

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2021/2022

Convocatoria: Septiembre

**EL NUEVO PROCESO DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
(LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO)**

THE NEW PROCESS OF SUPPORT FOR PEOPLE WITH DISABILITIES
(LAW 8/2021, OF JUNE 2)



Realizado por la alumna Claudia Lorena Gutiérrez Hernández

Tutorizado por el Profesor Juan Manuel Pérez Ramos

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Procesal

RESUMEN

Anteriormente el proceso de incapacitación suponía la imposibilidad del individuo de tomar sus propias decisiones debido a su discapacidad física, psíquica o intelectual. Cuando una persona pretendía el apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se ponía en marcha el procedimiento competente para incapacitarla. Gracias a la innovadora y necesaria Ley 8/2021, de 2 de junio, que ha reformado la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, la persona afectada es quien toma las decisiones. Los cambios respetan y promueven la voluntad, las prioridades y los derechos de la persona con discapacidad.

Este trabajo de investigación se enfoca en analizar el nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad en relación con el antiguo proceso de incapacitación, destacando los aspectos más importantes de la Ley 8/2021.

Palabras claves: persona con discapacidad, Ley 8/2021, reforma, apoyo.

ABSTRACT

Previously, the incapacitation process supposed the impossibility of the individual to make his own decisions due to his physical, mental or intellectual disability. When a person sought support for the exercise of their legal capacity, the competent procedure was launched to incapacitate them. Thanks to the innovative and necessary Law 8/2021, of June 2, which has reformed civil and procedural legislation to support people with disabilities, the affected person is the one who makes the decisions. The changes respect and promote the will, priorities and rights of the person with disabilities.

This research work focuses on analyzing the new support process for people with disabilities in relation to the old disability process, highlighting the most important aspects of Law 8/2021.

Key word: person with disability, law 8/2021, reform, support.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LOS ANTIGUOS PROCESOS RELATIVOS A LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.....	6
3. CONVENIO DE NUEVA YORK DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	9
4. LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL.....	12
4.1. LAS MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA.....	13
4.2. LAS FIGURAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD... 15	
4.2.1. La curatela.....	16
4.2.2. La guarda de hecho.....	18
4.2.3. El defensor judicial.....	19
5. DEL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE PROVISIÓN DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	20
5.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	20
5.2. COMPETENCIA	21
5.3. LEGITIMACIÓN.....	22
5.4. POSTULACIÓN.....	23
5.5. PROCEDIMIENTO.....	24
5.5.1. Solicitud.....	24
5.5.2. Citaciones y peticiones de informes.....	25
5.5.3. Comparecencia.....	26
5.5.4. Oposición.....	28
5.6. AUTO Y POSTERIOR REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ACORDADAS....	30

6. DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEC..	32
6.1. AJUSTES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD	33
6.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y COMPETENCIA.....	35
6.3. LEGITIMACIÓN E INTERVENCIÓN PROCESAL.....	36
6.4. CERTIFICACIÓN REGISTRAL Y PERSONACIÓN DEL DEMANDADO..	37
6.5. PRUEBAS PRECEPTIVAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA.....	38
6.6. SENTENCIA Y REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ACORDADAS.....	39
6.7. MEDIDAS CAUTELARES.....	40
7. CONCLUSIONES	41
8. BIBLIOGRAFÍA	43

1. INTRODUCCIÓN

El 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. La finalidad de la ley es establecer las medidas de apoyo necesarias para que las personas con discapacidad puedan tomar las decisiones que les afecten en sus propias vidas, con el fin de adaptar nuestro ordenamiento a lo establecido en el artículo 12 del Convenio de Nueva York del 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, siendo el propósito proteger, promover y asegurar la igualdad y libertad de las personas con discapacidad.

El objeto de análisis es la Ley 8/2021, que ha reformado varias leyes de nuestro ordenamiento jurídico, que son la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Notariado, el Código de Comercio, la Ley Hipotecaria, la Ley de Registro Civil, el Código Penal y la Ley 41/ 2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En este trabajo me centraré en la reforma efectuada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el Código Civil.

La ley en cuestión ha modificado el Capítulo II del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Debido a esta modificación se produce un cambio esencial en lo referente a la capacidad de las personas, dejando atrás el proceso de incapacitación y centrándose en el nuevo procedimiento que recibe el nombre “De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”.

También se reforma la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV), incorporando un nuevo Capítulo III bis al Título II, bajo el título “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”, abarcando los artículos 42 bis a), 42 bis b) y 42 bis c), previsto para los supuestos en los que sea necesario la provisión de alguna medida judicial de apoyo con carácter estable para la persona con discapacidad.

Por último, la reforma efectuada en el Código Civil ha sido la más extensa en el ámbito de la capacidad de las personas. La nueva ley centra su atención en las medidas de

apoyo de carácter voluntario, suprimiendo las antiguas instituciones de apoyo e introduciendo la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho como las nuevas figuras de apoyo a las personas con discapacidad.

El objetivo de la reforma es establecer el apoyo o medida que necesite la persona según su situación, teniendo como prioridad las preferencias, deseos y voluntad de las personas con discapacidad.

2. LOS ANTIGUOS PROCESOS RELATIVOS A LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Los antiguos procesos relativos a la capacidad de las personas se encontraban regulados en el Libro IV, Título I, Capítulo II de la LEC. Este capítulo segundo recogía el proceso de incapacitación, el proceso de declaración de prodigalidad, el proceso de reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación y el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

El **proceso de incapacitación** tenía como objeto limitar la capacidad de obrar de una persona debido a una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impedía gobernar su vida y su patrimonio, según lo dispuesto en el antiguo artículo 200 CC. La declaración de incapacidad se regía por los trámites de los artículos 756 y ss. LEC, siendo materia de juicio verbal y encargándose el juez de primera instancia del lugar donde residía la persona que se veía afectada por la declaración. La sentencia de incapacidad debía fijar si se trataba de una limitación total o de una reducción parcial, además de establecer la institución de guarda que necesitaría la persona.¹

Por su parte, el **proceso de prodigalidad** a diferencia de la incapacitación no estaba expresamente definido en el Código Civil pero podía interpretarse como “la limitación a la realización de actos de disposición en vida de bienes propios por causa de una

¹ CERRADA MORENO, M.: *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 42-43.

alegada conducta desordenada del titular en la gestión de su patrimonio que se considera contraria a sus intereses y a los de la unidad familiar”.²

La prodigalidad no necesariamente hace referencia a una enfermedad o deficiencia persistente que impide el autogobierno de la persona, más bien se trata de una conducta compulsiva, desordenada, derrochadora que se centra en el aspecto económico, pero en el plano legal, a diferencia de la legitimación y la sentencia, se aplica para la declaración de prodigalidad lo expuesto anteriormente del proceso de incapacitación, por ello, se puede percibir como una modalidad de la declaración de incapacitación.³

Por otra parte, si se diese un cambio de circunstancia se podía iniciar un **proceso de reintegración o modificación de la capacidad** si se apreciaba una mejoría o empeoramiento de la salud mental de la persona (art. 761 LEC). Dependiendo de estos supuestos recuperaría o perdería la capacidad de manera total o parcial. Por ende, la sentencia de incapacitación no impedía instar un nuevo proceso que dejase sin efecto lo establecido en la sentencia anterior si se apreciaran nuevas circunstancias que dieran lugar al cambio.

Por último, el **proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico** tiene como objeto la privación de libertad de la persona debido a una enfermedad mental por la que carece de voluntad para poder prestar su consentimiento. Por ello, se realizaba de manera forzosa mediante autorización judicial con el fin de ayudar a la persona. Constituye una de las medidas más extremas al privar a la persona de su libertad, por lo que el juez en el momento de decidir debía regirse por los principios de proporcionalidad, excepcionalidad, necesidad y urgencia.⁴

Los procesos mencionados anteriormente relativos a la capacidad de las personas afectan al estado civil de éstas, por lo que se considera que son de interés público. En estos casos interviene el Ministerio Fiscal cumplimiento su función de garantizar el

² GIMENO SENDRA, V. DÍAZ MARTÍNEZ, M. CALAZA LÓPEZ S.: *Derecho Procesal Civil: Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 56.

³ *Idem*, pág. 56-57.

⁴ CALAZA LÓPEZ, S.: *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Ed Iustel, Madrid, 2007, pág. 257-258.

orden público defendiendo aquellos que no pueden defenderse a sí mismos. Aparte de esto, el proceso actuaba bajo los principios de indisponibilidad del objeto e investigación de oficio, pues se pretendía la averiguación de la verdad material en relación a la presunta enfermedad o deficiencia, realizando los exámenes y dictámenes periciales necesarios.⁵

En definitiva, se estableció un “procedimiento contradictorio que pretendía salvaguardar todas las garantías del afectado, al que se le suponía capaz hasta que se declare su incapacitación mediante sentencia, permitiéndole comparecer con su propia defensa y representación”.⁶

Antes de la reforma procesal, autores como ALBERTO LAFUENTE expresaban la necesidad de un cambio de regulación, destacando que la regulación anterior “puede y debe ser mejorada en múltiples aspectos, a fin de convertirla en un instrumento más acorde a la realidad social de nuestros días, a las necesidades actuales de los discapacitados”.⁷

Finalmente se reforma esta materia, dando paso a la nueva Ley 8/2021, que ha modificado el Título I del Libro IV que regulaba el Capítulo II bajo el título “De los procesos sobre capacidad de las personas” y que ahora recibe el nombre “De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”. El proceso de incapacitación queda suprimido, pues según expone el Preámbulo de la Ley 8/2021, el procedimiento de provisión de apoyo solo puede finalizar con una resolución que establezca aquellos actos en los que la persona afectada necesite ayuda o apoyo pero no puede acabar con una declaración de incapacitación, ni privación de ningún derecho. En cuanto a la prodigalidad se suprime como institución autónoma.

