



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Civil

Curso 2021/2022

**ANCIANIDAD Y DERECHO TRAS LA
REFORMA OPERADA POR LA LEY
8/2021 SOBRE DISCAPACIDAD**

Ana Zuazu López

Tutora: Estrella Toral Lara

Junio 2022

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento

Área de conocimiento

**ANCIANIDAD Y DERECHO TRAS LA
REFORMA OPERADA POR LA LEY
8/2021 SOBRE DISCAPACIDAD**

**OLD AGE AND THE LAW AFTER THE
REFORM OF THE LAW 8/2021 ON
DISABILITY**

Nombre del/la estudiante: Ana Zuazu López

e-mail del/a estudiante: anazuazu@usal.es

Tutor/a: Estrella Toral Lara

RESUMEN

En la actualidad, la población de mayores ha crecido y con ello el envejecimiento de la población. Como consecuencia, crecen también los casos de demencia. En atención a dicha realidad, y tras la reforma del Código Civil de 1889 por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se procede a hacer un análisis de las medidas de apoyo puestas a disposición de dichas personas, quienes, siendo totalmente capaces -pues desde dicha reforma la capacidad jurídica no puede suprimirse ni modificarse-, ven mermadas sus capacidades psicológicas y volitivas.

Es por ello que se incorporan las medidas de apoyo necesarias para ejercer su capacidad jurídica de manera plena, en atención a su propia voluntad y con garantía de futuro, entre las que se encuentran los poderes y mandatos preventivos, las directivas anticipadas y la autocuratela.

Dichas medidas sirven para solucionar los problemas derivados de la pérdida de facultades, sobre todo en personas mayores, por razón de la edad, o por enfermedades degenerativas, pues suponen una mayor garantía para sus deseos y preferencias en cuanto a su esfera personal y patrimonial, adecuándose a las circunstancias concretas de cada caso.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, vejez, medidas de apoyo, autonomía de la voluntad, Ley 8/2021.

ABSTRACT

At present, the elderly population has steadily been growing, as well as the aging of the population. As a consequence, cases of dementia have arisen too. Given this reality, and following the reform of the Civil Code of 1889 with Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, an analysis of the support measures made available to these people is conducted, and who, being totally capable -since the aforementioned reform, legal capacity can be suppressed nor modified-, see their psychological and volitional capacities diminished.

Therefore, the necessary support measures are incorporated to fully exercise the legal capacity of these individuals, in response to their own will and with guarantees for the future, including preventive powers and mandates, advance directives and autonomous conservatorship.

These measures serve to solve the problems derived from the loss of faculties, especially in elderly people, either due to age or due to degenerative diseases. These measures suppose a greater guarantee for their wishes as well as preferences regarding their personal and patrimonial sphere, adapting to the specific circumstances of each case.

KEY WORDS

Disability, old age, support measures, autonomy of the will, Law 8/2021.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CC. AA.	Comunidades Autónomas
CDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
DD. HH.	Derechos Humanos
INE	Instituto Nacional de Estadística
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 de Jurisdicción Voluntaria
LL. FF.	Libertades Fundamentales
LPP	Ley del Patrimonio Protegido
LRC	Ley de Registro Civil
LRP	Ley de Registro de la Propiedad

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK	8
2.1. Principios inspiradores	9
2.2. La autonomía de la voluntad como principio fundamental en el tratamiento de la persona necesitada de apoyos	11
3. LA REFORMA DE LA LEY 8/2021	13
4. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO	16
4.1. Medidas judiciales de apoyo	16
4.2. Medidas informales de apoyo	17
4.3. Medidas voluntarias de apoyo	18
5. LA VULNERABILIDAD DE LOS ANCIANOS	20
6. ANCIANIDAD Y MEDIDAS DE APOYO	22
6.1. La guarda de hecho en relación con la disminución de capacidades de las personas mayores	22
6.2. Las medidas de apoyo voluntarias en previsión de la discapacidad de las personas mayores, en especial atención a los poderes preventivos	25
6.2.1. <i>Las directivas anticipadas</i>	26
6.2.2. <i>La autotutela</i>	27
6.2.3. <i>Los poderes y mandatos preventivos</i>	28
7. COMPARACIÓN CON DERECHOS FORALES	34
7.1. Navarra	34
7.2. Cataluña	36
8. CONCLUSIONES	37

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, refiriéndonos a España, la población de más de 65 años ocupa un gran porcentaje de la misma. Según el INE¹, en 2020 el 21 % de la población tenía 65 años o más en nuestro país, lo que, comparado con la misma franja de población en 2001, llama la atención, pues en dicho año se trataba de un 16 %. Resulta una cifra a tener en cuenta, a pesar de que, en comparación con la media de otros países europeos, esta cifra sea inferior².

Vistos los datos, se hace necesario tratar el tema de la vulnerabilidad de la población envejecida, pues, al ser cada vez más proporción de población³, y puesto que conforme se llega a una edad, las personas van perdiendo de manera progresiva facultades -la mayoría de veces a consecuencia de las enfermedades neurodegenerativas, pero siendo también producto del propio envejecimiento-, resulta indispensable crear determinadas instituciones que sirvan para proteger a las personas mayores que sufran dicha discapacidad.

Dicho esto, hemos de relacionar tales datos con la reciente *Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, promulgada con el objetivo de adecuar la legislación a los postulados de la *Convención de Nueva York de 2006 de Personas con Discapacidad*. Tal ley viene precedida del *Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, el cual, a pesar de no definir el concepto de discapacidad, sí establece que los problemas derivados de la misma afectan a las personas adultas con dificultades para comprender y adoptar decisiones en todas las facetas de la vida, englobando así en el concepto discapacidades intelectuales, las que imposibilitan la toma de decisiones, trastornos, demencias y situaciones

¹Instituto Nacional de Estadística (España). INEbase [en línea]. [Madrid]: INE. Disponible en: https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html?lang=es

² Grecia (21,2 %), Alemania (21,2 %), Portugal (21,1 %). Fuente: Portal estadístico STATISTA (base de datos de la U. Barcelona).

³ Se prevé que en 2050 se tratará del 30% de la población. Fuente: ARROYO AMAYUELAS, E. El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho* [en línea]. España: Barcelona, 2019, 45, pp. 127-147. [consulta: 19 de abril de 2022]. ISSN 1886-5887. Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000100010&lng=es&nrm=iso&tlng=es

equivalentes⁴. Es por ello que este problema, que está a la orden del día, puede encuadrarse en este marco legal para lograr soluciones funcionales y capaces de ofrecer a las personas mayores las ayudas que merecen.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

A día de hoy, y tras la celebración en Nueva York de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad el 13 de diciembre de 2006, se considera como persona discapacitada a aquella que tenga una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y que, al interactuar, se encuentre con un impedimento para ejercer su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás⁵. Tal consideración resulta amplia, ambigua y poco concisa en lo que se refiere a la discapacidad, sin embargo, tal imprecisión es consecuencia de la multitud y variedad de discapacidades que existen; siendo que con este concepto pueden incluirse todas ellas. Algunos autores, como TORRES COSTAS. E, han visto esto último como un inconveniente, puesto que demandan un concepto de discapacidad y una clara diferenciación entre unas y otras variedades, pues comentan que cada una de las clases de discapacidad merece un especial y diferenciado tratamiento⁶.

Tras la celebración de la Convención de Nueva York, destaca el dato de que actualmente, tras la adaptación de la legislación española a la misma, no hay diferencia entre los términos "capacidad de obrar" y "capacidad jurídica", pues no es posible ya negar la capacidad jurídica a ninguna persona, sea cual fuere la discapacidad que sufra - así se desprende de lo plasmado en el artículo 12 de la CDPD, piedra angular del nuevo panorama, que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida, lo que

⁴ GARCIA RUBIO M.P. Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *Revista de Derecho Civil* [en línea] España, 2018, **5** (3), pp. 29-60. [consulta: 19 de abril de 2022]. ISSN 2341-2216. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/368/301>

⁵ Cfr. Art. 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁶ TORRES COSTAS, E. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran. En: LLAMAS POMBO, E. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. TORAL LARA, E. *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. España: WOLTERS KLUWER, 2021, págs. 39-40. ISBN: 978-84-19032-04-1.

abarcaría tanto la dimensión estática (capacidad jurídica), como la dimensión dinámica (la capacidad de obrar)⁷.

A este deseado punto se llegó tras gran esfuerzo por parte de dirigentes de todo el mundo, pero, sobre todo por parte de quienes sufrían -ya sea de manera directa o indirecta- las consecuencias de ver mermada su capacidad, viéndose incapaces de desenvolverse por sí mismos en la sociedad, pues hasta dicha Convención, las personas discapacitadas veían su capacidad jurídica, así como su capacidad de obrar en múltiples casos, sustituida, siendo que no podían decidir ni actuar sobre sí mismos sino con asistencia necesaria de un sustituto⁸. Es por ello que hasta el 70% del cuerpo de la CDPD se debe a las personas con discapacidad y su implicación en la negociación y redacción de sus postulados⁹.

La capacidad jurídica se convirtió entonces en un derecho innegable a toda persona, lo que implica ser titular de derechos y tener el poder para ejercitarlos; incluyendo aquí los apoyos que sean necesarios para ejercerlos de manera absoluta y eficaz, y siempre en igualdad con los demás.

2.1. Principios inspiradores

A raíz de la Convención de Nueva York, se lleva a cabo en España la reforma del Código Civil a través 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*, para terminar con las incoherencias entre las disposiciones del Código Civil y los postulados de la mencionada Convención, la cual entró en vigor en España en mayo de 2008.

