



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y
Procesal**

Área de conocimiento: Derecho Procesal

Curso 2023/2024

EL PROCESO PARA LA PROVISIÓN DE APOYOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Luis Enrique Alonso Ramos

Tutora: Alicia González Monje

Junio 2024

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Área de conocimiento: Derecho Procesal

EL PROCESO PARA LA PROVISIÓN DE APOYOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

THE PROCESS FOR THE PROVISION OF SUPPORT TO PEOPLE WITH DISABILITIES

Nombre del estudiante: Luis Enrique Alonso Ramos

e-mail del estudiante: alonsoramosluis@usal.es

Tutora: Alicia González Monje

RESUMEN

A raíz de 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, las personas con discapacidad ya no serán tratadas como “incapaces” y disfrutarán de una plena capacidad jurídica al igual que el resto de los ciudadanos.

En el presente trabajo, se analizará en primer lugar la importancia que ha cobrado la figura de la guarda de hecho ya que en la mayoría de los casos se ha conseguido desjudicializar el proceso dotando a la persona con discapacidad de unos cuidados provenientes de su círculo más cercano. En segundo lugar, se analizarán las medidas judiciales de apoyo. El legislador ha querido dar prioridad a la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa, dándose esta última solamente en aquellos casos donde haya una oposición por cualquiera de los legitimados.

Estableceremos los principales problemas que aún nos enfrentamos en materia de discapacidad recogiendo los puntos clave que establece la jurisprudencia, doctrina y la Fiscalía General del Estado. Finalmente, en las conclusiones estableceremos en qué medida esta reforma ha supuesto un avance social en la práctica.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, medidas de apoyo, autonomía de la voluntad, Ley 8/2021, proceso, capacidad.

ABSTRACT

Following Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in exercising their legal capacity, people with disabilities will no longer be treated as "incapable" and will enjoy full legal capacity like other citizens.

In this paper, we will first analyze the importance of the figure of the de facto guardian, as in most cases it has been managed to remove the judicial aspect of the process, providing care from the person's closest circle. Secondly, we will analyze judicial support measures. The legislator has prioritized voluntary jurisdiction over contentious jurisdiction, with the latter being applied only in cases where there is opposition from any of the legitimate parts.

We will outline the main issues we still face concerning disability, highlighting the key points established by jurisprudence, doctrine, and the Office of the Attorney General. Finally, in the conclusions, we will determine to what extent this reform has represented social progress in practice.

KEYWORDS: Disabilities, support measures, autonomy of the will, Law 8/2021, process, ability.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CIDPD	Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad
Ley 8/2021	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
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
MF	Ministerio Fiscal
TS	Tribunal Supremo
TFG	Trabajo de fin de Grado

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1. LA INCAPACIDAD EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL.....	8
1.1. Convenio internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad	8
1.2. Ley 8/2021: el cambio de paradigma en cuanto a la capacidad procesal. ...	11
CAPÍTULO 2. LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO	18
2.1. Las medidas de apoyo voluntarias y la desjudicialización del proceso.....	18
2.2. La judicialización de lo ya desjudicializado.....	21
CAPÍTULO 3. EL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO	25
3.1. La dualidad del proceso en la provisión judicial de medidas de apoyo	25
3.2. Competencia objetiva y territorial	26
3.3. Legitimación y Postulación	27
3.4. Procedimiento	29
3.4.1. <i>La entrevista</i>	30
3.4.2. <i>La oposición</i>	33
3.4.3. <i>El auto de constitución de la curatela</i>	34
CAPÍTULO 4. EL PROCESO CONTENCIOSO	35
4.1. La reforma del proceso de modificación de la capacidad y su relación con el expediente de jurisdicción voluntaria	35
4.2. Competencia y partes en el proceso de provisión de apoyos	37
4.3. Iniciación del proceso: admisión y contestación a la demanda	39
4.4. La prueba	40
4.5. La sentencia	42
4.5.1. <i>El contenido de la sentencia y la revisión de las medidas de apoyo</i>	42
4.5.2. <i>¿Podría el juez adoptar una medida de apoyo aún en contra de la voluntad de la persona con discapacidad?</i>	45
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	51

INTRODUCCIÓN

El colectivo de las personas con discapacidad ha sido uno de los grandes olvidados de nuestra sociedad, la cual ha vivido ajena a una realidad social cada vez más evidente. En España, según datos del INE¹, hay un total de 4,3 millones de personas con algún tipo de discapacidad. Además, estamos ante un tema que cada vez cobra más relevancia debido al fenómeno del envejecimiento que estamos sufriendo las sociedades avanzadas. Esto hará que cualquiera de nosotros o cualquier familiar cercano necesite en algún momento de alguna medida de apoyo a causa de los deterioros cognitivos presentes en la tercera edad.

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, supone la adaptación de la normativa española a la Convención de Nueva York de 2006. Esta reforma ha supuesto un cambio a la hora de entender la discapacidad, es decir, no estamos simplemente ante un mero cambio normativo, sino que estamos ante un cambio a la hora de entender socialmente la discapacidad.

En este trabajo analizaremos la importancia que tendrá para las personas con discapacidad contar con un proceso con garantías para que se vean cumplidas sus voluntades, ya que la importancia de la reforma radica en reconocer una autonomía y libertad para que las personas con discapacidad puedan tomar sus decisiones. Es por ello por lo que la reforma va a brindar a la persona con discapacidad una plena capacidad jurídica, un concepto que incluirá la capacidad de obrar.

Este trabajo se centrará en analizar en qué consiste todo el proceso de provisión de apoyos y preguntarnos si verdaderamente ha habido algún cambio respecto a la normativa anterior. Para ello, haremos un análisis de lo que ha supuesto la llamada desjudicialización del proceso y estudiaremos los problemas existentes en la figura de la guarda de hecho que adquiere un papel fundamental en esta nueva era de la discapacidad.

El núcleo central de nuestro trabajo se centrará esencialmente en analizar el proceso para la adopción de medidas judiciales de apoyo. Con la reforma, se introduce un

¹ Instituto Nacional de Estadística (INE), 2023, Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resutados&idp=1254735573175

expediente de jurisdicción voluntaria que tendrá carácter preferente, y en el caso de que exista oposición habrá que acudir a un procedimiento contencioso. En el análisis de los dos procedimientos nos haremos preguntas como: ¿qué cambia con respecto al proceso de incapacitación de la normativa anterior?, ¿realmente era necesario obligar a las familias acudir a un doble procedimiento, aun cuando exista controversias desde el inicio?, ¿el juez podría adoptar una medida de apoyo aún en contra de la voluntad de la persona con discapacidad?

En definitiva, el objetivo de este TFG será analizar el cambio normativo y social que ha provocado esta reforma. Para ello, acudiremos a artículos doctrinales, jurisprudencia y memorias de la Fiscalía General del Estado, entre otras herramientas, con el fin de observar qué ha cambiado y qué se puede mejorar con respecto al futuro para respetar los derechos y mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO 1. LA INCAPACIDAD EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL

1.1. Convenio internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Actualmente, el 10% de la población mundial tiene algún tipo de discapacidad. Desde el derecho se debe procurar tener una legislación donde los procedimientos a los que se enfrenten las personas con discapacidad sean respetuosos, justos, satisfactorios y que respete la dignidad, libertad e igualdad con las demás personas².

El interés del derecho para la protección de las personas con discapacidad tiene sus orígenes a finales del siglo XX con las siguientes cuatro declaraciones por parte de la ONU: Declaración de Derechos del Deficiente Mental de 20 de noviembre 1971³, la Declaración de Derechos de los Impedidos de 1975⁴, la Declaración de Derechos de las Personas Sordo-Ciegas de 1979⁵ y la Declaración de Sundberg de 1981⁶. Pero ha sido la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York en 2006⁷ (de ahora en adelante, CIDPD) el hito más importante a nivel internacional, debido a que es el primer Tratado sobre Derechos Humanos del siglo XXI y a que es un tratado donde impone auténticas obligaciones a los Estados no dedicándose exclusivamente a enumerar una serie de derechos⁸.

² FERNÁNDEZ BUJÁN, A, “La ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, *Diario La Ley*, 2021, p. 1.

³ NACIONES UNIDAS. Declaración de Derechos del Deficiente Mental de 20 de noviembre 1971, aprobada por Resolución 2856 (XXVI). Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/declaracion_ag-26-2856_1971.pdf (Fecha de última consulta: 9-4-24).

⁴ NACIONES UNIDAS. Declaración de Derechos de los Impedidos de 9 de diciembre 1975, aprobada por Resolución 3447 (XXX). Disponible en: http://sid.usal.es/ids/F8/FDO5018/declaracion_dchos_impelidos.pdf (Fecha de última consulta: 10-4-24).

⁵ NACIONES UNIDAS. Declaración de Derechos de la Persona Sordo y Ciega de 10 de julio de diciembre 1979, aprobada por Resolución A/34/309. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/3960/files/A_34_309-ES.pdf?version=1 (Fecha de última consulta: 10-4-24).

⁶ NACIONES UNIDAS. Declaración de Derechos de la Persona Sordo y Ciega de 10 de julio de diciembre 1979, aprobada por Resolución A/34/309. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/27582/files/A_36_766-EN.pdf?ln=fr (Fecha de última consulta: 10-4-24).

⁷ NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación por España: *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648 a 20659.

⁸ SALAZAR VARELLA, C.E, “La regulación de la incapacitación en los convenios internacionales y su vinculación en el derecho español”, *El proceso de incapacitación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 297.

La CIDPD, ratificada por España en 2007, tiene como finalidad que las personas con discapacidad gocen de sus plenos derechos y libertades promoviendo esa igualdad al resto de la sociedad, tal y como se ve reflejado en el art. 1: “El propósito de la presente 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, y promover el respeto de su dignidad inherente”⁹.

Así mismo, la CIDPD acertadamente no define un concepto rígido de lo que debemos entender por persona con discapacidad, ya que la discapacidad puede venir de situaciones muy diversas; se trata de no discriminar a un colectivo concreto. El art. 1 de la CIDPD¹⁰ hace hincapié en que persona con discapacidad puede ser cualquier persona que presenta deficiencias físicas o mentales que impidan una plena e igualitaria participación en la sociedad.

Con la presente convención hemos pasado de un modelo médico enfocado en la enfermedad que causaba la discapacidad a un modelo social basado en remover por parte de toda la sociedad las barreras que impiden a la persona con discapacidad participar plenamente en la sociedad¹¹.

El objetivo principal de la CIDPD es que las personas con discapacidad disfruten de una plena autonomía y que participen en la sociedad de una manera igualitaria al resto de la sociedad. El art. 12 de la CIDPD reconoce una igualdad de las personas con discapacidad en cuanto a su capacidad jurídica cuando afirma que: “Los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”¹².

Por otro lado, la convención impone la obligación a los Estados de que las medidas relativas a su capacidad jurídica sean acordes a las voluntades/preferencias de la persona con discapacidad y obliga a los Estados tomar las medidas que sean pertinentes para que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones en asuntos

⁹ Art. 1 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

¹⁰ Art. 1, párrafo segundo de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, 2006: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

¹¹ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 20-21.

¹² Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

tales como controlar su economía, solicitud de préstamos bancarios o la constitución de hipotecas¹³.

El art. 12 de la CIDPD, desde su entrada en vigor, tuvo una interpretación diversa por parte de los Estado en lo relacionado con la capacidad jurídica. Es por ello por lo que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tuvo que elaborar en 2014 la Observación General n°1¹⁴ para establecer concretamente los límites y extensión del propio artículo. La interpretación que hace el comité sobre el art. 12 está basada en los principios generales expuestos en el art. 3 de la CIDPD¹⁵: “ Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

La observación más relevante que hizo el comité fue sin duda subsumir el concepto de capacidad jurídica con el de capacidad de obrar y el predominio de las preferencias/voluntad de las personas sobre el interés superior¹⁶. En este sentido, manifestó en el apartado 7 de la misma observación que “Los Estados parte deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad

¹³ Art. 12.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

¹⁴ NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N° 1 de 19 de mayo de 2014.

Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> (Fecha de última consulta: 11-4-24).

¹⁵ Art. 3 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 2006

¹⁶ TORRES COSTAS, M.E, *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la convención de naciones unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, ABOE, p.89.

Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2020-168

jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”¹⁷.

En definitiva, lo que pretende la CIDPD es suprimir definitivamente todos los mecanismos jurídicos basados en la sustitución de las decisiones de las personas con discapacidad, como la tutela, por otros mecanismos donde se respete la voluntad, deseos y preferencias. Para ello, la regla general será que los ordenamientos jurídicos no podrán negar una plena capacidad jurídica a las personas teniendo que proporcionar los apoyos necesarios en su caso. En el caso de no ser posible la regla general debido a una discapacidad muy severa se podrán tomar con carácter excepcional las figuras jurídicas basadas en la representación¹⁸.

1.2. Ley 8/2021: el cambio de paradigma en cuanto a la capacidad procesal.

Desde hace algunos años el legislador español ha ido adaptando nuestro ordenamiento jurídico a la CIDPD, pero la reforma más notable ha sido sin duda alguna 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 jurídica¹⁹.

La importancia de esta reforma no solo radica en la cantidad de preceptos legales que modifican nuestro ordenamiento jurídico, sino también en un nuevo entendimiento de la discapacidad que los poderes públicos y la sociedad deben adoptar²⁰.

Como hemos comentado, uno de los objetivos de la CIDPD, en su art. 12, es eliminar cualquier tipo de barrera relacionada con la capacidad que tenga la persona al interactuar

¹⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Apartado 7 de la Observación general N° 1 de 19 de mayo de 2014.

¹⁸ LÓPEZ JIMÉNEZ, R. “La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 587. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/7196>

¹⁹ 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. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2015, núm. 132.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-9233-consolidado.pdf>

²⁰ CASTRILLO, SANTAMARÍA, R. "Aspectos procesales del nuevo sistema español de provisión de medidas de medidas judiciales de apoyo: dudas y posibles soluciones prácticas", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 1800.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8737314>

en el tráfico jurídico. La Observación general nº 1 de 2014 aclaró que para que haya una aplicación correcta de la convención había que eliminar ese concepto de capacidad jurídica asociado al de capacidad de obrar²¹.

En este punto, cabe preguntarnos cómo afectó la ratificación de la CIDPD al ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta además que hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 todavía seguía aquel proceso de incapacitación de la persona donde a través de una sentencia judicial se abocaba a la persona con discapacidad a una “muerte civil”, perdiendo su capacidad jurídica²².

España inició desde entonces una serie de cambios en su ordenamiento jurídico con la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²³. En el preámbulo de dicha ley se indica que el art. 49 de la CE reguló la atención a las personas con discapacidad desde un punto de vista médico-rehabilitador y con la presente ley se pretende que ya la discapacidad se mire desde un punto de vista social poniendo la atención en que muchas de las dificultades a las que se tienen que enfrentar las personas con discapacidad vienen de la propia sociedad, por lo que es imprescindible que los poderes públicos remuevan todos los obstáculos a los que se enfrenten. Igualmente, también se modificó la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal²⁴, introduciendo asuntos relacionados con la accesibilidad, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad²⁵, regulando aspectos como la prestación del consentimiento de las personas con discapacidad. También se aumentaron las ofertas de empleo público para personas con discapacidad²⁶.

²¹ CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, 2012, p.64.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4104539>

²² LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “El expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo en la ley 8/2021, de 2 de junio, su aplicación tras un año de vigencia de la norma”, *Diario La Ley*, 2022, p.1

²³ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-13241-consolidado.pdf>

²⁴ Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. Boletín Oficial del Estado, 23 de julio de 1960, núm. 176.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1960/BOE-A-1960-10906-consolidado.pdf>

²⁵ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 1986 núm.102.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10499-consolidado.pdf>

²⁶ SALAZAR, VARELLA, C.E., “La regulación de la incapacitación...”, op. cit., p.312

En el proceso de adaptación de la CIDPD, se ha llevado a cabo recientemente la reforma del art. 49 de la CE que queda redactado de la siguiente manera²⁷: “1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.”.

La nueva redacción tiene el objetivo de satisfacer los planteamientos que se han venido plasmando por parte de la sociedad para acomodar nuestro artículo de la Constitución a la nueva realidad social e internacional. La nueva redacción utiliza un lenguaje más inclusivo eliminando el término “disminuidos” por “personas con discapacidad” a quienes se reconoce una libertad e igualdad reales y efectivas en el ejercicio de sus derechos contemplando una regulación por ley especial. Asimismo, se fomenta la participación de las organizaciones y se atenderá muy específicamente a dos colectivos concretos como son las mujeres y los menores con discapacidad²⁸.

Desde el lado de los tribunales es interesante analizar cómo interpreta nuestro Tribunal Supremo el régimen de la incapacidad después de la ratificación de la CIDPD:

- *En la STS de 29 de abril de 2009*²⁹ el Tribunal Supremos se pronuncia expresamente sobre la interpretación del régimen de incapacidad a raíz de la CIDPD, señalando la importancia de que el sistema de incapacidad sea algo flexible que se adapte a las circunstancias de cada persona y atendiendo, siempre que sea posible, a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, pero prevaleciendo en todo caso el interés superior de la persona.

²⁷ Artículo 49 de la Constitución Española, Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

²⁸ Preámbulo de la Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024, Boletín Oficial de Estado, núm. 43, pp. 19462-19471.

Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2024/02/17/pdfs/BOE-A-2024-3099.pdf>

²⁹ STS de 29 de abril de 2009.

- *En la STS de 30 de junio de 2014*³⁰ el Tribunal acordó el cambio del régimen de tutela por la curatela en atención a la capacidad cognitiva y volitiva, ya que la persona con discapacidad no la tenía anulada totalmente. Además, se prestó atención a la voluntad del demandado y se designó como curadora a su pareja. En los fundamentos jurídicos de la sentencia, el tribunal destaca que una declaración de incapacidad no supone burlar el espíritu de la convención ya que la propia persona con discapacidad sigue siendo titular de sus propios derechos fundamentales y la incapacitación tan solo es una forma de proteger a la persona con discapacidad. Destaca también el tribunal la importancia de que las medidas que se tomen deben adaptarse correctamente a las necesidades de la persona con discapacidad, es decir, se alude a la doctrina del “traje a medida” y atendiendo a esta flexibilidad que tiene el sistema destaca el mismo tribunal la importancia de la revisión de las medidas adoptadas.
- *En la STS del 5 de febrero de 2013*³¹ se acuerda una incapacidad parcial debido a que el incapacitado, atendiendo a los diferentes informes periciales, no podía conducir, portar armas de fuego o hacer negocios jurídicos complejos, pero sí podía realizar actos o negocios jurídicos de escasa relevancia, destacando la idea de que una declaración de incapacidad total es algo excepcional.

Podemos observar como la línea jurisprudencial giró durante muchos años en la idea de que la declaración de incapacidad total es algo excepcional ya que existen otras fórmulas donde el incapacitado, prestando atención a su capacidad cognitiva y volitiva, puede manifestar sus voluntades y preferencias.

Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, un juez ya no se va a poder pronunciar sobre la capacidad de una persona, es decir, el objeto del proceso ya no consistirá en una privación total o parcial de la capacidad. En el antiguo proceso de modificación de la capacidad el objeto principal del mismo consistía en una declaración de capacidad e incapacidad del juez y luego ya, en el mismo proceso mediante una acción acumulativa o en un expediente de jurisdicción voluntaria posterior, se adoptarían las medidas oportunas como una tutela o una curatela³².

³⁰ STS de 30 de junio de 2014.

³¹ STS de 5 de febrero de 2013.

³² MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p.24.

La Ley 8/2021 pretende que las personas con discapacidad sigan ostentando la plena capacidad jurídica entendida como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. Estas dos capacidades son distintas pero muy relacionadas entre sí y hay que saber distinguirlas. Siguiendo a ALISTE SANTOS³³:

- En primer lugar, la capacidad para ser parte es la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que derivan del proceso. Esta capacidad no ha cambiado con la introducción de la Ley 8/2021 ya que, como antes, se reconoce a las personas desde su nacimiento hasta su muerte conforme a los artículos 29 y 30 del CC.
- En segundo lugar, la capacidad procesal es la capacidad para realizar actos válidos en el proceso. Este concepto se constituyó paralelamente al concepto de capacidad de obrar y hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 había personas que mediante un proceso de incapacitación no tenían esa capacidad de obrar. Con la reforma del artículo 7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³⁴ (de ahora en adelante LEC), la persona con discapacidad podrá ejercitar sus derechos, no sólo ser titular de los mismos, si bien se podrán acordar medidas de apoyo para ejercitar esos derechos, pero estas medidas de apoyo en ningún caso anularán la voluntad de la persona.

Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 la capacidad procesal de las personas físicas queda de la siguiente manera:

- *Las personas físicas mayores de edad*: la mayoría de edad en España se da con dieciocho años según el art. 12 de la CE³⁵. Cuando esto ocurre y no hay ningún tipo de discapacidad, se tendrá una plena capacidad jurídica de acuerdo con el artículo 7.1 de la LEC³⁶.

³³ ALISTE SANTOS, T, J, “Análisis de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal del concebido en la ley de enjuiciamiento civil”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, 2006, pp. 164-199.

³⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero del 2000, núm. 7.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

³⁵ Art. 12 de la Constitución Española: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”

³⁶ Art. 7.1 de la LEC: “Podrán comparecer en juicio todas las personas”.

- *Los menores de edad no emancipados:* en cuyo caso la Ley 8/2021 separa totalmente del régimen de los adultos con discapacidad, perdurando para el caso de los menores la figura jurídica de la tutela de acuerdo con el art. 7.2 de la LEC³⁷, que solo cabe establecerla para los menores no emancipados, y reservando la curatela exclusivamente para los mayores de edad con discapacidad. Además, el criterio inspirador en estos casos será el del interés superior del menor de acuerdo con su personalidad y derechos³⁸.
- *Las personas físicas mayores de edad que precisan medidas de apoyo debido a su discapacidad:* el art. 4 de la Ley 8/2021³⁹ introdujo una reforma de suma importancia en el art. 7 de la LEC.

Vamos a analizar la antigua redacción y la nueva redacción de dicho precepto:

La redacción anterior del art. 7 de la LEC decía lo siguiente: “1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley”⁴⁰.

Mientras que la redacción actual del art. 7 de la LEC dice lo siguiente: “1. Podrán comparecer en juicio todas las personas. 2. Las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley. En el caso de las personas con

³⁷ Art. 7.2 de la LEC: “Las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley. En el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas”.

³⁸ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, F, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la ley 8/2021 de 2 de junio*, Aranzadi, 2021, p. 28-30.

³⁹ Art. 4 de la ley 8/2021: “La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil queda modificada como sigue: Uno. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 7, que quedan redactados como sigue: «1. Podrán comparecer en juicio todas las personas. 2. Las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley. En el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas.» Dos. Se introduce un nuevo artículo 7 bis con la siguiente rúbrica y contenido:”.

⁴⁰ Art. 7 LEC. Redacción anterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio.

medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas”⁴¹.

De las dos redacciones podemos extraer una comparativa y vemos que ya no subyace la idea de modificar la capacidad jurídica (se elimina “los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles”) de una persona y podrán comparecer en el proceso “todas las personas”; actualmente lo que se reconoce es un derecho al apoyo.