⁵ CERRADA MORENO, M.: *op. cit.*, pág. 58-61.

⁶ *Idem*, pág. 59.

⁷ LAFUENTE TORRALBA, A. J.: “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, *Revista de Derecho de La Universidad de La Rioja*, núm. 10, 2012, pág. 124.

3. CONVENIO DE NUEVA YORK DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Convenio Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad se aprobó el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y el 3 de diciembre de 2007 fue ratificado por España. Los países adheridos al Convenio asumen el compromiso de reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida, establecido en el artículo 12 de la Convención.⁸

El objetivo de la Convención es asegurar la igualdad y libertad de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que cada persona necesita una medida o apoyo proporcionada a su situación, lo que se denomina “traje a medida”⁹. Para lograr este objetivo es necesario proteger, asegurar y promover el goce pleno y las condiciones de igualdad de los derechos y libertades para todas las personas con discapacidad, siendo este el propósito de la Convención establecido en su artículo primero.

Conforme a lo establecido en el artículo 1.5 del Código Civil y el artículo 96 de la Constitución Española lo estipulado en la Convención pasa a formar parte de nuestro ordenamiento, siendo necesaria la modificación y adopción de nuestras normas para llevar a cabo el cumplimiento de los objetivos fijados por la Convención¹⁰. Por ende, cada Estado firmante queda sujeto a las obligaciones generales del artículo cuarto del Convenio, comprometiéndose asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos y libertades de las personas con discapacidad sin que se de lugar a la discriminación. Este precepto guarda relación directa con el artículo 49 Constitución Española (CE), que implica a los poderes públicos en la realización de políticas para la prevención, integración y rehabilitación de las personas con discapacidad.

⁸ LORENZO GARCÍA, R.: “Panorámica del impacto de la convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 1, 2016, pág. 144.

⁹ Se hace referencia a que cada persona necesita de una medida o apoyo concreto, por eso ha de establecerse de forma individualizada atendiendo a sus necesidades y circunstancias específicas y no intentar encajar a las personas con discapacidad en un mismo patrón. (sentencias TS 552/2017, de 11 de octubre; 118/2018, de 6 de marzo)

¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación”, *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011, pág. 120.

El artículo 12 de la Convención que pregonaba la capacidad jurídica en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad no fue la gran novedad del Convenio. Este precepto no estableció un derecho que no existiera ya, prueba de ello, son los artículos 14, 49, 9 o 10 (CE)¹¹, debido a que los artículos de la CE ya proclamaban el derecho a la dignidad de la persona, la igualdad ante la ley, las medidas efectivas para evitar la discriminación por cualquiera razón.

El cambio ha sido la obligación de llevar a cabo todas las medidas necesarias, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad y hacer efectivo el cumplimiento de los artículos de la CE que hacen referencia a la igualdad y la no discriminación, sobre todo el artículo 49 sobre sus políticas de adopción para el efectivo disfrute de los derechos de las personas con discapacidad. Por consiguiente, el artículo 12 de la Convención no establece ningún derecho adicional para las personas con discapacidad, lo que promueve son medidas específicas que los Estados Partes deben tener en cuenta para garantizar el derecho de igualdad ante la ley de las personas con discapacidad. El derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad no se estaba respetando porque las figuras de apoyo suponían la sustitución o representación de la persona en la toma de decisiones, esto es contrario al libre ejercicio de la autosuficiencia y manifestación de voluntad de la persona con discapacidad.¹²

La vulneración del mencionado artículo 12 de la Convención de los derechos sobre las personas con discapacidad junto con el artículo 10 y 14 de la CE, fueron los motivos de interposición de un recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (TS).

De la sentencia¹³ que resuelve el recurso se exponen varios principios jurisprudenciales derivados de la suscripción al Convenio. Entre estos podemos destacar el **principio de flexibilidad**, que establece un sistema de protección flexible no rígido, en el que cada

¹¹ LOPEZ BARBA, E.: *Capacidad Jurídica. El Artículo 12 de la Convención Sobre Los Derechos de Las Personas con Discapacidad y Las Medidas No Discriminatorias de Defensa Del Patrimonio*, Dykinson, S.L., Madrid, 2020, pág. 15-16.

¹² *Idem*, pág.15.

¹³ STS 269/2021 (Sala de lo Civil) de 6 de mayo de 2021 (rec. núm. 2235/2020)

persona debe recibir el apoyo o medida según su situación y necesidad. En este sistema se abandonan las antiguas definiciones que se centran en conceptos como capaz o incapaz, que entendían la discapacidad como blanco o negro sin darse cuenta de la existencia de matices.

Por otro lado, se encuentra el **principio de consideración de los propios deseos y sentimientos** de la personas con discapacidad. Este principio es la base de la nueva Ley 8/2021, pues dirige el interés hacia la autonomía individual, libertad, voluntad y preferencia de la persona con discapacidad, siempre y cuando la manifestación de voluntad sea para el mayor bienestar de su propia persona y no debido a su enfermedad. En caso contrario, se tomarán las medidas necesarias para asegurar el bienestar de la persona con discapacidad respetando al máximo la voluntad de esta. Este principio está ligado con el **principio del interés superior** de las personas con discapacidad, que radica efectivamente en velar por el bienestar de la persona afectada, manteniéndolo en un entorno económico, social y familiar en el que pueda desenvolverse de manera independiente.

Aunque se pretende hacerles partícipes en la toma de decisiones sobre sus respectivas vidas, en ciertos casos es necesario una figura de apoyo, esto se refleja en el **principio de fijación de apoyos**. El principio está relacionado con el artículo 12.3 de la Convención, en el que los Estados Partes deberán adoptar las medidas pertinentes para proporcionarle a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y los restantes ámbitos de su vida. Con ello, no se pretende adoptar el sistema de sustitución sino ofrecer instituciones de apoyo que ayuden a la persona con discapacidad teniendo como criterio principal su voluntad.

Precisamente, el Preámbulo de la Ley 8/2021, recoge el objetivo de la reforma de la legislación civil y procesal que pretende un cambio y adaptación real de nuestro ordenamiento a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. La Convención establece las bases para que los Estados Partes lleven a cabo todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones proporcionando las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de las

personas con discapacidad. La nueva ley se rige por lo establecido en el Convenio y por los principios jurisprudenciales expuestos con anterioridad extraídos de la Convención.

Además, el cambio que pretendía la Convención en relación a las políticas de prevención y no discriminación, a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, a respetar la voluntad y preferencia de las personas con discapacidad debían verse reflejada en la terminología. En consecuencia, se abandonan los términos incapaz, disminuido, discapacitado, deficiente, impedido, que son utilizados de manera peyorativa para referirse a las personas con discapacidad.¹⁴

En su lugar se utiliza persona con discapacidad, medida o apoyo acorde a las nuevas medidas de carácter voluntario e instituciones de apoyo que tienen como objetivo la voluntad, libertad y preferencia de la persona con discapacidad, introducidas en la nueva Ley 8/2021 pero expuestas por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en 2006.

4. LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

La reforma efectuada en el Código Civil por la Ley 8/2021 es la más extensa y de mayor calado según el Preámbulo de la presente ley, pues sienta las bases de un nuevo sistema que tiene como objeto la voluntad, libertad y preferencias de la persona con discapacidad. La reforma principalmente recae sobre los títulos del Libro I dedicado a las personas. El Título XI con su nueva redacción y bajo el título “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” es la piedra angular de la reforma civil, que se centra en la medida o apoyo que necesite la persona con discapacidad.

Las medidas de apoyo quedan establecidas en el artículo 250 en las “Disposiciones generales” del Título XI, siendo además de las medidas de naturaleza voluntaria, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial.

¹⁴ LAFUENTE TORRALBA, A. J.: *op. cit.*, pág. 125.

Lo que refleja la nueva reforma es el paso de la obediencia a la preferencia de la voluntad, dando prioridad a las medidas de naturaleza voluntaria siendo de aplicación las de origen legal o judicial solo por defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona. En adelante, es la persona con discapacidad la que designa quien debe prestarle el apoyo y que alcance, pero si es necesario irá acompañada de las salvaguardas necesarias (art. 250 CC), siempre bajo los principios de necesidad y proporcionalidad.

Como menciono en el párrafo anterior existen dos clases de medidas voluntarias y judiciales y dentro de las judiciales se encuentran las asistenciales y las representativas. En este sentido quedan tres grupos de personas con discapacidad, por un lado, las que se le aplican las medidas de carácter voluntario porque son capaces de tomar decisiones por si mismos, por otro lado, la medida de apoyo judicial, que se aplica por defecto o insuficiencia de la persona y por último, las personas con discapacidad de manera absoluta que necesitan de la representación.¹⁵

4.1. LAS MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA

Las medidas de naturaleza voluntaria se encuentran en el Título XI en su Capítulo II bajo el nombre “De las medidas voluntarias de apoyo”, basadas en el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica conforme al artículo 12 de la Convención que defiende la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones ante la ley.

