
I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO

“Derecho, Proceso y Justicia”

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD*

Angelo Venchiarutti²¹



Sumario: 1. Introducción. – 2. La Convención ONU. El modelo social de discapacidad. – 2.1 El artículo 12: «Igual reconocimiento como persona ante la ley». – 2.2. La Observación General Primera del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. – 3. La medida de la administración de apoyo. – 3.1 La capacidad del beneficiario. – 3.2 La centralidad de la persona del beneficiario. – 3.3 Autodeterminación e intereses del beneficiario. – 3.4 Aspiraciones y necesidades del beneficiario. – 4. Algunas consideraciones tras 20 años de administración de apoyo. – 5. Una reciente reforma legislativa. – 5.1 El sistema de las «medidas de apoyo». – 5.2 Las «medidas voluntarias de apoyo». – 5.3 Los «poderes o mandatos preventivos». – 5.4. La guarda de hecho. – 5.4 La «medidas de apoyo de origen judicial». – 6. Las palabras del legislador y el papel de los jueces. – 6.1 Los principios de necesidad y proporcionalidad. – 6.2 El respeto de la voluntad y el interés superior de la persona. – 7. Algunas conclusiones.

1. Introducción

La materia de la protección jurídica de las personas con discapacidad conoció recientemente importantes cambios de paradigma en su planteamiento y en la regulación. Cambios debidos en la aprobación y en la implementación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“CDPD”) del 2006.

En esta ponencia, tras una breve descripción del contenido de la Convención de la ONU, mi intención es ilustrar y analizar las diferentes soluciones adoptadas por el legislador, las cortes y por la doctrina en algunos sistemas jurídicos. Por razones inevitables de espacio y tiempo, hay que seleccionar las realidades que voy a analizar. Pido disculpas de antemano a mis colegas de Perú y de América del Sur si sólo me ocupo de sistemas europeos.

Procederé, por ende, a examinar una realidad como la española, que recientemente ha reformado su normativa civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Luego se analizará y examinar la situación italiana y en particular la disciplina de la administración de apoyo, que el año pasado cumplió veinte años de su aprobación

* Traducción revisada por Carlos Antonio Agurto Gonzáles, profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

²¹ Profesor asociado de Derecho Civil y Privado Comparado por la Universidad de Trieste Italia, Investigador en proyectos internacionales sobre vulnerabilidad y capacidad jurídica; Autor de obras en derecho civil, comercial y de seguros.



2. La Convención ONU. El modelo social de discapacidad

La Convención ha marcado un cambio fundamental en el enfoque de la discapacidad. Se trata, en muchos aspectos, de aspectos ya bien conocidos y ampliamente analizados, no solo por la doctrina del sector. Por lo tanto, en este lugar, bastará con recordar los aspectos más relevantes

La Convención ha adoptado un modelo basado en el respeto de los derechos humanos y la dignidad de la persona (Quinn y Degener, 2002; de Lorenzo García y Palacios, 2016) fruto en particular de la combinación del modelo médico, social y de la diversidad. La Convención considera la discapacidad como el resultado de la interacción negativa entre la persona y el entorno social, y no simplemente como el resultado de un diagnóstico médico.

Esto se desprende, en primer lugar, del preámbulo de la CDPD, donde se establece, en particular, que la discapacidad es *«un concepto en evolución que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Además, el artículo 1, párrafo 2, especifica que por personas con discapacidad se entienden: *«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»*.

Por lo tanto, la Convención exige que los Estados adopten medidas destinadas a eliminar las barreras que conducen a la exclusión o marginación de las personas con discapacidad, a fin de permitirles la integración y la participación en la vida social, respetando las diferencias y aceptando a las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana.

2.1 El artículo 12: «Igual reconocimiento como persona ante la ley»

El máximo exponente del cambio de paradigma que supone en el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad y en el sistema de protección de las mismas ha sido identificado en el Artículo 12. Artículo calificado como el «corazón» de la Convención y verdadero aglutinador de todos los derechos reconocidos en la misma.

La disposición ahora mencionada consagra el derecho de las personas con discapacidad al *«igual reconocimiento ante la ley en relación a la personalidad jurídica»*.

Además, el mismo artículo impulsa sobre los Estados la obligación de reconocer la *capacidad jurídica* de las personas con discapacidad en términos igualitarios respecto a las demás en todos los aspectos de la vida, proveyendo además medidas de apoyos para la toma de decisiones, en coordinación con las salvaguardias para la prevención de abusos.

2.2 La Observación General Primera del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Decisiva para la interpretación del controvertido artículo 12 fue la primera la primera Observación general del Comité, publicada en 2014. Primera observación dedicada precisamente sobre el artículo 12.



Los aspectos más relevantes de la Observación General Primera pivotan sobre dos aspectos: el contenido normativo del artículo y las obligaciones de los Estados atendiendo a éste, cuestiones que resumimos a continuación.

Respecto al contenido normativo del artículo 12, el Comité, al referirse al § 2 del Artículo 12, el Comité no titubea y expresamente afirma que «*La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho (capacidad de obrar)*».

Por otra parte, aclara que el concepto de «*capacidad jurídica*» engloba la titularidad de los derechos y obligaciones y la *capacidad de ejercicio* de los mismos.

