

DE LA INCAPACITACIÓN AL APOYO

Dolores Palacios González
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Oviedo
Abogada no ejerciente del ICAO

Convención de las Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 (Ratificada por España el 3 de diciembre de 2007. Entrada en vigor el 3 de mayo de 2008)

Propósito: promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente.

Personas con discapacidad: aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Dos conceptos básicos en este ámbito:

.- **ajustes razonables:** modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requiera en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de oportunidades con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

.- **apoyos** (artículo 12)

Principios Generales de la Convención (art. 3) (Recogidos en RDLegislativo 1/2003)

- a) El respeto a 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 hombre y 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.

Igual reconocimiento de la persona ante la ley

Artículo 12

- . Pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
- . Adopción de las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Igual reconocimiento de la persona ante la ley

Artículo 12

. Necesidad de salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos y asegurar el respeto a los **derechos, la voluntad y preferencias de la persona**, que no haya conflicto de intereses ni injerencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o de un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona.

(El respeto a la voluntad y preferencias de la persona es considerado el principio básico inspirador del Convenio y de la Ley 8/2011)

ANTES: La incapacitación o modificación de la capacidad

Causas: enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impide a una persona gobernarse por sí misma (art. 200 C.c.) Causa + Motivo (Fernando Santos Urbaneja): justificación de la modificación de la capacidad.

Procedimiento contencioso que terminaba por sentencia de incapacitación

El juez determinaba la extensión y los límites de la incapacitación y la situación del incapacitado: sometido a **tutela** o a **curatela**

Tutela: funciones representativas

Curatela: Asistencia o complemento de capacidad

Cuando un menor de edad incapacitado alcanzaba la mayoría de edad quedaba sometido a patria potestad prorrogada.

Cuando se incapacitaba a un mayor soltero que vivía en compañía de sus padres se rehabilitaba la patria potestad.

Medidas de apoyo para quien las necesite en el ejercicio de la capacidad jurídica: medidas voluntarias, guarda de hecho y medidas judiciales.

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.

- Finalidad: permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.
- Fundamento: Respecto a la dignidad de la persona y tutela de sus derechos fundamentales.
- Principios:
 - . Las de origen legal (guarda de hecho) o judicial (curatela y defensor judicial) solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona (disposiciones preventivas o escritura pública de autoayuda – art. 255 CC-, mandato y poderes preventivos – art. 256 y siguientes del CC: escritura pública).
 - . Necesidad y proporcionalidad (la curatela será en principio asistencial – sin sustituir la actuación y voluntad del sometido a la misma - y solo excepcionalmente tendrá carácter representativo)

Actuación de las personas que presten apoyo

- **Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera.**
- Procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias.
- Fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.
- **Excepcionalmente**, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, **las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas.**

Art. 249 CC

- **Prohibiciones:** Art. 251 CC
 - Recibir liberalidades con carácter general (hay matices en la regulación)
 - Prestar el apoyo cuando exista conflicto de intereses
 - Adquirir o transmitir bienes a título oneroso de o a la persona a la que se presta apoyo
- (Se exceptúa que en las medidas voluntarias el otorgante lo haya excluido expresamente)

La guarda de hecho

- **Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función** incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente (art. 263)
- La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente (250).

La guarda de hecho

- Cuando, excepcionalmente, se requiera **la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener autorización** judicial que se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.
- En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287.
- **No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.**
- La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

(Problema práctico: la acreditación de la guarda de hecho)

La guarda de hecho

- A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.
- Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

Medidas de apoyo judicial (curatela y defensor judicial)

- Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán **proporcionadas a las necesidades** de la persona que las precise, **respetarán siempre la máxima autonomía** de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y **atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias**.
- *Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.*
- *Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.*

La curatela

- La resolución judicial deberá establecer las actuaciones en las que haya de intervenir el curador (preferentemente asistenciales y excepcionalmente representativas)
- La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las **medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida**. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.
- *Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.*

La curatela

- Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.
- **El curador asistirá a la persona** a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias.
- **El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los relacionados en el artículo 287 del Código civil.**

La curatela

- La autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (289)
- Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los artículos anteriores, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes (290)

Nombramiento de curador

- Posibilidad de **autocuratela** (art. 271 ss.): establecer preventivamente en escritura pública quién se quiere que sea nombrado curador en su caso (o excluir una o varias personas)
- Personas que pueden ser curadoras y que no pueden serlo: art. 275 CC.
- Criterios para el nombramiento del curador: art. 276 CC
- Remoción de la curatela (art. 278 CC): por causa legal, mala actuación, problemas de convivencia, etc.
- Posibilidad de excusa del nombrado curador (art. 279)

El defensor judicial

- Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:
- 1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.
- 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.
- 3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.
- 4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.
- 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.
- Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

Artículo 295 CC

Procedimiento de PROVISIÓN DE APOYOS JUDICIALES PARA QUIEN LO NECESITE EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

1º Expediente de jurisdicción voluntaria (Ley de Jurisdicción Voluntaria)

- **Solicitud:** La propia persona, determinados familiares, el Ministerio Fiscal
- **Ajustes:** El letrado de la Administración de Justicia realizará las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el artículo 7 bis de la Ley.
- Procedimiento : **A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.** Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.

Procedimiento de **PROVISIÓN DE APOYOS JUDICIALES PARA QUIEN LO NECESITE EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

1º Expediente de jurisdicción voluntaria

- El Juez podrá recabar **informe de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector (sobre alternativas de apoyo y posibilidades de prestarlo).**
- En la comparecencia se celebrará una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien mediante su entorno social o comunitario o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.
- **Se practicarán las pruebas propuestas y admitidas** y se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas.
- Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente. En otro caso se establecerá el apoyo pertinente: **CURATELA O DEFENSOR JUDICIAL**

Procedimiento de provisión de apoyos:

2º. Procedimiento contencioso (Ley de Enjuiciamiento civil)

- La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.
- Procedimiento contencioso: Ley de enjuiciamiento civil: similar al anterior: **importancia de los informes médicos.**
- Apoyos judiciales: **CURATELA O DEFENSOR JUDICIAL**