una persona jurídica en la que concurren las condiciones mencionadas con anterioridad

Esta enumeración sigue un orden de preferencia, es decir, en defecto del anterior, deberá ser el siguiente, y así sucesivamente. Además, para los casos del cónyuge, hijos, progenitores o hermano, se les impone la condición de que deben ser convivientes con la persona que precisa el apoyo.

Por último, la curatela se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo, o por resolución judicial si bien deja de ser necesaria esta medida o cuando se adopte otra que se considere más adecuada para la persona sometida a curatela.

El defensor judicial (artículos 295 a 298 CC):

Es la figura más flexible, pues únicamente cabe en supuestos concretos. Las causas tasadas para nombrar al defensor judicial las establece el artículo 295 CC, y estas se dan cuando:

1.º Quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo por cualquier causa. Aquí, el defensor judicial actúa de manera temporal, es decir, hasta que retome sus funciones de prestación de apoyo la persona anterior o hasta que se designe una nueva.

2.º Se presente una situación de conflicto de intereses entre la persona que necesita el apoyo y quien va a prestárselo.

3.º Así lo considere oportuno el juez durante la tramitación de la excusación alegada por el curador.

4.º Hasta que recaiga resolución judicial en el procedimiento de provisión de medidas de apoyo, la autoridad judicial considere necesario mientras tanto, administrar los bienes de la persona interesada.

5.º La persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de manera ocasional.

La tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada:

Todos ellos se eliminan como regímenes de protección de las personas con diversidad funcional.

La tutela es aquel régimen que tiene por objeto la guarda y protección tanto de la persona como de los bienes del sujeto tutelado. Según la anterior redacción del Código Civil, las personas que podían estar sujetas a tutela eran los menores no emancipados, los menores en situación de desamparo, y los incapacitados y personas sujetas a patria potestad prorrogada, entre las cuales también se incluían algunos casos de personas con discapacidad. Además, establecía que “*el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo*”³⁵ y que entre las obligaciones de aquel se encontraban la de procurar alimentos, educar adecuadamente (en caso del menor) y la de “*promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.*”³⁶

Tras la reforma, la tutela se reserva únicamente a los menores de edad que no estén protegidos por la patria potestad y para los casos de personas con discapacidad, queda ahora reemplazada por la curatela y, como ya hemos estudiado anteriormente, con una naturaleza asistencial, y solo en casos excepcionales tendrá funciones representativas. Es por ello que se reubica del Título X, bajo el encabezamiento “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados” al Título IX, pasando a ser “De la tutela y de la guarda de los menores”. Además, el complemento de capacidad anteriormente requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos ahora será atendido por un defensor judicial, y no por un tutor legal. Como podemos comprobar, la práctica de la representación legal mediante tutela ha quedado reducida y destinada a unos fines más específicos, como reflejo del ya mencionado cambio hacia el respeto de la voluntad y autonomía de las personas.

No sucede lo mismo con la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, que se suprimen por completo del Código Civil. Ambas figuras quedaban expresamente recogidas en el antiguo artículo 171 del Código:

“La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad.

*Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad”*³⁷

Con la definición que nos da el autor CARRASCO, “*la patria potestad se concibe como el conjunto de derechos y deberes que deben cumplir los padres en beneficio de los hijos*”.³⁸ Este concepto es el que se reflejaba en la realidad de la antigua redacción del Código Civil, pues desde un prisma paternalista, al incapacitado se le daba un trato infantilizado considerándose que, como hijo pequeño que necesita a sus progenitores, también la persona discapacitada requería del cuidado y supervisión de aquellos. De ahí que el concepto de patria potestad se extrapolara a los sujetos con diversidad funcional.

³⁵ Artículo 267 del Código Civil anterior a la reforma de la Ley 8/2021.

³⁶ Artículo 269 del Código Civil anterior a la reforma de la Ley 8/2021.

³⁷ Artículo 171 del Código Civil anterior a la reforma de la Ley 8/2021.

³⁸ CARRASCO PERERA, Ángel; UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: “*Lecciones de Derecho Civil: Derecho de Familia*”. TECNOS, 3ª Ed., 2017; pág. 143.

Con respecto a la patria potestad prorrogada, debía su concepción a que, en el antiguo artículo 201 CC, se establecía la posibilidad de una incapacitación preventiva de los menores, si se preveía que la incapacitación se prolongara tras alcanzar la mayoría de edad, momento en el cual la patria potestad de los padres continuaría rigiendo. De otro lado, el Código contemplaba también la figura de la patria potestad rehabilitada para los casos en que el hijo ya mayor de edad resultara incapacitado, lo que derivaba en que, si vivía con sus padres y no había contraído matrimonio, los progenitores ejercieran de nuevo la patria potestad sobre él, como si volviera a la minoría de edad.

En la actualidad la situación ha derivado en que, cuando el menor con discapacidad o del cual se prevea una discapacidad alcance la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos necesarios como un adulto más, del mismo modo que se asistirá a cualquier adulto discapacitado que lo requiera mediante las medidas de apoyo a su capacidad.

3.4. La revisión de las medidas de apoyo

Ya en el Preámbulo de la Ley 8/21 se deja claro el carácter obligatoriamente revisable que han de tener las medidas de apoyo: *“Esas salvaguardias asegurarán que [...] estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente [...]”*³⁹

Consecuentemente, el Código Civil parte de esta misma base para disponer que la revisión de las medidas de apoyo establecidas tendrán el fin de garantizar su cumplimiento y que estas se ajusten a las necesidades que la persona con diversidad funcional requiera en ese determinado momento, con la obligación de modificarlas si esto último no se cumple: *“[...] las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.”*⁴⁰ Es decir que, aunque el plazo máximo para la revisión de las medidas es de tres años, este puede ser abreviado en función de si necesita ajustarse a las circunstancias vitales del discapacitado, aunque también puede ser prolongado por la autoridad judicial si las medidas de apoyo son de carácter estable, con un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Además, para las medidas de apoyo de carácter voluntario, el interesado podrá ser quien establezca los plazos de revisión con el fin de garantizar el respeto a su voluntad e intereses. En el caso de las medidas judiciales como la curatela, Ministerio Fiscal podrá solicitar la información que considere necesaria a fin de comprobar su buen funcionamiento en cualquier momento, actuando como garante de los intereses de la persona que requiere el apoyo.

También hablan de revisión de las medidas las leyes procesales relativas al procedimiento de provisión de apoyos, como son las modificaciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

³⁹ Preámbulo, apartados I y III, de la Ley 8/2021.

⁴⁰ Artículo 268 del Código Civil.

En relación con la primera, la LJV habla ahora de estos procedimientos en su Título II, relativo a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas, Capítulo II (para el nombramiento de defensor judicial) y Capítulo III bis, “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”. Se acudirá a esta ley para todo lo relativo a la provisión de medidas de apoyo de carácter estable -ya sea curatela, guarda de hecho, defensor judicial u otras, para los casos en que (excepcionalmente) se prevea que la situación de dependencia a estas medidas puede ser a largo plazo o incluso de por vida, y no a tender a desaparecer en el futuro, como se establece con carácter general.- En su artículo 42 bis c), la LJV añade a lo establecido por el Código Civil que podrán promover la revisión de las medidas de apoyo la propia persona con discapacidad, su cónyuge o persona en análoga relación, sus descendientes, ascendientes, hermanos y el Ministerio Fiscal, y que *“en la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias”*⁴¹, para, si fuera necesario, dictar una nueva resolución modificando el contenido de las medidas si procediera, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Por último, la LEC habla, dentro de los procesos especiales (Libro IV), de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad en el Capítulo II del Título I de este Libro. Como establece su artículo 756, deberá aplicarse esta ley para procedimientos relativos al nombramiento de un curador o cuando en el expediente del procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre medidas de apoyo se haya formulado oposición o este no haya podido resolverse. En cuanto a la revisión de las medidas, el artículo 761 deriva al Código Civil y a la Ley de Jurisdicción Voluntaria en cuanto a su procedimiento: *“Las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.”*⁴²

Todas las medidas de apoyo, así como las modificaciones que se puedan efectuar a raíz de sus correspondientes revisiones, deberán constar en todo momento en el Registro Civil, como así lo dispone nuevamente nuestro Código:

*“Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil.”*⁴³

⁴¹ Artículo 42 bis c), de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁴² Artículo 761 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴³ Artículo 300 del Código Civil.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

4.1. Un precedente jurisprudencial: La Sentencia de 29 de abril de 2009. La doctrina del Tribunal Supremo anterior a la reforma legislativa

Si bien es cierto que hasta día de hoy prácticamente toda la jurisprudencia que podemos encontrar es anterior a la Ley 8/2021 y, por tanto, de cuando aún se hablaba del término “incapacitación”, ya se comenzaban a marcar ciertos parámetros que dejaban intuir la reforma legislativa que tendría lugar unos años después. De entre otras muchas, la **Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril**, estableció una corriente de doctrina jurisprudencial a la que se han sumado muchas otras resoluciones judiciales hasta día de hoy. Su relevancia se debe a que en ella ya comienza a aparecer la influencia de la Convención de Nueva York en nuestro sistema judicial y, con ella, la definición de unos parámetros para el comienzo de un proceso de inserción social y de trato igualitario para las personas con discapacidad.

A modo de resumen de sus antecedentes de hecho, se trata del caso de una mujer a quien dos de sus hijas demandan, solicitando su incapacitación. El juez falla en primera instancia estimando dicha demanda, declarando **incapaz de forma total** a la madre y estableciendo un **régimen de tutela** a su favor para administrar su persona y bienes, y para el cual deben desempeñar las correspondientes funciones tres de sus otros hijos, con los que convivía. La demandada, mediante la representación de estos últimos, y junto con la intervención del Ministerio Fiscal, apela la sentencia, pero la Audiencia Provincial la confirma en segunda instancia. Finalmente, la demandada decide interponer recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante el Tribunal Supremo, con la intención de alegar la errónea interpretación de las pruebas en las que se basaba el juez para incapacitarla y comprobar si los criterios que este había seguido para contemplar dicha decisión se ajustaban a lo dispuesto por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Es necesario destacar que, debido a la fecha en la que se encuadra el procedimiento, la sentencia habla aún de “incapaz”, “tutela” o “representación”. Esto nos servirá para entender el contexto jurídico de entonces y comprobar que lo novedoso y destacable de la resolución que analizamos se debe a que habla de la necesidad de una reforma legislativa en nuestro ordenamiento para conseguir la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en especial, el de igualdad y no discriminación.