En tercer lugar, expone que los déficits de la *capacidad mental* nunca pueden servir para limitar o negar la *capacidad jurídica*.

Se añade que los Estados, deben establecer medidas de *apoyo* a la persona con discapacidad medidas de apoyo a las personas que las necesitan para ejercer su propia *capacidad jurídica*.

Ese apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas, variando la intensidad de aquél en función de las necesidades de la persona.

El nuevo modelo de *capacidad jurídica* ha acreditado entre los estudiosos del sector el convencimiento de que estamos asistiendo a un fundamental *cambio de paradigma* en relación a la forma en que históricamente se han comprendido y abordado los conceptos de capacidad, discapacidad, dependencia y autonomía individual.

De esta manera y de conformidad con la interpretación del Artículo 12 que patrocinó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el “Comité”), la discapacidad no constituye base suficiente para restringir la *capacidad jurídica* de una persona.

En consecuencia, toda forma de privación de la *capacidad jurídica*, así como también todos los sistemas de sustitución de la voluntad de una persona con discapacidad por la voluntad de un representante, con atribuciones más o menos amplias, se plantearía así en contraste a la mencionada norma de la Convención.

Según la opinión del Comité, compartida por una importante parte de la doctrina jurídica, sobre los Estados que forman parte de la Convención recaería la obligación de adaptar sus propios ordenamientos jurídicos nacionales a un modelo universal de *capacidad jurídica*.

Modelo según el cual la *capacidad jurídica*, que incluye la *capacidad* de ser titular de derechos y la de actuar en derecho, constituye un atributo universal de la persona. Por lo tanto, el pleno reconocimiento de la autonomía personal debe ser el valor primordial en términos jurídicos, incluso cuando de hecho la persona carezca o no tenga capacidad de decisión individual.

Aunque este no es el lugar para calificar el mérito de los argumentos a los que recurre el Comité para sostener dicha interpretación, sí cabe señalar que aquella lectura ha sido cuestionada por parte de la doctrina jurídica, incluso en lo que respecta a su valor interpretativo (Martínez de Aguirre Aldaz, 2021).

No obstante, el documento no puede ignorarse. En más de un sistema jurídico, la Observación General n.º 1 elaborada por el Comité en 2014 es tomada como referencia por el legislador en caso de reforma, o por el juez, para interpretar la normativa vigente.



3. El modelo de Italia. La medida de la administración de apoyo Analizamos por primero el modelo italiano. El sistema de protección de las personas fue parcialmente reformado con la Ley N. 6, del 9 de enero de 2004, por la que fue introducido en el texto del Código civil la «*Administración de apoyo*».

Desde el punto de vista de la arquitectura legislativa, el legislador del 2004 sigue el camino de la nueva redacción del Código Civil. Con este fin, el título XII del libro I es renombrado y reorganizado. con el encabezado «*Medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía*», el título comprende ahora dos capítulos: el primero, «*Administración de apoyo*», contiene los artículos que rigen el nuevo instituto (arts. 404-413); el segundo, «*De la interdicción, de la inhabilitación y de la incapacidad natural*», comprende las antiguas disposiciones (de las cuales solo algunas han sido parcialmente modificadas) sobre interdicción, inhabilitación e incapacidad natural (arts. 414-432).

No es este el lugar para ilustrar el texto de la ley en detalle, pero es oportuno, de cierta manera, tomando en cuenta la esencia de la reforma.

3.1 La capacidad del beneficiario

Dato característico de la nueva disciplina es que la capacidad legal es un «valor» (P. Cendon, 2009). En cuanto al aspecto de la capacidad legal, tenemos en cuenta las siguientes indicaciones normativas:

- a) en primer lugar, la locución del artículo 1 de la ley, según la cual debe alcanzarse la finalidad de tutelar, con la menor limitación posible de la capacidad de la persona;
- b) la indicación contemplada en el artículo 405 del Código Civil, según la cual el poder del administrador de apoyo se limitará a los negocios señalados específicamente en el decreto de nombramiento;
- c) al dictado mencionado en la primera parte del artículo 409 del Código Civil, cuando señala que el beneficiario conserva la capacidad de actuar respecto de todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo;
- d) la precisión a la que refiere el párrafo 2 del artículo 409 del Código Civil, el cual prevé que el beneficiario de la administración de apoyo podrá, en cualquier caso, realizar los actos necesarios para satisfacer las necesidades de la vida cotidiana;
- e) a la previsión contemplada en el párrafo 4 artículo 411 del Código Civil, que atribuye al órgano judicial la facultad de establecer que determinados efectos y limitaciones previstos por las disposiciones legales relativas a la persona incapacitada o inhabilitada, se extiendan al beneficiario de la administración de apoyo. Previsión de la cual se deduce que determinada línea de protección intensa solo actúan en el ámbito de esta cuando son activadas por el juez que lo considera apropiado para proteger la situación específica.



Con la nueva medida de apoyo se rompe la ecuación tradicional, es decir, el automatismo entre protección e incapacidad. En cambio, se afirman nuevas equivalencias diferentes a las anteriores.