Esta nueva redacción, aunque acertada, tiene un cambio más “espiritual” que real, porque la antigua redacción del art. 7.1 de la LEC no era del todo cierta al afirmar que solamente podían comparecer en juicio las personas que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, ya que el art. 7.2 matizaba al art. 7.1 diciendo cómo tenían que comparecer las mismas⁴².

Por otro lado, la LEC añade un art. 7 bis⁴³ que determina los apoyos de la persona con discapacidad en todas las fases del proceso.

Lo que parece claro es que desaparece la capacidad jurídica tal y como la entendíamos, ya que ahora no la entendemos ligada a la capacidad de obrar, sino que se reconoce el ejercicio de la capacidad jurídica a toda persona con independencia de los apoyos que pueda necesitar. Además, estos apoyos se podrán brindar tanto en la esfera personal como en la patrimonial⁴⁴.

Cabe preguntarnos también si el derecho al apoyo es renunciable. GARCÍA RUBIO subraya que la Ley 8/2021 no prevé en su articulado de forma expresa la posible renuncia al apoyo y lo adecuado sería dar validez a una posible renuncia de la propia persona con

⁴¹ Art. 7 LEC. Redacción tras Ley 8/2021, de 2 de junio.

⁴² MARTÍN-CALERO, GUILARTE, C, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 794.

⁴³ Art. 7 de la LEC: “1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo...”.

⁴⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, F, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la ley 8/2021 de 2 de junio*, Aranzadi, 2021, p.32

discapacidad si queremos adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los principios de la CIDPD basados en la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.⁴⁵

De hecho, la propia Observancia General n°1 del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad señala en su apartado g⁴⁶ : “La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”. Sin embargo, cuando vamos a nuestra Ley de Jurisdicción Voluntaria⁴⁷ (de ahora en adelante, LJV), vemos que en el art. 42 bis 5 señala que, iniciado un expediente de jurisdicción voluntaria, si cualquier interesado se opone e interpone la correspondiente demanda, el proceso obtendría el carácter de contencioso. Esto hecho puede derivar en la imposición de una medida en contra de la propia voluntad de la persona con discapacidad, algo que iría contra los principios de esta reforma⁴⁸.

CAPÍTULO 2. LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO

2.1. Las medidas de apoyo voluntarias y la desjudicialización del proceso

Uno de los hitos más importantes de la reforma procesal ha sido la desjudicialización de la discapacidad. Este hecho ha sido un reclamo de los familiares durante años ya que llevar a los propios familiares de la persona discapacitada a un juicio contradictorio suponía un escenario muy poco humanizado⁴⁹.

Esta reforma permite que las personas con discapacidad elijan en sede extrajudicial sus propios apoyos tanto presentes como futuros y rompe con ese proceso contencioso anterior donde el juez con su sentencia se pronunciaba sobre la capacidad jurídica (era el objeto de ese proceso) y posteriormente a través de una acumulación de acciones en el mismo proceso contencioso o a través de la incoación de un nuevo procedimiento de

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, M.P, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Sepín*, 2021, p.8.

⁴⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Apartado 29 de la Observación general N° 1 de 19 de mayo de 2014

⁴⁷ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado de 2 de julio de 2015, núm. 158.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-7391-consolidado.pdf>

⁴⁸ MORENO MARÍN, M.D, “La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica”, *Diario La Ley*, 2022, p.11.

⁴⁹ CALAZA, LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *La Ley*, 2021, p.4

jurisdicción voluntaria se preveía a la persona con discapacidad de los apoyos necesarios⁵⁰.

Las personas con discapacidad, por tanto, podrán acordar sus propios apoyos. Para ello es necesario que la discapacidad afecte de tal manera que impida el autogobierno. La Unidad de Atención a las Personas con Discapacidad y Mayores nos aclara quiénes podrán precisar de medidas de apoyo⁵¹:

- Hay una exclusión a aquellas discapacidades físicas que no afectan a la capacidad de decidir o actuar de la propia persona con discapacidad.
- Se podrán acordar medidas de apoyo a personas con una discapacidad intelectual e incluso también se podrán acordar medidas de apoyo para las personas mayores con un deterioro cognitivo.
- En ningún momento se requiere ningún reconocimiento administrativo de tal discapacidad.
- En cuanto a los menores de edad, tampoco se podrán acordar medidas de apoyo ya que estos siguen bajo el régimen de la tutela.

Las medidas de apoyo pueden clasificarse de la siguiente manera⁵²:

- *Medidas de apoyo voluntarias*, donde encontramos la guarda de hecho como medida de apoyo informal. También encontramos las medidas de apoyo constituidas ante notario, como pueden ser los mandatos o poderes preventivos e incluso la auto curatela.

⁵⁰ CALAZA, LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible... op. cit., p. 4

⁵¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Preguntas y respuestas sobre la nueva ley de apoyos a las personas con discapacidad (Ley 8/2021)” *Unidad de atención a las personas con discapacidad y mayores*, 2021, p.4.

Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/a8c51021-7322-387a-0e73-f87e3aca183c>

⁵² Fiscalía General del Estado, "Preguntas y...", op. cit., p. 5

- *Medidas de apoyo judiciales/legales*, como son la curatela y el defensor judicial.

Estas medidas de apoyo de carácter voluntario tendrán carácter preferente a las de carácter judicial⁵³. Con ello se intenta respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad y solamente por insuficiencia o defecto se podrán acordar medidas de carácter judicial.

Es reseñable el protagonismo que ha adquirido la guarda de hecho desde el plano jurídico. Es cierto que incluso antes de la reforma de la Ley 8/2021, desde el plano social la importancia de la guarda de hecho era destacada, pero desde el plano jurídico, como señala DE SALAS MURILLO, se la consideraba como “una situación fáctica no prohibida”, además de que se la catalogaba como una situación dotada de un carácter provisional hasta la adopción de otra medida⁵⁴.

En el año 2006 una instrucción de la Fiscalía de Valencia⁵⁵ instó a los fiscales a no pedir la incapacitación automática en los procesos de incapacitación si ya había una guarda de hecho que era suficiente. Estas indicaciones de la Fiscalía de Valencia ya anticipaban lo que el legislador quiere con la reforma efectuada en 2021, que consiste básicamente en que los apoyos que tenga que recibir la persona con discapacidad provengan de su círculo más cercano (normalmente de la familia) y que a este apoyo se le dote de un apoyo institucional suficiente para no tener que recurrir a las medidas judiciales de apoyo⁵⁶.

⁵³ Artículo 249.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm. 206: “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.”

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

⁵⁴ DE SALAS MURILLO, S, “Incidencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad” *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, 2016, p.285.

⁵⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, M.A, “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la ley 26/2015 de 28 de junio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. Sentido y alcance de los arts. 239 y 239 bis del Código Civil”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B, *La reforma del derecho de la persona y de la familia. Jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2017, p.276.

⁵⁶ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p.52.

En cuanto a la designación de la guarda de hecho, la ley no exige ningún trámite específico, aunque si se requerirá autorización judicial en aquellos actos enumerados en el art. 287 del Código Civil⁵⁷. Tal autorización se llevará a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria⁵⁸.

2.2. La judicialización de lo ya desjudicializado

Es muy importante comprender la figura del “apoyo” en este nuevo concepto de discapacidad, ya que de ello depende el éxito o el fracaso del nuevo sistema implantado por la ley.

La Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de la Fiscalía General del Estado, señala en sus memorias de 2021⁵⁹ que se deben crear criterios uniformes de actuación destacando la importancia que tiene ahora la guarda de hecho frente al carácter interino que tenía antes de la reforma. Se debe dar información tanto a la ciudadanía como a los propios funcionarios de la administración de justicia. Ello ha supuesto, por ejemplo, la desestimación o el archivo de numerosas diligencias pre procesales tras acreditarse que ya existe una guarda de hecho que es suficiente y adecuada para las necesidades de la persona. Sin embargo, quizás por falta de entendimiento de la reforma, señala la fiscalía que todavía hay mucha judicialización en la acreditación de la guarda de hecho y destaca la importancia que tiene la Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores para que vaya clarificando los conceptos⁶⁰.

La judicialización de la guarda de hecho quizás sea una de las incoherencias que se dan en la práctica con la reforma, ya que cabe preguntarnos: si la guarda de hecho es un apoyo informal, ¿por qué para ciertos actos se debe acudir a un juzgado para acreditarse formalmente? A continuación, daremos algunos ejemplos sobre esta problemática:

⁵⁷ Art. 287 del Código Civil: “El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes...”.

⁵⁸ DAMIÁN MORENO, J, “La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal”, *Anuario de Derecho Civil*, 2022, p. 402.

Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2022-20039900422

⁵⁹ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Memoria de la Unidad Coordinadora de personas y mayores con discapacidad, Madrid, 2021, pp. 3-4.

Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/fa1d6084-9413-bd37-513e-f74101f26517>

⁶⁰ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Memoria de la Unidad..., op. cit., p. 4.

- Auto del Juzgado número 3 de Córdoba de 11 de enero de 2022⁶¹, donde una madre tuvo que acreditar a través de un proceso de jurisdicción voluntaria su condición de guardadora de hecho para poder sacar dinero de la cuenta bancaria de su hijo discapacitado. El juzgado de primera instancia justificó este hecho de la siguiente manera: “como la guarda de hecho no es un cargo jurídico que se deba constituir por el tribunal, la autoridad judicial, se limitará a dejar constancia de ella para identificar a quienes la ejercen”.
- La Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores ha señalado en el anexo de sus memorias de 2023⁶² problemas para la acreditación de la guarda de hecho ante la administración, como la denegación de la entrega de un DNI renovado cuyo titular era una persona con discapacidad amparándose en el art. 9.1 del RD 1553/2005 por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica⁶³. El titular estaba bajo la guarda de hecho de sus padres y no existía ninguna discrepancia, pero se entendió que debía prestarse un apoyo equiparable a la tutela siendo la guarda de hecho insuficiente. La actuación de la unidad coordinadora permitió solucionar positivamente este asunto, pero esto muestra aún las dificultades que tenemos en el día a día y también demuestra la importancia que tiene entender bien la reforma por parte de toda la sociedad⁶⁴.
- La alarma de no entender la reforma es tan grave que ya hay hasta juzgados extendiendo una formalidad de la guarda de hecho por pura necesidad, pero no por necesidad jurídica, así lo expresa otro Auto del juzgado número 5 de Córdoba

⁶¹ AJPI núm. 3 Córdoba 8/2022, 11 enero 2022.

⁶² FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Anexo de la Memoria de la Unidad Coordinadora de personas y mayores con discapacidad, Madrid, 2023, p.23.

Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/a28c339b-9b48-ec70-35f4-cc9eadcc4c6d>

⁶³ España. Artículo 9.1 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, Boletín Oficial del Estado, 24 de diciembre de 2005, núm. 307: “1. La entrega del documento nacional de identidad deberá realizarse personalmente a su titular, y cuando éste sea menor de 14 años o sea una persona con capacidad judicialmente complementada, se llevará a cabo en presencia de quien tenga encomendada la patria potestad o tutela, o persona apoderada por estas últimas. En el momento de la entrega del documento nacional de identidad se proporcionará la información a que se refiere el artículo 18.b) de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre”.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-21163-consolidado.pdf>

⁶⁴ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Anexo de la Memoria de la Unidad..., op. cit., p. 23.

del 5 de febrero de 2022⁶⁵: “..la guardadora de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal, a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria de su hermana, solicitar los atrasos a los que aquélla tiene derecho por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde por un seguro de defunción de Mapfre del que es beneficiaria, porque el Código civil establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para los actos descritos. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a su pretensión y se le declara guardadora de hecho de su hermana a todos los efectos legales”.