En cuanto a los fundamentos de derecho, debemos mencionar en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal, que se interpone bajo el motivo único de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 de la Constitución⁴⁴ (a partir de ahora, CE), *“porque la sentencia recurrida, sin ninguna base probatoria,*

⁴⁴ Artículo 24 de la Constitución Española:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

*considera probado que presenta una incapacidad absoluta para gobernarse a sí misma, [...] que las causas de incapacidad deben quedar demostradas de forma incontestable y que ello no se deduce de los informes presentados en el proceso.”*⁴⁵ El tribunal desestima este motivo, alegando que la parte actora aporta una serie de documentos y dictámenes periciales de los que se desprende que la demandada no puede gobernarse por sí sola, ni a su persona ni a sus bienes, debido a que se le ha diagnosticado un episodio depresivo grave con síntomas psicóticos que le suponen cierto deterioro mental, así como la enfermedad de Parkinson y otras enfermedades de evolución crónica, para las cuales está bajo tratamiento.

En conclusión, dispone el juez que la parte demandante ha soportado correctamente la carga de la prueba para acreditar sus pretensiones, condición la cual no cumple en este caso la parte demandada, a la que también se le impone la carga de probar aquello que impida o extinga los hechos probados por la parte actora. De modo que el juez, en base a los exámenes médicos, considera acreditada la incapacitación de la madre.

Sin embargo, el grosor del asunto se encuentra en el recurso de casación. Este consta de cinco motivos en los que se alega la inaplicación, aplicación indebida y errónea interpretación de varias disposiciones que el Código Civil de entonces regulaba en relación con la incapacitación y la tutela (como eran los artículos 199, 200, 215, 222 y 322)⁴⁶ que, interpretados bajo la luz de los artículos constitucionales 10.1 y 23.1⁴⁷, han supuesto,

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2009; Rec. 1259/2006; FD III.

⁴⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (anterior a la reforma de la Ley 8/2021):

Artículo 199.

“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.”

Artículo 200.

“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.”

Artículo 215.

“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: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial.”

Artículo 222.

“Estarán sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. 2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. 4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo.”

Artículo 322.

“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”

⁴⁷ Constitución Española:

Artículo 10.

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. [...]”

Artículo 23.1.

consecuentemente, la vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo aplicada a tales casos. El Tribunal admitió los cuatro primeros motivos y dio traslado del recurso al Ministerio Fiscal. Este presenta un escrito mediante el que solicita que deben estimarse dichos motivos, basando su fundamentación en *“ver si la interpretación de los artículos 199 y 200 CC son acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006 [...] en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y 1.5 CC.”*⁴⁸

Básicamente, lo que el Ministerio Fiscal pretende es **examinar la situación de la incapacitación de la demandada a la luz del Convenio de Nueva York**. Su fundamentación se basa en el posible trato discriminatorio que se da a una persona cuando se le declara incapaz, pues supone **una limitación de sus derechos fundamentales** y también una forma de “muerte social”, pues, *“la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces”*⁴⁹. El artículo 5 de la CNY regula precisamente la responsabilidad que tienen los Estados Parte de **procurar la igualdad y no discriminación** de las personas con discapacidad. Argumenta que, en nuestro ordenamiento jurídico, el tratamiento de las personas con discapacidad se regula desde dos perspectivas que son complementarias entre sí y que en principio se ajustan a lo dispuesto por la Convención. La primera de ellas supone que son titulares de los mismos derechos que se reconocen a todas las personas por igual y que, por tanto, merecen social y jurídicamente el mismo tratamiento. La segunda implica que, independientemente del trato igualitario con el resto de los ciudadanos, es innegable que son un colectivo que requiere de una especial protección para garantizar que disfruten de manera efectiva de todos sus derechos.

Pero además de esto, debe tenerse en cuenta que la Convención dispone que el **concepto de discapacidad es amplio y en constante evolución**, es decir, que cada caso presenta unas circunstancias propias y que no pueden limitarse estas a unas causas de incapacitación tan rígidas como las que establecía Código Civil en su antigua redacción, pues según aquel, son solo aquellas *“enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*⁵⁰. Según la Convención, se reconoce la diversidad de las personas con discapacidad⁵¹ y que sus causas derivan de la interacción de las diferentes personas con *“las 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 las demás”*⁵². Además, se reafirma en que

“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. [...]”

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2009; Rec. 1259/2006; FD III.

⁴⁹ Cita la STS 282/2009, en su FD III, en relación con el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su letra h):

“Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano,”

⁵⁰ Artículo 200 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (anterior a la reforma de la Ley 8/2021).

⁵¹ Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad:

“i) Reconociendo además la diversidad de las personas con discapacidad,”

⁵² Cita la STS 282/2009, en su FD III, en relación con el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su letra e):

este carácter dinámico será el que condicione el modo de interpretar las leyes en relación con la capacidad de las personas para determinar qué apoyos serán convenientes y necesarios en cada caso.

Es aquí donde el Fiscal entra a analizar su segundo pronunciamiento relevante, el cual trata sobre la adecuación de la tutela como medida constituida para suplir la falta de capacidad de obrar. Señala que es necesario deshacerse de ese patrón impuesto de acuerdo con el cual el incapacitado es privado de ejercer todos sus derechos y de actuar conforme a sus preferencias cuando es sustituido en sus funciones por un tutor, y añade que **“la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales”**.⁵³

Es aquí donde se comienza a suscitar un **cambio legislativo** que conlleve la modificación conceptual de las medidas para las personas discapacitadas. El Fiscal determina que para conseguir la igualdad que propugna la Convención, deben adoptarse las medidas oportunas para facilitar a las personas con diversidad funcional aquellos apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica. Y es que, si bien nuestro Derecho diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, la Convención en cambio defiende su unificación por formar ambos conceptos un “todo inseparable”, como se aplicaría a cualquier persona mayor de edad, porque **“la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.”**⁵⁴

Partiendo de esta proclamada igualdad, se debe empezar a considerar que los mecanismos que se proporcionan a las personas con diversidad funcional deben adaptarse a sus necesidades concretas, y siempre dirigidos a su apoyo y protección en aquellos actos personales o patrimoniales que implican cierta trascendencia y también en los de su vida diaria, pero eliminando, en todo caso, la figura de la incapacitación si esta supone la total sustitución de la voluntad de la persona y la supresión de su capacidad de obrar. Es decir, que **la incapacitación quedaría justificada únicamente si supone un sistema de protección** de la capacidad de la persona, y no como una forma de complementación o representación de esta:

“Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección. [...]

“Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2009; Rec. 1259/2006; FD III.

⁵⁴ *Ibidem*, FD II.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE.”⁵⁵

De este modo se determina que, a tenor de lo dispuesto en la Convención, es necesario reemplazar el anticuado modelo de “sustitución” en la toma de decisiones por un **nuevo modelo “de apoyo” o “asistencia”** y que *“la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa”*.⁵⁶

En conclusión, el problema que se plantea en el recurso de casación es tratar de determinar, a consecuencia de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York, si deben considerarse contrarias a la misma las disposiciones del ordenamiento jurídico español relativas a la incapacitación como medida de protección de las personas con discapacidad. Es por ello que el Ministerio Fiscal plantea una solución intermedia entre el modelo que respalda la CNY, en el que no tiene cabida la figura de incapacitación por ser discriminatoria, y el modelo que rige en nuestro ordenamiento jurídico, que requería por entonces de una transformación en profundidad en cuanto a este tema:

“La aplicación del Art. 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de “capacidad de las personas”, fundamentalmente en la incorporación del “modelo de apoyos”, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre”⁵⁷, y acaba proponiendo que mientras no se lleve a cabo aún esa adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención, “la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea.”⁵⁸

Finalmente, la autoridad judicial desestima también el recurso de casación por considerar que los argumentos que lo motivaban eran incompatibles con el resultado de las pruebas que se realizaron durante el procedimiento, que determinaban la falta de capacidad de la madre, ya que *“para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico [...] lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma [...] de modo que la medida de protección adecuada es el nombramiento de tutor.*

⁵⁵ *Ibidem*, FD V.

⁵⁶ *Ibidem*, FD III.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ *Ídem*.

*Y como se ha afirmado antes, no se trata de medidas discriminatorias, sino que se deben tomar para adaptar la medida de protección a la situación de la persona, ya que sólo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación.”*⁵⁹

No obstante, lo que determina aquí la relevancia de esta resolución judicial que acabamos de analizar no es en absoluto el fallo del juez, el cual está totalmente justificado por el contexto jurídico de aquel momento, que sí amparaba la incapacitación y la tutela, las cuales comportaban la solución más recurrente por los tribunales en los procedimientos en los que se implicaban personas con discapacidad psíquica como la que padecía la mujer del presente caso. La trascendencia de esta sentencia viene originada por haberse convertido en un precedente en la doctrina jurisprudencial en materia de incapacitación hasta día de hoy, así como para una reforma legislativa que tiene lugar doce años después, y finalmente, en un referente que hace alusión, de una forma determinante, en el cumplimiento de los tratados internacionales y, en especial, de la Convención sobre las Personas con Discapacidad.

Es cierto que la tradición interpretativa del Tribunal Supremo ha sido siempre favorable a las personas que precisaban de protección por falta de capacidad. Ya ocurrió con la **STS de 5 de marzo de 1947**⁶⁰, a la cual hace referencia la STS de 29 de abril de 2009 que, al igual que las sentencias posteriores a ella han seguido sus mismos fundamentos, ésta también es un reflejo de sus precedentes jurisprudenciales. En la resolución referida se admitió la posibilidad de graduar el rígido sistema de incapacitación que predominaba entonces, adaptando la incapacitación a la realidad social, y si bien es cierto que gran parte de la doctrina declinó esta interpretación, no sólo fue aplicándose aquel sistema paulatinamente, sino que finalmente se aceptó y modificó la legislación civil posterior a la Constitución.

Así, otras sentencias posteriores a la del 2009 continuaron utilizando estos criterios o similares, como la **STS de 11 de octubre de 2012**, que trata sobre el caso de un sujeto que padece un trastorno por dependencia al alcohol y un trastorno depresivo reactivo, que limitan sus capacidades volitivas y de entendimiento para su libre determinación. Esta vez es el Ministerio Fiscal el que insta el procedimiento de incapacitación, por el cual el juez declara parcialmente incapaz al demandado, y lo somete al régimen de curatela. La representación procesal del demandado se opone a dicha resolución, apelando en segunda instancia, que es estimado únicamente con respecto a que el juez rectifica para declararle capaz para administrar su pensión y ejercitar el derecho de sufragio activo. El demandado vuelve a recurrir, esta vez en casación, alegando que, *“en materia de incapacidad debe existir siempre un criterio restrictivo y que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto el consumo excesivo de alcohol no puede considerarse como elemento incapacitante, ni siquiera de forma parcial, para impedir al recurrente gobernarse por sí mismo”*.⁶¹ Los familiares alegaron, además, que se advertía en el demandado una conducta más coherente y estable que la que se venía observando con

⁵⁹ *Ibidem*, FD VIII.