Con el nuevo instrumento, por el contrario, la protección podrá ser graduada en razón, caso por caso, para las verdaderas necesidades del beneficiario, con el fin de valorar sus capacidades residuales. De este modo se evita o reduce, en la medida de lo posible, la limitación de la capacidad de ejercicio; por tanto, el objetivo es no afectar a la persona humana (Cass. civ. 10 settembre 2024, n. 24251).

Por lo tanto, los actos que no entran en el ámbito de las funciones del administrador de apoyo quedan a plena disposición del beneficiario. (Corte cost. 15 de mayo de 2019, n. 114: Venchiarutti, 2019).

El decreto por el que se nombra al administrador de apoyo, a diferencia de la sentencia de interdicción o inhabilitación, no determina un estatus de incapacidad de la persona, a quien debe conectarse automáticamente las prohibiciones y las incapacidades que el Código Civil hace derivar como consecuencias necesarias de la situación de incapacitado o inhabilitado (Corte cost. 9 de diciembre de 2005, n. 440; Cass. civ. 21 de mayo de 2018).

3.2 La centralidad de la persona del beneficiario

En la reforma de 2004, el legislador italiano se preocupó de resaltar, en varias ocasiones, la centralidad de la persona del beneficiario de la administración de apoyo.

Merece la pena mencionar más de una disposición del Código Civil. Antes recordemos cómo la finalidad de la administración de alimentos es proteger, además del patrimonio, la esfera personal del interesado y permitir, en la medida de lo posible, su desarrollo (Cass civ. 26 luglio 2018, n. 19866).

Pensemos, en primer lugar, en el artículo 404 del Código Civil, que, al definir los requisitos para la aplicabilidad de la administración de apoyo, hace referencia a la imposibilidad del sujeto de velar por sus propios *«intereses»*: una expresión cuya amplitud y carácter genérico permiten incluir aspectos tanto patrimoniales como personales.

El artículo 405, párrafo 4, del Código Civil, habilita expresamente al juez tutelar, durante el procedimiento de administración de apoyo a adoptar, si fuera necesario, medidas urgentes para *«el cuidado de la persona»*.

Además, en virtud del artículo 409, párrafo 1, del Código Civil, el administrado de apoyo *«conserva la capacidad»* para todos los actos no mencionados en el decreto de nombramiento. Cabe añadir que el juez podrá decidir la extensión al beneficiario de determinadas *«limitaciones»* teniendo en cuenta *«el interés»* del beneficiario (art. 411, párrafo 4, Código civil). Por lo tanto, según la orientación seguida constantemente por el Tribunal Supremo, todo lo que el juez tutelar, en el acto de nombramiento o en una resolución posterior, no atribuya a la competencia del administrador de apoyo, queda a la entera disposición del beneficiario (Cass. civ. 29 novembre 2006, n. 25366).

3.3 Autodeterminación e intereses del beneficiario



El principio personalista también inspira las normas destinadas a promover la autodeterminación y los intereses del beneficiario, tanto en el momento de la activación de la medida de apoyo como durante el desarrollo de la actividad de protección

También en este caso, el punto de partida es el texto del artículo 1 de la Ley nº 6/2004. El Tribunal Supremo ha extraído indicaciones valiosas sobre el funcionamiento de la medida de apoyo, tales como: i) la realización de una protección con el fin de perseguir el interés superior de la persona, sin restringir innecesariamente su libertad (Cass. civ. 10 de septiembre de 2024, n. 24251); ii) la perspectiva de una mejora de las condiciones de vida y de una mejor gestión de los intereses de la persona que se va a apoyar (Cass. civ. 29 de diciembre de 2024, n. 34854).

Otro punto fundamental es que el juez escuche a la persona interesada (Cass. civ. 31 de marzo de 2022, n. 10483). El artículo 407 establece que el juez de tutela debe *«oír personalmente a la persona a la que se refiere el procedimiento»* desplazándose, en su caso, *«al lugar donde se encuentre»*; además, el juez debe tener en cuenta *«de forma compatible con los intereses y exigencias de protección de la persona, sus necesidades y peticiones»*.

Las indicaciones de la persona interesada no son vinculantes. Sin embargo, el juez deberá tener debidamente en cuenta la voluntad contraria a la activación de la medida de administración de apoyo, cuando provenga de una persona plenamente lúcida. La decisión deberá, por lo tanto, equilibrar el respeto de la autodeterminación de la persona interesada con las necesidades de protección (Cass. civ. 10 de septiembre de 2024, n. 24251).

El Código también concede la debida importancia a las indicaciones del interesado en lo que respecta a la delicada elección del administrador de apoyo. El artículo 408 establece que la elección del administrador de apoyo que debe hacerse *«teniendo en cuenta exclusivamente el cuidado y el interés de la persona del beneficiario»*. Por otra parte, el artículo 408, párrafo 1, del Código Civil atribuye al interesado la facultad de designar al administrador de apoyo en previsión de su eventual incapacidad futura y de impartir directrices vinculantes sobre las decisiones sanitarias o terapéuticas que se le deban comunicar una vez nombrado. Solo por motivos graves podrá el juez ignorar la elección del interesado (Cass. civ. 21 de noviembre de 2023, n. 32219).