Otro dato preocupante es la disparidad de criterios que se está dando debido a la no especialización de los juzgados en los procedimientos para la provisión de apoyos a las personas con discapacidad, de manera que, en los juzgados especializados, se están archivando los procedimientos en aquellos casos en los que hay una guarda de hecho suficiente mientras que en los juzgados no especializados se está optando por la constitución de curatelas ⁶⁶. Se trata de cumplir, según menciona la Fiscalía, con lo que señala la DF 20ª de la LO Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁶⁷ donde se hace una llamada a la especialización de los juzgados en diferentes materias, entre ellas la capacidad.

A continuación, vamos a dar un ejemplo de la disparidad de criterios que estamos viviendo en el panorama judicial:

- La Audiencia Provincial de Cantabria, tal y como resalta en la sentencia de 31 de mayo de 2022⁶⁸, es partidaria de no adoptar medidas judiciales de apoyo cuando ya hay una guarda de hecho que funciona. En esta sentencia unos padres pretendían constituir una curatela representativa respecto a su hija la cual tenía 18 años, una discapacidad administrativa del 67% y un coeficiente intelectual de 58

⁶⁵ AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 7 febrero 2022.

⁶⁶ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Memoria de la Unidad..., op. cit., p. 5.

⁶⁷ Disposición Final 20ª de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Boletín Oficial del Estado, 4 de junio de 2021, núm.134: “Del mismo modo, el mencionado proyecto de ley orgánica dispondrá las modificaciones necesarias para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad”.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-9347-consolidado.pdf>

⁶⁸ SAP de Cantabria de 31 mayo de 2022.

acompañado de una edad mental de 7 años. Dicha persona sólo podía realizar actividades básicas de la vida diaria, requiriendo apoyo para actividades más complejas como la administración económica o disposición de sus bienes. La AP señaló que la guarda de hecho, tal y como se venía ejerciendo desde su minoría de edad por parte de los progenitores, era suficiente, y además no existía ningún conflicto de intereses ni se preveía que pudieran surgir en el futuro. Los padres, en su recurso ante la AP, querían evitar el posible colapso de la justicia al requerir constantemente autorizaciones de los guardadores al juez, y la AP entendió que este problema estaba más referido a una decisión legislativa más que al fondo de la decisión judicial.

- Por el contrario, la Audiencia provincial de Badajoz en la Sentencia de 27 de junio de 2022⁶⁹ consideró necesario adoptar una curatela representativa a una persona con Alzheimer a pesar de que existía una guardadora (su hija) que desempeñaba la función sin ningún contratiempo. El Ministerio Fiscal argumentó que no procedía la constitución de ninguna curatela mientras que la Audiencia argumentó que teniendo en cuenta que la persona actualmente no podía desempeñar ninguna tarea ni manejar su pensión, esta persona no podía tener ninguna deservoltura jurídica y la guarda de hecho era totalmente insuficiente.

La Fiscalía, por lo tanto, destaca que queda mucho por hacer ya que, si con la reforma pretendemos resaltar la autonomía de la persona con discapacidad, tanto los poderes públicos como la ciudadanía debemos formarnos en la nueva realidad.

En este sentido, SANTOS URBANEJA, Fiscal delegado de la Sección de Apoyo a Personas con Discapacidad, señala que la reforma va más allá de un simple texto legal. Se trata realmente de un cambio de mentalidad que pretende que todos tengamos una “actitud proactiva” para procurar que se respete la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad⁷⁰.

⁶⁹ SAP de Badajoz de 27 junio de 2022.

⁷⁰ UREÑA CARAZO, B, “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, *La Ley*, 2022, p.3

CAPÍTULO 3. EL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO

3.1. La dualidad del proceso en la provisión judicial de medidas de apoyo

Cuando la desjudicialización de la discapacidad no sea posible, bien sea por insuficiencia o por defecto, no nos quedará más remedio que proveer esos apoyos a través de la actuación judicial⁷¹.

Para adoptar estas medidas judiciales, el legislador ha optado por un expediente de jurisdicción voluntaria que es siempre preceptivo antes de acudir a la vía contenciosa. En el caso donde no haya intereses enfrentados, esto permite a la persona con discapacidad y a las propias familias una mayor agilidad y un menor coste. La oposición al propio expediente de provisión de apoyo de la propia persona con discapacidad o de cualquier legitimado hará que el proceso adquiera el carácter de contencioso⁷².

El hecho de que exista un doble procedimiento tanto voluntario como contencioso, estableciendo además la obligación de acudir al expediente de jurisdicción voluntaria aun cuando desde el principio ya existan controversias, no deja de ser uno de los puntos débiles de la reforma. La existencia de esta dualidad de trámites supondrá una carga en los juzgados y una mayor dilación del proceso que se podría haber evitado, más aún cuando existen controversias desde el principio⁷³.

Podríamos entender que lo que quiere hacer el legislador es penalizar en aquellos casos en los que no existe un acuerdo, pero esto puede afectar a la propia persona con discapacidad que terminará en muchas ocasiones aceptando una curatela (con la que podría no estar de acuerdo) para evitar una mayor dilación en el proceso y no enfrentarse a la tortuosa jurisdicción contenciosa⁷⁴.

⁷¹ Art. 255 del CC: “Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

⁷² DOLADO, BUSTO, B, “Innovaciones procesales para el apoyo a las personas con discapacidad”, *Aranzadi*, 2022, p. 6.

⁷³ CALAZA LÓPEZ, S, “Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad”, *Revista de derecho civil*, 2022, p. 65.

Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/781/597>

⁷⁴ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 73.

Esta doble dualidad resulta muy criticada por parte de la doctrina, no solo por razones de ineficiencia o de costes sino también por razones de coherencia, ya que no resulta razonable que cualquier persona pueda desvirtuar la “voluntad, deseos y preferencias” de la propia persona con discapacidad⁷⁵, tal y como señala el art. 42 bis b).5 de la LJV cuando dice que “La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente...”⁷⁶.

3.2. Competencia objetiva y territorial

El artículo 42 bis a).2 LJV señala que conocerán de este expediente de jurisdicción voluntaria los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Además, se señala que en el caso de que se produjera un cambio de residencia se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente independientemente del estado en el que se halle el proceso, es decir, se rompe con el principio clásico *perpetuatio iurisdictionis*⁷⁷.

El cambio de competencia en favor del nuevo domicilio, sin embargo, tiene un límite temporal que es la celebración de la entrevista. Es decir, en caso de que se aceptase un cambio de competencia en virtud del nuevo domicilio de la persona con discapacidad, deberá practicarse de nuevo toda la prueba. Lo que persigue el legislador es facilitar en todo momento la presencia de la persona con discapacidad para que defienda sus intereses y sobre todo que pueda realizar la entrevista personal⁷⁸.

El simple hecho de haber desechado el antiguo carácter clínico que tenía la discapacidad no quita importancia a la práctica de la prueba, ya que el juez en ningún momento se pronunciará sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, pero sí se pronunciará sobre la conveniencia, necesidad o proporcionalidad de las medidas⁷⁹.

⁷⁵ CALAZA LÓPEZ, S, “Incógnitas procesales...”, op. cit., p. 66.

⁷⁶ Art. 42 bis b).5 de la LJV.

⁷⁷ Art. 42 bis a).2 de la LJV

⁷⁸ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 77.

⁷⁹ LUACES GUTIÉRREZ. A.I, “El expediente de provisión...”, op. cit., p. 13 .

Además, según las posibilidades que ofrece nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente en su art. 98⁸⁰, es común que existan juzgados especializados en provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad. La existencia de juzgados especializados supone una enorme ventaja para la persona con discapacidad que se podrá beneficiar de la experiencia en procesos de este tipo. Sin embargo, el hecho de que hoy en día todavía tengamos localidades sin juzgados especializados en esta materia puede suponer una enorme desventaja y una atención desigual. Señala BANACLOCHE⁸¹ que sería conveniente concentrar todos los casos en un juzgado con circunscripción provincial, aunque esto puede suponer también la desventaja del desplazamiento de la propia persona con discapacidad, muchas veces difícil. La acreditación de la residencia de la persona con discapacidad que determina la competencia territorial se hará habitualmente mediante la presentación del certificado de empadronamiento⁸².

En el caso de las personas que estén en centros psiquiátricos dependerá si el ingreso es coyuntural o no. Si estamos ante un ingreso y se prevé que la persona con discapacidad pueda estar en el centro un tiempo considerable, la competencia la asumirá el juez del lugar donde se encuentre dicho centro⁸³.

3.3. Legitimación y Postulación

Respecto a la legitimación para solicitar la provisión judicial de apoyos corresponde, según el artículo 42 bis a).3 al Ministerio Fiscal, a la propia persona con discapacidad, al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos⁸⁴.

⁸⁰ Art. 98.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado de 1 de julio de 1985, núm. 157: “3. El Consejo General del Poder Judicial, con informe favorable del Ministerio de Justicia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma con competencias en materia de Justicia, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, podrá acordar que uno o varios Juzgados de Primera Instancia de la misma provincia y del mismo orden jurisdiccional, estén o no en el mismo partido judicial y, si no lo estuvieran, previa delimitación del ámbito de competencia territorial, asuman por tiempo determinado el conocimiento de determinadas materias o clases de asuntos y, en su caso, de las ejecuciones que de los mismos dimanen, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes constituidos o que al efecto se constituyan”.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>

⁸¹ BANACLOCHE PALAO, J, “Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria”, en MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 78.

⁸² CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre la capacidad de las personas en* MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 79.

⁸³ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 79.

⁸⁴ Art. 42 bis a).3 de la LJV

Es de destacar que, si ya de por sí la legitimación para incoar el expediente es amplia, se permite además que cualquier persona conocedora de la necesidad de apoyos pueda solicitar al Ministerio Fiscal que inicie el proceso⁸⁵. El hecho de que cualquier ciudadano pueda poner en conocimiento del Ministerio Fiscal una situación de necesidad de medidas de apoyo es importante ya que da la posibilidad a los centros, asociaciones o fundaciones de poner en conocimiento la situación de necesidad⁸⁶.

La postulación por su parte está regulada en el art. 42 bis a).4 de la LJV y dispone que “La persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador”⁸⁷.

La primera conclusión que sacamos de la norma es que hay una total disponibilidad de la postulación por parte de la persona con discapacidad, pero resulta más oportuno interpretarlo en el sentido de que la persona con discapacidad *a priori* intervendrá en el proceso por sí misma y cuando la persona con discapacidad tenga limitaciones muy severas lo hará a través del defensor judicial⁸⁸. En cualquier caso, si el juez aprecia en cualquier momento del proceso que la persona con discapacidad requiere de un defensor judicial suspenderá el proceso para que éste le sea nombrado tal y como se dispone en el art. 8 de la LEC⁸⁹.

La segunda conclusión que debemos de sacar sobre la postulación es que el resto de legitimados podrán comparecer en el proceso sin abogado ni procurador, es decir, parece que la norma exige postulación solamente a las personas con discapacidad de acuerdo con

⁸⁵ Art. 42 bis a).3 párrafo 2º de la LJV: “Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente.”

⁸⁶ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 80

⁸⁷ Art. 42 bis a).4 de la LJV.

⁸⁸ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 86.

⁸⁹ Art. 8 de la LEC: “. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Letrado de la Administración de Justicia le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél.”.

el art. 42 LJV, pero al resto de legitimados se les aplica la regla general del art. 3.2 de la LJV donde la designación de abogado y procurador tiene carácter facultativo⁹⁰.

3.4. Procedimiento

El procedimiento se inicia con una solicitud de las personas legitimadas que deberá de ir acompañada de los documentos acreditativos que muestren la necesidad de adopción de las medidas de apoyo y de un dictamen pericial de profesionales especializados en el ámbito socio sanitario donde aconsejen las medidas que resulten idóneas⁹¹.