Las personas susceptibles de acogerse a estas medidas son aquellas personas mayores de edad o emancipadas que prevean la necesidad de apoyo hacia su persona o patrimonio, pudiendo acordar en escritura pública el régimen de actuación y las facultades de la persona que prestará el apoyo (art. 255 CC)¹⁶. Este instrumento preventivo se realiza a través de un **documento notarial** donde la persona afectada

¹⁵ ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pág. 545.

¹⁶ PABLO CONTRERAS, P. AGUIRRE ALDAZ, C.M. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. PARRA LUCÁN, M.A.: *Curso de Derecho Civil (I), Volumen II: Derecho de la persona*, Edisofer S.L, Madrid, 2021, pág. 140.

establece qué persona le prestará el apoyo en un futuro, así como sus facultades y límites. Aunque la autoridad judicial podrá intervenir con medidas complementarias cuando las disposiciones no sean suficientes o no se hayan establecido.

El mismo Capítulo II regula **los poderes y mandatos preventivos** en su sección segunda. Esta sección en su artículo 257 establece que el poderdante solo podrá otorgar poder en el caso de que precise de apoyo en un futuro y se atenderá a lo dispuesto en las mismas provisiones de este. Para garantizar que se cumpla lo estipulado además del acta notarial se añadirá un informe pericial.

El poderdante además de establecer los mecanismos y condiciones para el ejercicio de las medidas de apoyo puede otorgar medidas específicas para el cese del poder o mandato (art. 258 CC). Aunque el propio precepto estipula que si el poder recae sobre el cónyuge o pareja de hecho el fin de la convivencia supondrá la extinción automática. A su vez, el párrafo cuarto recoge que cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa.¹⁷

Por otra parte, se encuentra la figura de la **autocuratela** recogida en los artículos 271 y ss del Código Civil bajo la rúbrica “De la autocuratela y del nombramiento del curador”. Tiene como precedente la autotutela del antiguo artículo 223.2 CC, como la manifestación propia a la autonomía de voluntad de las personas.

La autocuratela se define como la “plasmación de autonomía de la voluntad, que representa aquel documento público otorgado por una persona mayor o emancipada que en previsión de necesitar apoyo en un futuro para el ejercicio de su capacidad jurídica propone anticipadamente el nombramiento o exclusión de una o varias personas como curadores, además de establecer las reglas de su funcionamiento”.¹⁸

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BERROCAL LANZAROT, A. I. “La autocuratela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 9, 2021, pág. 15.

Aunque esta figura tenga un carácter voluntario, tal y como establece el artículo 272 CC, la autoridad judicial podrá revisar las disposiciones si existiera alguna circunstancias grave o alteración de las causas expresadas por la persona, prescindiendo de manera total o parcial de las disposiciones voluntarias.

En cuanto a la revisión de los documentos de la autotutela, estos podrán ser revisados si se da un cambio de circunstancia en la persona que recibe el apoyo. Ante una mejora o un empeoramiento se requerirá la modificación a través de los trámites de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.¹⁹

Esta figura representa la voluntad, los deseos y preferencias respecto al apoyo que precise y al control de su patrimonio de cara al futuro. Y no regula solo la autotutela positiva que se refiere al nombramiento de la persona sino también la negativa ya que puede excluir quienes no serán nombrados como curador, e incluso un orden de prelación entre los curadores (art. 273 CC). También existe la posibilidad de que sea el cónyuge u otra persona designada por el poderdante quien nombre al curador. (art. 274 CC).

4.2. LAS FIGURAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La nueva Ley 8/2021 ha establecido cómo instituciones de apoyo la tutela, la guarda de hecho y el defensor judicial, figuras que ya estaban contempladas en el Código Civil pero que adquieren más relevancia con la reforma. Por consiguiente, las antiguas instituciones no tienen lugar dentro de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, pues según el propio Preámbulo de la ley son figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al nuevo sistema de autonomía de las personas con discapacidad que ahora se propone.

Entre las antiguas instituciones está la **tutela**, considerada la figura por excelencia de la incapacitación, con la nueva reforma se elimina del ámbito de la discapacidad. Su

¹⁹ *Idem*, pág. 27-28.

ámbito de actuación solo queda establecida para los supuestos en que los menores no emancipados estén desamparados o no estén sujetos a patria potestad (art. 199 CC).²⁰

Lo mismo ocurre con la **patria potestad prorrogada y rehabilitada**, pues el Preámbulo de la ley pone en duda que los progenitores sean siempre las personas más idóneas para lograr que el hijo adulto con discapacidad consiga el mayor grado de independencia y se prepare para vivir sin la presencia de sus progenitores. Aunque la disposición transitoria quinta de la ley estipula que los progenitores que estén ejerciendo la patria potestad prorrogada o rehabilitada lo seguirán haciendo hasta que tenga lugar la revisión de las medidas teniendo como plazo máximo un año desde el inicio de la solicitud, no solo está contemplado para la patria potestad prorrogada y rehabilitada sino para el resto de figuras.

Antes de analizar las nuevas medidas de apoyo a las personas con discapacidad, hay que destacar que la Ley 8/2021 en su Preámbulo III establece que todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y en casos excepcionales hasta seis años. También serán revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación.

4.2.1. La curatela

Entre las nuevas figuras de apoyo se halla la curatela considerada la principal medida de origen judicial para las personas con discapacidad. La reforma del Código Civil la sitúa en el Título XI, en el Capítulo IV, desde el art. 268 a 294.

La curatela es una medida formal prevista para las personas que necesiten el apoyo de manera continua. Su ámbito de actuación viene delimitado en la correspondiente resolución judicial conforme a las circunstancias y necesidades de la persona con discapacidad.²¹

²⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pág. 33.

²¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: *op. cit.*, pág. 40.

Esta figura ya se encontraba regulada en el Código Civil pero con la nueva reforma adquiere mas relevancia y un enfoque distinto. El art. 268 destaca el principio de proporcionalidad de las medidas que serán siempre acorde a la necesidad de la persona con discapacidad, actuando bajo el principio de la máxima autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y atendiendo a la libertad, voluntad y preferencia de la persona.²²

En cuanto a su designación, la autoridad judicial es quien determina qué persona prestará el apoyo (art. 275 CC), pero prevaleciendo la voluntad de la persona en el nombramiento del curador y el orden de prelación. A su vez, el ejercicio de la curatela de los art. 282 a 290 CC, es conforme a lo mencionado anteriormente, es decir, la voluntad y preferencia de la persona. El art. 291 CC establece como causas de extinción de la curatela la muerte de la persona o una resolución judicial que excluya la necesidad de apoyo de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica o si se adopta otra medida de apoyo mas acorde a la situación de la persona afectada.

Aunque la ley 8/2021 destaque una y otra vez el sistema actual que tiene la voluntad y libertad de la persona con discapacidad como máxima prioridad, admite el sistema de sustitución o representación estipulado en los art. 249 y 269 CC, previsto para aquellos casos en los que no sea posible determinar la voluntad, los deseos y preferencias de la persona, pese haberse hecho un esfuerzo considerable, podrán las medidas de apoyo incluir facultades representativas. En el caso de la curatela se le denomina curador representativo.²³

La primera sentencia²⁴ que aplicó la Ley 8/2021 no pudo atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada, pues era evidente la necesidad de una medida de apoyo asistencial. Se trata de una persona que sufre el **síndrome de Diógenes** que le lleva a recoger y acumular basura en su piso, el fuerte olor molestaba a los vecinos de la comunidad que alertaron de la situación. Debido al régimen transitorio de la ley, el Tribunal sustituye la tutela por la figura de la curatela. El curador tendría que prestar los servicios de limpieza y orden en la casa, pudiendo la persona afectada elegir el servicio

²² ARNAU MOYA, F.: *op. cit.*, pág. 546-547.

²³ *Idem*, pág. 549

²⁴ STS 589/2021 (Sala de lo Civil), de 8 de septiembre de 2021 (rec. núm. 4187/2019)

y momento de limpieza, al margen de asegurar la efectiva atención médica para el trastorno que padece.

En este supuesto no se puede atender a la voluntad de la persona porque el síndrome que padece le provoca un deterioro en su vida que le impide mantener una relación adecuada con su entorno y ejercer de manera sensata sus derechos. Por esta razón, queda justificada la figura de la curatela que se establece de manera proporcional a su situación. Hay supuestos en los que hay que velar por el interés superior de la persona aunque sea contrario a su propia voluntad.

4.2.2. La guarda de hecho

La guarda de hecho queda recogida en el Capítulo III del Título XI, desde los art. 263 a 267 CC bajo la rúbrica “De la guarda de hecho de las personas con discapacidad”. El art. 263 en lo que respecta a las personas que estaban ejerciendo la guarda de hecho sobre una persona con discapacidad, manifiesta que continuarán ejerciendo dicha función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.

La nueva regulación dispone que el guardador de hecho puede realizar actuaciones representativas de manera excepcional sin la necesidad de abrir un procedimiento general de provisión de apoyos siendo suficiente la autorización judicial *ad hoc*, recogido en el Preámbulo III de la Ley 8/2021 y en el art. 264 CC²⁵. El mismo precepto indica que no será necesario autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta sea de escasa relevancia económica y no suponga un cambio en la vida de la persona afectada.

La autorización judicial para la actuación representativa puede comprender los actos que sean necesarios para el desenvolvimiento de la medida, al margen de comprobar que realmente es necesaria pero siempre intentado respetar en la medida de lo posible la preferencia de la persona en cuestión.