3.4 Aspiraciones y necesidades del beneficiario

Volvamos ahora nuestra atención a la actividad del administrador de apoyo. El legislador ha previsto que *«en el ejercicio de sus funciones, el administrador de apoyo tendrá en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario»*, y que *«informará puntualmente al beneficiario sobre los actos a realizar, así como al juez de tutela en caso de desacuerdo con el beneficiario»* (artículo 410 de Código civil).

La interacción entre el beneficiario y el administrador debe considerarse fundamental para el buen funcionamiento de la institución. Incluso en casos de capacidad cognitiva muy reducida, el administrador deberá tratar de valorar la «energía psíquica» residual del beneficiario. Naturalmente, dada la flexibilidad de la institución de administración de apoyo, las modalidades del diálogo entre el administrador y el beneficiario pueden variar en función



de las circunstancias del caso concreto (grado de discernimiento del beneficiario, contenido de la decisión que deba tomarse, etc.).

La determinación del criterio según el cual se aceptan o rechazan los deseos y las solicitudes del beneficiario puede resultar especialmente complicada en algunos casos. A veces puede resultar difícil conciliar valoraciones de carácter objetivo con preferencias de carácter subjetivo. En cualquier caso, deberá garantizarse el diálogo entre el administrador y el beneficiario, aunque se articule de manera diferente en función de las condiciones personales y la conducta de la persona asistida.

4. Algunas consideraciones tras 20 años de administración de apoyo

En veinte años de aplicación de la ley, la administración de apoyo ha experimentado un crecimiento impetuoso. Actualmente, en Italia hay aproximadamente 350.000 «*amministrati di sostegno*»; desde 2004, el ritmo de expansión de la protección en virtud del artículo 404 del Código Civil ha ido aumentando, en términos porcentuales, año tras año.

La administración de apoyo se aplica ampliamente en una gran variedad de casos. La lista de beneficiarios incluye ahora no solo a los enfermos mentales, en el sentido estricto de la palabra, sino en general a todos aquellos que, por razones graves, «no pueden cuidar sus propios intereses»: se trata, por ejemplo, de ancianos que no se controlan, discapacitados físicos, enfermos contingentes, víctimas de adicciones, personas con trastornos graves e invalidantes y, según algunos intérpretes, pródigos, analfabetos retornados, detenidos, personas sin vivienda, entre otros.

Para el éxito de la aplicación de la medida de la administración, es decisiva la labor de los jueces. En ausencia de una intervención del legislador para una reforma integral del sistema, han sido los tribunales los que han decretado el carácter residual de la de la interdicción y de la inhabilitación (Corte cost. 9 de diciembre de 2005, n. 440; Cass. civ. 12 de junio de 2006, n. 13584).

También hay que reconocer a la jurisprudencia el mérito de una importante labor interpretativa de la normativa vigente a la luz del contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD (entre otras, Cass. civ. 31 de marzo de 2022, n. 10483; Cass. civ. 3 de febrero de 2022, n. 3462; Cass. civ. 12 de marzo de 2025, n. 6553).

Los jueces consideran, en particular, que la estructura normativa introducida por la Ley 6/2004 es capaz de incorporar las directrices que se derivan del Convenio de Nueva York.

No obstante, se observa que algunas intervenciones legislativas podrían resultar útiles. Podría ser apropiado flanquear el instrumento de protección regulado por la Ley 6/2004 con otras formas de asistencia de naturaleza negociadora adecuadas para salvaguardar los intereses de las personas con discapacidad (por ejemplo, el mandato de apoyo). Sería necesario, por último, derogar definitivamente las instituciones de la interdicción y de la inhabilitación

5. Una reciente reforma legislativa

Entre los ordenamientos jurídicos reformados en actuación de la Convención de las Naciones Unidas, cabe destacar el sistema español. Con la Ley 8/2021, de 2 de junio, el



legislador español aportó una amplia reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Ley fue publicada en el BOE el 3 de junio de 2021 y entró en vigor el 3 de septiembre de 2021. Los criterios generales de la nueva regulación pueden resumirse del siguiente modo:

- i. el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la *incapacitación* de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse;
- ii. en lugar del sistema de *incapacitación* se pasa a un régimen de apoyo que sitúa a la persona con discapacidad en el centro, para permitirle seguir ejerciendo sus derechos en igualdad de condiciones y desarrollar su personalidad; solo en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo, este puede concretarse en la representación con la toma de decisiones (ap. III Preámbulo de la Ley 8/2021);
- iii. se pretende asegurar «medidas de salvaguarda» dirigidas a respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, y cuando, a pesar de los esfuerzos, ello no sea posible, tomar decisiones que tengan en cuenta la historia vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores.

En la base de esta opción está la voluntad del legislador español de incorporar a su legislación los principios de valor señalados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - que, en particular en su artículo 3, al señalar los principios rectores, sitúa en primer lugar precisamente la «*dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones*» de cada persona, más allá de cualquier condición de debilidad física o psíquica.

A este respecto, cabe señalar que, tras la reforma de 2021, las Cortes Generales modificaron el artículo 49 de la Constitución española (*Reforma del artículo 49 de la Constitución Española*, de 15 de febrero de 2024). El primer párrafo establece ahora: «*Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio*» (García-Cuevas Roque, 2023).