Dicha reforma, con repercusión en toda la legislación, pero más concretamente en la civil y procesal, se sustenta en torno a tres principios que tratan de plasmar lo conseguido en la Convención, que no es otra cosa que, como dice literalmente el preámbulo de la reforma *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones*

⁷ LÓPEZ SAN LUIS, R. El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Revista para el Análisis del Derecho* [en línea]. España: Barcelona, 2019, pp.111-138. [consulta 29 abril]. ISSN 1698-739X. Disponible en: <https://indret.com/el-principio-de-respeto-a-la-voluntad-de-la-persona-con-discapacidad-en-la-convencion-de-nueva-york-2006-y-su-reflejo-en-el-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal/>

⁸ TORRES COSTAS, M.E. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran... cit., pág. 25.

⁹ TORRES COSTAS, M.E. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran... cit., pág. 45

de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.¹⁰ Dichos principios se desprenden del artículo 3 de la Convención de Nueva York¹¹ donde quedan establecidos los principios generales de la misma, entre los que se encuentran el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, la igualdad, el respeto por la diferencia y aceptación de las personas discapacitadas o la participación plena y efectiva de los afectados en la sociedad, entre otros.

El principio básico, sobre el que gira toda la novedosa legislación, y al cual me referiré con más detenimiento en el siguiente punto, es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyos. Sucede que la voluntad del individuo pasa a ser el punto alrededor del cual va a girar el sistema de apoyos, además de la forma y contenido que han de cobrar estos. Es decir, la importancia que antes se le daba al mejor interés del individuo, sin tener apenas en cuenta su voluntad -lo cual generaba en múltiples ocasiones abusos e injusticias para el discapacitado-, pasa a un segundo plano por detrás de la voluntad del afectado, pues esta es actualmente la que ha de primar en todo momento a la hora de tomar decisiones que conlleven brindar un apoyo a una persona necesitada del mismo¹².

Así mismo, otros principios inspiradores de la mencionada reforma de 2021, que van de la mano y se entienden mejor juntos, son los principios de necesidad y proporcionalidad de los apoyos. Junto con el respeto a la autonomía del individuo, estos principios son la base de la nueva legislación, pues se refieren a la obligatoriedad de que las medidas de apoyo que se brinden sean siempre las necesarias para el afectado, ni más ni menos de lo estrictamente preciso. Siguiendo lo dicho por GARCÍA RUBIO, M.P.¹³, se refiere el de necesidad al hecho de que las medidas no rebasen de lo necesario, y el de proporcionalidad a que sean suficientes para ejercitar su capacidad jurídica, la cual se reconoce plenamente.

La reforma se sustenta, además, sobre otros principios complementarios a los anteriores que hacen que la reforma respete y vaya de la mano con la Convención de

¹⁰ Cfr. Preámbulo Ley 8/2021

¹¹ Cfr. Art. 3 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

¹² PETIT SÁNCHEZ, M. La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Civil* [en línea]. España, 2020, **5** (3), pp.265-313. [consulta: 24 de abril de 2022]. ISSN 2341-2216. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/575/491>

¹³ GARCÍA RUBIO. M.P., Las medidas de apoyo de carácter voluntario... cit., pág. 34.

Nueva York sobre Discapacidad. Nos referimos en este apartado al principio de seguridad jurídica, así como al de igualdad y al de no discriminación¹⁴. El primero se refiere a la necesidad de evitar abusos en el ejercicio de los derechos de las personas que necesiten apoyos; en cuanto al segundo, la igualdad de las personas afectadas con los demás, así como la misma entre hombres y mujeres, que se ha convertido ya en un principio presente y fundamental en toda la legislación. En cuanto al principio de no discriminación, se presenta en relación con el de igualdad, pues no ha de discriminarse en ningún campo a una persona por el solo hecho de que esta necesite apoyos para ejercitar su capacidad jurídica, lo cual se traduce en la igualdad, en que se brinden las mismas oportunidades a unos y a otros.

Este conjunto de principios fundamentales, junto con otros proclamados en la Convención de Nueva York que quedan también plasmados de manera indirecta en la Ley 8/2021, conforman la reforma necesaria y adecuada del Código Civil, pues, como indica SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *“se reclamaba ya la actualización del Derecho Civil mediante la construcción de un derecho de discapacidad, con la consiguiente reforma integral y coordinada del Código Civil”*¹⁵.

2.2. La autonomía de la voluntad como principio fundamental en el tratamiento de la persona necesitada de apoyos

De acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Ley 8/2021¹⁶, que cita que con dicha reforma se sustituye el hasta entonces sistema en uso -donde predominaba la sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad-, por un sistema

¹⁴ Cfr. Art. 3 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en relación con los principios generales, dispone: *«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.»*

¹⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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. *Revista de Derecho Civil* [en línea]. España, 2020, 7 (5), pp. 385-428. [consulta: 25 de abril de 2022] ISSN 2341-2216. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/544/488>

¹⁶ España. 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 2021, nº 132.

en el que la regla general es el respeto a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona discapacitada, que será quien tome sus propias decisiones, con asistencia de los apoyos indispensables para ejercitar su capacidad jurídica de manera plena.

Se configura por tanto todo un sistema alrededor de la autonomía de la voluntad de la persona necesitada de apoyo, considerando como tal al poder de autorregulación de la gestión y organización de los asuntos propios, con total libertad y sin intervención de terceros. Se deja atrás la infantilización, en este caso, de los discapacitados, entre los que pueden estar las personas mayores, que llegado el punto en que pierden determinadas facultades, se ven tratados como niños, incapaces de gestionar su vida. Es en esta cuestión donde se puede apreciar el respeto que introducen tanto la Convención de 2006 de Nueva York, como la reforma nacional en materia de discapacidad, hacia la dignidad de la persona discapacitada.¹⁷

El artículo 249 del Código Civil expresa que las personas que brinden los apoyos necesarios deberán actuar siempre en consideración a los deseos, voluntades y preferencias de quien los requiera; en palabras de GARCÍA RUBIO, M.P.¹⁸, estos deseos y preferencias funcionan también como límites y directrices que han de seguir los encargados de suministrar los apoyos. Por tanto, con este objetivo y con la intención de evitar abusos por parte de quien brinda el apoyo que resulte necesario, se elimina del texto legislativo el principio del mejor interés.

Es precisamente en este punto donde se deja ver el cambio de paradigma, pues si la nueva legislación se basa en el impedimento de negar a cualquier persona su capacidad jurídica, de nada valdría tal declaración si no primaran sus deseos a la hora de ejercer la misma. Así lo expresa ARNAU MOYA, F.¹⁹ al manifestar la idea de que la desaparición del mejor interés como principio rector en cuanto a la prestación de apoyos resulta un elemento esencial de la reforma, pues sin ello no sería posible que prevaleciese la voluntad del afectado, haciendo posible la imposición de medidas de apoyo indeseadas por el sujeto a quien se le aplican.

¹⁷ PARRA LUCAN, M.^a A. *Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad. En Estudios Jurídicos Sobre La Protección de las Personas con Discapacidad*. Coord. M, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. A, LECIÑENA IBARRA. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2014. pp. 183, 184.

¹⁸ GARCÍA RUBIO. M.P, Las medidas de apoyo de carácter voluntario... cit., pág. 32.

¹⁹ ARNAU MOYA, F. Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. *Revista Boliviana de Derecho* [en línea]. Bolivia, 2022, 33, pp. 534-573. [consulta: 25 de abril de 2022] ISSN-e 2070-8157. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/8319465.pdf>

A pesar de lo dicho, es cierto que en ocasiones esa voluntad resulta difícil o imposible de conocer, pues se dan situaciones en las que es inviable que el sujeto pueda expresarla, o incluso que ni siquiera la haya formado nunca por la condición de su discapacidad (como haber nacido con ello)²⁰. Es en estos casos cuando sí podría primar el mejor interés o interés superior del individuo a la hora de concretarse las medidas de apoyo. Pero, como indica TORAL LARA, E.²¹, aun con ello se ha de buscar siempre la voluntad del individuo, de manera que se intente averiguar lo que desea, así como la forma en que quiere que se le presten los apoyos.

En definitiva, y como consagra la CDPD, todo ha de girar en torno a la voluntad del afectado, pues se le reconoce plena capacidad jurídica, y, por tanto, solo es él quien debe decidir sobre sí mismo, a pesar de necesitar para su ejercicio determinadas medidas de apoyo, siempre de manera adecuada y personalizada a las concretas circunstancias en las que se encuentre.

3. LA REFORMA DE LA LEY 8/2021

Como ya se ha comentado en párrafos anteriores, 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* tiene su origen en la necesidad de adecuación de la legislación española a la Convención de Nueva York, ya que España forma parte de la misma desde 2008 y, por tanto, es obligación, como indica el artículo 4 de la mencionada Convención, que se comprometen los Estados firmantes a afianzar e impulsar todos los DD. HH y LL. FF. de las personas con discapacidad de manera plena, sin discriminación por razón de discapacidad²². Como consecuencia, era

²⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles. En: LLAMAS POMBO, E. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. TORAL LARA, E. *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. España: WOLTERS KLUWER, 2021, págs. 64-66. ISBN: 978-84-19032-04-1.

²¹ TORAL LARA, E. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran. En: *nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. España: WOLTERS KLUWER, 2021, pág. 89. ISBN: 978-84-19032-04-1.

²² Cfr. Art. 4 de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, que, en relación con las obligaciones generales de los Estados, dispone que: «Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.»

necesario reformar la legislación para su adaptación, cumpliendo así con los objetivos incluidos en la CDPD.