⁶⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *“Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro”*, Vol. 2, *“La incapacitación del imbecil. Sentencia de 3 de marzo de 1947”*. Centro de Estudios Registrales, 1997; págs. 1555 a 1566. Define la incapacitación como *“el estado civil de una persona física, declarado en virtud de una sentencia y por las causas fijadas por la Ley, y que tiene como efecto principal la limitación de la capacidad de obrar y la sumisión a tutela o curatela”*.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo 617/2012, Sala Primera de lo Civil, de 11 de octubre de 2012; Rec. 262/2012. En su FD II, hace referencia a las sentencias de 14 de julio de 2004 y 28 de julio de 1998, ambas del Tribunal Supremo.

anterioridad, y el Fiscal propone que se sustituya la figura de la curatela por la figura jurídica del apoyo.

El juez desestima el recurso, aludiendo a la STS de 29 de abril de 2009, en cuanto a que se debe descartar la incapacitación como una figura discriminatoria, así como que las causas que regulaba entonces el Código Civil no debían tomarse como un *numerus clausus*, sino de manera amplia, pues lo relevante no es si el sujeto padece una enfermedad psíquica más o menos persistente, sino si esta es incapacitante por impedir que pueda gobernarse por sí mismo, pues “una cosa es la opinión de los familiares que refieren una conducta más ordenada y coherente de la que venía observando, y otra distinta que esta aparente mejoría deje sin contenido el trastorno de la personalidad que resulta de la prueba”.⁶² Por último, propone una nueva lectura del Código Civil con ciertas matizaciones en cuanto a la figura de incapacitación, en un intento de adecuarlo a la Convención de Nueva York:

“1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección.

*2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.”*⁶³

La **STS de 30 de junio de 2014**, en cambio, trata sobre el caso de un incapacitado que está sometido a régimen de curatela, para el que ejerce las funciones de curador una persona jurídica, el Instituto Tutelar de Vizcaya. Dicha institución, que fue quien presentó demanda para la incapacitación del sujeto, solicita después que se sustituya el régimen de curatela establecido con anterioridad por el de tutela, para el cual también ejercerá esta como tutora. El demandado se opone a este cambio, y además solicita que se nombre tutor a su pareja. El tribunal estima la pretensión formulada por la institución, rechazando a cambio la del demandado, por considerar que se actuaría así en su mejor beneficio, “al no quedar clara la relación existente entre el incapacitado y su pareja y con la finalidad de impedir abusos.”⁶⁴

Ante esta situación, la parte demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, aduciendo la falta de motivación del tribunal a la hora de rehusar sus preferencias en cuanto a la persona que quiere que ejerza como tutor. En cuanto al primero, cuyos motivos se fundamentan en la vulneración del artículo 218 de la LEC, relativo a la congruencia y motivación de las sentencias⁶⁵, el juez lo desestima debido

⁶² *Ibidem*, FD II.

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 337/2014, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014; Rec. 1405/2013; FD I, 2º.

⁶⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.

“1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

a que, aunque las decisiones judiciales deben estar motivadas debidamente, *“esta exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla. A lo anterior cabe añadir que no es lo mismo falta de motivación que motivación satisfactoria para la parte”*.⁶⁶

Con respecto al segundo, el demandado hace referencia al interés casacional del caso en vista de haber vulnerado varios artículos de la legislación civil vigente en ese momento bajo la interpretación de lo dispuesto en la Convención.⁶⁷ En síntesis, los principales motivos de la casación son defender la adecuación del régimen de curatela para el demandado, en lugar del de tutela, e impugnar la no sujeción del tribunal a la voluntad de aquel para la persona que debe desempeñar dicho cargo. Para ello, se invocan varios artículos del Código Civil para apoyar dichas alegaciones:

En cuanto a la adecuación del régimen de curatela, en el antiguo CC se redactaba lo siguiente:⁶⁸

Artículo 215:

“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 curatela.”

Artículo 223:

“[...] Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. [...]”

Artículo 287:

“Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloque bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.”

Para la necesidad de adecuarse el régimen que proceda a la voluntad de la persona con discapacidad, el CC estipulaba:⁶⁹

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.”

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 337/2014, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014; Rec. 1405/2013; FD II, 2º.

⁶⁷ En sus motivos de casación, la sentencia que nos disponemos a analizar establece, en su Fundamento de Derecho III, apartado 1º, b, que: *“artículos 223, 234.1 CC y artículos 10, 14 y 20.1a) y artículos 1, 5 y 12 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que la designación de tutor efectuada por la sentencia recurrida se opone a la debida aplicación de los artículos denunciados como infringidos.”*

⁶⁸ Artículos 215, 223 y 287 del Código Civil anterior a la reforma.

⁶⁹ Artículo 234, 1º del Código Civil anterior a la reforma.

Artículo 234:

*“Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.”*⁷⁰

Actualmente, dichas disposiciones se corresponderían en nuestro Código Civil con los artículos del nuevo capítulo relativo a la curatela, la autocuratela y el nombramiento del curador, que ya hemos analizado en el apartado anterior. En esta nueva redacción que viene dada a raíz de la reforma legislativa, y concretamente en los artículos 268 a 272, se hace especial énfasis en la importancia del respeto a la voluntad e intereses de la persona requerida de las medidas de apoyo, y esto se aprecia en el hecho de que se hace constante referencia a la obligación de la autoridad judicial de atenerse a lo dispuesto por el interesado, resaltando que estas decisiones serán vinculantes: *“La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela.”*⁷¹

Además, en relación con el caso que nos atiene, actualmente cabe la posibilidad de que se nombre curador, no necesariamente al cónyuge, sino también a *“quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo”*⁷², mientras lo que disponía anteriormente el Código era más restrictivo, pues únicamente hacía referencia al cónyuge que conviviera con “el tutelado” (utilizándose este término también para el que estuviera bajo el régimen de curatela). Es decir que, en primer lugar, el juez está obligado a nombrar curador a la persona que el interesado hubiera propuesto y, en segundo lugar, que solo para casos justificados o ante la falta de propuesta, existe un orden de prelación para el nombramiento de curador, siendo el primero precisamente el del cónyuge o persona en análoga situación y que solo podrá ser alterado previa audiencia del interesado.⁷³

⁷⁰ Artículo 234, 1, 1º del Código Civil anterior a la reforma.

⁷¹ Artículo 272 del Código civil tras la reforma legislativa.

⁷² Artículo 276, 1, 1º del Código Civil tras la reforma legislativa.

⁷³ Comparación de lo dispuesto por los artículos relativos al nombramiento de tutor y curador en la antigua y la nueva redacción del Código Civil, respectivamente (en la antigua redacción, para el nombramiento de curador de las personas con discapacidad, se aplicaban las mismas normas que para el nombramiento de tutor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 291 CC. En la nueva redacción, se regula directamente el nombramiento de curador al ser la medida de apoyo máxima para las personas con discapacidad, en defecto de la curatela):

Código Civil anterior a la reforma:

Artículo 234.

“Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3.º A los padres. 4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. [...]”

Código Civil posterior a la reforma:

Artículo 276.

“La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275. En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador:

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 fueren 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

A pesar de que nuestra legislación civil no contaba con estas condiciones antes de la reforma, de igual modo el orden de prelación que debía seguir preferentemente el juez era, en primer lugar, el de designar curador al elegido por el discapacitado. Y, aunque anteriormente se disponía que *“excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”*⁷⁴, en el recurso de casación, el afectado invoca que *“la designación de tutor efectuada por la sentencia recurrida se opone a la debida aplicación de los artículos denunciados como infringidos. Considera que la declaración de incapacidad supone un ataque a la dignidad de la persona, tanto más cuando si la incapacidad es parcial y no afecta al resto de sus competencias, el incapaz debe ser capaz de designar la persona que actúa como tutor, habiendo alterado el orden legalmente establecido en el art. 234.2 CC, sin motivar dicha determinación.”*⁷⁵

Esto es apoyado por el Ministerio Fiscal, que hace alusión a la Convención de Nueva York y al artículo 10 CE, relativo a la dignidad de la persona (expuesto en la nota a pie de página número 43), para determinar que en el caso que nos ocupa, se debe *“valorar especialmente, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de decisiones. Voluntad y preferencia de la persona que constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate; [...]”*⁷⁶, debido a la importancia que supone para las personas con discapacidad gozar de su autonomía, así como de poder disfrutar de una vida independiente al poner en práctica sus habilidades, tanto personales como familiares, *“evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.”*⁷⁷

Además de esto, y con respecto a la elección del régimen de curatela como más adecuado, el recurrente entiende que *“su limitación parcial afecta a la disposición de sus bienes en negocios jurídicos complejos, de forma que resulta pertinente la curatela y no la tutela”*.⁷⁸

Interviene de igual forma el Fiscal para afirmar que *“el afectado no tiene anulada, de forma significativa, su capacidad cognitiva y volitiva, siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia sobre determinados ámbitos de relevancia para sus intereses, es donde debe señalarse, conforme a la doctrina*

estuviera actuando como guardador de hecho. 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.

La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.”

⁷⁴ Artículo 234, 2, del Código Civil anterior a la reforma.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 337/2014, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014; Rec. 1405/2013; FD III, 1º.

⁷⁶ *Ibidem*, FD III, 4º.

⁷⁷ *Ibidem*, FD III, 5º.

⁷⁸ *Ibidem*, FD III, 1º.

*expuesta, que el régimen de la curatela, en la persona que el recurrente interesa, es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus Derechos fundamentales.”*⁷⁹

Finalmente, el juez falla a favor del recurrente, estimando esta vez el recurso de casación, anulando la sentencia en segunda instancia y, consecuentemente, estimando el recurso de apelación anterior, lo que provoca que se mantenga el régimen de curatela que se estableció en su día y, además, procediendo a nombrar curadora del interesado a su pareja sentimental.