²⁵ ARNAU MOYA, F.: *op. cit.*, pág. 550.

La Ley 8/2021 ha instituido la guarda de hecho como una medida informal de apoyo de carácter legal, estable y permanente, dejando atrás su carácter transitorio y configurada para ser la medida de apoyo más frecuente.²⁶

4.2.3 El defensor judicial

Antes de la reforma la figura del defensor judicial estaba prevista en el Código Civil para aquellos casos en los que existía un conflicto entre los progenitores y el menor, para defender los intereses del desaparecido y junto con la tutela y curatela para la protección de la persona y sus bienes o de los menores incapacitados.²⁷

La nueva Ley 8/2021, desdobra esta figura, por una parte se encuentra el defensor judicial del menor, por otra el defensor judicial de la persona con discapacidad, que se recoge en el Capítulo V bajo el Título “Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, desde el art. 295 al 299 CC.

A diferencia de la tutela que es una medida de apoyo de carácter continuo, la figura del defensor tienen un carácter excepcional y se aplica de manera eventual, cuando concurra alguno de los supuestos del art. 295 CC. Se puede adoptar esta medida de apoyo formal cuando exista conflicto entre la persona afectada y quien deba prestarle el apoyo, cuando la persona que debe prestar el apoyo no pueda hacerlo, si lo estima oportuno la autoridad judicial o si la persona con discapacidad solicita una medida de apoyo de carácter ocasional, aunque sea frecuente.²⁸

En lo que respecta a las causas de inhabilidad, excusa y remoción se aplicará para el defensor judicial lo dispuesto para la figura del curador, así como las obligaciones de este en relación al respeto, la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad (art. 297 CC).

²⁶ ORTIZ TEJONERO, M.: “La guarda de hecho tras la entrega en vigor de la Ley 8/2021”, *Diario La Ley*. núm. 10053, 2022, pág. 1.

²⁷ GONZÁLEZ DEL CAMPO, C.B.: “La reforma del defensor judicial en la Ley 8/2021”, *Diario La Ley*. núm. 10044, 2022, pág. 1.

²⁸ *Idem*, pág. 2.

Por lo tanto, el defensor judicial es una figura designada por la autoridad judicial para aquellos casos en los que la persona necesita un apoyo puntual para realizar una determinada actuación y está intervenga velando siempre por el interés de la persona con discapacidad.

5. DEL EXPEDEINTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE PROVISIÓN DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 8/2021 también reforma la Ley de Jurisdicción Voluntaria introduciendo en el Título II “De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas”, un nuevo Capítulo III bis bajo el Título “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”, referente a los artículos 42 bis a), b) y c).

El Preámbulo de la Ley 8/2021 establece la preferencia de la jurisdicción voluntaria debido a su carácter más flexible, pues esta ley regula cuestiones de materia civil o mercantil en los que no existe controversia que deba resolverse en un proceso contencioso (art. 1 LJV), sin perjuicio de que el procedimiento pueda convertirse en uno contradictorio rigiéndose por lo establecido en la LEC.

Los expedientes en materia de discapacidad tienen como objetivo la participación de la persona afectada para que intervenga de manera activa en el proceso expresando sus preferencias y deseos. Todo el procedimiento debe regirse por los principios de proporcionalidad y necesidad, además de lo establecido en el nuevo artículo 7 bis bajo el título de “Ajustes para personas con discapacidad”, introducido también en la LEC. En este precepto se establecen los ajustes y adaptaciones que deben producirse en todos los procedimientos donde intervengan las personas con discapacidad, siendo el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ), el encargado de realizar las adaptaciones precisas para que la persona en cuestión entienda la finalidad, objeto y trámites del expediente acorde al art. 7 bis. (art. 42 bis a) 5 LJV).

5.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El **artículo 42 bis a)** de la LJV regula el ámbito de aplicación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo en su **apartado primero**, estipulando lo siguiente: “Cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad, se seguirán los trámites previstos en el presente capítulo”.

En primer lugar, al utilizar el término pertinente que significa lo que es adecuado u oportuno, se da lugar a una interpretación abierta, es decir, en qué momento se sabe cuándo es pertinente la solicitud de la medida. La expresión se puede entender como la necesidad de comprobar que la persona afectada realmente precisa de una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.²⁹

En segundo lugar, el artículo establece que el ámbito de aplicación recae sobre una medida de carácter estable, siendo la curatela la medida que queda dentro de este ámbito, pues es la medida formal que se aplica de manera continua, posee un carácter estable y permanente (art. 250 CC). En cuanto, a la guarda de hecho aunque tenga funciones representativas, como expresé anteriormente, no es necesario que se abra un procedimiento general de provisión de apoyo al tener la autorización judicial *ad hoc*, siendo suficiente la autorización para el caso. Hay que destacar que aunque se acuda a la curatela, tienen preferencia las medidas de carácter voluntario, consideradas opciones menos gravosas.³⁰

5.2. COMPETENCIA

El mismo **artículo 42 bis a)** establece la competencia en su **apartado segundo**, siendo el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad quien se encarga de conocer la cuestión. Además, en caso de que se produzca un cambio de residencia habitual se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente, siempre que no se haya celebrado la vista. El Preámbulo de la Ley 8/2021 destaca que se sigue el criterio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, siendo el fin facilitar el desarrollo

²⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción Voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 33, 2022, pág. 2.

³⁰ *Idem*, pág. 2-3.

del proceso y que la celebración sea en el lugar donde se haya realmente la persona con discapacidad.

La novedad en el ámbito de la competencia es la solución al problema procedente del cambio de residencia habitual de la persona con discapacidad, ya que se observa un cambio en lo concerniente a la *perpetuatio iurisdictionis*, debido a que la doctrina clásica mantenía la jurisdicción independientemente de que se produjera algún cambio de residencia durante el proceso³¹. Con la reforma se opta por remitir las actuaciones al Juzgado de la nueva residencia, poniendo como único requisito que sea antes de la celebración de la comparecencia.

Debido a la disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021, los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando en la entrada en vigor de la presente ley se regirán por lo dispuesto en ella. Por esta razón y siguiendo el criterio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en varias sentencias³² se ha aplicado la solución al cambio de residencia habitual para que la persona afectada pueda acudir al Juzgado situado en su nuevo entorno, siendo esta opción más cómoda y fácil.

5.3. LEGITIMACIÓN

La legitimación para promover el expediente de provisión de apoyo queda establecida en el **artículo 42 bis a)** en el **apartado tercero**. Tienen la facultad de iniciar el expediente las siguientes personas:

- Ministerio Fiscal (MF)
- La persona con discapacidad
- El cónyuge no separado de hecho o legalmente o quién se encuentre en una situación de hecho asumible
- Los descendientes, ascendientes o hermanos
- Cualquier persona que tenga conocimiento de una situación que requiera la adopción

³¹ CALAZA LÓPEZ, S.: "La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 31, 2021, pág. 11.

³² Sentencias TS 181/2022, de 11 de enero; 9347/2022, de 17 de mayo; 15484/2021, de 23 de noviembre.

judicial de medidas de apoyo y lo ponga en conocimiento del MF.

- Las autoridades o funcionarios públicos que, por razón de sus cargos conozca de la existencia de alguna situación y lo pongan en conocimiento del MF.

En este grupo de personas se puede distinguir entre aquellos que están legitimados y los que están facultados. Los primeros tienen alguna relación directa con la persona afectada, siendo su cónyuge o familiar. En relación a los familiares hay que mencionar que no se expresa en el texto el grado de parentesco que deben tener, por lo que, la legitimación en este sentido es muy amplia. Anteriormente, los familiares involucrados en el proceso o procedimiento eran aquellas personas más cercanas a la persona con discapacidad.³³ Los segundos³⁴ son personas que no guardan relación con la persona afectada, pues solo son conocedores de la situación y deben ponerlo en conocimiento del MF y en el caso de las autoridades o funcionarios públicos se ven obligados hacerlo por razón de su cargo.

Entre el listado de personas no se encuentran las personas jurídicas para promover el expediente, resulta extraño ya que, las fundaciones y demás personas jurídicas pueden ser nombrados curadores, siempre que no tengan ánimo de lucro y fomenten la autonomía de las personas con discapacidad (art. 275.1 CC).³⁵

5.4. POSTULACIÓN

La postulación queda establecida en el mismo **artículo 42 bis a)** en su **apartado cuarto**. En este precepto se dan dos posibilidades, en primer lugar, que la persona con discapacidad actúe con su propia defensa y representación. En segundo lugar, si ésta no puede designar tal representación, que se nombre a un defensor judicial para que actúe por la persona afectada por medio de abogado y procurador.

³³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción Voluntaria.... *op. cit.*, pág. 4.

³⁴ En el caso de la persona que sufría el Síndrome de Diógenes fueron los vecinos los que alertaron de la situación, son personas que no tienen relación directa con la persona afectada pero son conscientes de la enfermedad y por ello dieron parte de su estado (Sentencia TS 589/2021, de 8 de septiembre)

³⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción Voluntaria.... *op. cit.*, pág. 4.

En el segundo supuesto, donde la persona no puede designar representación, el LAJ debe nombrar un defensor judicial con el fin de que siempre exista una persona que vele por los intereses de la persona con discapacidad. Se debe oír a la persona afectada y respetar su deseos, voluntad y preferencia en lo referente al nombramiento.