De entre los muchos cambios que introduce la Ley 8/2021, se ha de destacar en estas líneas algunos que han supuesto un cambio de paradigma, donde, como ya se ha indicado más arriba, el respeto a las personas y a sus derechos fundamentales se vuelve el eje de toda la legislación, lo cual influye en las medidas que requieren las personas discapacitadas, incluyendo a los mayores, por pequeña que resulte la merma de sus capacidades.

En primer lugar, cabe mencionar que la reforma no introduce una definición como tal del término discapacidad, y se hizo así precisamente, como indica GARCÍA RUBIO, M.P.²³, por razón de la multiplicidad de discapacidades que existen, lo que conlleva que cualquier definición que se diera se quedaría corta, resultando inservible, por tanto. Además, como ya se ha mencionado, la reforma hace que la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar desaparezca, lo que se traduce en el respeto que quiere instaurar la ley hacia la capacidad jurídica, siendo que atribuye tanto la titularidad del derecho como el poder o la legitimación para ejercerlo a toda persona²⁴.

Por otro lado, comentado también en líneas previas en relación con los postulados de la Convención, desaparece el criterio del mejor interés -que antes era prioridad para tomar decisiones sobre la capacidad jurídica de una persona discapacitada o necesitada de apoyos-. El foco central de dicha toma de decisiones pasa a ser el respeto a la voluntad, preferencias y deseos del propio afectado. En conexión con ello, la reforma introduce la preferencia de adoptar medidas voluntarias sobre las formales o judiciales, pues de esta manera como se respetan plenamente los deseos del necesitado de apoyos.

Otro punto a destacar es que en la reforma se comienza a prestar atención a los aspectos personales de la persona con discapacidad, ya que hasta dicha ley se centraba casi exclusivamente en los aspectos patrimoniales, pero, tras comprobar que a las propias personas afectadas les importaba más el aspecto personal -cómo, dónde y con quien vivir, orden y limpieza del domicilio, acceso a documentos íntimos, tratamientos médicos... entre otros-, que el aspecto patrimonial, referido a aspectos más jurídicos, se

²³ GARCÍA RUBIO. M.P. La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles... Cit., pág. 54.

²⁴ GARCÍA RUBIO. M.P. La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles... Cit., pág. 56.

decidió cambiar el enfoque²⁵. Es por ello, como indica GARCÍA RUBIO, M.P., que se convierte en una atención bifronte, se atiende tanto a los aspectos personales como los patrimoniales del discapacitado²⁶.

Por último, cabe añadir en estas líneas un cambio importante que incluye esta modificación en el Código Civil, y es el hecho de que desaparece el sistema de sustitución, poniendo en su lugar un sistema de apoyos que resulta más acorde con la nueva legislación y los principios que la inspiran. Y es que, parafraseando a SÁNCHEZ GÓMEZ, A.²⁷, lo que hacía falta era buscar un nuevo sistema que superara esa tradicional limitación del ejercicio de la capacidad jurídica, que se llevaba a cabo mediante la representación legal, y no es otro sino el nuevo sistema instaurado -el denominado sistema de apoyos- el que hace valer los derechos proclamados en la CDPD.

En conexión con lo expuesto hasta ahora, desaparece también la tutela en cuanto a las personas mayores de edad y menores de edad emancipadas, ya que con ello se reemplazaba la capacidad de la persona afectada y su suficiencia para decidir sobre la misma²⁸. Es por este último motivo por el que también desaparece con la reforma la prórroga de la patria potestad y la patria potestad rehabilitada, pues, como manifiesta ARNAU MOYA, F., resultan *“figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone”*.

Gracias a la Ley 8/2021, que ha introducido las mencionadas reformas ya en nuestro Código Civil de 1889, se ha adecuando la legislación española a los presupuestos de la Convención de Nueva York, celebrada en 2006; resultando de gran repercusión para gran parte de la legislación española. Siguiendo lo dicho por GARCÍA RUBIO, M.P., se

²⁵ Preámbulo 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 (BOE 3 de junio de 2021): *“Es también relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc.–.”*

²⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles... Cit., págs. 63-64.

²⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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... Cit., pág. 400.

²⁸ ARNAU MOYA, F. Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad... Cit., pág. 547.

ha de “destacar el enorme poder de irradiación de esta reforma en el conjunto del ordenamiento jurídico”; que ha introducido modificaciones en varios textos legales españoles relacionados con el Código Civil, como pueden ser, a título de ejemplo, la LEC, la LJV, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la LPP o las leyes registrales como la LRC o la LRP, entre otras.

4. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO

Como se ha indicado, el nuevo sistema imperante en cuanto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se ha configurado como un sistema de apoyos²⁹, y este viene dado por las denominadas medidas de apoyo. Estas tratan de dar a cada persona el apoyo que necesite. Se trataría, por tanto, de un apoyo específico para la persona con discapacidad, lo cual forma parte del principio de necesidad y proporcionalidad, pues se trata de apoyos individualizados³⁰, que lo que pretenden es limitar lo mínimo posible el ejercicio de la capacidad jurídica.

Este sistema de apoyos se configura de tal manera que permite una diferenciación entre medidas judiciales, medidas voluntarias y medidas informales. Siendo que aquí nos son de más interés las informales y voluntarias, por la relación que se está estudiando entre las medidas de apoyo incluidas en la Ley 8/2021 y la vulnerabilidad de las personas mayores, por lo que las analizaremos con más detalle a continuación. Sin embargo, no está de más concretar de que tratan las demás medidas.

4.1. Medidas judiciales de apoyo

En cuanto a las medidas judiciales, relegadas al puesto de la subsidiariedad en el nuevo texto legal, resultan útiles para casos en los que no se den las medidas voluntarias o resulten insuficientes para las concretas circunstancias. Siendo que tal subsidiariedad se hace necesaria, pues ha de primar la voluntariedad de las medidas, por lo que, si se da el caso en que el incapacitado ha establecido medidas voluntarias, son estas las que tienen prevalencia sobre las judiciales, siempre que sean suficientes y adaptadas a las

²⁹ España. 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 2021, nº 132.

³⁰ TORAL LARA, E. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran. En: *nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento...* Cit., pág. 88.

necesidades del afectado³¹. Estas medidas -también denominadas medidas legales- se conforman en torno a dos instituciones; la curatela y el defensor judicial.

La curatela se da en aquellos casos en los que el incapacitado necesita un apoyo continuado. En tal caso se designa a un curador, que como han configurado la jurisprudencia³² y la nueva regulación, ha de dedicarse a acompañar y apoyar a la persona, sin necesidad de representación en el supuesto en que no resulte estrictamente necesario. Por otro lado, el defensor judicial se da cuando la persona afectada necesita apoyos puntuales, y se designa a tal defensor por la autoridad judicial, pudiendo instaurarse por distintos motivos, tales como la necesidad de un apoyo puntual, un conflicto de intereses o, simplemente, considerarla la medida oportuna para el caso concreto que se esté enjuiciando.

Puede que se eche en falta en este apartado la antigua tutela -cuyo objeto era la guarda y protección de la persona y sus bienes-, puesto que antes sí formaba parte de las medidas relacionadas con las personas discapacitadas. Pero, como se ha dicho en líneas precedentes, tras la reforma llevada a cabo la por la Ley 8/2021, la tutela deja de considerarse una medida de apoyo para las personas mayores de edad, quedando reservada únicamente a la protección de menores³³.

4.2. Medidas informales de apoyo

Conociendo la existencia de las medidas judiciales, lo que aquí nos interesa son las medidas voluntarias de apoyo, así como las mencionadas medidas informales, que se ven representadas en una única institución; la guarda de hecho, situada como medida de apoyo en el título XI del Código Civil español "*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*". Esta medida se presenta como una situación de hecho, preexistente a cualquier disposición judicial que la determine, instaurada por propia voluntad del afectado en una persona de su confianza, que supone un mecanismo de apoyo suficiente, adaptado a las circunstancias del discapacitado.

³¹ TORAL LARA, E. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran. En: *nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento...* Cit., pág. 136.

³² STS de 11 de octubre 2017.

³³ ARNAU MOYA, F. Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad... Cit., pág. 546.

4.3. Medidas voluntarias de apoyo

En cuanto a las medidas voluntarias, se incluyen entre ellas poderes preventivos, directivas anticipadas y la autocuratela. Estas suponen aquellas medidas que los discapacitados pueden determinar por sí mismos para configurar los apoyos necesarios, y es que resultan, junto con la guarda de hecho, las más idóneas para las personas que por su vejez ven menguadas, la mayoría de veces de manera progresiva, sus capacidades para desenvolverse en la sociedad que les rodea.

Los poderes preventivos se diseñan con el fin de que el afectado pueda, a través de un acto unilateral, otorgar los poderes necesarios a una persona -pudiendo ser un poder general o un poder especial-, con la finalidad de que le asista en aquello que él mismo considere necesario. Dicho poder puede ser de índole personal (por ejemplo, relativo a la salud o el domicilio), o bien de índole patrimonial³⁴. Por tanto, se trata de un mandato cuya finalidad es asistir en lo estrictamente necesario, según se establezca en el otorgamiento. Es por ello que en lo que aquí nos concierne resulta especialmente útil, pues se trata de una medida eficaz para que las personas mayores que, conforme pasa el tiempo van viendo mermadas poco a poco sus capacidades -ya sea por una enfermedad neurodegenerativa o por la simple ancianidad-, sean asistidas, de tal manera que no sientan que dejan de ser capaces, sino que se vean apoyados por tales medidas en según qué situaciones, inevitables a la hora de desarrollarse en sociedad.