5.1. El sistema de las «medidas de apoyo»

Pasando a un análisis detallado de la reforma, cabe señalar en primer lugar cómo el cambio de paradigma queda patente en la nueva redacción del Título XI del Libro primero, ahora significativamente encabezado «*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*» (Guilarte Martín-Calero, 2021; M. Pereña Vicente, M. d. M. Heras Hernández, coord., M. Núñez Núñez, dir., 2022; M. P. García Rubio, M. J. Moro Almaraz, dir., I. Varela Castro, coord., 2022)

El título actual destaca que, en lugar de intervenciones de carácter sustitutivo, se introducen una serie de medidas de apoyo con el fin de permitir a las personas seguir ejerciendo sus derechos en condiciones de igualdad con los demás y desarrollar su personalidad



Al trazar las líneas generales del nuevo sistema, el texto del artículo 249 modificado del Código Civil (que inaugura el nuevo Título XI del Libro Primero) confirma el profundo cambio de enfoque.

El artículo establece que todas *«las medidas de apoyo»* deben tener *«por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»* y estar *«inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»*. La disposición específica a continuación que las medidas de origen legal o judicial sólo se utilizarán *«en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate»*.

En cualquier caso, todos los instrumentos para salvaguardar a las personas discapacitadas deben respetar los principios de necesidad y proporcionalidad.

Solo en casos excepcionales, la medida, cualquiera que sea su fuente, puede incluir *«funciones representativas»*. El artículo 249, párrafo 3, del Código Civil limita este tipo de soluciones a los casos en que *«pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona»*. Incluso en tales circunstancias, al ejercer funciones de este tipo, el curador habrá que tener en cuenta *«la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación»*.

En concreto, el apoyo puede declinarse con arreglo a una pluralidad de instrumentos.

El artículo 250 del *Código Civil* enumera las diversas *«medidas de apoyo»* típicas distinguiéndolas en voluntarias, informales o judiciales.

A continuación, se dedicará un examen más analítico de las mismas.

Para todas las medidas (parece oportuno anticiparlo ahora) la ley ofrece un aparato de salvaguardias legales o judiciales bastante articulado para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas que reciben el apoyo, así como para evitar y, en su caso, reprimir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de intereses.

5.2. Las «medidas voluntarias de apoyo»

En la categoría de *«medidas voluntarias de apoyo»* se incluyen todas las medidas por las que la persona con discapacidad designa a la persona que ha de prestarle apoyo e indica en qué medida (párrafo 3 del artículo 250 del Código Civil).

Precisamente por su origen, son las más adecuadas para respetar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona afectada. La nueva normativa exige que se hagan en escritura pública, que deberá comunicarse a la Oficina del Registro Civil para la oportuna inscripción en el registro individual de la persona interesada (Art. 255, párrafo 5, Código civil).

La reforma prevé así la posibilidad de establecer medidas de apoyo tanto para el presente como para el futuro (por ejemplo, en caso de demencia progresiva como la enfermedad de Alzheimer): corresponde al interesado determinar su contenido, su alcance y la persona que debe prestarle apoyo. Sin embargo, las medidas voluntarias pueden utilizarse tanto para cuestiones personales como patrimoniales.



5.3. Los «poderes o mandatos preventivos»

Dentro del ámbito de las medidas de apoyo de origen voluntario, la Ley 8/2021 contempla expresamente los «poderes o mandatos preventivos».

Las características esenciales de la nueva normativa se pueden resumir de la siguiente manera. Existen dos tipos diferentes de poderes preventivos, pero con un único régimen jurídico.

El primero, denominado «*poder continuado*» (artículo 256 del Código Civil), consiste en un poder con efecto inmediato que, gracias a una cláusula incluida por el representante, no perderá su eficacia en el momento en que el poderdante necesite apoyo para el ejercicio de su capacidad. Con este tipo de poder preventivo, el representante ejercerá los poderes que le haya conferido el representado en el ámbito y en la forma establecidos, sin solución de continuidad. En una primera fase, es decir, desde la concesión del poder hasta que el poderdante comience a necesitar apoyo, como representante ordinario; y, en una segunda fase, que comienza en el momento en que se manifiesta la necesidad de apoyo, como representante previamente designado (García Herrera, 2022).

El art. 257 del Código Civil contempla el segundo tipo de «*poderes preventivos*»: se trata de un poder preventivo en sentido estricto (o *ad cautelam*), que comenzará a surtir efecto en el momento en que se produzca la situación de necesidad de asistencia. El requisito para la eficacia del «*poder preventivo*» es, por lo tanto, la existencia de una necesidad de apoyo. El mismo artículo 257 del Código Civil remite al poderdante la determinación de las circunstancias que acreditan la realización de esa situación determinada. Para los «poderes preventivos» es necesaria la forma pública. Por lo tanto, será necesario que los notarios especifiquen en cada acto las circunstancias que condicionan la eficacia del poder (García Herrera, 2022).

5.4 La guarda de hecho.

Junto a las medidas voluntarias que ahora se mencionan, la nueva ley hace especial hincapié en la «*guarda de hecho*». Con la reforma, la figura de la «*guarda de hecho*» se transforma «en una propia institución jurídica de apoyo»: al enumerar las medidas de apoyo, el párrafo 4, art. 250 Código civil admite la guarda de hecho como «*medida informal de apoyo*». La disciplina ocupa ahora todo el capítulo III del libro primero del Código Civil (artículos 263-267) (de Verda y Beamonte, 2022; Leciñena Ibarra, 2021; Ferrer Vanrell, 2022; Díaz Pardo, 2022; López San Luis, 2022).