En cuanto a la intervención de abogado y procurador no tienen carácter preceptivo a excepción de la remoción del curador y la extinción de los poderes preventivos, por ello, las personas afectadas no pueden beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita debido a que los servicios de los profesionales jurídicos no son obligatorios. Sería conveniente establecer el carácter preceptivo en esta materia, ya que a día de hoy los procedimientos no reúnen la simplicidad necesaria para actuar sin abogado y procurador, además de la seguridad y beneficios que ofrecen estos profesionales en el sector del derecho.³⁶

5.5. PROCEDIMIENTO

El procedimiento del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regula en el **artículo 42 bis b) LJV**. El legislador pretende que el procedimiento sea fácil y rápido, por ese motivo, queda dividido en dos fases. En la primera fase se recopilan aquellos documentos, registros, dictámenes, actas que guarden relación con el caso y que sirvan para la preparación de la comparecencia. La segunda fase es la comparecencia, donde se realiza la práctica de las pruebas, se le indica a la persona afectada que existen medidas de apoyo más flexibles o adecuadas a su situación o se convierte el procedimiento en contencioso si alguna de las personas legitimadas se opone a la medida de apoyo.³⁷

5.5.1. Solicitud

La solicitud deberá ir acompañada de un documento que acredite la necesidad de la medida de apoyo y un dictamen pericial del personal sanitario y social, además de la

³⁶ CALAZA LÓPEZ, S.: "La justicia civil...: *op. cit.*, pág. 14.

³⁷ *Idem*, pág. 15-16.

proposición de las pruebas que se quieran practicar en la comparecencia (**art. 42 bis b) apartado primero**).

La recopilación de todos los documentos ofrece una primera toma de contacto con el expediente y la persona con discapacidad, para saber en qué situación se encuentra la persona afectada. En esta tarea ayudan los sanitarios y los trabajadores sociales a través del dictamen pericial, por lo que, se establece un sistema de colaboración interprofesional entre los profesionales y la Administración de Justicia. Cada uno de los profesionales en su respectivo sector aconseja la medida más adecuada según la situación de la persona, lo que sirve más adelante cuando se debe informar a la persona afectada de las medidas alternativas de apoyo que puede optar.³⁸

En cuanto a la proposición de pruebas para ser practicadas en la comparecencia, su selección es libre, pues no indican cuales ni cuantas han de proponerse, dejando al solicitante la elección de aquellas que crea conveniente. Lo que no puede faltar en la solicitud son los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de la medida, donde debe reflejarse que la persona en cuestión no está apta para realizar determinados actos por sí sola y precisa de una persona que le asista o le ayude. Además del correspondiente dictamen pericial que será decisivo en este tipo de procedimientos.

5.5.2. Citaciones y peticiones de informes

Una vez entregados y admitidos los documentos y dictámenes periciales solicitados en el primer apartado del art.42 bis b), el LAJ debe convocar al MF, a la persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, a sus descendientes, ascendientes y hermanos para la celebración de la comparecencia. Estas personas disponen de un **plazo de 5 días** para proponer las diligencias de pruebas que consideren necesarias para ser practicadas en la comparecencia (**art.42 bis b) apartado segundo**).

³⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción Voluntaria.... *op. cit.*, pág. 8.

El LAJ convocara a las personas legitimadas para promover el expediente de acuerdo al art. 42 bis a) apartado tercero mencionado anteriormente, donde la legitimación quedó dividida entre los legitimados y los facultados. En el precepto no se incluye al grupo de los facultados, siendo cualquier persona que tenga conocimiento de una situación en la que se deba adoptar una medida de apoyo y deba comunicarlo al MF y las autoridades y funcionarios públicos, por razón de sus cargos. De esta forma la proposición de diligencias solo le corresponde a los legitimados e interesados, pues son aquellos que han acreditado un interés legítimo y directo en el procedimiento.³⁹

Además de las citaciones a los interesados, se obtendrá del Registro Civil y otros registros las certificaciones de las medidas de apoyo. Asimismo, la autoridad judicial podrá solicitar informes de las entidades públicas que tengan encargada la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad y sectores sociales que colaboren con la justicia (**art.42 bis b) apartado segundo**).

El fin de este precepto es recabar toda la información posible, solicitando de los registros públicos las certificaciones de las medidas de apoyo. Además de informarse sobre todas las medidas de apoyos que deben proporcionar las entidades, para así poder ofrecer a la persona con discapacidad otras alternativas que pueden ser prestadas sin requerir la adopción de alguna medida por la autoridad judicial.

Por último, podrá la autoridad judicial ordenar un dictamen pericial de los profesionales sanitarios y trabajadores sociales, si lo consideran necesario según la circunstancia del caso y si tienen alguna duda sobre el estado actual de la persona con discapacidad.

5.5.3. Comparecencia

La comparecencia se regula en el **art. 42 bis b) apartado tercero**. Por una parte, se encuentra la entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, en esta se le informa a la persona de otras medidas de apoyo alternativas, divididas en medidas de naturaleza voluntaria y medidas de su entorno social. Cabe destacar, que la persona

³⁹ *Ibidem*.

con discapacidad puede poner fin al expediente si opta por una de las medidas alternativas de apoyo ofrecidas por la autoridad judicial (**art.42 bis b) apartado cuarto**).

En la entrevista la autoridad judicial además de velar que la persona con discapacidad disponga de un abanico de opciones, puede en primera persona escuchar su testimonio y saber qué deseos y preferencias tiene la persona, pues la finalidad es que la persona participe de manera activa ya que los actos que se realicen a lo largo del proceso le perjudican o benefician a la persona con discapacidad. De esta forma, la autoridad judicial recaba toda la información necesaria de las entidades y registros públicos con el fin de poder ofrecer otras posibilidades menos gravosas a la persona afectada, pues las medidas voluntarias como los poderes y mandatos preventivos y la autoguarda tienen prioridad frente a las medidas judiciales.

Por otra parte, se practicarán aquellas pruebas que fueron propuestas y admitidas, y se oírán a las personas que han comparecido y que soliciten ser escuchadas. Aunque no se establezca de manera directa, se entiende que se llevará a cabo la práctica de las pruebas exigidas en la solicitud, es decir, la prueba documental que acredite la necesidad de una medida de apoyo, el dictamen pericial del sanitario o trabajador social, que estará presente para explicar su informe y por supuesto la entrevista a la persona afectada y audiencia de las personas que hayan comparecido y que quieran ser oídas.⁴⁰

En este procedimiento las pruebas tienen la finalidad de hallar qué medida o apoyo necesita la persona afectada para el ejercicio de su capacidad jurídica, no se pretende determinar la causa ni el grado de la discapacidad, ni concluir con una resolución que limite su capacidad, como se hacía antes con el proceso de incapacitación ⁴¹. De este modo, se centran en un procedimiento donde se escucha a la persona, a sus parientes más próximos que son los que conviven con la persona y saben como se desenvuelve en su día a día y a las personas que hayan comparecido y quieran ser oídas, además de apoyarse en los sanitarios y trabajadores sociales que son los expertos en la materia y

⁴⁰ CALAZA LÓPEZ, S.: "La justicia civil....: *op. cit.*, pág. 17.

⁴¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Jurisdicción Voluntaria.... *op. cit.*, pág. 10.

aconsejan la medida más adecuada para la persona con discapacidad.

5.5.4. Oposición

La regulación de la oposición a cualquier medida de apoyo queda recogida en el **art. 42 bis b) en su apartado quinto**. En caso de que la persona con discapacidad, el MF o cualquiera de los interesados se oponga a la adopción de las medidas de apoyo solicitadas se pondrá fin al expediente, sin considerar oposición únicamente a la designación como curador de una persona concreta. Asimismo, la autoridad judicial podrá adoptar de manera provisional medidas de apoyo sobre la persona o su patrimonio con una duración máxima de 30 días, siempre que no se haya presentado la demanda de adopción de apoyos en un juicio contencioso.

El artículo establece aquellas personas que pueden oponerse a la adopción de las medidas de apoyo. En primer lugar, se encuentra la **persona con discapacidad** que puede oponerse a cualquier tipo de apoyo. El rechazo a las medidas de apoyo supondrá el fin del expediente, siempre que la persona afectada tenga capacidad cognitiva y volitiva para comprender el procedimiento y sepa porque se opone a la medida. El fin dará paso a la posibilidad de interponer una demanda en juicio contencioso ante la misma autoridad judicial y en donde la legitimación, el objeto, la competencia y demás apartados vistos anteriormente serán similar al expediente voluntario. De modo que, si no se pudo llegar a un acuerdo con el expediente voluntario, siendo este más favorable y flexible, resultará más difícil en un proceso contencioso donde existen partes demandantes en desacuerdo y que suelen ser familiares cercanos.⁴²

En segundo lugar, se encuentra el **Ministerio Fiscal**, una figura que tanto la Ley 8/2021 como la LEC y la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria la establecen para que actúe siempre velando el interés de la persona con discapacidad respetando la voluntad, los deseos y preferencias a lo largo del procedimiento. Por lo que, el MF no actuará en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, solo podrá oponerse si la persona

⁴² *Idem*, pág. 12.

en cuestión carece de la capacidad cognitiva y volitiva para rechazar la adopción de la medida.⁴³

Y en tercer lugar, la oposición de cualquiera de los **interesados** a la adopción de las medidas de apoyo solicitadas también pondría fin al expediente. Nuevamente la ley no aclara qué se entiende por personas interesadas, si dentro de este ámbito se incluye a los facultados o a cualquier persona que tenga interés. Por esta razón, se acude a la legitimación del art. 42 bis a) apartado tercero, entendiéndose por interesados al grupo de legitimados para promover el expediente y aquellas personas que han comparecido durante el proceso y acrediten tener un interés legítimo.