En cuanto a las directivas anticipadas -o documentos de instrucciones previas-, se trata de medidas un tanto más concretas, pues son resultado de la formalización de la voluntad en cuanto a uno o varios actos jurídicos con antelación a los mismos. Es decir, son disposiciones que el discapacitado decide, transmite y formaliza de manera predeterminada a la ejecución del acto jurídico. Estas directivas se refieren, sobre todo, a cuestiones personales, dándose en más ocasiones en el ámbito de la salud-aunque también puede versar sobre temas financieros o personales, por ejemplo-. En este punto cabe decir que, aunque en todas las franjas de edad se dan enfermedades graves que pueden hacer necesario el uso de tales directivas, lo cierto es que conforme avanza la edad, es más posible sufrir algún tipo de enfermedad que entrañe la pérdida de facultades. Es por ello que resultan estas medidas eficaces para las personas mayores

³⁴ GARCIA RUBIO M.P. Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. Cit., pág. 37.

cuando sufren una enfermedad degenerativa o que suponga un menoscabo en sus atribuciones.

Por último, la autocuratela se refiere a una institución donde es el propio discapacitado el que designa la curatela, se trata, en palabras de GARCÍA RUBIO. M.P., de una "*medida voluntaria, anticipatoria o preventiva, establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad*". En este caso, a pesar de ser voluntaria, ha de intervenir la autoridad judicial, pero esta no tendrá apenas facultad para establecer quién será el curador, pues vendrá designado por quien configura su propia curatela.³⁵

En relación con el tema que aquí nos atañe, conectado con las medidas puestas a disposición de las personas mayores que ven mermadas sus facultades de manera paulatina, nos interesan especialmente las tres instituciones voluntarias, así como la única institución informal.

Así concluimos en que las recién descritas medidas -curatela y defensor judicial; poderes preventivos, directivas anticipadas y autotutela; y guarda de hecho- son todas las medidas de apoyo incluidas en la Ley 8/2021 en relación con la discapacidad de las personas mayores de edad, lo cual refleja la nueva concepción de discapacidad, así como de la capacidad jurídica. Pueden resultar, como hemos dicho, eficaces muchas de ellas para el problema de las personas mayores, cuando sufren alguna enfermedad -o no- y son incapaces de resolver por sí mismos sus asuntos, ya sean cotidianos o de mayor repercusión en la vida del necesitado de apoyos.

Es por este último punto que se hace a continuación un estudio detallado de la utilidad de las medidas voluntarias, así como de la guarda de hecho -medida informal- en relación con las personas mayores y sus necesidades, de cómo influye la nueva regulación en la protección de tal grupo vulnerable y cuáles son las más idóneas medidas para cada caso.

³⁵ GARCIA RUBIO M.P. Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. Cit., pág. 44.

5. LA VULNERABILIDAD DE LOS ANCIANOS

La tercera edad conforma en nuestro país un porcentaje relevante en relación con otras franjas de edad, como se ha comentado, tal porcentaje ronda el 21% del total de la población. Dicha tercera edad se configura a partir de los 65 años³⁶, pudiendo cambiar tal límite en un futuro debido a la mayor esperanza de vida, la cual se va acrecentando aligeradamente gracias a los progresos científicos que buscan el aumento de la longevidad del ser humano. Sin embargo, es a partir de los 80 años cuando es usual que aparezca la fragilidad propia de la cuarta edad, que conlleva el sufrimiento de situaciones desfavorables que suponen un riesgo para los que lo padecen, lo que les hace más vulnerables³⁷.

Si bien es sabido que la ancianidad no conlleva necesariamente la discapacidad ni la dependencia, es cierto que, según datos estadísticos, un 32% de los españoles mayores de 65 años sufren algún tipo de discapacidad³⁸, lo cual procede, bien de enfermedades neurodegenerativas -lo que provoca el deterioro de su salud de tal manera que dejan de valerse por sí mismos con el paso del tiempo-, bien porque la vejez misma les ha producido la discapacidad en alguna de sus variantes.

Resulta que el sufrimiento de enfermedades por parte de quienes se encuentran en la última etapa de la vida conlleva en múltiples ocasiones una situación de discapacidad o dependencia, y es por ello que, en muchas situaciones, estas personas quedan desamparadas. De igual manera sucede en casos en los que lo que se padece no es una enfermedad crónica o neurodegenerativa que haga perder casi de manera completa las facultades de la persona, sino que sucede que el transcurso del tiempo, acompañado de la vejez, conduce inevitablemente a situaciones donde se necesitan apoyos y protección³⁹.

³⁶ Organización Mundial de la Salud . [en línea]. <https://www.who.int/es>, 2022 [consulta: 22 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>

³⁷ PALACIOS GARCÍA, M.A., La cuarta edad. Derecho y ancianidad. *Ius et scientia* [en línea]. España: Sevilla, 2021, 7 (2), pp. 137-147. [consulta: 22 de mayo de 2022] ISSN 2444-8478. Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/16199>

³⁸ FERNÁNDEZ, J.L., PARAPAR, C., RUIZ, M., El envejecimiento de la población. *Lychnos* [en línea]. España, 2010, (2), pp. 6-12. [consulta: 24 de mayo de 2022] ISSN 2174-5102. Disponible en: https://fgsic.es/lychnos/es_es/articulos/envejecimiento_poblacion

³⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 20-21.

Ambos factores unidos -el envejecimiento de la población creciente y el alto porcentaje de ancianos discapacitados- hace ver el problema suscitado sobre la vulnerabilidad de las personas mayores. Dicho asunto nos hace preguntarnos si existe en nuestro panorama actual, tanto internacional, como regional y nacional, un marco normativo e institucional -como ostentan otros grupos vulnerables, tales como los niños o las mujeres-, que busque la visibilidad de tal realidad y pueda dar soluciones efectivas y apropiadas a las necesidades de un grupo con tanta importancia en nuestra sociedad.⁴⁰

Lo cierto es que tal normativa no existe a ningún nivel institucional, a excepción de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, de 15 de junio de 2015⁴¹, de la que forman parte estados americanos, pero no europeos, por lo que España no forma parte del mismo.

Es por ello, por la inexistencia de tal necesaria normativa, que el mencionado problema sobre la vulnerabilidad de las personas mayores ha de buscar soluciones en la reciente legislación sobre discapacidad tratada en este estudio⁴². Si bien es cierto que tal texto normativo no se refiere concretamente a tal grupo, si lo incluye entre las personas discapacitadas, puesto que incorpora todo tipo de discapacidades, sean consecuencia de unas u otras causas.

A pesar de ello, resulta óptima la mencionada normativa -Ley 8/2021 de apoyo a las personas con discapacidad- gracias a la reforma que generó en la legislación española, pues la inclusión en la misma de las denominadas "medidas de apoyo voluntarias", así como la nueva regulación de la guarda de hecho, favorecen la adopción de medidas adecuadas a cada caso, en esta ocasión, referidas a las personas mayores, siempre en consideración de sus deseos y preferencias, pues se trata de posibles apoyos para unos y otros casos, donde en ocasiones se precisa un apoyo prolongado y continuado, y otras puntual; unas veces se necesita un apoyo general, y otras simplemente para un acto concreto que la persona afectada por la discapacidad no sea capaz de realizar por sí solo.

⁴⁰ Fundación General CSIC. Envejecimiento, discapacidad y enfermedad. *Lychnos* [en línea]. España, 2010, (1), pp. 32-44. [consulta: 25 de mayo de 2022] ISSN 2174-5102. Disponible en: https://fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/lineaestrategica_envejecimiento

⁴¹ Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

⁴² ARROYO AMAYUELAS, A. El deterioro cognitivo de la vejez... Cit., pág. 4.

6. ANCIANIDAD Y MEDIDAS DE APOYO

Como se ha indicado recientemente, la normativa apropiada en la actualidad para tratar la cuestión de la vulnerabilidad de las personas mayores es la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se procede a hacer un análisis de cada una de las instituciones de apoyo voluntarias, del mismo modo que de la guarda de hecho, en relación con las necesidades que pueden surgir en las personas mayores por diversas causas, que los convierte en discapacitados de una u otra manera, lo cual se traduce en la necesidad de apoyos de muy diversa índole, siempre perfilados para el caso concreto.

6.1. La guarda de hecho en relación con la disminución de capacidades de las personas mayores

Profundizando en la institución informal denominada guarda de hecho, se puede decir que este mecanismo es preexistente a la reforma de 2021. A pesar de ello, es posible afirmar que se trata de una novedosa medida, pues se configura de tal manera que cohesiona con la Convención de Nueva York de 2006, dejando atrás la antigua regulación.

De entre las novedades incluidas en la Ley 8/2021, cabe destacar una diferencia importante con la antigua guarda de hecho, y es que tal institución, hasta 2021, era considerada como una situación "provisional", pues se trataba de una medida que servía para ayudar al discapacitado hasta que este obtuviera la incapacidad o la modificación de la capacidad, de tal manera que tras la sentencia, se le dotaba de alguna de las medidas hasta el momento existentes, que suponían la extinción de su capacidad jurídica⁴³. Esto era así hasta con las más mínimas discapacidades, puesto que para poder

⁴³LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., PÉREZ RAMOS, C. La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* [en línea]. Madrid, 2018, **99** (5), pp. 32-37 [consulta: 9 de junio de 2022] ISSN 1885-009X. Disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>

instaurar las medidas de apoyo era necesario incapacitar a la persona, o modificar su capacidad, a través de un proceso judicial⁴⁴.