Por último, debemos analizar la **STS 341/2014, de 1 de julio**, por hacer referencia a dos cuestiones importantes que se suscitaban en materia de incapacitación con anterioridad a la reforma. La primera de ellas, la cual supone el motivo del recurso de casación, es relativa al régimen tutelar que corresponde en virtud del grado de incapacitación, desarrollando esta sentencia que la tutela deberá determinarse para las personas que hayan sido incapacitadas de manera total, y la curatela, en cambio, al ser una medida más flexible, será la opción preferible para los incapacitados parcialmente. La autoridad judicial establece para el presente supuesto un parámetro que seguirán con posterioridad otras resoluciones judiciales. Sin embargo, para entender esta premisa, es necesario distinguir entre ambos conceptos.

La incapacidad total se declarará en el caso de que se aprecie que el demandado no está capacitado para cuidar de su persona y, en los supuestos más extremos, ni siquiera para los actos de la vida cotidiana, ni tampoco de sus bienes, incluyendo la disposición, administración y enajenación de estos. En cambio, la incapacidad parcial se otorga cuando se considere que el demandado puede llevar a cabo determinados actos por sí mismo, e igualmente también puede adoptar algunas decisiones relativas a su persona, aunque para actos de mayor complejidad o trascendencia, requiere del apoyo de otra persona. El juez debe especificar en todo caso qué actos puede el incapaz realizar por sí mismo y para cuáles necesita asistencia.⁸⁰

Así pues, el caso que presenta la sentencia trata sobre la incapacitación total de una mujer por sufrir un deterioro cognitivo moderado y un impedimento físico, los cuales le impiden cuidarse por sí sola y administrar sus intereses personales y patrimoniales, por lo que, en consecuencia, se le impone el régimen de tutela. Ante el conflicto familiar generado entre sus dos hijos, por querer ambos ejercer la tutela de su madre, el juzgado siguió la recomendación derivada del informe médico forense y nombró para el cargo de tutor a una fundación para personas con discapacidad. Tras desestimarse el recurso de apelación interpuesto por ambos hermanos con respecto a esta resolución, solo uno de ellos decide interponer recurso de casación, en el que interviene el Ministerio Fiscal. Con posterioridad a la revisión de los antecedentes médicos de la incapacitada y de advertir que las deficiencias son de carácter mayormente físico y no tanto de carácter psíquico, dispone en su informe que *“conforme a ellas, al superior interés del incapaz y al criterio restrictivo marcado por la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, debería haberse establecido una incapacitación parcial y nombrar*

⁷⁹ *Ibidem*, FD III, 5º.

⁸⁰ CABEZAS MOYANO, Antonio; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal; MORENO GARRIDO, Inmaculada, ORZÁEZ FERNÁNDEZ, José Miguel: *“Guía Práctica sobre la incapacitación judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad”*. FUNDACIÓN JIENNENSE DE TUTELA, 3ª Ed, 2007; pág. 33.

*un curador, en vez de un tutor, que le sirva sólo para aquellas facetas para las que no pueda gobernarse por sí misma.”*⁸¹

El juez acaba fallando en estimación del recurso de casación, argumentando previamente en la fundamentación jurídica lo siguiente:

“Cuando proceda la incapacidad total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que esta pueda realizar por sí sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra, la guarda legal que corresponde constituir es la tutela. [...] La curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, desde el momento en que el art. 289 CC declara que ‘tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido’. [...] En el código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el art. 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, [...] y a esta idea responde la jurisprudencia según la cual “el curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección [...] para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial”

*En puridad, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica diferencial entre la tutela y la curatela.”*⁸²

Esto también lo confirma la **STS 362/2018, de 15 de junio**, que hace referencia a la anterior y añade que *“sintetizando la doctrina de esta sala, que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. [...] La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad.”*⁸³

La segunda cuestión que se suscita requiere ser examinada en el siguiente apartado, debido a su gran relevancia en el tema que nos concierne.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo 341/2014, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2014; Rec. 1365/2012; FD V.

⁸² *Ibidem*, FD VII.

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo 362/2018, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de junio de 2018; Rec. 2122/2017; FD II, 2º.

4.2. La privación del derecho de sufragio a las personas con discapacidad. Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional

Analizaremos ahora una de las mayores controversias surgidas a lo largo de la historia de la jurisprudencia, como es la relación directa entre **la incapacitación total de una persona y el veto de su derecho de sufragio**. Continuando con la **STS 341/2014, de 1 de julio**, la sentencia en primera instancia declara que la mujer es incapaz de gobernarse a sí misma ni a sus bienes, y es por ello por lo que se le declara incapacitada de forma total junto con la privación de su derecho a voto. No obstante, en el escrito del Fiscal se alega que el informe médico forense en el que se basa el juez para la incapacitación absoluta no se establecen de forma expresa cuáles son las facetas para las cuales necesita la asistencia del tutor, *“pero sí pide que se anule la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio, pues no consta en la sentencia de incapacitación ninguna referencia a la supuesta pérdida de las habilidades necesarias para el ejercicio del derecho de voto.”*⁸⁴

El Supremo manifiesta al respecto de esto que *“el tribunal de apelación podría cuestionarse si de oficio procede dejar sin efecto la privación del derecho de sufragio, en atención a que se trata de una decisión que no ha sido justificada en la instancia, y no es una consecuencia necesaria de la incapacitación total, como claramente se desprende de la Convención de Nueva York [...]: el artículo 29 de la Convención⁸⁵ garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso. [...]*

*La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercerlo correctamente.”*⁸⁶

⁸⁴ *Ibidem*, FD V.

⁸⁵ Artículo 29 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, sobre *“Participación en la vida política y pública”*:

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

- i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;*
- ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;*
- iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar;*

b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas:

- i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos;*
- ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.*

⁸⁶ *Ibidem*, FD X.

También habla de la privación del derecho de sufragio una sentencia más actual como la **STS 269/2021, de 6 de mayo**, que hace referencia a las **STS 373/2016, de 3 de junio** y a la **STS 421/2013, de 24 de junio**, que establecen que, aunque entonces la privación del derecho de sufragio era una opción legalmente posible, por así establecerlo la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General (LOREG)⁸⁷, además de la Convención, pero *“sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada.”*⁸⁸

Además, añade la última sentencia citada la necesidad de incluir a la persona con diversidad funcional en esta clase de toma de decisiones para que pueda sentirse en igualdad e inclusión social:

*“Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda [...] discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado.”*⁸⁹

En relación con la privación del derecho de sufragio, ha supuesto un tema controvertido por tratarse de la vulneración de un derecho fundamental, lo cual ha trascendido hasta nuestro Tribunal Constitucional (TC). Es menester destacar, pues el **Auto del TC 196/2016, de 28 de noviembre**. En el procedimiento previo al momento en que el asunto llega ante el Constitucional, los progenitores de una mujer formulan demanda de incapacitación frente a su hija, solicitando que se dictase sentencia sobre incapacidad parcial a tenor de lo dispuesto en el informe médico forense, pero que se reconociera la capacidad de la demandada para el ejercicio del derecho de sufragio activo. El Tribunal dictó sentencia declarando a la demandada incapaz en grado parcial, no obstante, se le privó del ejercicio del derecho de sufragio activo, bajo la argumentación de que procede *“la privación del derecho de sufragio activo a la demandada al constatarse de manera indubitada en las dos exploraciones efectuadas y por este mismo magistrado las notables deficiencias que presenta la demandada en tal particular faceta electoral*

⁸⁷ La antigua redacción de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General señalaba en su artículo 3, apartados 1,b y 2, que *“los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio.”*

A raíz de que entrara en vigor la Ley de modificación de la LOREG (apartado primero del artículo único de la L.O. 2/2018, de 5 de diciembre) para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y así garantizar el derecho de sufragio de todas las personas discapacitadas, los apartados 1, b y c de dicho artículo quedaron suprimidos, y el apartado 2 queda redactado de la siguiente manera: *“Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.”*

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 269/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de mayo de 2021; Rec. 2235/2020, FD II, 3º, C, en mención de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 373/2016, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 2016; Rec. 2367/2015; FD III, 5º.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de junio de 2013; Rec. 1220/2012; FD II, 6º.

*no sólo por su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral sino por la constatada influenciabilidad manifiesta de la misma.”*⁹⁰

Alega, además, que para privar el derecho de sufragio activo de una persona no se exige que posea unas aptitudes cognitivas superiores a las de cualquier otro ciudadano medio, sino que es necesario que se constate una falta de capacidad básica de conocimientos políticos y electorales, y refuerza esta idea con que la demandada presenta dichas deficiencias en la faceta electoral y además, una constatada influenciabilidad que impedirían que sus decisiones en este aspecto no fueran tomadas libremente.

Los padres interponen recurso de apelación, el cual se desestima, razonando la Audiencia Provincial lo siguiente: “[...] sí que es necesario ponderar si su nivel de conocimiento de la realidad social y su nivel intelectual permiten estimar que está en condiciones de adoptar efectiva, real y materialmente una decisión política, más allá del formalismo o rito social de introducir un voto en una urna, por ilusionante que pueda ser este ejercicio de un derecho ciudadano y por loable que sea el propósito de fomentar su participación en este acto de máxima relevancia en una sociedad democrática. No puede bastar el querer votar que se patentizó en la vista, sino que es preciso que se cuente con un bagaje de capacidades vitales que permitan que el voto sea fruto de una verdadera decisión libre e informada.”⁹¹

Tras esto, la parte actora interpuso recurso de casación, que también fue desestimado, aduciendo el Alto Tribunal que la privación del derecho de sufragio activo es legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la adopción de tal medida sea imprescindible atender a las circunstancias del caso concreto y evitar en todo caso el automatismo. No obstante, a criterio de dicho tribunal, ante el presente caso no se ha tomado una decisión arbitraria ni automática, sino que, al contrario, “dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella”⁹², entrevista en la cual la demandada manifestó que ya había votado una vez, así como su deseo de volver a hacerlo.

En consecuencia, los actores deciden interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y es a partir de aquí donde el caso adquiere especial trascendencia.

El recurso de amparo se fundamenta en la vulneración del artículo 23.1 CE, que establece el derecho de cualquier ciudadano a participar en los asuntos públicos (sufragio activo), en relación con su interpretación, la cual debe ser de conformidad con los artículos 10.2 CE (sobre la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales) y 14 CE (sobre la igualdad de los ciudadanos), y con los artículos 5, 12 y 29 de la Convención de Nueva York, relativos a la no discriminación, igual reconocimiento como persona ante la ley y la participación en la vida política de las personas con discapacidad, respectivamente.