En cuanto a la oposición de la designación como curador de una persona concreta no supondrá el fin al expediente. De este modo no se archivará el expediente, sino que se tramitará y se resolverá conforme al art.17.3 LJV⁴⁴. Esta disposición resulta adecuada, en el caso de que la persona con discapacidad rechace a una persona como curador, lo lógico es que no se le imponga de manera forzosa a un individuo que no desea, siempre que esta disponga de la voluntad precisa para rechazarlo, los que no deberían oponerse al nombramiento de una persona concreta como curador son el MF y los interesados, ya que debe concernirle esta oposición a la persona con discapacidad.

Por último, en el mismo artículo se indica que la autoridad judicial puede adoptar de manera provisional por un período de 30 días las medidas de apoyo que crea convenientes para la persona y su patrimonio, con el fin de que los bienes y la propia persona afectada no se encuentren nunca en situación de desamparo, sin perjuicio de que durante el plazo de 30 días las medidas puedan ser modificadas por la autoridad judicial. El único requisito para el establecimiento de medidas provisionales es que no se haya presentado con anterioridad una demanda de adopción de medidas en juicio contencioso.

En resumen, este apartado referente a la oposición de medidas de apoyo puede plantear problemas de interpretación y aplicación, puesto que algunos aspectos son

⁴³ *Idem*, pág. 13.

⁴⁴ *Idem*, pág. 14.

contradictorios con la ideología de la Ley 8/2021 y con el Convenio de los derechos de las personas con discapacidad. Por ejemplo, no tiene sentido que cualquier persona que acredite tener interés legítimo en el procedimiento y al oponerse finalice el expediente, incluso cuando la propia persona afectada con capacidad y voluntad esté de acuerdo con la adopción de la medida de apoyo. Al final la persona con discapacidad no decide su futuro, porque si existe oposición por parte del MF o de algún interesado se pone fin al expediente, debiendo existir unanimidad entre todos los intervinientes. Al igual que la oposición a un persona concreta como curador, que se tramita y se resuelve en el propio expediente se debería hacer con la oposición del MF y la persona interesada, sino el procedimiento es muy frágil ante cualquier oposición. Se pretende optar por la posibilidad del juicio contencioso, cuando se vulneró la voluntad y deseos de la persona en el expediente voluntario, resultando más violento al tener que actuar como partes en un proceso donde demande a sus familiares o sea demandado por ellos, siendo así en la mayoría de los casos.⁴⁵

5.6. AUTO Y POSTERIOR REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ACORDADAS

Por último, se encuentra el artículo 42 bis c), que se encarga de regular el auto y la revisión de las medidas judicialmente acordadas. El auto que pone fin al expediente debe contener las medidas de apoyo que necesite la persona con discapacidad, delimitando aquellos actos en los que la persona necesita de un apoyo asistencial y aquellos en los que necesita ser representando, dicha resolución judicial debe atenerse siempre a los principios de proporcionalidad y necesidad (art. 249 CC).

En el **primer apartado** del artículo se aborda la **legislación que se debe aplicar** y la legitimación. En el texto se expresa que las medidas que se adopten en el auto deberán regirse por lo expuesto en la legislación civil aplicable a esta materia y que dichas medidas serán revisadas en el plazo y la forma que se establezca en el auto.

Por esta razón, se debe acudir a las disposiciones generales de la curatela, en concreto a los párrafos segundo y tercero del art. 268 CC. En este precepto se estipula que las

⁴⁵ *Idem*, pág. 15-16.

medidas adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de 3 años, aunque de manera excepcional se puede establecer un plazo de revisión que no exceda de los 6 años. También podrán ser revisadas si se produce un cambio en la situación de la persona que pueda dar lugar a la modificación de las medidas.⁴⁶

En cuanto a la **legitimación**, en el mismo apartado se faculta a cualquiera de las personas del art. 42 bis a) apartado tercero y a quien ejerce el apoyo para solicitar la revisión de las medida antes de que finalice el plazo. Es natural que la persona que esté ejerciendo el apoyo solicite la revisión al igual que las personas legitimadas del art. 42 bis a) del primer párrafo. Lo que no es adecuado que cualquier persona que haya puesto al MF en conocimiento de la situación o las autoridades públicas por razón de su cargo, deba encontrarse dentro del grupo de personas legitimadas para pedir dicha revisión, pues no guardan relación con la persona con discapacidad, solo son meros concedores de la situación inicial que dio pie al expediente. Si este segundo grupo no tiene un interés legítimo o han comparecido o seguido todo el procedimiento, no es lógico que deban pedir la revisión de ninguna medida.

En el **segundo apartado** se establece la **competencia** para conocer de la revisión de las medidas y es competente el mismo Juzgado que dictó dichas medidas. En caso de que se diese un cambio de residencia, el nuevo Juzgado deberá solicitar un testimonio completo del expediente al Juzgado que conoció el asunto. Se establece un **plazo de 10 días** para que el antiguo Juzgado remita el testimonio al nuevo.

Para concluir, el **procedimiento** de la revisión de las medidas se halla en los **apartados tercero y cuarto** del mismo artículo. El procedimiento de la revisión es prácticamente igual al procedimiento del expediente, pues la autoridad judicial puede pedir un dictamen pericial de las profesionales sanitarios y trabajadores sociales, aparte de la entrevista con la persona con discapacidad y aquellas actuaciones que considere conveniente. También podrá solicitar informes de las entidades del art. 42 bis b) apartado segundo, siendo los registros públicos y las entidades que colaboren para promover la autonomía de la persona los encargados de realizar los informes.

⁴⁶ *Idem*, pág. 18.

Una vez, solicitados los informes, los dictámenes y demás actuaciones dan traslado del resultado a la persona con discapacidad, quien ejerza el apoyo, al MF y a los interesados personados en el expediente. En este caso sí hacen referencia a los interesados pero añadiendo personados, por lo que han demostrado previamente que si tienen un interés legítimo. Todos ellos disponen de un plazo de 10 días para alegar y aportar las pruebas que estimen oportunas, no se concretan ningún tipo de prueba. Nuevamente se permite el fin del expediente en el caso de que alguno de los mencionados formulase oposición, permitiéndose instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la LEC. Si no existe oposición, se práctica la prueba y se dicta un nuevo auto.

Expresé al inicio, que el procedimiento de la revisión es similar al procedimiento del expediente debido a que la competencia la tiene mismo juzgado, se solicitan las mismas pruebas, los legitimados son los mismos, añadiendo como legitimado a la persona que ejerce el apoyo e incluso se permite de nuevo la oposición, por lo que no se trata de una simple revisión sino de rehacer prácticamente el mismo expediente.

6. DEL NUEVO PROCESO DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEC

El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad se encuentra regulado en el Libro IV, Título I, en el Capítulo II bajo la rúbrica “De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”, que abarca desde el art. 756 hasta el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Preámbulo de la Ley 8/2021 en su apartado quinto establece que la adaptación a la Convención también debe trascender en el área procesal, de manera que se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad. La nueva reforma supone dejar atrás el proceso de incapacitación, el proceso prodigalidad y el proceso de reintegración y modificación de la capacidad. El único proceso que se mantiene es el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico del artículo 763 LEC, que no sufre ningún cambio.

La Ley 8/2021 dotó de preferencia a los expedientes de provisión de apoyos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, debido a que se encarga de cuestiones en las que no existe controversia entre las partes y a que posee un carácter más flexible; sin embargo, se recoge en el art. 42 bis b) apartado 5, en caso de que alguna de las personas legitimadas se oponga a la adopción de las medidas de apoyo se pondrá fin al expediente, dando lugar a que se abra el proceso por la vía contenciosa. El proceso establecido en la LEC a diferencia de la LJV, se trata de un proceso plenario de naturaleza especial y contradictorio.

6.1. AJUSTES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El nuevo artículo 7 bis introducido tanto en la LEC como en la LJV regula las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en los que intervienen personas con discapacidad, que deberán realizarse en todas las fases y actos en los que se prevea que sea necesario, independientemente de que la persona en cuestión participe en el proceso como parte o de otra manera, según el Preámbulo de la Ley 8/2021.

El **primer apartado** del artículo establece que estarán legitimados para pedir las adaptaciones adecuadas las partes, el MF o el propio Tribunal de oficio. El Preámbulo de la ley recoge que las adaptaciones se llevarán a cabo siendo la persona con discapacidad una de las partes o interviniendo de otra manera, pero en la legitimación la persona con discapacidad no está facultada para solicitar los ajustes si esta interviene en el proceso de otra manera que no sea siendo una de las partes, por ejemplo, si la persona con discapacidad forma parte del juicio como testigo⁴⁷. De esta manera, el nuevo texto debería haber previsto esta situación y añadir a la persona con discapacidad como legitimada para aquellos casos en los que no actúe como parte.