Este mecanismo de apoyo a los discapacitados conforma una de los cambios importantes a destacar de la reforma, pues en la actualidad la guarda de hecho deja de ser una medida transitoria para pasar a conformarse como una auténtica medida de apoyo de la que pueden dotarse las personas necesitadas de apoyo el tiempo que sea necesario, siempre y cuando funcione de manera correcta y adecuada a sus circunstancias y necesidades⁴⁵.

Esto se traduce en la utilidad que supone para los casos en que las personas mayores necesitan ayuda para realizar según qué actos, en multitud de ocasiones cotidianos, pues se trata de apoyos prestados por personas de su confianza -normalmente familiares- sin necesidad de una asignación judicial. Es por ello que se considera una medida informal, puesto que viene instaurada de manera precedente a cualquier autorización judicial. Así se desprende del propio articulado que lo regula en el CC, pues su artículo 264 dice textualmente: *«No será necesaria actuación judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar»*⁴⁶.

Ahora bien, para aquellas operaciones que resulten de mayor relevancia para el discapacitado, que involucren importancia económica o personal en su ejecución, será necesario que la autoridad judicial lo permita, requiriendo para ello una resolución judicial ad hoc que autorice la realización de uno o varios actos- según dispongan las necesidades del discapacitado⁴⁷. A modo de ejemplo, a estos efectos podría referirse a actos tales como contratar un fondo de inversión al necesitado, o vender un inmueble propiedad del interesado, para lo cual se requerirá una autorización que confirme que tal

⁴⁴LECIÑENA IBARRA, A. *La guarda de hecho de las personas mayores*, Thomson Reuters, Navarra, 2015, págs. 30-31.

⁴⁵LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., PÉREZ RAMOS, C. La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021... Cit., págs. 32-37.

⁴⁶ 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 (BOE 3 de junio de 2021).

⁴⁷ TEJONERO, Macarena Ortiz. La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. *Diario La Ley*, 2022, 10053, pág. 4. Disponible en:

<https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4004/ARTICULO%20LA%20LEY.pdf>

operación puede ejercerse sin impedimento por el guardador de hecho, precisamente por la razón que apuntábamos recientemente, es decir, por comportar especial relevancia en la esfera de la persona.

Relacionando la descrita institución con la vulnerabilidad del colectivo de los mayores, resulta esta óptima, pues se puede comprobar que tal medida resolvería la mayoría de los problemas que ostentan las personas mayores con discapacidad, ya que se trata, en abundantes ocasiones de ayudas cotidianas que ofrecen los familiares a sus mayores, pues, siguiendo lo plasmado en la propia Ley 8/2021 en la exposición de motivos, *“la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”*⁴⁸. Por ello resulta eficaz, pues en una situación de tal calado, esta institución resulta suficiente, donde no es necesario inmiscuirse en un largo proceso judicial que pretenda instaurar alguna de las demás medidas de apoyo de la reforma.

Con todo ello, tratándose la guarda de hecho de una realidad social, resulta positiva la reforma llevada a cabo, pues conduce a su estabilidad, haciendo que beneficie a la sociedad en su conjunto, y más concretamente al colectivo de las personas mayores, quienes con esta institución pueden continuar con la vida que ostentaban, relegando según qué actividades de asistencia en una persona de su confianza, designada por ellos mismos, lo que, por otro lado, genera confianza en los interesados, lo cual es importante para que se sientan seguros a la hora de no poder desenvolverse por sí mismos de manera absoluta⁴⁹.

En datos estadísticos queda demostrada la eficacia de la guarda de hecho en cuanto a medida de apoyo para los discapacitados, pues desde la promulgación de la Ley 8/2021 sobre discapacidad, un 95% de las sentencias andaluzas han otorgado la guarda de

⁴⁸ 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 (BOE 3 de junio de 2021).

⁴⁹ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., PÉREZ RAMOS, C. La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021... Cit., págs. 32-37.

hecho como medida estable, y, sin embargo, solo un 5% de ellas han instaurado la curatela como medida de apoyo⁵⁰. Se comprueba de este modo que en la práctica resulta eficaz y suficiente la institución de la guarda de hecho.

6.2. Las medidas de apoyo voluntarias en previsión de la discapacidad de las personas mayores, en especial atención a los poderes preventivos

Cabe recordar en este punto que las medidas de apoyo voluntarias incluidas en la reforma de 2021 se dividen en tres instituciones: los poderes preventivos, las directivas anticipadas y, por último, la autocuratela. El legislador quiso introducirlas en la normativa española de tal manera que fueran de entre todas las medidas, las prioritarias, pues son las que fija el interesado de la manera que precise conveniente, por ello, tanto judiciales como informales procederán en caso de que estas resulten insuficientes o sean inexistentes.

Se priorizan tales medidas de conformidad con los postulados de la Convención de Nueva York sobre los derechos de los discapacitados, plasmados ahora también en la legislación de 2021 sobre discapacidad en España. Es decir, se antepone las medidas voluntarias a las judiciales para garantizar así, en el mayor número posible de casos, el respeto a la autonomía, a la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado.

De entre las tres instituciones voluntarias, analizaremos en profundidad los poderes preventivos, por resultar la más adecuada medida para aquellas personas mayores que, como consecuencia de la edad, ven menoscabadas sus capacidades cognitivas⁵¹. Sin embargo, cabe hacer alusión a las directivas o instrucciones anticipadas, así como a la autocuratela, medidas también eficaces y adecuadas puestas a disposición de los discapacitados.

⁵⁰ SANTOS URBANEJA, Fernando, 2022. Revisión de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021. En: *Editorial jurídica Sepin* [en línea]. Disponible en: <https://blog.sepin.es/2022/02/revision-sentencias-antiores-ley-8-2021/> [consulta: 11 mayo 2022]

⁵¹ TORAL LARA, E. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran. En: *nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento...* Cit., pág. 97

6.2.1. Las directivas anticipadas

Las directivas anticipadas, también denominadas documentos de instrucciones previas, a pesar de no encontrarse expresamente reguladas en la reforma de 2021, constituyen una medida voluntaria de apoyo puesta a disposición de los discapacitados - o futuros discapacitados- para que, llegado el momento de la discapacidad en que no puedan expresar su voluntad de igual manera que en tales documentos, se lleve a cabo lo plasmado en los mismos, incluyendo las cuestiones que el disponente considere necesario⁵².

La institución tratada en este punto suele ser utilizada en aquellos casos en que se prevén instrucciones para situaciones específicas, por tanto, se modelan como medidas ad hoc, pudiendo ser compatibles con otras -voluntarias o judiciales-. Se refieren, sobre todo, como se ha apuntado en párrafos anteriores, a temas de salud, pero pueden contener otras medidas relativas al ámbito personal, o de cualquier otra naturaleza si así lo dispone el discapacitado⁵³.

Es por ello que se utiliza tal institución en mayor medida en los casos en que la discapacidad viene dada por el sufrimiento de alguna enfermedad neurodegenerativa, de tal manera que, ante la previsión de la pérdida de facultades por la enfermedad, disponen diferentes asuntos en la directiva con carácter anticipatorio a tal pérdida de facultades. Así lo disponen otros textos normativos, como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que expresa en su preámbulo que con esta ley se *“refuerza y da un trato especial a la autonomía del paciente”*⁵⁴. Por tanto, una vez más, la nueva regulación concuerda con los postulados de la Convención de Nueva York de 2006 sobre derechos de los discapacitados, que como principio

⁵² TORAL LARA, E. Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil. *En: nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento...* Cit., pág. 110.

⁵³ GARCÍA RUBIO, M.P. Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio... Cit., pág. 53.

⁵⁴ Preámbulo de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su preámbulo dispone que: *«A partir de dichas premisas, la presente Ley completa las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales. En este sentido, refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado.»*

inspirador de toda su normativa tiene el respeto a la autonomía del discapacitado necesitado de apoyos.

Se refieren, con carácter general tales documentos referidos a temas de salud, a cuestiones tan importantes como los cuidados que quiere recibir una vez avanzada la enfermedad, qué tratamientos quiere recibir, si desea la eutanasia llegado un punto crítico de la enfermedad, si, una vez fallecida la persona, desea donar sus órganos...

Dicho esto, podemos concluir que las directivas anticipadas son de utilidad para casos de discapacidad en personas mayores, que por causa del sufrimiento de una enfermedad que conlleva la pérdida progresiva de facultades, necesita apoyos para ejercer plenamente su capacidad jurídica. Han de ser prestados en un documento, siempre otorgado a través de escritura pública⁵⁵ para una mayor seguridad- siendo útiles también para los casos en que van disminuyendo tales facultades por razón de la edad, pero más utilizados para casos de enfermedades-.

6.2.2. *La autocratela*

Regulada en los artículos 271 a 274 del CC, la autocratela es una institución voluntaria donde, de manera potestativa, el discapacitado dispone sus preferencias en vistas a la configuración de una curatela. Por tanto, es una declaración dirigida a la autoridad judicial, quien constituirá la curatela en caso de necesidad de un apoyo continuado, teniendo en consideración la previsión del discapacitado relativas a la misma⁵⁶. En tal asignación el disponente puede designar al curador, la exclusión de un apersona para el desempeño de tal cargo, la determinación del régimen de la curatela...⁵⁷.

⁵⁵ Artículo 255 del Código Civil, que en relación con las medidas voluntarias de apoyo establece: «Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.»

⁵⁶ TORAL LARA, E. Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil. En: *En: nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento...* Cit., págs. 120-121.