La incoación del expediente exige requerimientos más estrictos que los requeridos en el antiguo proceso contencioso sobre la capacidad de la persona. CASTRILLO SANTAMARÍA señala al respecto que es obligatorio acompañar la demanda de un dictamen pericial y aunque es verdad que el antiguo proceso sobre la capacidad de la persona también exigía un dictamen, éste se hacía por el médico forense adscrito al juzgado y no suponía ningún coste para la persona con discapacidad o los legitimados⁹².

Una vez admitida a trámite la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia, el juez de forma imperativa tendrá que pedir un certificado al Registro Civil donde puedan constar estas medidas⁹³.

Al mismo tiempo, pero ya de forma potestativa, el juez podrá recabar un informe a la entidad pública de cuyo territorio tenga encomendada la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad que le permitirá tener un conocimiento imparcial de la persona con discapacidad al mismo tiempo que ilustrarse sobre posibles alternativas a las medidas judiciales, que posteriormente ofrecerá a la persona con discapacidad en plena litispendencia⁹⁴.

⁹⁰ BERNARDO SAN JOSÉ, A., “La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York” en MONTERO GARCIMARTÍN, R., *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 86

⁹¹ CALAZA LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible...”, op. cit., p. 16

⁹² CASTRILLO SANTAMARÍA, R. "Aspectos procesales del nuevo sistema...", op. cit., p. 1812.

⁹³ CALAZA LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible...”, op. cit., p. 16.

⁹⁴ CALAZA LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible...”, op. cit., p. 16.

Posteriormente, se citará a todos los legitimados. La doctrina ha criticado el texto legal ya que, aunque la legitimación para incoar el expediente es muy amplia, podría darse el caso, por ejemplo, de proponer como curador a una entidad pública o privada que no es legitimada para ello, es decir, estaríamos ante un caso donde quien va a ejercer como curador no va a participar en todo el expediente. Esta laguna en la LJV sorprende aún más cuando en el anterior proceso contencioso sobre la capacidad no se contemplaba la presencia del tutor o curador, pero una vez entrada en vigor la Ley 8/2021 en el proceso contencioso ya sí se contempla la necesidad de dar traslado de la demanda al curador propuesto⁹⁵.

Los jueces, para corregir esta omisión que hace el legislador, siempre podrán recurrir al art. 5 de la LJV⁹⁶ que permite a los mismos practicar prueba de oficio cuando los intereses afecten a las personas con discapacidad. Es verdad que la comparecencia del curador propuesto no puede considerarse actividad probatoria sino más bien un trámite de alegaciones de un interesado, pero es la única vía posible para subsanar este error legislativo⁹⁷. En cuanto a la actividad probatoria, las partes citadas a la comparecencia podrán, dentro de los 5 días siguientes a su citación, proponer la prueba que crean oportuna. El objeto de la prueba podrá consistir en la necesidad de los apoyos, la extensión o la concreción de la persona que va a ejercer ese apoyo⁹⁸.

3.4.1. La entrevista

Otro de los actos del proceso de este expediente de jurisdicción voluntaria es la entrevista a la persona con discapacidad regulada en el art. 42 bis b).3 de la LJV⁹⁹. Uno de los objetivos que tiene esta entrevista es informar a la persona con discapacidad en plena litispendencia de las alternativas no judiciales al apoyo que existen.

⁹⁵ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 88.

⁹⁶ Art. 5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: “El Juez o el Secretario judicial, según quien sea el competente, decidirá sobre la admisión de los medios de prueba que se le propongan, pudiendo ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un interés público, se afecte a menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica...”.

⁹⁷ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 88.

⁹⁸ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 88.

⁹⁹ Art. 42 bis b).3 de la LJV: “En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria”.

Se ha considerado que la entrevista es el acto central del procedimiento para la constitución de medidas de apoyo, es un acto indisponible e indispensable. A pesar de ello, la Fiscalía de Badajoz señaló en 2021¹⁰⁰ que por razones de economía procesal se estaban llevando a cabo revisiones de las antiguas medidas de apoyo prescindiendo de dicha entrevista, algo que ha sido recurrido por la Fiscalía. Estos hechos sin duda pueden suponer una vulneración al espíritu de la reforma ya que la entrevista tiene, entre otros objetivos, saber de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

El objeto de la entrevista, aunque la ley no lo diga expresamente, debe ser recabar por parte del juez la opinión de la propia persona con discapacidad sobre la necesidad de proveer apoyos y cómo deben ser provistos. Sin embargo, muchas veces debido a las propias circunstancias en las que se encuentre la persona con discapacidad no es posible realizar una entrevista ya que no se puede establecer ningún diálogo. Esta imposibilidad no hará que el trámite de la entrevista deba de ser anulado, sino que el juez deberá comprobar sin la entrevista que los apoyos para la persona con discapacidad son necesarios¹⁰¹.

Uno de los problemas más habituales a los que nos enfrentamos es la falta de experiencia de los jueces (sobre todo en los juzgados no especializados) para realizar la entrevista. En numerosas ocasiones, los jueces se tienen que enfrentar a estas situaciones sin haber recibido una formación específica. SANCHO GARGALLO y ALÍA ROBLES han elaborado una guía de buenas prácticas a tener en cuenta a la hora de realizar una entrevista en la que se destacan los siguientes aspectos¹⁰²:

- *La importancia de las contradicciones*: resulta muy importante que las preguntas que formule el juez a la persona con discapacidad sean los más claras y sencillas posibles para evitar contradicciones por la forma en la que se formulan dichas preguntas.
- *La importancia del tiempo*: las personas con discapacidad suelen necesitar más tiempo para procesar y elaborar sus respuestas. El juez nunca debe anticipar las respuestas ni interrumpirles porque mermará su confianza en el resto de la

¹⁰⁰ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Memoria de la Unidad..., op. cit., p. 6.

¹⁰¹ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 89.

¹⁰² SANCHO GARGALLO, S y ALÍA ROBLES, A., “Guía para la entrevista judicial a una persona con discapacidad”, *Diario La Ley*, 2022, p. 7-9.

entrevista. Debemos destacar que en muchas discapacidades la probabilidad de respuestas dependerá muchas veces de lo comfortable que sea la entrevista y sentirse en un entorno hostil no ayudará. Además, se destaca que en los trastornos del espectro autista se produce lo que se conoce como “colapso silencioso”, algo que puede ser prologando y que el juez debe conocer para citar a la persona con discapacidad en otra fecha.

- *La confusión de la persona con discapacidad y las incongruencias:* las confusiones son frecuentes y muchas veces están provocadas por las limitaciones en la comunicación. El juez debe evitar utilizar un lenguaje jurídico demasiado complejo y debe dejar a la persona con discapacidad que solicite todas las aclaraciones que sean necesarias. Tampoco debe sorprender al juez que, por ejemplo, al narrar un maltrato la persona con discapacidad, ésta sonría o utilice expresiones no propias del contexto, pues muchas veces para estas personas es difícil de distinguir lo que está bien de lo que no.
- *La aquiescencia:* es muy importante entender que las personas con discapacidad tienden a contestar a todo con un “sí” o un “no”, por lo tanto, las preguntas deben formularse de tal modo que no sea posible ser contestada con estos monosílabos. También suele suceder que recuerdan lo que se ha dicho en primer y en último lugar. Además, les resulta muy difícil responder las preguntas que están formuladas en sentido negativo.
- *La importancia de un proceso en el que la persona se sienta cómoda:* debemos entender que la persona con discapacidad muchas veces llega a la jurisdicción voluntaria nerviosa debido a que ya se han sucedido numeroso conflictos familiares y el llegar a este punto es percibido como una agresión hacia su persona. Debemos transmitir tranquilidad, confianza y empatía. El juez debe observar en todo momento que sus declaraciones no estén condicionadas y que realmente la persona está expresando su voluntad. Es importante que el juez recopile toda la información de interés para entender todo el contexto y así preparar la entrevista correctamente.

La entrevista debe preservar en todo caso la intimidad de la persona con discapacidad y debe de evitar interferencias. En este sentido, el art. 18 de la LJV dice que “La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”¹⁰³.

Lo dicho en el art. 18 puede ser contradictorio con lo que dispone el art. 7 bis 2 de la LJV cuando dice que “La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios”¹⁰⁴, pero esto último hay que interpretarlo según la doctrina de tal manera que el art. 18 prevalece siempre que las circunstancias lo hagan posible¹⁰⁵.

3.4.2. *La oposición*

Unas de las formas de finalización del expediente de jurisdicción voluntaria es la oposición. Con la oposición puede llegar uno de los momentos más cruciales del proceso y es que un expediente ya prácticamente terminado, con toda espontaneidad, se puede truncar con la sola oposición de cualquier interesado tal y como dice el art. 45 bis b).5: “La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes”.

CALAZA LÓPEZ señala que “no resulta razonable que cualquier otro legitimado pueda venir a desvirtuar y forzar esa voluntad deseos y preferencias y convertirse en un penoso proceso contencioso”¹⁰⁶, por lo tanto, este sistema genera grandes problemas de coherencia con el espíritu de la reforma.

¹⁰³ Art.18 de la LJV.

¹⁰⁴ Art. 7 bis.2 de la LJV.

¹⁰⁵ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit, p.90.

¹⁰⁶ CALAZA LÓPEZ, S, “Incógnitas procesales persistentes...”, op. cit, p. 66.

No se considerará, sin embargo, oposición el rechazo al nombramiento de una persona concreta como curador, tal y como dice el art. 42 bis b).5. El legislador ha querido que no se llegue a trancar el expediente por meras luchas personales relacionadas sobre quién va a ejercer la curatela¹⁰⁷. El objeto de la controversia que puede dar lugar a la oposición puede ser por lo tanto el rechazo a la curatela por cualquiera de los interesados o por la propia persona con discapacidad.

El art. 269 del CC requiere que se precisen los actos donde la curatela sea necesaria¹⁰⁸, por lo que el exigir tanto detalle hace sin duda que aumenten las probabilidades de que cualquiera de los sujetos no esté de acuerdo y se tenga que archivar el expediente.

3.4.3. *El auto de constitución de la curatela*

Otra de las formas de finalización del expediente de jurisdicción voluntaria es terminándolo satisfactoriamente y constituyéndose una curatela. En este caso, el juez dictará un auto donde expondrá las medidas de apoyo adoptadas.

Aunque no haya habido controversias, el órgano jurisdiccional no tiene que quedar vinculado por las medidas que se plantean en la solicitud y que todos los demás han aceptado. Esta idea la viene a plasmar el art. 42 bis c).1 cuando dice que “Las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión ”¹⁰⁹.

Por último, debemos hacer mención al expediente de revisión de medidas de apoyo. La CIDPD en su art. 12.4 impone a los Estados realizar revisiones periódicas sobre las medidas adoptadas¹¹⁰.

Nuestro legislador, en el art. 286 del CC expone que “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

¹⁰⁷ CALAZA, LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible...”, op. cit. p. 17.

¹⁰⁸ Art. 269 del CC: “Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249.”.

¹⁰⁹ Art. 42 bis c.1 de la LJV.

¹¹⁰ Art. 12.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006: “...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”

procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años”. Por lo tanto, no se estipula ningún plazo mínimo, estableciéndose un plazo general de 3 años y de manera excepcional y motivada el órgano jurisdiccional podrá establecer la revisión a los 3 años¹¹¹.

En cuanto a los legitimados para la revisión de las medidas de apoyo, el art. 42 bis c).1 hace una remisión al apartado 3 del art. 42 bis a).3, es decir, éstos serán los mismos que fueron para incoar el expediente de jurisdicción voluntaria¹¹².