En cuanto a la vulneración del artículo 23.1 CE⁹³, la parte recurrente alega que dicho precepto constitucional no contempla excepciones, pues este derecho fundamental está

⁹⁰ Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, Sección Tercera, de 28 de noviembre de 2016; Rec. Amparo nº 2415/2016; AH II.

⁹¹ *Ídem.*

⁹² *Ídem.*

⁹³ Artículo 23 de la Constitución Española:

ligado pura y simplemente a la condición de ser ciudadano, y no a la posesión de un determinado nivel de conocimientos o competencias para ejercerlo, y esta es la circunstancia que convierte el sufragio en “universal”, como así lo establece el artículo 68.1 CE⁹⁴. Además, cuestiona la constitucionalidad del ya mencionado artículo 3.1 b) LOREG, pues debe interpretarse conforme al artículo 10.2 CE⁹⁵, que a su vez debe ajustarse a lo dispuesto por la Convención de Nueva York en su artículo 29: “*Afirma que debería haberse inaplicado pura y 7 simplemente el art. 3.1 b) LOREG, por oponerse a una norma convencional de aplicación preferente: el art. 29 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.*”⁹⁶

Continúa expresando el recurso que “*la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada justifica la privación en que se trata de una medida dirigida a “proteger los intereses del incapaz” y, sin embargo, no razona en modo alguno que ejercer el derecho de sufragio sea contrario a los intereses de la incapaz, máxime cuando la persona afectada ha manifestado su interés en participar en las elecciones. Aduce que la justificación de la privación del derecho fundamental con base en “el interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada”, no supera el test de proporcionalidad.*”⁹⁷

A continuación, y en cuanto a la vulneración del artículo 23.1 CE en relación con el artículo 14 CE⁹⁸, el recurso afirma que el artículo 12 CNY obliga a los Estados Parte a reconocer capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos y en todos los aspectos vitales, por lo que no sería razonable establecer un trato diferenciado sin que se haya probado que le ejercer el derecho a voto ocasiona un perjuicio, y menos aún basándose en que de esta manera se ocasiona un beneficio para el discapacitado. Además, se ratifica en que la discapacidad no supone específicamente motivo alguno de discriminación contemplado en el artículo 14 CE y que, de hecho, debe interpretarse en virtud del artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. [...]”

⁹⁴ Artículo 68 de la Constitución Española:

“1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley. [...]”

⁹⁵ Artículo 10 de la Constitución Española:

“[...] 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

⁹⁶ Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, Sección Tercera, de 28 de noviembre de 2016; Rec. Amparo nº 2415/2016; AH III.

⁹⁷ *Ídem.*

⁹⁸ Artículo 14 de la Constitución Española:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Europea (CDFUE)⁹⁹, que considera la discriminación por razón de discapacidad como un motivo ilícito, así como también lo hace el artículo 5 de la tan citada Convención.¹⁰⁰

El Tribunal Constitucional dictó Providencia inadmitiendo el recurso de amparo, por considerar que no se está vulnerando ningún derecho fundamental. No obstante, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica por entender que no se podía descartar la existencia de una apariencia de lesión constitucional de los derechos fundamentales apelados, y para justificar esto, el Fiscal utiliza los argumentos anteriores basados en la infracción del art. 23 CE, atribuyendo a los tribunales la errónea aplicación e interpretación del citado precepto constitucional.

Finalmente, el TC desestima mediante Auto el recurso de súplica, por considerar que el artículo 3.1. b) LOREG (antes de la reforma) no privaba del derecho de sufragio a las personas con diversidad funcional como colectivo de manera generalizada, sino que simplemente atribuía a los órganos judiciales la función de decidir de manera individualizada a quién restringir este derecho, en función de las concretas circunstancias de cada persona y tras el proceso correspondiente. Es decir, que no restringía a las personas con cualquier discapacidad, sino solamente a aquellas para las cuales así se decidía, según el resultado de las pruebas, por poseer mermadas sus capacidades intelectivas y volitivas respecto del ejercicio del derecho de voto para poder ejercerlo libremente, que es lo que proclama el artículo 23.1 CE. Con lo cual, dicho precepto legal se ajustaría a lo dispuesto por el artículo 29 de la Convención de Nueva York.

Alega también el tribunal que se tomaron en consideración durante todo el procedimiento los datos extraídos del informe médico-forense y del reconocimiento efectuado por el juez, que considera manifiesta la falta de capacidad para votar así como la mencionada influenciabilidad por terceros, *“y ponderan la relevancia de esos datos, así como los que apuntan en la decisión contraria —entre los que se encuentra la propia manifestación de la persona afectada en juicio— para llegar a una decisión que no puede calificarse de irrazonable.”*¹⁰¹

Sin embargo, en el apartado final de “Votos”, una magistrada emite su voto particular manifestando su discrepancia con el mencionado Auto, al entender que el Tribunal Constitucional debía haber estimado el recurso de súplica promovido por el Ministerio Fiscal:

⁹⁹ Artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre “No discriminación”:

“1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. [...]”

¹⁰⁰ Artículo 5 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, sobre “Igualdad y no discriminación”:

“1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”

¹⁰¹ Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, Sección Tercera, de 28 de noviembre de 2016; Rec. Amparo nº 2415/2016; FD IV.

“Coincido, ante todo, con lo señalado por el Fiscal en su recurso, cuando afirma que la demanda de amparo plantea una cuestión de singular relevancia constitucional, ya que no existe doctrina de este Tribunal en relación con el ejercicio del derecho fundamental al voto, reconocido en el art. 23.1 CE, cuando se trata de personas con discapacidad intelectual. A ello se une la trascendencia del asunto, pues va más allá del caso concreto, por afectar a un importante colectivo en situación de especial vulnerabilidad por razón de su discapacidad, que se ve privado de la posibilidad de ejercer un derecho fundamental tan básico en un Estado social y democrático de Derecho como es el de participar en los asuntos públicos, bien directamente, bien a través de representantes libremente elegidos por sufragio universal. En concreto, según los datos ofrecidos por el recurso de súplica, que señala como fuente la Junta electoral central, casi cien mil personas no pudieron participar en las pasadas elecciones del 26 de junio del año en curso por razón de su discapacidad.

A parte de lo anterior [...] es claro para cualquier observador que existe una apariencia de incompatibilidad entre lo dispuesto en el art. 3.1 b) LOREG, aplicado en este caso, y las disposiciones de la Convención, tal y como ponen de relieve las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; lo que conllevaría, en suma, su discordancia con el art. 23.1 CE y, consiguientemente, su más que posible inconstitucionalidad. Es decir, que como los demandantes de amparo pusieron de relieve en su demanda, la vulneración del derecho fundamental alegado podría tener su origen en la propia Ley.”¹⁰²

Por último, añado para exaltar la especial trascendencia constitucional del caso que los poderes públicos poseen la inexcusable obligación de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales a cualquier ciudadano sin excepción, y aquí es donde cobra particular importancia, concretamente, los derechos de participación política, dentro de los cuales se encuentra el sufragio. El artículo 9.2 CE¹⁰³ obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan el correcto ejercicio de estos derechos y, por otra parte, el artículo 49 CE¹⁰⁴ contiene un claro mandato dirigido a aquellos, enfatizando lo anterior con que se integrará a las personas discapacitadas para garantizar el disfrute de los derechos políticos.

La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGD), aprobada el 29 de noviembre de 2013 mediante Real Decreto Legislativo, es de gran relevancia en este asunto. Fue promulgada con el fin de actualizar la legislación vigente hasta el momento relativa a la discapacidad. Así pues, la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), de 7 de abril de 1982, que fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad. Más tarde, el 2 de diciembre de 2003, entró en vigor la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y con posterioridad, el 26 de diciembre de 2007, se aprobó la Ley del régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ Artículo 9 de la Constitución Española:

“[...] 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. [...]”

¹⁰⁴ Artículo 49 de la 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.”

La LGD no ha sido afectada por la reforma legislativa originada por la Ley 8/2021 debido a que su terminología únicamente se refiere a las personas con discapacidad, y no a la incapacitación. Además, en su Preámbulo establece que lo que se pretende con la refundición de textos legales en materia de personas con discapacidad es armonizar el ordenamiento jurídico español con los derechos fundamentales, lo cual también queda establecido en su primer artículo al declarar que el objeto de dicha ley es el de promover la igualdad de oportunidades y de condiciones en cuanto al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, de conformidad con lo que dispone la Constitución y la Convención de Nueva York.¹⁰⁵

De modo que entre los derechos que regula la LGD, se encuentra el de la participación en los asuntos públicos de las personas con diversidad funcional, y con respecto al sufragio activo, cita su artículo 53 (del derecho de participación en la vida política), que *“las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos conforme a la normativa en vigor. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen.”*¹⁰⁶

Por último, citando algo de doctrina al respecto, destacan PALLARÉS NEILA, Javier y PEREÑA VICENTE, Montserrat, muy acertadamente para el asunto constitucional examinado con anterioridad, que cuando se priva a una persona de su derecho a voto, no se está protegiendo a esa persona de ninguna manera porque no se está evitando perjuicio o menoscabo alguno, sino más bien todo lo contrario, pues invocando una supuesta protección lo que se está haciendo es privar a una persona de un derecho fundamental, personalísimo e intransferible, en contra de su voluntad y mermando totalmente su autonomía, lo cual supone una medida del todo desproporcional.

Añade que *“tampoco puede sugerirse la necesidad de prevenir influencias nocivas o captaciones de voluntad dirigidas a la emisión concreta del voto a favor de un determinado partido, porque este riesgo es general y afecta, por tanto, a todos [...] y que la sola manifestación del adulto protegido de su interés en ejercitar su derecho al voto, es en sí misma, la representación verbal de una aptitud y competencia que debe ser expresamente valorada por quien es competente para ello”*¹⁰⁷, con lo cual, es el tutor o curador quien deberá promover la iniciación de un proceso de modificación de la capacidad, pues durante años se ha ligado la incapacitación total de una persona con la pérdida de su derecho de sufragio, y se debe comenzar por algo tan fundamental como exigir este derecho inherente a

¹⁰⁵ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social:

“Artículo 1. Objeto de esta ley.

Esta ley tiene por objeto:

a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. [...]”