El refuerzo de la «*guarda de hecho*» es fruto de un proyecto de «*razonable desjudicialización*» (Santos Urbaneja, 2022). En otras palabras, solo en caso de que no exista un guardador de hecho, o cuando, en razón de las circunstancias del caso concreto, la guarda de hecho no resulte suficiente y adecuada para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad, corresponderá a la autoridad judicial adoptar las medidas de apoyo necesarias (para más detalles, véase los artículos 253, 255, § 5, 263, 269 Código civil) (Díaz Pardo, 2022).

La normativa detallada confirma la consideración contenida en el *Preámbulo de la Ley*: es decir, la circunstancia de que, en muchos casos, la persona con discapacidad cuenta con la asistencia y el apoyo adecuados para la adopción de sus decisiones y el ejercicio de su



capacidad jurídica por parte de un *guardador de hecho*. En la intención del legislador, la referencia se refiere a la persona que, de forma espontánea y habitual, presta asistencia diaria a la persona con discapacidad, en virtud de una relación de confianza y afecto mutuos: un familiar, un pariente cercano o una persona que convive con ella. También puede tratarse de alguien que no convive con la persona con discapacidad. El guardador de hecho no debe entenderse como un proveedor de servicios o un colaborador doméstico, sino como un apoyo a la persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. La intervención del guardador de hecho será susceptible de articularse tanto en el ámbito del cuidado personal como en la administración ordinaria del patrimonio de la persona con discapacidad

Por regla general, la intervención del guardador de hecho será de tipo asistencial. Será necesario que el guardador de hecho actúe de conformidad con la voluntad del asistido y que los posibles conflictos y desacuerdos entre el guardador y el interesado sean componibles. A tenor de la reforma, el *guardador* podrá, en circunstancias especiales, realizar actividades de carácter representativo. Sin embargo, para realizar actividades de carácter representativo, el guardador «*habrá de obtener la autorización*» del juez (art. 264 del Código civil). Incluso la *guarda de hecho* de tipo representativo deberá estar orientada a respetar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad: suponiendo que la ley no prevea un apoyo con representación, sino más bien una especie de apoyo restaurador de la voluntad de la persona con discapacidad (Leciñena Ibarra, 2021).

5.5 La «medidas de apoyo de origen judicial»

En coherencia con lo señalado en el Preámbulo, la ley reserva a las medidas de origen judicial un papel subsidiario respecto de las medidas voluntarias o de hecho. Según artículo 255, 5º párrafo, *Código civil*: «Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

En concreto las medidas de origen judicial son: a) la *curatela*, que se configura como una medida única de carácter flexible y polivalente, aplicable a quienes precisen apoyo de forma continuada; su extensión se determinará en la resolución judicial de activación, en armonía con la situación y las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad; b) el *defensor judicial*: medida de apoyo formal que se activará cuando se solicite apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente (Álvarez Lata, 2021).

Dado que, con la reforma, la curatela se convierte en la institución judicial de referencia en los casos en que una persona necesita apoyo continuo debido a su discapacidad, conviene aportar algunos datos específicos al respecto.

La decisión judicial indicará los actos para los que la persona con discapacidad necesita apoyo: en ningún caso supondrá la declaración de incapacidad ni la privación de derechos, ya sean personales, patrimoniales o políticos (artículo 268, 1º co., Código civil, que inaugura el Capítulo IV «*De la curatela*»). Las medidas de apoyo se revisarán periódicamente en un plazo máximo de tres años, o en casos excepcionales hasta seis años, y en todo caso ante cambios en la situación del interesado que puedan requerir su modificación.



Como regla general, la curatela tendrá carácter asistencial. Sin embargo, en casos excepcionales, el legislador español prevé que el juez pueda atribuir al curador funciones representativas (Berrocal Lanzarot, 2022). El artículo 269, párrafo 3, del Código Civil establece, en efecto, que: *«(s)ólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad»*. En consecuencia: *«(l)os actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación»*.

En cuanto a la actividad de asistencia, la ley describe por el curador tareas de simple integración de la voluntad de la persona con discapacidad a efectos de la validez de un acto o contrato. De la lectura combinada de los artículos 249, § 2, y 282 del *Código Civil* se desprende, en efecto, que, además de acompañar al interesado en el proceso de toma de decisiones *atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera»*, el curador deberá procurar *«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»*, y además esforzarse para que *«la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro»*.

Incluso el curador al que el juez haya atribuido funciones representativas deberá tener en cuenta: *«la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración»*, a fin de adoptar *«la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación»* (art. 249, § 4, *Código civil*).