CAPÍTULO 4. EL PROCESO CONTENCIOSO

4.1. La reforma del proceso de modificación de la capacidad y su relación con el expediente de jurisdicción voluntaria

Como hemos ido comentando, la Ley 8/2021 ha introducido un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un jurado, pero ¿qué pasa con aquellos procedimientos en los que hay un fracaso de la jurisdicción voluntaria debido a la existencia de contradicción en dicho expediente? La respuesta a esta cuestión nos la da el art. 756 de la LEC: “1. En los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se registrará por lo establecido en este Capítulo.”¹¹³. Es decir, cuando la jurisdicción voluntaria fracasa no quedará más remedio que enfrentarse al procedimiento contencioso regulado en el Título I del Libro IV, dentro de los procedimientos especiales. Una de las críticas de la doctrina ha sido que el legislador no ha previsto un viaje de vuelta

¹¹¹ Art. 268 del CC: “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.”.

¹¹² Art. 42 bis c).1 de la LJV: “Cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 42 bis a), así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto”.

¹¹³ Art. 756.1 de la LEC.

a la pacificación tras una exitosa conciliación, no pudiendo convertir un proceso contencioso en uno voluntario¹¹⁴.

Conviene recordar que este proceso, en la actualidad reformado y relegado solamente cuando la jurisdicción voluntaria fracasa, era el proceso que se seguía para la adopción de cualquier medida de asistencia o representación no sin antes el juez pronunciarse sobre la capacidad de la persona¹¹⁵.

Gran parte de la doctrina critica esta manera de proceder por dos razones¹¹⁶: (i) se considera un sinsentido la obligación de tener que ir a la jurisdicción voluntaria cuando se haya formulado una oposición clara por cualquiera de los legitimados desde el principio, y (ii) la incapacidad absoluta como hemos mencionado anteriormente no era la finalidad del proceso de incapacitación, ya que el juez debía determinar la “extensión y límites” de la incapacidad para poder determinar la medida adecuada, existiendo la doctrina del “traje a medida”.

A pesar de ello, hay quienes defienden la reforma debido a la existencia de ciertos automatismos por parte de los tribunales al conceder la incapacidad absoluta y la tutela como resolución en la mayoría de los procesos¹¹⁷. SÁNCHEZ-DOPICO, en uno de los trámites parlamentarios para la aprobación de la reforma, señaló en su comparecencia en el Congreso de los Diputados que en España aproximadamente el 1% de la población presenta una discapacidad intelectual y dentro de ese 1%, únicamente el 15% necesitan de grandes medidas de apoyo. Sin embargo, el 87% del total de las discapacidades reciben apoyo a través de la constitución de una tutela y solamente el 12% lo reciben a través de la curatela, lo que significa que la figura de la tutela ha sido utilizada por los tribunales de forma desproporcionada sin tener en cuenta el principio de proporcionalidad¹¹⁸.

¹¹⁴ CALAZA, LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible...” op. cit. p. 18.

¹¹⁵ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 99.

¹¹⁶ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 100, y CALAZA, LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible...” op. cit. p. 18.

¹¹⁷ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 100.

¹¹⁸ SÁNCHEZ-DOPICO, I, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2020, nº187. Nºexp. 2019/000305, p.37. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-187.PDF#page=37

4.2. Competencia y partes en el proceso de provisión de apoyos

La competencia y partes en el proceso contencioso contiene muy pocas diferencias a lo ya regulado en la LJV, de ahí la crítica de la doctrina de adoptar dos procedimientos idénticos para un mismo fin¹¹⁹.

Tras la reforma de la Ley 8/2021, el art. 756 de la LEC se tuvo que reformar para incluir el requisito de procedibilidad relativo al expediente previo de jurisdicción voluntaria, de tal forma que “Será competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida”¹²⁰.

En primer lugar, observamos como nuestro legislador ha querido establecer una norma de competencia funcional atribuyendo la competencia al tribunal que conoció del expediente de jurisdicción voluntaria. A renglón seguido, nuestro legislador, en atención a las necesidades de las personas con discapacidad, ha tenido en cuenta los cambios de residencia que pueden llegar a producirse por circunstancias tales como ingresos hospitalarios o en centros residenciales, admitiendo una excepción a la *perpetuatio iurisdictionis*¹²¹.

No obstante, esta excepción de la *perpetuatio iurisdictionis* puede conllevar graves problemas, ha señalado gran parte de la doctrina, ya que puede dilatar el proceso de forma desmesurada, puede conllevar cambios de postulación en mitad del proceso e incluso puede dificultar la práctica de la prueba (como la audiencia a los parientes)¹²².

Con respecto a las partes, la doctrina señala que el objeto del proceso no es decidir si un sujeto tiene un derecho contra otro como ocurriría en otros procesos, sino que consiste en pedirle al juez que constituya una nueva situación jurídica entre particulares. Es por ello, que resulta razonable que el legislador diga quiénes pueden ser las partes en el proceso¹²³.

¹¹⁹ CALAZA, LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible...” cit. p. 18.

¹²⁰ Artículo 756.2 de la LEC.

¹²¹ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 106-108.

¹²² MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 108.

¹²³ DAMIAN MORENO, J, “La adopción de medidas...”, op. cit., p.411.

El asunto de las partes está vinculado al concepto de legitimación que, como dice DAMIÁN MORENO, “es un concepto que actúa en función del derecho material que es objeto de la controversia”¹²⁴. Es por ello por lo que distinguimos entre:

- *Legitimación activa*: al igual que en el caso del expediente de jurisdicción voluntaria el art. 757 de la LEC atribuye la legitimación del proceso a una pluralidad de sujetos muy amplia: “1. El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano”¹²⁵
- *Legitimación del Ministerio Fiscal*: el art. 757.2 de la LEC señala que “El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa”¹²⁶. Es decir, al contrario de lo que sucede en el expediente de jurisdicción voluntaria, la presencia del Ministerio Fiscal (MF) quedará supeditada a que ninguna de las otras personas legitimadas haya incoado el procedimiento. También se establece que el MF tampoco estará obligado a promover la acción si considera que la persona con discapacidad puede obtener los apoyos, por ejemplo, a través de una guarda de hecho y no ve necesario establecer ningún apoyo de carácter judicial¹²⁷.
- *Legitimación pasiva*: la parte pasiva siempre corresponde a la persona necesitada de apoyos que es la persona sobre la que girará todo el proceso, como indica ADAN DOMÉNECH: “su existencia es siempre necesaria ya que únicamente de esta forma se logra dotar al procedimiento de las suficientes garantías de contradicción”¹²⁸.

¹²⁴ DAMIAN MORENO, J, “La adopción de medidas..., op. cit., p. 410.

¹²⁵ Art. 757.1 de la LEC.

¹²⁶ Art. 757.2 de la LEC.

¹²⁷ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 113.

¹²⁸ ADÁN DOMÉNECH, F, “Proceso sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad”, *Vlex*, 2022, p.4.

4.3. Iniciación del proceso: admisión y contestación a la demanda

El proceso siempre ha de iniciarse a través de una demanda interpuesta por cualquiera de los legitimados que hemos comentado en el punto anterior, la cual no necesita de ningún requisito formal siendo necesario únicamente que conste la persona a la que va dirigida, la acción que se requiere y la firma del abogado y procurador¹²⁹.

En el caso de que el expediente previo de jurisdicción voluntaria hubiera sido tramitado ante el mismo juzgado, se podrá incorporar por medio de otrosí lo actuado en dicho proceso¹³⁰.

Posteriormente, conforme al art. 753.1 de la LEC¹³¹, el letrado de la Administración de Justicia tendrá que dar traslado de la demanda al MF cuando proceda y a las demás personas que deban ser parte del procedimiento para que contesten en un plazo de 20 días.

Admitida la demanda, el letrado de la Administración de Justicia, conforme al art. 758.1 de la LEC¹³² deberá recabar información sobre las medidas inscritas en los diferentes registros.

Una vez que se notifica la demanda por remisión, entrega o edictos, la persona interesada dispondrá de 20 días para contestar y en el caso que en ese plazo no comparezca en el juzgado con defensa y procurador el letrado de la Administración de Justicia nombrará a un defensor judicial que será el MF a no ser que éste sea el promotor del procedimiento. Una vez nombrado el defensor judicial correspondiente se dispondrá de nuevo de 20 días para que se conteste a la demanda¹³³. La contestación a la demanda, en

¹²⁹ DOLADO, BUSTO, B, “Innovaciones procesales...”, op. cit., p. 10.

¹³⁰ COMENTARIOS PRÁCTICOS. ARANZADI INSIGNS. “Proceso civil: Los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. (Arts. 756 a 763 LECiv)”. *Aranzadi*, 2021, p. 9.

¹³¹ Art. 753.1 de la LEC: “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal. El letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405.”.

¹³² Art 758.1 de la LEC: “Admitida la demanda, el letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas”.

¹³³ DOLADO, BUSTO, B, “Innovaciones procesales...”, op. cit., p. 10.

todo caso, se deberá realizar conforme a los criterios marcados por el art. 405 de la LEC donde se podrán admitir o negar los hechos declarados por la parte actora¹³⁴.

4.4. La prueba

La admisión de los hechos por parte del demandado, así como la posible oposición, no vincula al juez en este tipo de procedimientos especiales¹³⁵. Es por ello que el art. 759 de la LEC se enuncia con el título de “Pruebas preceptivas en primera y segunda instancia”¹³⁶, destacando, por lo tanto, la obligatoriedad de las siguientes pruebas:

- *La entrevista a la persona con discapacidad*: siempre será necesario que el juez practique “la entrevista” a la persona con discapacidad. La reforma ha implantado una nueva terminología más respetuosa con las personas donde se sustituye la antigua denominación “exploración del incapaz”. El objeto de la entrevista es que el juez tenga un conocimiento de la personalidad y del estado de la persona con discapacidad que permita diseñar un “traje a medida” tratando que la persona conserve al máximo su autonomía y alejándola de las influencias indebidas¹³⁷. Es de destacar la SAP de Pamplona del 23 de febrero de 2021¹³⁸, donde se señala la posibilidad de que esta entrevista sea realizada conjuntamente entre el médico forense y el juez. Por último, volvemos a destacar el carácter imperativo de realizar esta entrevista aun cuando la persona con discapacidad se encuentre en un estado donde no pueda manifestar su voluntad (por ejemplo, cuando el discapacitado se encuentre en un estado vegetativo), ya que el juez no solo observará la capacidad de comprensión y la capacidad de poder manifestar la voluntad de la persona sino que también observará toda su exterioridad en la medida que esta última puede también ser indicativa de la necesidad de apoyos¹³⁹.

¹³⁴ Art. 405 de la LEC: “En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales”

¹³⁵ UREÑA CARAZO, B, “El nuevo proceso de apoyo..., op. cit., p.8.

¹³⁶ Art. 759 de la LEC.

¹³⁷ UREÑA CARAZO, B, “El nuevo proceso de apoyo..., op. cit., p.8.

¹³⁸ SAP de Pamplona de 23 de febrero de 2021: “La simultaneidad no tiene más que ventajas : ahorra comparecencias aisladas del justiciable, algo especialmente indicado en estos tiempo de restricciones a la proximidad física por razones de salud pública; permite que el juzgador cuente con el auxilio de destrezas propias de la anamnesis médica , si le son convenientes, al contar con la presencia del médico forense; y en general, al poder intervenir de manera cruzada , sujeto examinado, facultativo, y parientes, con un orden que garantizará el órgano judicial, puede darse oportunidad a que se produzcan aclaraciones de uno u otro, y eludirse eventuales malentendidos o contradicciones”.

¹³⁹ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 122.