⁵⁷ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. La autocratela en el anteproyecto de ley sobre modificación del código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad. *Revista de Derecho Civil* [en línea]. España, 2018, 5 (3), pp.85-119. [consulta: 20 de junio de 2022] ISSN 2341-2216. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/372/294>

La asignación de curador por parte del discapacitado -o futuro discapacitado- ha de ser tomada en cuenta por la autoridad judicial para declarar la curatela, pero es importante tener en cuenta en este punto que tal autoridad deberá valorar la idoneidad de la persona, teniendo en consideración para ello las previsiones y prohibiciones del artículo 275 del CC⁵⁸. Fuera de tales previsiones, la autoridad judicial deberá ceñirse a la voluntad del discapacitado, declarando la curatela conforme a sus preferencias⁵⁹.

Por todo ello, es de utilidad también dicha medida en vistas a una futura discapacidad, causada por una enfermedad o por la avanzada edad, donde se prevea la necesidad de un apoyo prolongado y continuado para el discapaz.

6.2.3. *Los poderes y mandatos preventivos*

Teniendo en consideración el hecho de que el novedoso panorama sobre discapacidad busca encontrar el equilibrio entre la dignidad humana⁶⁰ y la vulnerabilidad de los más débiles dentro de nuestra sociedad, se trata de indagar en fórmulas que ayuden a los mayores a completar su capacidad, en previsión de la futura pérdida de capacidades por razón de la edad. Por lo tanto, nos centramos en este punto en aquellas discapacidades surgidas como consecuencia de la avanzada edad.

De entre la reforma civil destaca la regulación de la medida voluntaria del otorgamiento de poderes preventivos, que se regula expresamente a lo largo de los

⁵⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, su artículo 275.1 dispone, en relación al nombramiento del curador que: «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 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.»

⁵⁹ De nuevo, respeto a la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado (artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad)

⁶⁰ Se entiende en este contexto la dignidad humana como la facultad de una persona de tener su propia autonomía, ser capaz de tomar sus propias decisiones en libertad, libre de cualquier influencia (Rodrigo Tena, 2022).

artículos 256 a 262 del Código Civil español. Tales poderes se otorgan por el propio poderdante a una persona o personas designadas por él mismo, y configurando tal poder en la medida que este considere necesaria.

Se trata de un poder otorgado con vistas a la posibilidad de que, preventivamente, en caso de que en un futuro -cercano o lejano- no pueda expresar el poderdante su voluntad por razón de la disminución de sus facultades mentales, consecuencia del paso del tiempo y la inevitable vejez, pueda actuar este a través de otra persona, siempre, como se ha indicado, designada por él mismo. Por tanto, este poder permite que la persona afectada actúe bien por sí mismo -si la situación se lo permite-, o bien a través de un representante designado voluntariamente por el afectado⁶¹.

Resulta esta una institución puesta a disposición de los que se encuentran ya en la cuarta edad, resultando óptima para sus necesidades y perfilada según estimen. Es a través de esta medida de apoyo que se realiza el principio inspirador de la nueva regulación procedente de la Convención de Nueva York de 2006, el principio de autonomía de la voluntad, es decir, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada.

Profundizando en lo recién comentado, resulta que, si no fuera por la existencia de los poderes o mandatos preventivos, en los que queda plasmada la voluntad del anciano necesitado de apoyos con vistas al futuro, sería de muy difícil precisión su voluntad en un momento avanzado de la pérdida de facultades, sufrida por causa de la avanzada edad. Se evita, por tanto, acudir a la vía judicial para recabar un apoyo, sin saber con exactitud cuales hubieran sido los deseos del interesado, poniendo así en peligro la protección de los derechos humanos del afectado, pues se estaría yendo en contra de su propia voluntad y, por tanto, de su dignidad humana⁶².

⁶¹ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., 2022. Reflexiones sobre la reforma de la discapacidad. En: *Conferencia de la Academia Matritense del Notariado* [en línea]. Madrid: Colegio Notarial de Madrid [consulta: 20 junio 2022]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=unolhMppcpk&t=4514s>

⁶² NAVARRO-MICHEL, M. El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial. *Rev. bioética y derecho* [online]. España, 2019, 45, pp. 231-251, págs. 248-249. [consulta: 14 de junio de 2022] ISSN 1886-5887. Disponible en: <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n45/1886-5887-bioetica-45-00231.pdf>

- Contenido de los poderes o mandatos preventivos

Resulta idóneo entonces el otorgamiento de poderes preventivos, que, como se ha indicado en párrafos precedentes, pueden versar sobre distintos aspectos, ya sean de índole personal, ya sean de índole patrimonial. Recabando lo ya comentado, la atención de las medidas voluntarias en general, pasa de ser casi únicamente en atención a los aspectos patrimoniales, a formarse como un modelo enfocado hacia ambos aspectos -lo que habíamos denominado “*atención bifronte*”⁶³, incluso se pasa a poner el punto de mira con más intensidad en los aspectos personales de los discapacitados.

- Aspectos personales

Poniendo el punto de atención en los aspectos personales, sucede que los poderes preventivos son una herramienta para que, dadas las previsibles circunstancias de pérdida de las facultades mentales del anciano a causa de la vejez, este vaya a vivir la última etapa de su vida de la manera en que hubiera querido si se hubiese encontrado en una etapa de lucidez.

Piénsese, a modo de ejemplo, en una cuestión que está a la orden del día, y es el hecho de con quién y donde va a vivir el poderdante llegada la situación de dependencia. Esta ha de ser conforme él desee, en consonancia con el respeto a su voluntad. Piénsese en casos en que se cuestiona si ha de procederse al internamiento en geriátricos y centros residenciales para mayores de una persona mayor que no se vale ya por sí misma. Siendo conscientes de que muchas veces se lleva a cabo en contra de la voluntad del ingresado, lo cual supondría un auténtico quebranto a su dignidad, vulnerando derechos y libertades fundamentales, esenciales a la hora de respetar y proteger a un grupo vulnerable, derechos tales como la dignidad humana, la libertad y la seguridad⁶⁴, resulta de gran utilidad el otorgamiento de poderes preventivos, donde se designará de manera clara dónde desea vivir, con quién, en qué condiciones..., en vistas a que el apoderado sea quien vele por cumplir con la voluntad del poderdante, no pudiendo resolver según sus convicciones sino teniendo en cuenta los deseos del

⁶³ GARCÍA RUBIO, M.P. La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles. En: LLAMAS POMBO, E. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. TORAL LARA, E. *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento...* Cit., pág. 63.

⁶⁴ NAVARRO-MICHEL, M. El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial... Cit., págs. 4-6.

discapacitado. Cabe apuntar que, siguiendo el ejemplo aportado, solo en aquellos casos en que sea estrictamente necesario el ingreso en un centro geriátrico, podrá llevarse a cabo el internamiento involuntario, siempre y cuando se haya determinado a través de una resolución judicial.

Tras el estudio de dicho caso a modo de ejemplo, resulta diáfano comprobar que únicamente en las situaciones rigurosamente necesarias, se podrá omitir la voluntad del anciano discapaz, y siempre que exista de por medio una autorización judicial. Tal cuestión se configura así para evitar abusos por parte del apoderado, pero, sobre todo, en vistas a preservar y asegurar los derechos y libertades fundamentales de un grupo tan vulnerable como quienes están en la etapa final de la vida⁶⁵.

- Aspectos patrimoniales

Por otro lado, en cuanto a los aspectos patrimoniales del poder delegado en una o varias personas -como el disponente convenga-, también resultan múltiples los casos que se dan en la vida diaria. Se trata de aquellas gestiones de administración y disposición de los bienes⁶⁶.

A modo de ejemplo, estaríamos ante casos en que se requiere al apoderado para realizar un contrato de compraventa, o cualquier otra gestión que implique una operación económica. En este caso se trataría del otorgamiento de un poder especial, pues se trataría de un mandato concreto, para un acto determinado, englobado dentro de la esfera patrimonial del mandante. Sin embargo, también es posible otorgar un poder general, lo cual incluiría la gestión de todos los negocios del poderdante⁶⁷.

⁶⁵ GOMA LANZÓN, F. El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* [en línea]. España: Madrid, 5, 99, pp.38-41. [consulta: 19 de junio de 2022] ISSN 1885-009X. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-99/opinion/opinion/10934-el-poder-preventivo-tras-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>

⁶⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. Incapacitación y mandato... Cit., pág. 209.

⁶⁷ TORAL LARA, E. Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil. En: *nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. España: WOLTERS KLUWER, 2021, pág. 101. ISBN: 978-84-19032-04-1.

Asimismo, existirán límites, como ocurre en cuanto a los aspectos personales, pues el apoderado deberá actuar siempre en virtud de las directrices que el mandante ha establecido en los poderes otorgados, pudiendo rebasarse, también en esta ocasión, únicamente a través de una autorización judicial y por razones objetivas.

- Importancia de la inscripción de los poderes preventivos en escritura pública en previsión de asegurar los derechos fundamentales de los mayores

Siguiendo con lo establecido sobre el otorgamiento de mandatos y poderes preventivos, y en cuanto a la importancia que conllevan los mismos a la hora de proteger a los ancianos, evitando que, por razón de su vulnerabilidad, se quebrante el ejercicio efectivo de sus derechos y libertades fundamentales, es preciso traer a colación que la legislación actual ha querido introducir mecanismos de protección y control sobre el otorgamiento de poderes en previsión de la propia discapacidad.

Así, el artículo 260 del CC tras la modificación operada por la Ley 8/2021 sobre discapacidad, que figura dentro del capítulo referente a los poderes y mandatos preventivos, establece que han de otorgarse a través de escritura pública, mediante la autorización de notario⁶⁸.

Esto supone un mecanismo de protección dada la vulnerabilidad de los ancianos discapacitados, pues supone el control de los posibles abusos que pudieran darse por parte de quienes ostentan el mandato.