6. Las palabras del legislador y el papel de los jueces

Una vez trazadas las líneas esenciales y expuestos, aunque sea de forma sintética, los contenidos de la reforma, es el momento de formular algunas evaluaciones con vistas a medir su impacto efectivo. A este respecto, parece oportuno formular una advertencia preliminar. También en la materia que nos ocupa, aunque no se puede prescindir de la contribución, entre otros, de la administración pública, los notarios, los bancos y los familiares de las personas con discapacidad, hay que considerar que son los jueces quienes llevan las riendas para llevar a cabo el cambio del nuevo paradigma imaginado por el legislador de 2021. Ya al término del trienio del período de revisión de oficio de las medidas judiciales adoptadas de conformidad con la legislación anterior (establecido por la quinta disposición transitoria de la reforma), el número de sentencias en la materia es ya bastante significativo.

6.1. Los principios de necesidad y proporcionalidad

La reforma legislativa ha sido amplia y profunda. Sin embargo, en este ámbito, el análisis no puede sino limitarse a algunas de las novedades más significativas introducidas por el nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad.

Los principios de necesidad y proporcionalidad constituyen un primer aspecto característico de la nueva normativa. El texto del último enunciado del artículo 249, párrafo 1,



del Código Civil, aludiendo a «*las medidas de apoyo*» de origen legal o judicial, proclama que «*todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad*». Por lo tanto, en la nueva partitura normativa, los dos principios están destinados a adquirir relevancia en más de un aspecto y de manera interrelacionada

En cuanto a la «*necesidad*», por un lado, más de un lema de la nueva normativa destaca que la adopción de una medida de apoyo está condicionada a la necesidad de permitir a la persona el ejercicio de su «*capacidad jurídica*» (artículos 249, § 1, y 253, § 1, Código civil). Por otra parte, la medida judicial debe ser necesaria, en relación con el principio de subsidiariedad: es decir, solo podrá activarse cuando no existan medidas voluntarias o informales que funcionen adecuadamente (véanse, en particular, los artículos 249, § 1, 250, § 1, 255, § 5, 263 y 269 del Código Civil).

Los jueces del Tribunal Supremo han demostrado plena conciencia de indicaciones de este tipo, desde las primeras sentencias en la materia. En los fundamentos de las decisiones se lee: «*las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precisa y ser proporcionadas a esta necesidad*» (STS 8 de septiembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3276).

Además, el Tribunal Supremo advierte contra las interpretaciones rígidas y descontextualizadas del último párrafo del artículo 255 del Código Civil. Por el contrario, deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, a fin de determinar si la constitución de una curatela está justificada en lugar de una guarda de hecho. En definitiva, deben adoptarse las medidas más adecuadas en cada caso (STS 20 octubre 2023, ECLI:ES:TS:2023:4212).

Además de ser necesaria, la medida de apoyo deberá ser proporcional a la persona con discapacidad, con el fin de garantizar que esta reciba el apoyo que realmente necesita. La nueva normativa articula este principio en varias disposiciones. Además de la disposición general contenida en el párrafo 1 del artículo 249 del Código Civil, basta recordar el artículo 268, § 1, del Código Civil, ya mencionado, según el cual: «*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*». El principio de proporcionalidad inspira, como ya se ha mencionado, la propia organización de la curatela. Precisamente en lo que respecta a la curatela, el Tribunal Supremo ha precisado recientemente que el juez debe evaluar las necesidades específicas de la persona, teniendo en cuenta el grado de discapacidad y su situación vital, con el fin de adoptar, teniendo en cuenta la voluntad, los deseos y las preferencias del interesado, la medida de apoyo más adecuada para esa persona y en ese momento de su vida (STS 12 junio 2024 ECLI:ES:TS: 2024:3430).

6.2. El respeto de la voluntad y el interés superior de la persona

El principio del respeto de la «*voluntad, deseos y preferencias*» constituye otro *leitmotiv* indiscutible de la reforma. Recuerdo que son principalmente dos las líneas en las que se canaliza ese intento:

i) el intento de permitir al interesado elegir las «*medidas de apoyo*» que se deben activar (como los «*poderes y mandatos preventivos*», el «*acuerdo de apoyos*» y la «*autocuratela*»); ii)



el propósito de respetar, en la aplicación de las «medidas de apoyo», los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y, en cualquier caso (cuando, a pesar de los esfuerzos, esto no haya sido posible), tomar decisiones que tengan en cuenta la historia de vida de la persona con discapacidad, sus convicciones y sus valores.

En cuanto al primer aspecto, cabe recordar que, entre la pluralidad de «medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen», la reforma privilegia de manera inequívoca las soluciones fruto de la voluntad del interesado, reservando a las medidas legales o judiciales un carácter subsidiario.

También en este ámbito, las decisiones del Tribunal Supremo ya son significativas. Pensemos en el caso de una mujer que había otorgado un poder general a dos de sus hijos con una cláusula de subsistencia en caso de discapacidad. El Tribunal Supremo consideró que debían respetarse los deseos y preferencias de la mujer y comprobó que las necesidades de asistencia estaban adecuadamente cubiertas por los hijos en el ejercicio de los poderes que les había conferido la madre. Por estos motivos confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial, por la que los jueces habían desestimado el recurso del tercer hijo dirigido a solicitar la activación de una curatela judicial (STS 4 noviembre 2024, ECLI:ES:TS:2024:5267).