- *La audiencia a los parientes e intervención del posible curador:* el legislador ha querido conservar la denominación de “audiencia” a este tipo de prueba debido quizás al carácter antiformalista, aunque hay muchas opiniones doctrinales que consideran a esta prueba como una verdadera prueba testifical¹⁴⁰. Con anterioridad a la reforma, la antigua redacción del art.759.1 de la LEC decía que se tenía que dar audiencia “a los parientes más próximos del presunto incapaz”¹⁴¹, pero tras la reforma se establece que necesariamente se ha de citar “al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable”¹⁴². Aunque la redacción cita textualmente al cónyuge, esta situación no excluye de que se pueda citar a otros parientes más próximos no existiendo ningún orden de prelación, aunque el juez tendrá que citar primero a los más cercanos siendo necesaria la justificación de el por qué prefiere la declaración de parientes más lejanos¹⁴³. Por otro lado, una de las novedades de la reforma ha sido la posible participación en el proceso del curador propuesto, algo que no se contempla como hemos mencionado en el expediente de jurisdicción voluntaria¹⁴⁴. Podemos considerar esto como un acierto por parte del legislador ya que permitirá al posible curador pronunciarse sobre los aspectos que considere importante y podría evitar que la persona con discapacidad reciba apoyos de una persona que realmente no desea prestarlos. En el caso de que no se haya propuesto ningún curador, el art. 759.3 señala que “se oirá a la persona con discapacidad, al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno, siendo también de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior”. Por último, el legislador ha contemplado la posibilidad de no realizar la entrevista siempre y cuando la demanda hubiera sido promovida por la propia persona con discapacidad¹⁴⁵ con el objetivo de que la propia familia no logre descubrir los

¹⁴⁰ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 126.

¹⁴¹ Antigua redacción del art.759.1 de la LEC.

¹⁴² Art. 759.1 de la LEC.

¹⁴³ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 126.

¹⁴⁴ Art. 757.3 de la LEC: “Cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión.”

¹⁴⁵ Art. 759.2 de la LEC: “En los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad, el Tribunal podrá, previa solicitud de esta y de forma excepcional, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad”.

secretos más íntimos y la persona con discapacidad pueda seguir conservando su intimidad¹⁴⁶.

- *El dictamen pericial*: con el antiguo proceso de incapacitación también se contemplaba la necesidad de un dictamen pericial médico tal y como se expresaba la antigua redacción del art. 759 de la LEC cuando decía que “Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”¹⁴⁷. La novedad que introduce la reforma es la pluralidad de profesionales que pueden participar en el proceso¹⁴⁸. Se ha tenido en cuenta que en toda discapacidad siempre hay un fundamento físico o psíquico por lo que es razonable tener la valoración tanto de médicos con una especialidad lo más próxima posible a la discapacidad de la persona como por profesionales del ámbito social, ya que la discapacidad puede tener incidencia en ámbitos como el laboral o el económico¹⁴⁹.

4.5. La sentencia

4.5.1. El contenido de la sentencia y la revisión de las medidas de apoyo

La sentencia para la provisión de medidas de apoyo está contemplada en el art. 760 de la LEC¹⁵⁰, donde la nueva redacción simplemente remite a las normativa civil.

Aunque la sentencia tendrá efectos constitutivos, lo hará de manera más limitada a lo que lo hacía el anterior proceso ya que solo se limitará a las condiciones jurídicas en la que se desarrollen los apoyos sin que en ningún momento el juez pueda declarar la incapacidad ni modificar el estado civil de la persona¹⁵¹, lo que queda expresado en el preámbulo de la Ley 8/2021: “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la

¹⁴⁶ DOLADO, BUSTO, B, “Innovaciones procesales...”, op. cit., p. 14.

¹⁴⁷ Antigua redacción del art. 759 de la LEC.

¹⁴⁸ Art. 759.1. 3º de la LEC: “Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

¹⁴⁹ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 131.

¹⁵⁰ Art. 760 del CC: “Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables”.

¹⁵¹ DAMIAN MORENO, J, “La adopción de medidas...”, op. cit., p. 414.

modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse”¹⁵².

El objeto de la sentencia será determinar si concurren los presupuestos necesarios para constituir o no la curatela. Además, la autoridad judicial no puede en ningún caso constituir una curatela a modo genérico sin una resolución motivada, tal y como establece el art. 268 del CC¹⁵³. Es decir, estamos ante una sentencia muy técnica y compleja para el juez donde se le exigirá una motivación de la insuficiencia de la guarda de hecho para constituir la curatela. Asimismo, la autoridad judicial deberá determinar conforme al art. 269 del CC¹⁵⁴ si esa curatela, en el caso de constituir la, tendrá un carácter asistencial o un carácter representativo para según qué actos. Por su parte, el juez podrá establecer las medidas de control que considere oportunas para garantizar que se respeten las voluntades, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y así evitar los posibles conflictos de intereses e influencias indebidas¹⁵⁵.

Otra cuestión importante es la designación por parte del juez de un curador. Durante el proceso, en ningún momento se exige que las partes deban proponer ningún curador, es decir, las partes podrán durante el proceso solicitar el nombramiento de un curador determinado, pero en el caso de que no lo hagan este hecho no será impedimento para que el juez luego designe un curador¹⁵⁶. A la hora de designar un curador el juez debe tener en cuenta el art. 275 del CC¹⁵⁷ donde se elabora una lista de exclusión de quiénes no

¹⁵² Preámbulo 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.

¹⁵³ Art. 268 del CC: “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.”

¹⁵⁴ Art. 269 del CC: “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.”

¹⁵⁵ Art 270 del CC: “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. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.”

¹⁵⁶ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 139.

¹⁵⁷ Art. 275 del CC: “1. Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. Asimismo, podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 2. No podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. 3. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que

pueden ejercer esta labor. Junto con las exclusiones, el art. 276 del CC establece el siguiente orden que, aunque puede ser alterado mediante motivación, en principio debe ser seguido por la autoridad judicial¹⁵⁸:

1. El curador propuesto por la propia persona con discapacidad será el criterio preferente.
2. En defecto de una propuesta por parte de la persona con discapacidad, se seguirá el siguiente orden a la hora de designar a un curador:
 - 1º Conyugue o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que exista convivencia.
 - 2º Al hijo o descendiente, si hubiese varios se dará prioridad a quien conviva con la persona con discapacidad.
 - 3º Al progenitor o ascendiente, si fueran varios se dará prioridad a quien conviva con la persona con discapacidad.
 - 4º A las personas que el cónyuge o pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.
 - 5º A quien actúe como guardador de hecho.
 - 6º Al hermano, pariente o allegado que convivan con la persona con discapacidad
 - 7º A una persona jurídica ya sea con o sin ánimo de lucro, pública o privada que entre sus fines esté la promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad.

Mas allá de la posible constitución de la curatela, la sentencia puede terminar de modo que el juez desestime la curatela debido a¹⁵⁹: (i) la persona no necesita ningún tipo de apoyo, o (ii) ese apoyo se puede prestar a través de una guarda de hecho y no es necesario la constitución de ninguna curatela. Es necesario destacar que cuando se desestima la curatela porque ya hay una guarda de hecho, en ningún caso esta sentencia implica una constitución de la guarda de hecho¹⁶⁰. Así, se reitera lo que se ha defendido en este trabajo: la guarda de hecho no requiere de ninguna constitución de carácter judicial.

haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.”

¹⁵⁸ Art. 276 del CC.

¹⁵⁹ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 146.

¹⁶⁰ MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos...*, op. cit., p. 147.

En cuanto a la revisión de las medidas de apoyo, el art. 759.4 de la LEC señala que “Si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo”¹⁶¹, es decir, contra esta sentencia cabe recurso de apelación y se señala, como hemos comentado anteriormente, que se tendrán que repetir todas las pruebas por parte del Tribunal de Segunda Instancia. Sobre esta última cuestión se pronuncia CHIMENO CANO sosteniendo que en este proceso no se puede aplicar el principio de la *reformatio in peius*, lo que permitirá al tribunal conocer de todo el asunto de manera ilimitada¹⁶². Por último, aparte de los recursos, se establece una revisión de las medidas de apoyo siguiendo los trámites de la LJV¹⁶³, y se establece un plazo de revisión ordinario de tres años que puede prolongarse excepcionalmente a seis años¹⁶⁴.

4.5.2. *¿Podría el juez adoptar una medida de apoyo aún en contra de la voluntad de la persona con discapacidad?*

Como ya hemos venido comentando, el principio general básico tanto de la Ley 8/2021 como de la CIDPD es el respeto al derecho de autodeterminación de las personas con discapacidad. Es por ello por lo que las medidas voluntarias son preferentes a las medidas de carácter judicial y estas últimas, en buena lógica, jamás podrán ser impuestas por la autoridad judicial en contra de la voluntad de la persona con discapacidad¹⁶⁵.

Cinco días después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 el Tribunal Supremo entendió lo contrario manifestando la idea de que en determinadas circunstancias la ley si permitía adoptar una medida de apoyo aún en contra de la voluntad de la persona con discapacidad¹⁶⁶.

¹⁶¹ Art. 759.4 de la LEC

¹⁶² CHIMENO CANO, M *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*, Aranzadi, Navarra 2004, p.104.

¹⁶³ Art. 761 de la LEC: “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”.

¹⁶⁴ Art. 286 del CC: “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”.

¹⁶⁵ CALAZA LÓPEZ, S, et al. “¿Pueden los jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?”, *La Ley*, 2023, p.8.

¹⁶⁶ CALAZA LÓPEZ, S, et al. “¿Pueden los jueces proveer de apoyos...”, op. cit, p. 10.

La STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021 determina los casos en los que es justificable que se adopten medidas aún en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, que son aquellos “en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”¹⁶⁷.

El Tribunal Supremo ha tenido que interpretar la exigencia del art.268 del CC cuando dice que las medidas deberán “atender” y en “todo caso” la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad¹⁶⁸ diciendo que “El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato”¹⁶⁹. Además, el Tribunal Supremo advierte en la misma sentencia que habrá que analizar cada caso y no cabe de antemano precisar en cuándo está justificado tomar una medida aún en contra de la voluntad de la persona con discapacidad¹⁷⁰.

El Tribunal Supremo termina diciendo que “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

¹⁶⁷ STS de 8 de septiembre de 2021.

¹⁶⁸ Art. 268 del CC: “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.”

¹⁶⁹ STS de 8 de septiembre de 2021.

¹⁷⁰ STS de 8 de septiembre de 2021: “Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso”.

esa degradación persona”¹⁷¹. GARCIA RUBIO argumenta que la posición seguida por el Tribunal Supremo es la línea jurisprudencial seguida por países europeos como Alemania, donde su Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera similar. También hay jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos donde, por ejemplo, no se dio validez a la voluntad de casarse a una persona con discapacidad al considerar que su voluntad estaba viciada por la propia enfermedad¹⁷².

En consecuencia, la línea jurisprudencial seguida por nuestro Tribunal Supremo da cabida a que se pueda adoptar una medida de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad debido a la anosognosia que anula su voluntad y hace que no quiera un apoyo cuando realmente sí lo querría si no tuviese esa falta de conocimiento de su patología¹⁷³.

¹⁷¹ STS de 8 de septiembre de 2021.

¹⁷² CALAZA LÓPEZ, S, et al. “¿Pueden los jueces proveer de apoyos..., op. cit., p. 11.

¹⁷³ CALAZA LÓPEZ, S, et al. “¿Pueden los jueces proveer de apoyos..., op. cit., p. 11.

CONCLUSIONES

PRIMERA: la Ley 8/2021 ha supuesto un paso decisivo para la adaptación de la legislación española al espíritu marcado por la Convención ratificada por España sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es un hecho tal y como hemos venido desgranando a lo largo del presente trabajo que la reforma ha tenido luces y sombras, aunque puede suponer una buena cimentación sobre la que construir los próximos cambios normativos en la materia.

SEGUNDA: con anterioridad a la reforma, teníamos un proceso donde se abusaba de la incapacitación total, no usándose figuras jurídicas intermedias en aquellos casos donde la incapacitación no era muy severa, y por lo tanto no respetando la dignidad y la libertad en la toma de decisiones de la persona con discapacidad, principios que encontramos en el art. 3 de la CIDPD y art.10 de nuestra CE.