¹⁰⁶ Artículo 53 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

¹⁰⁷ PALLARÉS NEILA, Javier; PEREÑA VICENTE, Montserrat: *“Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica”*, Título I, Capítulo II: *“Los derechos fundamentales del adulto protegido”*. Edit. FUNDACIÓN MANANTIAL, Universidad Rey Juan Carlos (CEDPP), 1ª Ed., 2016; págs. 30 a 32.

todo ciudadano, pues siempre debe fomentarse la recuperación de la capacidad de una persona que ha sido despojada de ello.

4.3. La doctrina del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021

A consecuencia de haber analizado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo anterior a la reforma legislativa ocasionada por la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, es posible ahora comparar la nueva doctrina generada relativa a los procesos en los que están implicadas las personas con discapacidad, aparejada a su nuevo tratamiento social y judicial, así como a la nueva concepción de “medidas de apoyo”. A pesar de que existen aún muy pocas resoluciones judiciales al respecto, es posible comprobar la influencia establecida ya en sus precedentes jurisprudenciales, además de la paulatina adecuación de nuestro sistema jurídico a la Convención de Nueva York, que tanto impetraba una reforma en nuestras leyes.

La primera sentencia que aplicó la nueva ley es la **STS 589/2021, de 8 de septiembre**. Dicha resolución judicial trata sobre el caso de un sujeto que padece Síndrome de Diógenes, contra quien el Ministerio Fiscal instó demanda de incapacitación (pues cuando se inició el procedimiento en 2018 aún no regía la nueva legislación), debido a que los vecinos del inmueble donde aquel habitaba se pusieron en contacto con la fiscalía, preocupados por la situación en la que se encontraba su vecino (el demandado), ya que este trastorno psíquico conlleva la recogida compulsiva de basura, la acumulación de trastos y alimentos en su vivienda y, por ende, la insalubridad y falta de higiene no solo de esta, sino del edificio en general, llegando los olores y suciedad hasta las zonas comunes. Además, el sujeto en cuestión llevaba sin acudir al médico desde hacía años, por lo que el deterioro de su situación personal se había hecho progresivamente más palpable, y necesitaba urgentemente de asistencia sanitaria y social.

Lo que solicitó El Ministerio Fiscal fue que se determinara la capacidad del demandado, así como la constitución de apoyos y salvaguardias más adecuadas para poder garantizarle el correcto ejercicio de sus derechos, para qué actos necesitaría apoyo y solicitando que en todo caso se respetara al máximo su autonomía. Sin embargo, el sujeto se opuso a esta demanda, pues aseguraba no padecer enfermedad alguna y que tampoco necesitaba apoyos para su vida diaria. El tribunal en primera instancia practicó la exploración judicial y el examen médico-forense pertinentes, de los cuales se concluyó que, efectivamente, el demandado padecía Síndrome de Diógenes, que derivaba en un posible trastorno de la personalidad, y patología la cual le condiciona en el correcto cuidado de su higiene y salud, y de la cual deriva la existencia de un evidente riesgo para la salubridad del inmueble donde reside él y el resto de los vecinos. En conclusión, el juez declara incapaz al demandado y autoriza a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias para ejercer su tutela, y poder así entrar en el domicilio del demandado periódicamente con tal de colaborar en su ordenación y limpieza.

El demandado recurre en apelación, pero la Audiencia Provincial lo desestima, alegando que *“como se infiere del informe facultativo del Sr. Forense, si bien el hoy recurrente presenta un nivel de conciencia consciente [...], ello no resulta incompatible con la apreciación del trastorno de la personalidad que presenta [...]. Como se señala por dicho facultativo, el síndrome que padece el recurrente*

[...] se caracteriza por un extremo abandono del autocuidado de higiene y alimentación en personas que se aíslan de su medio y rechazan cualquier tipo de ayuda, dificultando su nula conciencia de dicha patología cualquier tipo de intervención consensuada, de ahí la medida de intervención y seguimiento por parte de la Administración, con visitas domiciliarias y trabajo coordinado de servicios sanitarios y sociales [...] Tal nula conciencia de la distorsión psíquico impide percibir a dicho paciente el olor nauseabundo que se manifiesta no sólo en el descansillo del piso que habita, sino incluso en el portal del inmueble, lo que hace inviable su convivencia así como unas normales relaciones de vecindad [...]

[...] el apelante padecía una incapacidad relevante e importante para cuidar su salud e higiene [...] no pudiendo olvidarse su negativa a permitir la entrada en su domicilio y a aceptar cualquier ayuda de los Servicios Sociales, básicamente por no ser consciente de su anomalía, lo que igualmente pudo ser constatado por este Tribunal cuando llevó a efecto el examen del mismo en esta segunda instancia. Dicho trastorno grave de la personalidad, en suma, le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, [...] y ello con relevante y grave repercusión y perjuicio para terceros, agravado por su no reconocimiento de tal patología».”¹⁰⁸

De nuevo, el demandado recurre la sentencia, presentando recurso de casación ante el Tribunal Supremo, bajo el motivo único de la infracción de varios preceptos del Código Civil (de su antigua redacción), en cuanto a que la posibilidad de padecer un trastorno es insuficiente para incapacitar a una persona, pues alega que realmente no padece enfermedad alguna, sino que simplemente sus manías y extravagancias pueden causar rechazo, pero que en ningún caso puede adoptarse una medida que altera de tal manera la normalidad de su vida, por suponer incluso una vulneración del artículo 18 CE, que regula el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio. No obstante, es conveniente destacar que mientras se tramitaba el proceso, estaba prácticamente aprobada la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por tanto, el Ministerio Fiscal, tras introducir el alcance que esta reforma legal implica para el caso, presentó sus consideraciones, aduciendo que:

“la voluntad (del demandado) se ha expresado bajo la influencia de un trastorno de la personalidad provocada por el síndrome de Diógenes, lo que aconseja no solo garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiera para el control y cuidado de su afección, sino también paliar los problemas de la habitabilidad de su vivienda. Sucede que su falta de conciencia del trastorno, la ausencia de apoyos familiares y su resistencia a recibir ayudas sociales hacen inviables eventuales alternativas de apoyo que pudieran prestarse a fin de evitar el establecimiento de una medida judicial de apoyo de carácter estable, que ha de ser un último recurso. Y del conjunto de medidas de apoyo que enumera el Código Civil solo la curatela se presenta, a nuestro entender, como adecuada a la vista de las necesidades de D. Damaso, sin perjuicio de procurar [...] que dentro de lo posible pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y sobre todo fomentando que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro expresar sus preferencias y tomar decisiones.”¹⁰⁹

Es resumen, el Fiscal considera, en primer lugar, que las medidas de limpieza y ordenación del domicilio resultan respetuosas con la nueva legislación civil, pero que podrían matizarse en cuanto a que se le diera al demandado la opción de participar en ellas, pudiendo elegir él mismo el servicio de limpieza, así como sus horarios de la vivienda sino también en la decisión de cuando resulta conveniente esa limpieza. En segundo lugar, dispone también

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021; Rec. 4187/2019; FD I, 4º.

¹⁰⁹ *Ibidem*, FD II, 4º.

que para el presente caso el curador deberá desempeñar una segunda función, como es la actuación sanitaria que provea al interesado con los tratamientos y terapias necesarios para paliar su enfermedad y así procurar una efectiva mejora en sus condiciones vitales, lo cual favorecería la disminución, o incluso supresión, del apoyo requerido, para el cual el plazo de revisión de seis meses es el adecuado.

Debemos recordar que lo que se pretende con la entrada en vigor de la ley de medidas de apoyo es procurar respetar la autonomía de las personas con discapacidad en lo máximo posible. Esto conlleva que las medidas de apoyo están destinadas a cumplir una función de ayuda y asistencia, pero como norma general, de carácter temporal, pues debe siempre procurarse que la persona interesada necesite cada vez en menor medida estos apoyos, hasta llegar a desaparecer, y pueda desenvolverse por sí misma en todos o la mayor parte de los aspectos de la vida. No obstante, en algunos casos, la persona requiere de unas medidas de carácter estable debido a las circunstancias concretas de aquello que le causa la discapacidad y, en consecuencia, la dependencia a estos apoyos, siendo estas más rígidas, como desempeñar la representación de la persona en los casos más excepcionales. Para estas situaciones, debe iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria, regulado en el ya citado artículo 42 bis a) de la LJV, aunque cita la sentencia que esto debe suponer la última opción, debiendo sopesar en primer lugar siempre las opciones más flexibles y dinámicas si estas son posibles, como así lo alega el Fiscal:

“[...] tanto la medida de apoyo que se acuerde en cada caso concreto como la actuación del curador deben de respetar la dignidad de la persona y la voluntad, deseos y preferencias del afectado, estando orientados también a fomentar que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, informándola, ayudándola en su comprensión y facilitando que pueda expresar sus preferencias y tomar decisiones [...] de forma que el tránsito hacia eventuales facultades de representación del curador solo se produciría, tras el fracaso de su colaboración con D. Damaso, en caso de negativa a la limpieza, a que se haga en una razonable frecuencia o a la contratación voluntaria del servicio en concreto. Por la misma razón, entendemos que no resultaría justificado de inicio en este caso, la inclusión de funciones representativas, sin perjuicio de que pueda constituir un último recurso como después se dirá [...], pues un tratamiento terapéutico y/o asistencial que cuanto menos lograra que D. Damaso aceptara la intervención paulatina de los servicios sociales podría dar lugar a la supresión de la curatela que se solicita”¹¹⁰

En cuanto a la resolución del recurso, el Alto Tribunal establece que, de la nueva regulación legal del Código Civil, así como del artículo 12 de la Convención de Nueva York, se extraen las características de la provisión de apoyos, siendo las más relevantes para el caso concreto que, en primer lugar, deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad del caso, respetando al máximo la autonomía de la persona, ateniéndose a su voluntad. Pero principalmente, las medidas han de ajustarse a las preferencias de la persona en relación con las que aquella prefiera establecer como voluntarias, y solo subsidiariamente, aplicar medidas judiciales, pues dejan de tener carácter preferente y ahora se supeditan al defecto o insuficiencia de las medidas previstas por el interesado. Y, por último, que no se precisa ningún pronunciamiento previo sobre la capacidad de la persona, pues la reforma suprime la declaración de incapacidad.

¹¹⁰ Ídem.