En cuanto al momento de solicitud de los ajustes, en el texto no se expresa nada, aunque lo ideal sería solicitarlas al principio del proceso para que cuenten con el tiempo suficiente para llevar a cabo todas las adaptaciones y ajustes necesarias antes de la

⁴⁷ LÓPEZ TAPIA, Y.L.: “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, núm. 151, 2021, pág.13.

celebración del proceso. Tampoco se establece qué órgano se encarga de supervisar los ajustes y adaptaciones pero el art. 42 bis a apartado quinto LJV y el art. 758 apartado segundo LEC estipulan que, el Letrado de la Administración de Justicia es quien realizará las adaptaciones y ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, finalidad y trámites del proceso, por tanto, esta figura deberá cerciorarse de que los ajustes se lleven de manera adecuada.⁴⁸

En el **apartado segundo**, se delimitan los ámbitos en los que se realizarán las adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan entender el proceso y ser entendidas, siendo estos el ámbito de comprensión, ámbito de comunicación e interacción. El texto ejemplifica un listado de ajustes para las personas con discapacidad teniendo en cuenta que cada persona necesita un ajuste o adaptación adecuada a su situación.

En este apartado se establece que se utilizará la lectura fácil para todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, sean orales o escritas a través de un lenguaje sencillo, claro y accesible. Aparte, si es necesario la comunicación se hará a la persona que preste el apoyo. De esta forma se abandona el lenguaje técnico-jurídico, puesto que utilizan un conjunto de términos y expresiones que exceptuando a las personas que forman parte de la esfera jurídica, el resto no suele comprender en su totalidad las actuaciones, por lo que, se debe utilizar un lenguaje lo más claro y sencillo posible.

Por otra parte, y con la finalidad de que la persona con discapacidad pueda comprender el proceso se le asignará un apoyo o asistencia. En el precepto se hace referencia a las lenguas de signos y medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Existen varios tipos de discapacidad, ya sea física, psíquica, sensorial o intelectual, por lo que, también existen diferentes tipos de comunicaciones como la lengua de señas, el sistema bimodal, el alfabeto dactilológico, la palabra complementada⁴⁹. Por esta razón, al existir diversidad el texto debe ampliarse

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Idem*, pág. 15.

de manera que incluya todos los ámbitos de la discapacidad y todos los sistemas de comunicación de las personas con discapacidad.

Para mayor seguridad en el artículo se incluye a la figura del facilitador, se trata de un experto profesional que trabaja con la persona con discapacidad y el personal de justicia, procurando que la comunicación entre ambas partes fluya de manera natural en los procedimientos. Su principal función es apoyar a la persona con discapacidad para que entienda el proceso y pueda ser entendida y una vez comprendida las actuaciones pueda tomar las decisiones correctas. Esta figura garantiza el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones frente al resto de individuos. ⁵⁰

Por último, se recoge que la persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona que podrá elegir esta obviamente, para que la apoye desde el inicio, desde la primera toma de contacto con los funcionarios públicos. En este caso, se trata de una persona distinta a la del facilitador y a la persona que presta el apoyo, aunque si lo desea puede ser la misma que preste el apoyo. La figura de acompañamiento está prevista para una persona del entorno más cercano a la persona con discapacidad, que le inspire confianza y la apoye emocionalmente. ⁵¹

6.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y COMPETENCIA

El **ámbito de aplicación** queda establecido en el **artículo 756 LEC** en su **apartado primero**, que de acuerdo con la legislación civil aplicable, el proceso para la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en el Capítulo II y será de aplicación en dos supuestos. En primer lugar, para el nombramiento del curador, si en el expediente de jurisdicción voluntaria se ha formulado oposición, en segundo lugar, cuando el expediente no haya podido resolverse y tenga que sustanciarse por el proceso regulado en la LEC.

⁵⁰ GONZÁLEZ VILLASEVIL, M.: “La figura del facilitador en los procesos judiciales”, *Economista&Jurist*, 2022. Disponible en <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/la-figura-del-facilitador-en-los-procesos-judiciales/>. (fecha de la última consulta: 16 de julio de 2022)

⁵¹ LÓPEZ TAPIA, Y. DL.: *op. cit.*, pág. 17.

En relación a los antiguos procesos relativos a la capacidad de las personas, el proceso de incapacitación y la declaración de prodigalidad se sustanciaban por los trámites del juicio verbal, lo cual difiere con el nuevo proceso. El proceso actual opta primero por el expediente de Jurisdicción Voluntaria y de manera subsidiaria se acude al proceso por la vía contenciosa, ya que en los supuestos de aplicación se debe haber instado el correspondiente expediente y en caso de que existiera oposición o no se pudiera resolver, entonces se acude al proceso contemplado en la LEC.

En el mismo artículo pero en su **apartado segundo** se establece la **competencia**, siendo exactamente igual a la competencia de la LJV, de este forma se atribuye a la autoridad judicial que conoció del previo expediente de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Al igual que en la LJV, si la persona a la que se refiere la solicitud cambia de residencia se encarga el Juzgado del nuevo lugar donde resida.

6.3. LEGITIMACIÓN E INTERVENCIÓN PROCESAL

Los legitimados para instar el proceso son la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, sus descendientes, ascendientes o hermanos y el MF, aunque este último solo actuará en caso de que las personas mencionadas no existieran o no presentasen la correspondiente demanda, a excepción de que existan otras vías de las que la personas afectada pueda obtener el apoyo (art.757 LEC). Además, en el último apartado se faculta a cualquier persona que tenga interés legítimo a instar el proceso, cuestión que está prevista en la LJV pero no en el antiguo proceso de incapacitación.

Si en la demanda se solicitan las medidas de apoyo y un curador determinado, se debe dar traslado de la demanda a este, con el fin de que pueda alegar lo que estime conveniente, por lo que, también podrá intervenir en el proceso. (art. 757.3 LEC).

Frente al anterior proceso, no guarda mucha diferencia, pues el grupo de personas legitimadas es el mismo. Aunque una cuestión que se observa es que, tanto en el proceso de incapacitación como el nuevo proceso de medidas de apoyo se incluye a la persona con discapacidad para instar el proceso pero esto no sucedía con la declaración

de prodigalidad, es decir, el propio pródigo no podía instar el proceso⁵². Además el antiguo art. 757 LEC recogía que podrían poner en conocimiento del MF cualquier persona que conociera de la situación, además de las autoridades y funcionarios públicos que debían informar debido a sus cargos, tal y como se expresa en la LJV. En la vía contenciosa, ya se conoce de la situación de la persona porque parte de un previo expediente por lo que se entiende que no es necesario añadir a estas personas para instar el proceso, porque ya el MF es conocedor de la situación.

6.4. CERTIFICACIÓN REGISTRAL Y PERSONACIÓN DEL DEMANDADO

El artículo 758 LEC antiguamente solo recogía la personación del demandado, pues regulaba que el presunto incapaz o pródigo podía comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. En caso de que no lo hiciera, esta tarea le correspondería al MF, a menos que hubiese sido el promotor del proceso. En otro caso el LAJ nombraría un defensor judicial si la persona con discapacidad no lo tuviera ya.

La nueva redacción además de lo anterior, añade otras cuestiones. Al igual que en la LJV, una vez admitida la demanda el LAJ recabará la certificación del Registro Civil y de otros registros públicos que considere pertinente a las medidas de apoyo inscritas, a fin de que se respete la voluntad de la persona con discapacidad como establece el Preámbulo V de la Ley 8/202. Asimismo, el LAJ deberá llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objetivo, la finalidad y los trámites del proceso, conforme a lo previsto en el art.7 bis. Este artículo aporta mayor seguridad y garantía al proceso, ya que se realizarán todos los ajustes y adaptaciones necesarias para que la persona con discapacidad puede entender el procedimiento y ser entendida.

En cuanto a la personación del demandado, se establece que el hecho de no comparecer, no supondrá la declaración de rebeldía del demandado, debido a que será representado por el MF o el defensor judicial, con la finalidad de que la persona con discapacidad esté

⁵² CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm.9, 2020, pág. 22.

protegida en todas las fases del procedimiento. En caso de que se nombre a un defensor judicial, se le dará un plazo de **20 días** para que conteste a la demanda.⁵³

6.5. PRUEBAS PRECEPTIVAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

En el proceso sobre adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad se llevarán a cabo las pruebas establecidas en el art. 759 LEC. En el primer apartado se enumeran tres tipos de pruebas.

En primer lugar, se encuentra la entrevista con la persona con discapacidad. La entrevista le permite al juez conocer el estado de la persona afectada y escuchar los deseos y preferencias sobre su propia vida. De este modo, se debe desarrollar en un ambiente tranquilo, donde estarán presentes la figura del facilitador, profesionales y algún acompañante. Además se debe utilizar un lenguaje sencillo y claro pero sin comunicarse con expresiones de pena o de manera condescendiente y mucho menos infantil. Con la entrevista el juez puede hacerse una idea de cómo es la relación de la persona con discapacidad con los familiares, profesionales, figuras de apoyo y lo más importante poder averiguar la voluntad de la persona en cuestión.⁵⁴

En segundo lugar, se establece como prueba la audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como los parientes más próximos de la persona con discapacidad.

Por último, los dictámenes periciales necesarios o pertinentes, siendo imprescindibles pues no podrán adoptarse ninguna medida de apoyo sin el previo dictamen pericial. Y al igual que ocurre en la LJV, se establece un sistema de colaboración profesional en el que participan los jueces, sanitarios, trabajadores sociales, psicólogos para poder ayudarse entre sí y adoptar la medida más adecuada para la persona.

⁵³ UREÑA CARAZO, B.: “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, *Diario La Ley*, núm.33, 2022, pág. 6.

⁵⁴ *Idem*, pág.7-8.