Por un lado, previo otorgamiento de los poderes, el notario resulta de gran eficacia y seguridad para los discapacitados, pues interviene para asesorar y ayudar al poderdante antes de otorgarlos. Así, el notario puede indicarle de manera previa las medidas de control que puede incorporar, del mismo modo que otras cuestiones como mecanismos

⁶⁸ Artículo 260 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, dispone: «*Los poderes preventivos a que se refieren los artículos anteriores habrán de otorgarse en escritura pública. El Notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante.*»

para solucionar la falta de acuerdo entre los apoderados -en caso de ser varios los designados-, nombramiento de personas designadas para distintas tareas de acciones jurídicas, o en qué formas podría darse la extinción del mandato si surgieran complicaciones⁶⁹. Asimismo, el notario deberá hacer un juicio de valor sobre la capacidad del poderdante en el momento en que designe los poderes en otra persona⁷⁰.

A posteriori, el notario supone un mecanismo de control, ya que estará al tanto de las actuaciones del apoderado, comprobando si se actúa conforme a las directrices del mandante, sin sobrepasar los límites marcados por el mismo y sin cometer abusos contra su patrimonio o persona⁷¹.

Para una mayor garantía en el otorgamiento de tales poderes, además de la necesidad de escritura pública ante notario, será necesaria la inscripción en el Registro Civil de manera inmediata, pues esto supone mayor seguridad a la hora de comprobar las características del mandato, suponiendo una mayor garantía para el poderdante anciano⁷².

Por todo lo expuesto, se concluye que tal medida es una institución eficaz para preservar los derechos de los ancianos, así como para respetar su dignidad humana, lo cual se ve reflejado en los datos estadísticos, que plasman la realidad de la sociedad, pues el número de casos donde se ven implicadas personas de la cuarta edad con disminución de capacidades mentales que otorgan poderes preventivos se ha visto incrementada notablemente, dato que refleja su utilidad y eficacia, puesto que la sociedad en su conjunto, y concretamente las personas que rodean a quienes necesitan

⁶⁹ TORAL LARA, E. Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil. En: *nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento...* Cit., pág. 107.

⁷⁰ TORAL LARA, E. Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil. En: *nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento...* Cit., pág. 105

⁷¹ TENA, R., 2022. "Envejecimiento: un enfoque jurídico y multidisciplinar". En: *Congreso Notarial 2022 [en línea]. Madrid: Colegio Notarial de Madrid*. [consulta: 17 junio 2022]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=5-nHCtD06Po>

⁷² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, su artículo 260 dispone, en relación al nombramiento del curador que: «*Los poderes preventivos a que se refieren los artículos anteriores habrán de otorgarse en escritura pública. El Notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante.*»

los apoyos, buscan el respeto y protección hacia los mismos, así como las mejores fórmulas para conseguirlo⁷³.

7. COMPARACIÓN CON DERECHOS FORALES

La CE establece en su artículo 149 las competencias exclusivas del Estado, entre las que incluye la legislación civil, sin embargo, en cuanto a esta, determina: *«sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial»*⁷⁴.

Es por ello que CC.AA. como Navarra o Cataluña ostentan legislaciones autónomas en cuanto al asunto aquí tratado, la discapacidad y su nueva regulación tras la ratificación por España en su conjunto de la Convención de Nueva York de 2006. Procedemos, por ello, se procede a hacer un breve análisis sobre las similitudes que presentan las mencionadas legislaciones con la reforma operada por la Ley 8/2021 sobre discapacidad y la forma en que se han adecuando a esta.

7.1. Navarra

La Comunidad Foral de Navarra ostenta el fuero navarro, por ello tiene la competencia para dictar leyes civiles que tengan eficacia normativa en su territorio⁷⁵.

⁷³ Según datos publicado en Escritura Pública, julio-agosto, (2018):27, el número de poderes preventivos desde 2007 se ha multiplicado por 16.

⁷⁴ Artículo 149.1.8 de la Constitución española.

⁷⁵ Preámbulo de la Ley Foral 21/2012, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, que dispone en cuanto a la legislación civil en la Comunidad Foral de Navarra que: *«La Comunidad Foral de Navarra tiene competencia exclusiva de carácter histórico en materia de Derecho Civil Foral y, consiguientemente, para su conservación, modificación y desarrollo, así como para articular las normas del proceso que se deriven de dicho derecho sustantivo en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Constitución*

Siendo así, tras la ratificación de la Convención de Nueva York sobre discapacidad por parte de España, y por la necesaria adecuación de las distintas legislaciones españolas a los postulados de la misma, Navarra está trabajando en una ley que vaya en consonancia con tales principios inspiradores de la mencionada convención.

A día de hoy Navarra no ha promulgado una ley sobre discapacidad acorde a la Convención y a la Ley 8/2021, sin embargo, existe ya un anteproyecto de ley -el Anteproyecto de Ley Foral de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos- que deja entrever cómo será la legislación en cuanto a discapacidad a partir de su promulgación.

Entre sus novedades respecto a la legislación anterior encontramos numerosas similitudes con a la Ley 8/2021 sobre discapacidad, como son la potenciación de la autonomía y la vida independiente de los discapacitados, la desaparición de la incapacitación en virtud del reconocimiento de la capacidad jurídica a toda persona, desaparición de instituciones como la tutela o la patria potestad prorrogada y rehabilitada con las personas mayores de edad, así como la instauración de un sistema de apoyos para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica por quienes sufren algún tipo de discapacidad⁷⁶.

Para comprobar si incluye dicha normativa foral alguna diferencia con la Ley española sobre discapacidad de 2021, habrá que esperar a la efectiva promulgación de la ley navarra sobre discapacidad, pero el anteproyecto apunta a una gran similitud con la nacional.

Española y en los artículos 149.1.6 y 8 de dicha norma fundamental y el artículo 48.1 y 2 de la LORAFNA. »

⁷⁶ 2022. Mayor autonomía, empleo e igualdad de oportunidades, pilares de la nueva Ley Foral de Atención a las Personas con Discapacidad de Navarra y garantía de sus Derechos. En: *navarra.es* [en línea]. Disponible en: <https://www.navarra.es/es/-/mayor-autonomia-empleo-e-igualdad-de-oportunidades-pilares-de-la-nueva-ley-foral-de-atencion-a-las-personas-con-discapacidad-de-navarra-y-garantia-de-sus-derechos> [consulta: 21 junio 2022]

7.2. Cataluña

Cataluña, al igual que Navarra, ostenta la competencia de legislación civil, así lo establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña en su artículo 129⁷⁷. Sin embargo, en Cataluña existe ya un decreto-ley adecuando su legislación autonómica tanto a la Convención de Nueva York como a la Ley 8/2021 sobre discapacidad. Se trata del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

Este decreto incluye semejanzas con la Ley 8/2021, como pueden ser postulados tan importantes en la nueva regulación como la desaparición de la incapacitación, el reconocimiento de la capacidad jurídica a toda persona, o la instauración de un sistema de apoyos en detrimento de la sustitución de la capacidad. Por otra parte, contempla algunos aspectos que llaman la atención, como es el hecho de que se eliminan del Código Civil Catalán la tutela y la patria potestad rehabilitada y prorrogada (igual que la ley nacional y la futura ley navarra), pero se excluye la curatela en cuanto a las personas mayores de edad discapacitadas. En su lugar, se mantiene el sistema de asistencia (denominado "assistència") para reemplazar las eliminadas instituciones (sistema preexistente a la Ley 8/2021)⁷⁸.

ARROYO AMAYUELAS, E.⁷⁹ expresa que este sistema de la asistencia es de gran utilidad para casos en que los mayores sufren algún tipo de discapacidad por un deterioro físico o mental. Por tanto, recabando el tema aquí tratado, el sistema de la "assistència" en Cataluña ya tenía en consideración a tal colectivo y contaba con medidas puestas a su disposición, con el fin de evitar que en tales situaciones las personas mayores fuesen incapacitadas. Se puede decir que, en este aspecto, la legislación catalana iba un paso por delante de la nacional, pues desde hace tiempo concordaba en mayor medida con los postulados de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁷⁷ Artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que en relación con el Derecho Civil establece que: «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña.»

⁷⁸ ARROYO AMAYUELAS, E. El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad... Cit., págs. 128-130.

⁷⁹ ARROYO AMAYUELAS, E. El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad... Cit., pág. 128.

8. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la nueva regulación procedente de la necesaria adecuación del Ordenamiento Jurídico español a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, se puede decir que lo más característico es el afianzamiento del respeto hacia los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de todos los individuos de la sociedad. Como se viene diciendo a lo largo del presente trabajo, el creciente respeto hacia los DD.HH se desprende principalmente de los principios inspiradores de la Convención de Nueva York, que han irradiado las normativas sobre discapacidad de aquellos países que ratificaron la convención con vistas a una armonía en dicha materia. Los derechos fundamentales se han convertido en el centro de dichos ordenamientos, lo que refleja el progreso de nuestras sociedades de manera conjunta.

Dicho respeto hacia los DD. HH Y LL. FF se ve reflejado en la necesidad de individualización de cada caso a la hora de hablar de discapacidad. Es decir, el nuevo sistema de apoyos conlleva el necesario estudio de cada situación para que le sean prestados los apoyos justos y necesarios –principios de proporcionalidad y subsidiariedad-. Tal hecho resulta imprescindible al haber dejado atrás la incapacitación, pues pensando en el colectivo en que aquí nos centramos -los ancianos con pérdida de facultades-, resulta de gran utilidad para el respeto a su dignidad y pensando en su protección y seguridad, pues ya no es necesario incapacitar a una persona para que puedan prestársele apoyos para ejercer su capacidad jurídica plenamente.