Añade también que, para valorar la procedencia de las medidas, el juez debe tener en cuenta tres criterios. El primero de ellos, contenido en el artículo 268 CC¹¹¹, que dispone que las medidas tomadas deben responder a las necesidades de la persona que las precise y respetar la autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica. En segundo lugar, el artículo 269 CC -citado varias veces a lo largo de este trabajo- establece que cuando la discapacidad afecte de forma directa a la facultad de toma de decisiones y al autogobierno, por verse afectada de forma grave la consciencia de la persona, la necesidad se impone a la voluntad y puede requerirse que la curatela se constituya con funciones representativas para que el interesado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador. Y, en tercer lugar, establece la misma disposición normativa que existe un límite al contenido de la curatela, y es la mera privación de derechos, pues esta no puede quedar justificada en ningún caso por la discapacidad de una persona.

Atendiendo a estos criterios, la autoridad judicial analiza para el caso concreto lo dispuesto en el procedimiento en instancias anteriores, examinando la procedencia de las medidas impuestas al demandado, y si se acomodan al nuevo régimen legal. Acuerda que el primer pronunciamiento de declaración de incapacidad en primera instancia, suprimirse, pues desaparece al entrar en vigor la Ley 8/21. En cuanto al segundo pronunciamiento relativo a las medidas de apoyo, preceptúa que el principal problema que puede presentar la validación de los apoyos a la luz de la nueva legislación es si se cuenta en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del afectado. En este caso, es cierto que el demandado se apone a cualquier medida impuesta, negando incluso la existencia de su patología, y la ley impide que puedan tomarse medidas en contra de la voluntad manifestada del interesado.

Mas añade el Tribunal que *“(el sujeto) está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. [...] Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad. Estas medidas que, en su ejecución, como muy bien informa el ministerio fiscal, deben tratar de contar con la anuencia y colaboración del Sr. Damaso, cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. [...]*

La propia ley da respuesta a esta cuestión. [...] el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado.

En casos como el presente, [...] una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la

¹¹¹ Artículo 268 del Código Civil:

“Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.”

persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación [...].

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.”¹¹²

En consecuencia con lo expuesto, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación, en cuanto a dejar sin efecto la declaración de incapacidad, sustituye la tutela por la curatela, y con respecto al contenido de las medidas de apoyo, las confirma y completa con las propuestas del Ministerio Fiscal, como que la revisión se efectúe cada seis meses y que durante la prestación del apoyo, la entidad curadora procure conseguir la colaboración del interesado y solamente cuando sea estrictamente necesario, recabará de auxilio para asegurar el tratamiento médico y realizar las tareas de limpieza para el interesado.

Las siguientes y más recientes sentencias del Tribunal Supremo que aplican la nueva normativa civil en materia de apoyos a las personas con discapacidad son la de 19 de octubre y la de 2 de noviembre, ambas del presente año. Las dos resoluciones hablan de la vinculación del juez a las preferencias de la persona con discapacidad con respecto a su pronunciamiento para designar curador, pues aquella puede elegir a quien considere, así como las funciones que vaya a desempeñar. Si el juez se aleja de este criterio, deber ser siempre de manera excepcional, motivada, y porque no se podría velar sino de esta forma para el interés superior del discapacitado.

La primera de estas resoluciones, la **STS 706/2021, de 19 octubre**, trata el caso de una mujer con seis hijos, que cuando otorgó testamento, se pronunció expresamente a favor de tres de ellos -con los que mejor relación tenía y también entre ellos- para que ejercieran su tutela ante una eventual discapacidad, en un determinado orden de prelación. Los otros tres, que se llevan bien entre sí, pero no tienen buena relación con los otros ni con su progenitora, son los que interponen demanda de incapacitación (pues el procedimiento se inició con anterioridad a la reforma). El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia incapacitando a la mujer y designando tutora a una agencia de tutela para adultos.

Los tres hijos a los que se refiere la madre en el testamento interponen recurso de apelación, solicitando que el cargo de tutor lo desempeñara al menos uno de los hijos de los que la demandada se pronunció al respecto. La Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la sentencia anterior, pero esta vez designa como tutores mancomunados a dos de los hijos, uno de los preferidos por la madre, y otro de los que no, alegando que ante las desavenencias familiares, lo mejor para la interesada es que sean sus descendientes quienes se ocuparan de ella y no una entidad pública, y añadiendo que la elección de estos dos hijos en particular se debía a que son los considerados más idóneos y que de esta forma conseguirían llevarse bien entre ellos por el bien de su madre.

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021; Rec. 4187/2019; FD IV, 4º y 5º.

Contra dicha resolución judicial se interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. El Tribunal Supremo los estimó y, tras devolverse las actuaciones a la Audiencia Provincial, esta se reafirmó en lo dicho anteriormente, y volvió a fallar de igual forma. De nuevo, se interpusieron recursos por infracción procesal y de casación, pero esta vez, para el primero de ellos, recurrieron la demandada, los tres hijos a los que es afín, y una de las hijas a las que no, y en cuanto a la casación, se interpusieron dos recursos: uno por parte de la madre y los tres hijos mencionados, que solicitaban la tutela (o curatela, ante la entrada en vigor de la nueva ley) ejercida por el orden de prelación que aquella estableció, y un segundo recurso de casación por parte de la cuarta hija ya citada, que solicitaba que volviera asignarse este cargo a la entidad pública de tutela de adultos, debido al conflicto familiar existente.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es la falta de motivación de la sentencia de la Audiencia. El Ministerio Fiscal aduce al respecto que *“la decisión adoptada no contiene una explicación suficiente y clara de las razones que han llevado a prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad.”*¹¹³ Finalmente, el recurso es estimado.

En cuanto al primer recurso de casación, se fundamenta en la infracción del art. 234.1 CC (de su antigua redacción) y del artículo 12 de la Convención de Nueva York, al haberse desconocido la voluntad de la interesada al designar tutor. El Tribunal estima el recurso teniendo en cuenta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, y dicta:

“En dicha ley se proclama la autonomía de la persona con discapacidad, con el reconocimiento expreso de que el nuevo sistema se basa en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos (arts. 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC entre otros),

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

*Pues bien, en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que (una de las hijas preferentes) convivía y sigue conviviendo, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora”.*¹¹⁴

En consecuencia, el recurso de casación interpuesta por la cuarta hija es desestimado, bajo los mismos argumentos relativos a la prevalencia de la voluntad de la persona necesitada, pues *“no cabe, por lo tanto, la imposición de otro sistema alternativo de curatela, como la institucional postulada por la recurrente, o la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos,*

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 706/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 2021; Rec. 305/2021; FD II, 2.4.

¹¹⁴ *Ibidem*, FD IV.

*que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación.”*¹¹⁵ Efectivamente, se deja también sin efecto la declaración de incapaz de la demandada.

Otras situaciones similares han sido ya examinadas en este trabajo, en la STS de 30 de junio de 2014 y en la de 1 de julio del mismo año, en cuanto a la designación de la persona que estará a cargo del discapacitado y la vinculación del juez a sus preferencias, solo que según lo establecido en la anterior redacción de la legislación civil. En la **STS 734/2021, de 2 de noviembre**, en cambio, ya se aplica la nueva Ley, como ocurría con la sentencia previamente analizada.

En este caso, también se presenta un conflicto familiar entre cuatro hermanos, que son los que solicitan la incapacitación de su madre, y la quinta hija, para la cual la progenitora quería que esta ejerciera como tutora. En la primera parte del proceso, se declara incapaz a la madre, y se nombran dos tutores: a la hija para encargarse de la esfera personal de la madre y a uno de los otros hermanos citados para la esfera patrimonial. Pero la demandada manifiesta su preferencia por la hija para que se encargue de ella, por ser la que diariamente está más pendiente de ella y con la que tiene más confianza y se encuentra más a gusto, por lo que decide interponer recurso de apelación. No obstante, la Audiencia Provincial confirma la resolución recurrida, apoyándose también en un incidente que se produjo por parte de la hija en cuanto a la gestión patrimonial de su madre, por lo que considera que es el hijo nombrado el que debe desempeñar este cargo.

La demandada recurre de nuevo mediante recurso de casación, referidos exclusivamente a la designación de tutor, por no haberse respetado su voluntad de que dicho cargo fuera desempeñado por su hija, apoyada por el Ministerio Fiscal, pues había manifestado reiteradas veces estas preferencias, no solo en sus declaraciones durante el procedimiento, sino también en escritura pública y en la exploración judicial, y que la incidencia acontecida, no justifica prescindir de la voluntad de la persona discapacitada, ya que una mala gestión patrimonial, para la que no consta que se produjera daño alguno para la interesada, no posibilita prescindir de la preferencia manifestada.

Lo que se alega en casación es la infracción de artículos del Código Civil en su redacción anterior¹¹⁶, como el 223 II CC, que establecía que "*[...] cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*"; el 234 CC, que disponía que "*para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223*" y que "*excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere*", o el artículo 236.1 CC, normaba que "*la tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo: Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente*".

¹¹⁵ *Ídem.*

¹¹⁶ Artículos 223, 234 y 236 del Código Civil anterior a la reforma

Tras entrar en vigencia la Ley 8/21, todo esto queda ahora regulado en los artículos 271 y 272 CC¹¹⁷, relativos a la autocuratela, que proclaman, respectivamente, que "[...] cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador", y que "vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela [...] no obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias [...] siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones."

Además, cita la autoridad judicial que la autocuratela implica "la posibilidad legal de nombrar curador, antes tutor, es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el art. 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo."¹¹⁸ Además, establece una serie de características propias de la autocuratela, disponiendo que se trata de un negocio jurídico unilateral, personalísimo, inter vivos, solemne, vinculante, revocable e inscribible.

Por todo lo expuesto, y apoyándose para ello en precedentes jurisprudenciales de la misma materia, -algunas de las sentencias ya analizadas en el presente trabajo-, y en la normativa aplicable, entre las que se encuentran varias disposiciones ya analizadas con anterioridad de la Convención de Nueva York, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Constitución Española, entre otras, el Tribunal estima el recurso de casación, razonando que:

*"No concurren razones consistentes que avalen prescindir de la voluntad de la demandada [...]. La fundamentación de la sentencia de primera instancia, aceptada por la Audiencia, relativa a un puntual incidente, sin constancia de perjuicio patrimonial alguno para la demandada [...] no reúne la entidad suficiente, como sostiene el Ministerio Fiscal, para ser calificada como una circunstancia sobrevenida de entidad grave que acredite la necesidad de prescindir de la preferente la voluntad de la demandada [que], por otra parte, exteriorizó su voluntad de que fuera su hija la que asumiera el cargo de curadora, tanto en la esfera personal, para la que fue designada por la Audiencia, como en la esfera patrimonial, por lo que procede dejar sin efecto el nombramiento de su hijo, circunscrito al ejercicio de ésta última función. Tampoco las circunstancias especiales concurrentes avalan el establecimiento de la doble tutela."*¹¹⁹

En resumen, a consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, todos los procesos incoados con anterioridad al 3 de septiembre de 2021 han debido ajustarse sobre la marcha a lo dispuesto por esta ley y la reforma legislativa que conlleva, dejando sin efecto las declaraciones de incapacidad, la imposición de tutela como medida para personas con diversidad funcional, y sustituyéndola por la curatela en aquellos casos que así se ha requerido. Y, principalmente, debe quedar ahora interiorizado el respeto de la voluntad y autonomía de la persona interesada, aplicándose este principio a la imposición de medidas de apoyo que, a partir de la reforma, van dirigidas a ayudar o complementar la capacidad del

¹¹⁷ Artículos 271 y 272 del Código Civil posterior a la reforma.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 734/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021; Rec. 1201/2021; FD III, 3.3.