Por otro lado, se habla del nombramiento del curador, en caso de que no estuviera propuesto el juez oirá a la persona con discapacidad, al cónyuge, a los familiares más cercanos y demás persona que el tribunal considere oportuno. (art. 759.3 LEC).

En relación a la antigua regulación, guarda mucha similitud en lo referente a las pruebas. Aunque la novedad de este precepto es el **apartado segundo**, pues se introduce que en aquellos casos en los que la demanda fue presentada por la propia persona con discapacidad, podrá el Tribunal de manera excepcional y con previa solicitud de la persona no practicar las audiencias preceptivas con el fin de preservar la intimidad de la persona, expuesto en el artículo y en el Preámbulo V de la Ley 8/2021.

Para finalizar, en su **apartado cuarto** se regula las pruebas en segunda instancia. En caso de que fuese apelada la sentencia, se ordenará de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas de los apartados anteriores.

6.6. SENTENCIA Y REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ACORDADAS

El **artículo 760 LEC** recoge el breve contenido de la sentencia, pues se limita a expresar que las medidas adoptadas por la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conforme a lo dispuesto sobre esta materia en las normas de derecho civil que resulten aplicables.

En el proceso anterior, la sentencia establecía la incapacitación o no de la persona afectada, así como su extensión y límites, el régimen de la tutela y guarda y la pronunciación sobre la necesidad de internamiento. Lo relevante del nuevo artículo es que la sentencia no se pronuncia sobre la capacidad o incapacidad de la persona, en su lugar, se le atribuye una medida de apoyo acorde a la situación de la persona con discapacidad dependiendo de su circunstancia y necesidad, teniendo siempre presente la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Por otra parte, se encuentra la revisión de las medidas de apoyo acordadas en la sentencia y recogida en el **artículo 761 LEC**. A diferencia del antiguo artículo que se encargaba de la reintegración y modificación de la capacidad, que ya no se regula, es

decir, si no existe sentencia de incapacitación tampoco reintegración ni modificación de la capacidad.

Por su parte, el nuevo texto recoge que las medidas adoptadas en la sentencia serán revisadas de acuerdo a la legislación civil y siguiendo los trámites de la LJV. Asimismo, establece que en caso de que se produjera oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria de revisión o si no hubiera podido resolverse, se iniciará el proceso contencioso previsto en el presente Capítulo, pudiendo promoverlo la persona con discapacidad, el cónyuge o similar, los familiares y quien ejerza el apoyo a la persona afectada.

6.7. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares se encuentran en el **artículo 762 LEC** y guardan bastante similitud con el antiguo artículo. El primer apartado establece que, el Tribunal competente que conozca de la existencia de una persona que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las medidas que crea convenientes para la protección de la persona y su patrimonio y deberá ponerlo en conocimiento del MF, para que este, si lo considera procedente inicie un expediente de jurisdicción voluntaria. A su vez, el MF también podrá solicitar la adopción de las mismas medidas, que podrán adoptarse de oficio o a instancia de parte en cualquier momento del procedimiento (**art. 762.2 LEC**). Por último, en el **apartado tercero**, se estipula que las medidas de protección a la persona y a su patrimonio se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad siempre que la urgencia de la situación no lo impida, de lo contrario serán adoptadas sin previa audiencia.

La redacción del precepto anterior es igual, con la única diferencia que en el antiguo se hace referencia al conocimiento de posibles causas de incapacitación y en el actual se refiere al conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo. Una vez más, la redacción es similar pero cambiando el objeto del proceso, que no se centra en las causas o el grado de incapacitación sino en la medida de apoyo ajustada a la persona con discapacidad.

7. CONCLUSIONES

Tras finalizar el análisis del nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad, se pueden extraer varias conclusiones:

I. Con el transcurso del tiempo, las personas con discapacidad han podido ser consideradas un colectivo que requiere de especial protección debido a las constantes vejaciones que han sufrido. Aunque la Constitución Española ya reconocía los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, fue la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 firmada en Nueva York la que supuso un avance en materia de discapacidad. El enfoque de la Convención es la protección de las personas con discapacidad y el verdadero reconocimiento en el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones, para ello, se llevarían a cabo todas las medidas, leyes o políticas necesarias para acabar con la discriminación.

II. La nueva ley 8/2021, precisamente esta inspirada en la Convención, pues el objetivo es adaptar nuestro ordenamiento a lo establecido en el artículo 12 del Convenio. El nuevo proceso de apoyo a las persona con discapacidad no solo ha supuesto un cambio en la terminología, también introdujo un sistema basado en el respeto a la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en el que la persona afectada se encarga de tomar sus propias decisiones.

III. La reforma efectuada en el Código Civil en el ámbito de discapacidad es la más extensa y de mayor calado según el propio Preámbulo de la Ley 8/2021. Entre sus cambios destaca la sustitución de la tutela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada por la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial como nuevas figuras de apoyo a las personas con discapacidad. El objetivo de las nuevas instituciones es dar prioridad a la voluntad de la personas con discapacidad para que estas puedan por si mismas tomar las decisiones que afecten a sus vidas, de esta manera, se le atribuye especial importancia a las medidas de naturaleza voluntaria como es la autocuratela. A pesar de ello, las figuras de apoyo pueden adquirir funciones representativas en aquellos casos en los que no sea posible determinar la voluntad, deseos o preferencia de la persona, pese

haber realizado un esfuerzo considerable. Lo que indica que el sistema por sustitución o representación no desaparece del todo, pero se regula solo para determinados supuestos.

IV. Otra novedad introducida por la ley 8/2021 es el sistema de provisión de apoyo a las personas con discapacidad a través del expediente de jurisdicción voluntaria. El objetivo es que la persona con discapacidad participe de manera activa en el procedimiento, por esta razón, se introduce tanto en la LJV como en la LEC un nuevo artículo 7 bis, que llevará a cabo todas las adaptaciones y ajustes necesarios para garantizar la participación de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones. Además se establece un sistema de colaboración en el que intervienen los familiares, la autoridad judicial (realiza una entrevista a la persona con discapacidad), personal sanitario y social con el fin de hallar el apoyo adecuada para la persona afectada.

La ley otorga prioridad al expediente de jurisdicción voluntaria, pero el procedimiento puede convertirse en contradictorio siguiendo los trámites de la LEC, en caso de que exista oposición por parte de la propia persona con discapacidad o alguna de las legitimadas. El nuevo proceso guarda similitud con el expediente de jurisdicción voluntaria pero difiere con el antiguo proceso de la LEC. El nuevo sistema deja atrás el proceso de incapacitación y prodigalidad, en su lugar, se centra en proveer de apoyos a la persona con discapacidad. Tanto el objeto como la sentencia del proceso no se centra en las causas o grado de incapacidad de la persona con discapacidad, sino en proporcionarle a la persona un apoyo o ayuda para que esta pueda tomar sus decisiones y no una persona que lo sustituya o represente como en el proceso anterior.

V. En definitiva, aunque la reforma ha llegado un poco tarde y regule algunos aspectos en los que el legislador debía ser más preciso, se trata de una ley verdaderamente necesaria. El cambio más notable es la supresión de la incapacitación judicial, ya que anteriormente se iniciaba un procedimiento judicial para incapacitar a la persona con discapacidad, en el que cada sentencia de incapacitación era prácticamente igual. La nueva doctrina se enfoca en el concepto de “traje a medida” expuesto en varias sentencias del Tribunal Supremo, cuyo fin es que cada persona con discapacidad reciba el apoyo según sus circunstancias y necesidades, por lo que hay que atender a cada caso concreto.

8. BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pág. 545.

BERROCAL LANZAROT, A. I. “La autotutela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 9, 2021, pág. 15.

CERRADA MORENO, M.: *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014.

CALAZA LÓPEZ, S.: “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 31, 2021, pág. 11.

- *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Ed Iustel, Madrid, 2007.

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm.9, 2020, pág. 22.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción Voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 33, 2022, pág. 2.

- “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación”, *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011, pág. 120.

GIMENO SENDRA, V. DÍAZ MARTÍNEZ, M. CALAZA LÓPEZ S.: *Derecho Procesal Civil: Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GONZÁLEZ DEL CAMPO, C.B.: “La reforma del defensor judicial en la Ley 8/2021”, *Diario La Ley*. núm. 10044, 2022, pág 1.

LAFUENTE TORRALBA, A. J.: “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, *Revista de Derecho de La Universidad de La Rioja*, núm. 10, 2012, pág. 124.

LORENZO GARCÍA, R.: “Panorámica del impacto de la convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 1, 2016, pág. 144.

LOPÉZ BARBA, E.: *Capacidad Jurídica. El Artículo 12 de la Convención Sobre Los Derechos de Las Personas con Discapacidad y Las Medidas No Discriminatorias de Defensa Del Patrimonio*, Dykinson, S.L., Madrid, 2020.

LÓPEZ TAPIA, Y.L.: “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, núm. 151, 2021, pág.13.

ORTIZ TEJONERO, M.: “La guarda de hecho tras la entrega en vigor de la Ley 8/2021”, *Diario La Ley*. núm. 10053, 2022, pág. 1.

PABLO CONTRERAS, P. AGUIRRE ALDAZ, C.M. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. PARRA LUCÁN, M.A.: *Curso de Derecho Civil (I), Volumen II: Derecho de la persona*, Edisofer S.L, Madrid, 2021.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm 33, 2022, pág 33.

UREÑA CARAZO, B.: “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, *Diario La Ley*, núm.33, 2022, pág. 6.