TERCERA: La desaparición de la distinción entre la capacidad jurídica y capacidad de obrar, es un paso fundamental y necesario para el respeto de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de las personas con discapacidad ya que tendrán una plena capacidad jurídica y se dejarán atrás las desigualdades por razón de su discapacidad.

CUARTA: Uno de los aciertos de la reforma es el nuevo tratamiento que se le da a la guarda de hecho, ya que permite a la persona con discapacidad disponer de unos apoyos provenientes de su círculo familiar sin una previa declaración judicial. El inconveniente en este sentido vendría de aquellas personas mayores que se encuentren en una situación de soledad y que, por tanto, no tengan ningún familiar del que puedan recibir unos cuidados.

QUINTA: En el día a día la figura de la guarda de hecho ha encontrado numerosos problemas relacionados con la acreditación de esta figura. Como ya ha señalado la jurisprudencia, estamos ante una figura que no necesita ni requiere una acreditación de carácter judicial. Estas dificultades se han dado sobre todo en el ámbito bancario e incluso con la propia administración. En este sentido, la Fiscalía General del Estado señala que el éxito de la reforma dependerá del esfuerzo que haga la sociedad requiriéndose, por un lado, que entendamos la discapacidad no sólo desde un punto de vista médico y, por otro lado, que nos alejemos de las figuras tutelares ya desechadas.

SEXTA: En el ámbito más puramente procesal la reforma pretende que la persona con discapacidad consiga una igualdad de condiciones dotándola de un sistema de apoyos que garantice el ejercicio de sus derechos sin anular la personalidad. Para ello, una vez descartadas las opciones voluntarias, se ha creado un procedimiento que consta de dos fases: (i) un expediente de jurisdicción voluntaria, y (ii) un procedimiento de carácter contencioso en el caso de que haya oposición del primero. Quizás esto haya sido uno de los mayores fracasos de la reforma por una importante falta de coherencia en el hecho de que, ante un proceso en el que haya una oposición desde el inicio, se tenga que formular de forma obligatoria un expediente de jurisdicción voluntaria para finalmente ir a la jurisdicción contenciosa. Esto supone a las familias y a las personas con discapacidad una mayor burocracia, mayor dilación y mayores costes, teniendo que enfrentarse a un doble proceso en lugar de poder proveer los apoyos directamente desde la rápida, económica y más humana jurisdicción voluntaria, además de que ello pueda ser desencadenado por la sola oposición de cualquiera de los legitimados.

SÉPTIMA: El proceso para la provisión de medidas judiciales de apoyo, lo que antes de la reforma era el llamado “proceso de incapacitación”, es un proceso casi idéntico al del expediente de jurisdicción voluntaria. Con la reforma, el objeto de este proceso ya no será el pronunciamiento sobre la incapacidad de la persona, sino sobre la necesidad de adoptar o no una medida de apoyo que consistirá en una curatela de carácter asistencial o representativa. Con este proceso, no se constituirá una nueva situación jurídica a la persona con discapacidad, lo cual supone un acierto ya que la permitirá conservar la autonomía y solamente recibirá los apoyos que se consideren necesarios.

OCTAVA: relacionado con lo anterior, uno de los problemas que podemos encontrar en la práctica en el nuevo proceso es el abuso en la constitución de curatelas con carácter representativo, sobre todo en aquellos juzgados no especializados en materia de discapacidad. Como hemos mencionado, la curatela asistencial es la regla general siendo la curatela representativa la excepción que se debe de dar solamente en aquellos casos donde la discapacidad afecte notablemente en la toma de decisiones. Por ello, es necesario contar con unos juzgados dotados de un material humano especializado que pueda evaluar de manera precisa la discapacidad que sufre la persona y así poder adoptar unas medidas de apoyo donde se respeten la autonomía y libertad. Esto último es muy importante ya que si no se respeta, la reforma quedará en vano en la práctica debido a que si

establecemos una automatización de la curatela representativa por parte de los juzgados, estaríamos realmente ante el mismo sistema que regía anteriormente a la reforma donde mediante la constitución de la tutela se anulaba la capacidad de la persona necesitando de la representación en cada uno de sus actos.

NOVENA: Otra de las críticas que ha tenido la reforma ha sido la posibilidad que tiene el juez de sustituir la voluntad de la persona con discapacidad por el interés superior en aquellos casos donde haya una enfermedad grave que anule totalmente la voluntad de la persona. Aunque esto podría vulnerar los principios remarcados en los artículos 3 y 12 de la CIDPD, nuestro Tribunal Supremo ha hecho una interpretación, cuando menos, excelente, al señalar que, debido a la patología que sufre esta persona, esa voluntad que expresa puede estar viciada y el no actuar sin duda sería una crueldad social.

DÉCIMA: Aunque esta reforma no está exenta de las numerosas críticas que se han ido exponiendo, se ha logrado un proceso un poco más humano ya solo por el hecho de que el juez no tenga que pronunciarse sobre la incapacidad de una persona, evitando así constituir un nuevo estado civil. Es cierto que nos queda mucho camino por recorrer, pero estos avances pueden suponer una sólida base para el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ BUJÁN, A, “La ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, *Diario La Ley*, 2021, p. 2.

SALAZAR VARELLA, C.E, “La regulación de la incapacitación en los convenios internacionales y su vinculación en el derecho español”, *El proceso de incapacitación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021.

TORRES COSTAS, M.E, *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la convención de naciones unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, ABOE, p.89. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2020-168

LÓPEZ JIMÉNEZ, R “La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 587. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/7196>

CASTRILLO, SANTAMARÍA, R. "Aspectos procesales del nuevo sistema español de provisión de medidas de medidas judiciales de apoyo: dudas y posibles soluciones prácticas", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, pp. 1800-1812. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8737314>

CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, 2012, p.64. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4104539>

LUACES GUTIÉRREZ. A.I, “El expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo en la ley 8/2021, de 2 de junio, su aplicación tras un año de vigencia de la norma”, *Diario La Ley*, 2022, pp. 2-4.

ALISTE SANTOS, T, J, “Análisis de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal del concebido en la ley de enjuiciamiento civil”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, 2006, pp. 164-199

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, F, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la ley 8/2021 de 2 de junio*, Aranzadi, 2021.

MARTÍN-CALERO, GUILARTE, C, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 794.

GARCÍA RUBIO, M.P, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Sepín*, 2021, p.8.

MORENO MARÍN, M.D, “La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica”, *Diario La Ley*, 2022, p.11.

CALAZA, LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *La Ley*, 2021, pp. 2-19.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Preguntas y respuestas sobre la nueva ley de apoyos a las personas con discapacidad (Ley 8/2021)” *Unidad de atención a las personas con discapacidad y mayores*, 2021, pp. 2-16. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/a8c51021-7322-387a-0e73-f87e3aca183c>

DE SALAS MURILLO, S, “Incidencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad” *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, 2016, p.285.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A, “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la ley 26/2015 de 28 de junio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. Sentido y alcance de los arts. 239 y 239 bis del Código Civil”, en

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B, *La reforma del derecho de la persona y de la familia. Jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2017, p.276

DAMIÁN MORENO, J, “La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal”, *Anuario de Derecho Civil*, 2022, pp. 402-414. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2022-20039900422

CALAZA, LÓPEZ, S, “La justicia civil indisponible: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *La Ley*, 2021, pp. 4-17.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Memoria de la Unidad Coordinadora de personas y mayores con discapacidad, Madrid, 2021, pp. 1-6. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/fa1d6084-9413-bd37-513e-f74101f26517>

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Anexo de la Memoria de la Unidad Coordinadora de personas y mayores con discapacidad, Madrid, 2023, p.23. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/a28c339b-9b48-ec70-35f4-cc9eadcc4c6d>

UREÑA CARAZO, B, “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, *La Ley*, 2022, pp. 3-8.

DOLADO, BUSTO, B, “Innovaciones procesales para el apoyo a las personas con discapacidad”, *Aranzadi*, 2022, pp. 6-14.

CALAZA LÓPEZ, S, “Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad”, *Revista de derecho civil*, 2022, pp. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/781/597>

BANACLOCHE PALAO, J, “Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria”, en MONTERO GARCIMARTÍN, R, *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 78

CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre la capacidad de las personas* en MONTERO GARCIMARTÍN, R., *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 79.

CHIMENO, CANO, M, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Aranzadi, 2004, p. 62.

BERNARDO SAN JOSÉ, A., “La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York” en MONTERO GARCIMARTÍN, R., *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 86

SANCHO GARGALLO, S y ALÍA ROBLES, A., “Guía para la entrevista judicial a una persona con discapacidad”, *Diario La Ley*, 2022, p. 7-9.

SÁNCHEZ-DOPICO, I, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2020, nº187. N°exp. 2019/000305, p.37. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-187.PDF#page=37

ADÁN DOMÉNECH, F, “Proceso sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad”, *Vlex*, 2022, p.4.

COMENTARIOS PRÁCTICOS. ARANZADI INSIGNS. “Proceso civil: Los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. (Arts. 756 a 763 LECiv)”. *Aranzadi*, 2021, p. 9.

CHIMENO CANO, M *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*, Aranzadi, Navarra 2004.

CALAZA LÓPEZ, S, et al. “¿Pueden los jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?”, *La Ley*, 2023, pp. 8-11.

NACIONES UNIDAS. Declaración de Derechos del Deficiente Mental de 20 de noviembre 1971, aprobada por Resolución 2856 (XXVI). Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/declaracion_ag-26-2856_1971.pdf (Fecha de última consulta: 9-4-24).

NACIONES UNIDAS. Declaración de Derechos del Deficiente Mental de 20 de noviembre 1971, aprobada por Resolución 2856 (XXVI). Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/declaracion_ag-26-2856_1971.pdf (Fecha de última consulta: 9-4-24).

NACIONES UNIDAS. Declaración de Derechos de la Persona Sordo y Ciega de 10 de julio de diciembre 1979, aprobada por Resolución A/34/309. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/3960/files/A_34_309-ES.pdf?version=1 (Fecha de última consulta: 10-4-24).

NACIONES UNIDAS. Declaración de Derechos de la Persona Sordo y Ciega de 10 de julio de diciembre 1979, aprobada por Resolución A/34/309. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/27582/files/A_36_766-EN.pdf?ln=fr (Fecha de última consulta: 10-4-24).

NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación por España: *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648 a 20659

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N° 1 de 19 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wpcontent/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> (Fecha de última consulta: 11-4-24).

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. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2015, núm. 132. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-9233-consolidado.pdf>

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-13241-consolidado.pdf>

Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. Boletín Oficial del Estado, 23 de julio de 1960, núm. 176. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1960/BOE-A-1960-10906-consolidado.pdf>

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 1986 núm.102. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10499-consolidado.pdf>

Constitución Española, Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024, Boletín Oficial de Estado, núm. 43, pp. 19462-19471. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2024/02/17/pdfs/BOE-A-2024-3099.pdf>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero del 2000, núm. 7. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado de 2 de julio de 2015, núm. 158. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-7391-consolidado.pdf>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm. 206. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, Boletín Oficial del Estado, 24 de diciembre de 2005, núm. 307. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-21163-consolidado.pdf>

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Boletín Oficial del Estado, 4 de junio de 2021, núm.134. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-9347-consolidado.pdf>

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado de 1 de julio de 1985, núm. 157. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

STS de 29 de abril de 2009

STS de 30 de junio de 2014

STS de 5 de febrero de 2013

AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 7 febrero 2022

SAP de Cantabria de 31 mayo 2022

SAP de Badajoz de 27 junio 2022

SAP de Pamplona de 23 de febrero de 2021

STS de 8 de septiembre de 2021