¹¹⁹ *Ibidem*, FD III, 3.4.

discapacitado, pero en ningún caso, a sustituirlo en su toma de decisiones, y siempre con vistas a que esa persona pueda, en un futuro, prescindir de estas medidas y desarrollar su vida con normalidad y desde el autogobierno.

5. CONCLUSIONES

- I. Nuestro ordenamiento jurídico necesitaba una adaptación a los tratados internacionales con respecto al tratamiento jurídico y social de las personas con discapacidad, más concretamente, al ejercicio de su capacidad jurídica. Como así lo establece el artículo 10 de la Constitución Española, el reconocimiento de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes, es la base de del orden político y la paz social, y que los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. De este modo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, ante todo, la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, proclaman como principio rector la igualdad de todo ciudadano ante la ley y la sociedad, y excluyen cualquier tipo de trato discriminatorio, haciendo especial énfasis en la discriminación por razón de discapacidad.
- II. El objetivo de la Convención de Nueva York es adecuar los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte para otorgar a las personas con diversidad funcional de los mismos derechos y en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos. Para ello, se atiende a su autonomía como persona, así como a su voluntad, deseos y preferencias, para permitirles un desarrollo vital adecuado y satisfactorio, y con el objetivo de apoyarles en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es por ello que nuestro Derecho Civil, con el objetivo de adecuarse a lo dispuesto por estas disposiciones de derecho internacional, y en concreto al artículo 12 de la Convención de Nueva York -relativo a la igualdad de trato ante la ley de las personas con discapacidad-, ha ajustado su legislación en materia de incapacitación, mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad, lo que ha traído consigo un gran avance que conlleva unos cambios necesarios en dicha materia.
- III. La reforma legislativa originada por la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el 3 de septiembre de 2021, implica la modificación de varias disposiciones legales, siendo la más significativa la del Código Civil, analizada en profundidad a lo largo de este estudio, comparando dicha disposición normativa en su antigua redacción y en la posterior a la reforma. En cuanto a las modificaciones más significativas del Código Civil, ha quedado suprimida totalmente la incapacitación judicial, por ser caracterizada como

pertenciente a un sistema anticuado y paternalista. Ahora, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no queda modificada de modo alguno, sino complementada, apoyada o desarrollada gracias al nuevo concepto de medidas de apoyo; medidas que tienen el objetivo de facilitar la vida de las personas, pero siempre tendentes a ayudar a que, en un futuro, dejen de precisarlas y puedan desarrollar su vida por sí mismas. Todo esto implica que la tutela desaparece como medida para las personas con discapacidad, y es sustituida por la curatela como medida de mayor contenido. Las funciones de representación son ahora excepcionales, yendo con carácter general dirigidas a apoyar a la persona, no a representarla en la toma de decisiones. Además, el juez debe atender ahora preferentemente a la voluntad del discapacitado sobre qué medidas precisa, así como qué persona desea que las ejercerá y también la determinación de su alcance, y solo subsidiariamente y en caso de ausencia o insuficiencia de aquellas, imponer otras para ajustarse el interés superior del discapacitado. Estas medidas serán revisadas periódicamente para asegurar que se ajustan a las necesidades del caso concreto, que son proporcionales y que no existe abuso de poder.

- IV. El Tribunal Supremo lleva años estableciendo doctrina jurisprudencial sobre materia de incapacitación y personas con discapacidad. En el examen doctrinal llevado a cabo en este trabajo hemos entrado en un estudio de los aspectos más destacables que se han tratado en los que anteriormente eran denominados procedimientos de incapacitación, y que ahora son expedientes de la Jurisdicción Voluntaria. Se han analizado sentencias que han supuesto relevantes precedentes jurisprudenciales, como la STS 282/2009, de 29 de abril de 2009, que examina la situación de la incapacitación a la luz del Convenio de Nueva York. Se argumenta en esta resolución judicial que el concepto de discapacitado es amplio y en constante evolución, lo que hace que cada persona tenga unas necesidades en concreto, pero que no por ello el ordenamiento jurídico debe privarla de su capacidad jurídica, sino complementarla en su ejercicio. Se plantea pues, por primera vez, que la incapacitación supone una discriminación y una clara limitación de los derechos fundamentales de una persona. Con posterioridad a esta sentencia, las resoluciones judiciales posteriores en materia de personas con discapacidad han ido adecuándose a lo dispuesto por la Convención de Nueva York, y han paliado controversias tales como la privación del derecho de sufragio de una persona solo por ser discapacitada. Por último, se han analizado también las sentencias de actualidad más recientes que han aplicado la nueva Ley 8/2021, y podido establecer una comparación entre estas y las anteriores con respecto a la evolución del tratamiento social y judicial de las personas con diversidad funcional.
- V. Para concluir, es menester destacar la necesidad de esta reforma legislativa, y que cada vez son más los países que adaptan sus ordenamientos jurídicos a la Convención de Nueva York. De esta forma, se consigue paliar un importante problema social con respecto a una minoría que sufría y aún en la actualidad sigue sufriendo tratos discriminatorios, como son las personas con diversidad funcional. El objetivo no es otro que lograr la universalidad, indivisibilidad, e

interdependencia de los derechos y libertades de todos los ciudadanos, y de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan de forma plena e igualitaria. Considerando que la libertad, la justicia y la paz mundial tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todo ser humano, podremos lograr un sistema jurídico mundial libre de tratos discriminatorios, y otorgar por fin a las personas más vulnerables una vida sin más limitaciones que las que ellas decidan dentro de su marco de derechos y libertades.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Legislación

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007.
- Constitución Española de 1978.
- Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- 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.
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- Normativa del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; ficha de legislación sobre 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.
- Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, de 19 de mayo de 2014.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (con referencias a la redacción anterior y posterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio).
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

6.2. Doctrina y autores

- CABEZAS MOYANO, Antonio; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal; MORENO GARRIDO, Inmaculada, ORZÁEZ FERNÁNDEZ, José Miguel: *“Guía Práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad”*. FUNDACIÓN JIENNENSE DE TUTELA, 3ª Ed, 2007.
- CARRASCO PERERA, Ángel; UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: *“Lecciones de Derecho Civil: Derecho de Familia”*. TECNOS, 3ª Ed., 2017.
- CHAMORRO CRISTALDO, María Felicia; SILVERO ARÉVALOS, José Manuel: *“Enfoque de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: las Tecnologías de la Información y Comunicación como elemento de inclusión social”*. Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales (DIALNET), vol. 10, nº2, diciembre 2014.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *“Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro”*, Vol. 2, *“La incapacitación del imbecil. Sentencia de 3 de marzo de 1947”*. Edit. Centro de Estudios Registrales, 1997.
- *“Los diez puntos clave para entender la reforma del Código Civil: Modificaciones realizadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio”*, Dossier de medidas para el apoyo a las personas con discapacidad; IBERLEY, 2021.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (Magistrado del TS. Catedrático de Derecho Civil): *“Compendio de Derecho Civil. Tomo IV (Derecho de Familia)”*, Lección XII: *“La curatela”*. Edit. RAMÓN ARECES, 3ª Ed., 2020.
- PALLARÉS NEILA, Javier; PEREÑA VICENTE, Montserrat: *“Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica”*, Título I, Capítulo II: *“Los derechos fundamentales del adulto protegido”*. Edit. FUNDACIÓN MANANTIAL, Universidad Rey Juan Carlos (CEDPP), 1ª Ed., 2016.

- SANTOS URBANEJA, Fernando (Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba): “La guarda de hecho”, en <http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/>, 2004.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Susana; VÁZQUEZ FERREIRA, Miguel Ángel: “Diversidad funcional: sobre lo normal y lo patológico en torno a la condición social de la discapacidad.” Cuadernos de relaciones laborales, 28 (1), 2010.

6.3. Jurisprudencia

- Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, Sección Tercera, de 28 de noviembre de 2016; Rec. Amparo nº 2415/2016. (Nº de Registro: 2415/2016).
- Sentencia del Tribunal Supremo 818/1998, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de julio de 1998; Rec. 1351/1994. (Id Cendoj: 28079110011998101478).
- Sentencia del Tribunal Supremo 781/2004, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de julio de 2004; Rec. 584/2000. (Id Cendoj: 28079110012004100818).
- Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2009; Rec. 1259/2006. (Id Cendoj: 28079110012009100273).
- Sentencia del Tribunal Supremo 617/2012, Sala Primera de lo Civil, de 11 de octubre de 2012; Rec. 262/2012. (Id Cendoj: 28079110012012100607).
- Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de junio de 2013; Rec. 1220/2012. (Id Cendoj: 28079110012013100370).
- Sentencia del Tribunal Supremo 337/2014, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014; Rec. 1405/2013. (Id Cendoj: 28079110012014100468).
- Sentencia del Tribunal Supremo 341/2014, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2014; Rec. 1365/2012. (Id Cendoj: 28079110012014100394).
- Sentencia del Tribunal Supremo 373/2016, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 2016; Rec. 2367/2015. (Id Cendoj: 28079110012016100355).
- Sentencia del Tribunal Supremo 362/2018, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de junio de 2018; Rec. 2122/2017. (Id Cendoj: 28079110012018100339).
- Sentencia del Tribunal Supremo 269/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de mayo de 2021; Rec. 2235/2020. (Id Cendoj: 28079110012021100308).

- Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021; Rec. 4187/2019. (Id Cendoj: 28079119912021100017).
- Sentencia del Tribunal Supremo 706/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 2021; Rec. 305/2021. (Id Cendoj: 28079110012021100687).
- Sentencia del Tribunal Supremo 734/2021, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021; Rec. 1201/2021. (Id Cendoj: 28079110012021100738).