Por otro lado, y relacionado con el énfasis que se produce de los Derechos Humanos, la realidad de que desaparezca la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar resulta de gran impacto para las personas discapacitadas, quienes gracias a la reforma dejan de ver menoscabada su propia autonomía, dejando atrás desigualdades en cuanto a los demás por razón de su discapacidad, sea esta de mayor o menor porcentaje.

Acompañando la nueva regulación sobre capacidad jurídica, se instaura el aquí estudiado sistema de apoyos, fundamental a la hora de prestar apoyos a los ancianos, pues, como se ha indicado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, las nuevas medidas de apoyo resultan de gran impacto en el tratamiento de la ancianidad y su consecuente menoscabo de facultades. Se trata de medidas moldeables por ellos mismos a pesar de ser dependientes de otros en determinados aspectos jurídicos o extrajurídicos.

Con el estudio de la guarda de hecho resulta sencillo comprobar que dicha medida se convierte en una institución que facilita la protección y seguridad de los ancianos, ya que se facilita la configuración de la misma en su entorno de confianza, según sus deseos, de tal manera que el anciano puede continuar con su vida sin necesidad de un largo proceso judicial. Por otro lado, en cuanto a la incorporación de las analizadas medidas voluntarias de apoyo, tan solo el hecho de que estas instituciones se pongan por delante de las demás -judiciales e informales- a la hora de determinar los apoyos que una persona mayor con pérdida de facultades necesita; hace ver que el punto sobre el que gira toda la regulación es, una vez más, el respeto a su dignidad y la prosperidad de que finalicen la última etapa la vida según deseen -se fomenta así de nuevo el respeto a los DD. HH y a la individualización de los casos personales, en detrimento de la pérdida de la dignidad humana.

Dicho esto, cabe preguntarse si la reforma operada por la Ley 8/2021 puede considerarse una auténtica reforma, sobre todo en lo que se refiere a las personas mayores discapacitadas por razón de la edad donde ven menguadas sus capacidades. Hay quienes, en este asunto, consideran que lo único que conlleva esta reforma es un cambio de términos para calificar las mismas instituciones. Sin embargo, desde mi perspectiva, la reforma de 2021 consecuencia de la ratificación por parte de España de la CDPD, resulta un verdadero cambio de paradigma; si bien es cierto que creo que el auténtico cambio de mentalidad para nuestra sociedad ha de proceder no solo de esta reforma, sino de la adecuada interpretación que ahora recae ya sobre las autoridades judiciales, quienes teniendo en la mano la nueva regulación sobre discapacidad, son quienes poco a poco y de manera progresiva, han de hacer que la sociedad comprenda y vea adecuadamente aplicada la nueva regulación -y por tanto, nueva concepción- sobre discapacidad.

Por último, cabe decir en estas líneas que, desde mi punto de vista, a pesar de que la novedosa regulación del CC consecuencia de la promulgación de la Ley 8/2021 haya supuesto un avance significativo a la hora de prestar apoyos adecuados a las personas mayores vulnerables dependientes por su avanzada edad, es cierto que considero que es necesaria una normativa específica para un colectivo como son las personas de la cuarta edad discapacitadas.

Basta pensar en recientes acontecimientos -como la pandemia del COVID-19-, para darse cuenta de que este colectivo está desprotegido en nuestra sociedad, y aunque la nueva regulación de 2021 puede ayudar a cambiar tal realidad, una específica normativa dirigida a los ancianos, que respete íntegramente sus derechos, libertades y dignidad humana, haría que nuestra sociedad progresara, plasmando la importancia que supone este colectivo en la misma, sabiendo que tras toda una vida de esfuerzo y dedicación, quienes nos han dejado tal como es esta sociedad, sientan que se les tiene en cuenta también en la etapa final de la vida, sintiéndose valorados y protegidos por el conjunto de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F. "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad". *Revista Boliviana de Derecho* [en línea]. 2022, 33, pp. 534-573. [consulta: 25 de abril de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8319465.pdf>

ARROYO AMAYUELAS, E. "El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad". *Revista de Bioética y Derecho* [en línea]. 2019, 45, pp. 127-147. [consulta: 19 de abril de 2022]. Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000100010&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Colaboradores de Navarra.es. Mayor autonomía, empleo e igualdad de oportunidades, pilares de la nueva Ley Foral de Atención a las Personas con Discapacidad de Navarra y garantía de sus Derechos. En: *navarra.es* [en línea]. 2022 [consulta: 21 junio 2022] Disponible en: <https://www.navarra.es/es/-/mayor-autonomia-empleo-e-igualdad-de-oportunidades-pilares-de-la-nueva-ley-foral-de-atencion-a-las-personas-con-discapacidad-de-navarra-y-garantia-de-sus-derechos>

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*. Las rozas, Madrid: La Ley, 2008.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. "La autocratela en el anteproyecto de ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad". *Revista de Derecho Civil* [en línea]. 2018, 5 (3), pp. 85-119. [consulta: 20 de junio de 2022] Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/372/294>

FERNÁNDEZ, J.L., PARAPAR, C., RUIZ, M., "El envejecimiento de la población". *Lychnos* [en línea]. 2010, (2), pp. 6-12. [consulta: 24 de mayo de 2022] Disponible en: https://fgcsic.es/lychnos/es/es/articulos/envejecimiento_poblacion

Fundación General CSIC. "Envejecimiento, discapacidad y enfermedad". *Lychnos* [en línea]. 2010, (1), pp. 32-44. [consulta: 25 de mayo de 2022]. Disponible en: https://fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/lineaestrategica_envejecimiento

GARCIA RUBIO M.P. "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio". *Revista de Derecho Civil* [en línea] 2018, 5 (3), pp. 29-60. [consulta: 19 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/368/301>

GARCÍA RUBIO. M.P. "La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles". En: *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. España: WOLTERS KLUWER, 2021, pp. 49-78.

GOMA LANZÓN, F. "El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad". *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* [en línea]. 2021, 5 (99), pp.38-41. [consulta: 19 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-99/opinion/opinion/10934-el-poder-preventivo-tras-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>

Instituto Nacional de Estadística (España). INEbase [en línea]. [Madrid]: INE. Disponible en: <https://www.ine.es/prodyser/demografia UE/bloc-1c.html?lang=es>

LECIÑENA IBARRA, A. *La guarda de hecho de las personas mayores*. Navarra: Civitas, 2015.

LÓPEZ SAN LUIS, R. "El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad".

Revista para el Análisis del Derecho [en línea]. 2020, (2), pp.111-138. [consulta 29 abril]. Disponible en: <https://indret.com/el-principio-de-respeto-a-la-voluntad-de-la-persona-con-discapacidad-en-la-convencion-de-nueva-york-2006-y-su-reflejo-en-el-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal/>

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., PÉREZ RAMOS, C. "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021". *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* [en línea]. 2018, **99** (5), pp. 32-37 [consulta: 9 de junio de 2022] Disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>

MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., 2022. "Reflexiones sobre la reforma de la discapacidad". En: *Conferencia de la Academia Matritense del Notariado* [en línea]. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 10 de febrero de 2022. [consulta: 20 junio 2022]. Disponible en: <https://madrid.notariado.org/portal/-/academia-matritense-reflexiones-sobre-la-reforma-de-la-discapacidad>

NAVARRO-MICHEL, M. "El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial". *Rev. bioética y derecho* [online]. 2019, **45**, pp. 231-251. [consulta: 14 de junio de 2022]. Disponible en: <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n45/1886-5887-bioetica-45-00231.pdf>

ORTIZ TEJONERO, M. "La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021". *Diario La Ley*. 2022, (10053), pp. 1-6. Disponible en: <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4004/ARTICULO%20LA%20LEY.pdf>

PALACIOS GARCÍA, M.A., "La cuarta edad. Derecho y ancianidad". *Ius et scientia* [en línea]. 2021, **7** (2), pp. 137-147. [consulta: 22 de mayo de 2022] Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/16199/17958>

PARRA LUCAN, M.^a A. "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad". En: *Estudios Jurídicos Sobre La Protección de las Personas con Discapacidad*, (coor. M, Garcia-Ripoll Montijano. A, Leciñena Ibarra). Cizur Menor (Navarra): Thompson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 183-232.

PETIT SÁNCHEZ, M. "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad". *Revista de Derecho Civil* [en línea]. 2020, **5** (3), pp.265-313. [consulta: 24 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/575/491>

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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". *Revista de Derecho Civil* [en línea]. 2020, **7** (5), pp. 385-428. [consulta: 25 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/544/488>

SANTOS URBANEJA, F, 2022. "Revisión de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021". En: *El blog jurídico de Sepin* [en línea]. Disponible en: <https://blog.sepin.es/2022/02/revision-sentencias-antiores-ley-8-2021/> [consulta: 11 mayo 2022]

TENA ARREGUI, R., 2022. "Envejecimiento: un enfoque jurídico y multidisciplinar". En: *XII Congreso Notarial Español* [en línea]. Madrid: Colegio Notarial de Madrid. 19 de mayo de 2022. [consulta: 17 junio 2022]. Disponible en: <https://congresonotarial.com/programa/#programa>

TORAL LARA, E. "Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil". En: *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. España: WOLTERS KLUWER, 2021, pp. 135-177.

TORAL LARA, E. "Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil". En: *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. España: WOLTERS KLUWER, 2021, pp. 81-129.

TORRES COSTAS, E. "La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran". En: *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. España: WOLTERS KLUWER, 2021, pp. 17-45.