Más controvertida es la cuestión relativa a la adopción de medidas judiciales de apoyo en favor de una persona que las rechaza expresamente. El Tribunal Supremo, en la primera y muy conocida sentencia (caso Dámaso) dictada tras la entrada en vigor de la reforma, consideró oportuno activar una curatela asistencial a pesar de la firme oposición del interesado. El Tribunal Supremo sentenció que, en casos de evidente necesidad de asistencia, la adopción de medidas de apoyo está justificada, incluso en contra de la voluntad del interesado. Esto se debe a que el trastorno impide al enfermo tener una conciencia clara de su situación de deterioro (en el caso concreto se trataba de una persona que padecía un grave trastorno de la personalidad: el síndrome de Diógenes). En otras palabras, los jueces han supuesto que, si no hubiera padecido el trastorno, la persona habría aceptado de buen grado una ayuda para evitar o atenuar el progresivo deterioro personal (STS 8 septiembre 2021, ECLI:ES:TS:2021:3276).

Más delicada resulta, en cambio, la activación de medidas de apoyo de tipo judicial cuando, aun en presencia de una alteración psíquica, la persona se muestra plenamente consciente de su situación, demuestra saber lo que quiere y es capaz de tomar decisiones. En caso de oposición, más de una decisión pone de manifiesto la orientación de los jueces a respetar la voluntad de la persona (Aud. Prov. Badajoz 8 octubre 2021, ECLI:ES:APBA:2021:1318; e Aud. Prov. Palma de Mallorca 17 enero 2022, ECLI:ES:APIB:2022:8).

7. Algunas conclusiones

Aunque no faltan las incertidumbres interpretativas, ya desde esta breve contribución se puede deducir que la reforma española en materia de apoyo a las personas con discapacidad está entrando progresivamente en vigor. No debe sorprender que el inicio del camino sea incierto. La reforma acaba con enfoques paternalistas seculares en nombre de los cuales, con la complicidad de actitudes inerciales, un grupo de personas quedaba excluido de la vida civil



mediante una declaración judicial de incapacidad. Se necesita tiempo para sustituir eficazmente el antiguo sistema por el nuevo.

Persisten algunas de las dudas generadas por las decisiones del legislador español. La primera de ellas es la de apartarse de la dicotomía tradicional entre «capacidad jurídica» y «capacidad de obrar». También suscita interrogantes de orden sistemático el hecho de que, aunque por regla general las personas mayores de edad puedan contratar sin ninguna limitación, el Código Civil reformado contempla la anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad «*provistas de medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar*» cuando prescinden de «*dichas medidas*» (art. 1302, 3º, Código Civil). El tema es fascinante, pero su examen debe posponerse para otra ocasión.

Bibliografía

- N. Álvarez Lata, *Del defensor judicial de la persona con discapacidad*, in C. Guilarte Martín-Calero, 2021.
- N. Álvarez Lata, coord., *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Navarra, 2022.
- I. Berrocal Lanzarot, *El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17.
- P. Cendon, *Il presidio della capacità*, en P. Cendon e R. Rossi, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, 1, Torino, 2009.
- R. de Lorenzo García, y A. Palacios, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Balance de una década de vigencia*, en L. C. Pérez Bueno y R. de Lorenzo García, dir., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia*, Madrid, 2016.
- J.R. de Verda y Beamonte, *La guarda de hecho de las personas con discapacidad*, en N. Álvarez Lata, 2022.
- G. Díaz Pardo, *Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la ley 8/2001, de 2 de junio*, en Pereña Vicente, M. d. M. Heras Hernández, coord., M. Núñez Núñez, dir., 2022.
- M.P. Ferrer Vanrell, *Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho*, en F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, M. Á. Egusquiza Balmaseda, F. López Simin, dir., 2022.
- E. García-Cuevas Roque, *Aportaciones de la jurisprudencia constitucional al ámbito de la discapacidad. especial referencia a las SSTC 3/2018 y 52/2022*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 2023.
- V. García Herrera, *Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y su articulación en torno a la figura contractual del*



- mandato*, en: M. Pereña Vicente, M.d.M. Heras Hernández, coord., M. Núñez Núñez, dir., 2022.
- M. P. García Rubio, M. J. Moro Almaraz, dir., I. Varela Castro, coord., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Madrid, 2022.
- C. Guilarte Martín-Calero, dir., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- A. Leciñena Ibarra, *Artículo 263 CC*, en C. Guilarte Martín-Calero, dir., *Comentarios a la Ley 8/2021*, 2021.
- F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, M. Á. Egusquiza Balmaseda, F. López Simin, dir., *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Madrid, 2022.
- R. López San Luis, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- C. Martínez de Aguirre Aldaz, *La Observación General Primera del Comité de los Derechos de las Personas con discapacidad ¿interpretar o corregir?* en M. Cerdeira Bravo de Mansilla, L. B. Pérez Gallardo, dir., *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Santiago (Chile), 2021.
- G. Quinn y T. Degener, *The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, United Nations New York and Geneva, 2002.
- M. Pereña Vicente, M. d. M. Heras Hernández, coord., M. Núñez Núñez, dir., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia, 2022.
- F. Santos Urbaneja, *La razonable desjudicialización de la discapacidad*, en A. Castro-Girona Martínez, F. Cabello de Alba Jurado, C. Pérez Ramos, coords., *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Vol. 1, Madrid, 2022.
- A. Venchiarutti, *Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2019.

