



---

**CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME**

---

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 29 de noviembre de 2018, por el que se ha aprobado el siguiente:

**INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD**

**I. ANTECEDENTES**

1.- Con fecha 25 de septiembre de 2018, procedente de la Secretaria de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 4 de octubre de 2018, designó Ponentes de este informe al Vocal don Juan Manuel Fernández Martínez y a la Vocal doña Pilar Sepúlveda García de la Torre.

**II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ**

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*" (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ), y a «*[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario*» (artículo 561.1, apartado 8, LOPJ).

4.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe



que se emite se centrará en el examen y alcance de las normas sustantivas con el señalado alcance y de las normas procesales que en él se incluyen específicamente.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

6.- El Anteproyecto de Ley que es objeto de informe (en lo sucesivo, AL, ALRD o el Anteproyecto) tiene por objeto llevar a cabo las reformas en la legislación sustantiva y procesal española que el prelegislador considera necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CNY, o la Convención), y en particular a las exigencias que se derivan de su artículo 12, que proclama que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

7.- Las reformas que introduce el Anteproyecto responden, por tanto, al nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones cuya titularidad sirve para definir su capacidad jurídica y su capacidad de obrar.

8.- Esta nueva configuración de la discapacidad y de su régimen jurídico conduce, ante todo, a modificar, en el plano sustantivo, el régimen de la incapacitación y de las instituciones tutelares que se contienen en el Título IX y en el Título X, respectivamente, del Código Civil (CC). Pero



evidentemente, por más que constituya el núcleo de la reforma, la propuesta no se agota en tales modificaciones, sino que el nuevo paradigma de la discapacidad se proyecta, en diferente grado –y más allá de cuestiones meramente nominales y terminológicas-, sobre amplios sectores del ordenamiento jurídico civil, alcanzando a las normas de conflicto del sistema autónomo de derecho internacional privado (artículos 9.6 y 10.8 CC), a las normas sobre nacionalidad (artículos 15.1, 20.2, 21.3 y 22.2 CC), a determinados aspectos del derecho de familia (régimen de nulidad, separación y divorcio, filiación, patria potestad, prodigalidad, emancipación y régimen económico matrimonial), a la posesión y a diversos aspectos del derecho sucesorio, al régimen de capacidad y validez contractual, a la nulidad, anulabilidad y rescisión de los contratos, a determinadas figuras contractuales y, en fin, al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual de los discapacitados.

9.- Al mismo tiempo, la reforma proyectada tiene reflejo en el sistema registral español, tanto en la legislación de Registro Civil, en lo relativo al acceso y publicidad registral de los hechos, actos y resoluciones que conforman el régimen de autogobierno y el sistema de apoyos de las personas con discapacidad, como en la legislación hipotecaria, respecto de aquellos hechos, actos y resoluciones de contenido patrimonial y de trascendencia real que afectan a las personas con discapacidad.

10.- E ineludiblemente incide en la legislación procesal, en particular en la regulación de los procesos sobre capacidad de las personas y la provisión de los cargos tutelares, contenida tanto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) como en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), para acomodarla al nuevo modelo sobre el que se edifica el régimen jurídico-civil de la discapacidad, que prescinde de la declaración judicial de incapacidad, total o parcial, y de la modificación judicial de la capacidad, así como de la regulación de las figuras tutelares conforme a un sistema de sustitución y de representación de la persona con discapacidad, para articular un sistema procesal de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica y de su capacidad de obrar sobre la base de respetar y asegurar en el mayor grado posible su autogobierno.

11.- Y alcanza, en fin, a la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en los artículos 118.1ª y 120.1ª del Código Penal, en los términos que se analizaran en las Consideraciones Particulares de este informe.

12.- Atendido su objeto y contenido, el examen del texto proyectado que ha de abordarse en el presente informe ha de recaer sobre aquellos aspectos



de la regulación propuesta que tienen una naturaleza netamente procesal o que se encuentran vinculados, en mayor o menor medida, al ejercicio de la función jurisdiccional; lo que, desde luego, se observa con nitidez en la vertiente procesal de la reforma proyectada, pero también en aquellos aspectos que, sin perjuicio de situarse en el ámbito del derecho material o sustantivo, se ven entrecruzados por el ejercicio de la función jurisdiccional, bien directamente por determinarse en la norma el carácter y el alcance de la intervención judicial, bien de forma indirecta o refleja por derivarse de ella efectos, principalmente registrales y de publicidad, que completan la configuración del régimen de autogobierno y de asistencia al discapacitado en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar en condiciones de igualdad. Y de manera igualmente ineludible habrán de abordarse las modificaciones propuestas en el Código Penal, por ser un imperativo derivado del artículo 561.1-8ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### **III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

13.- El Anteproyecto de Ley consta de cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

14.- El artículo primero, con sesenta y tres apartados, modifica el Código Civil. El artículo segundo, con seis apartados, modifica la Ley Hipotecaria. El artículo tercero, con catorce apartados, hace lo propio con la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo cuarto, que consta de nueve apartados, reforma la Ley de Registro Civil. Y finalmente, el artículo quinto, que se estructura en diez apartados, modifica la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

### **IV. CONSIDERACIONES GENERALES**

#### **I**

15.- Conforme se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto y en la Memoria –extensa- de Impacto Normativo (MAIN) que lo acompaña, la reforma proyectada pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la CNY y a su Protocolo Facultativo, cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones 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 (artículo 1 CNY).



16.- La Convención y su Protocolo Facultativo son fruto de un largo proceso en el que intervinieron diversos y diferentes agentes, entre los que tuvieron un destacado papel las organizaciones institucionales, gubernamentales y no gubernamentales de personas con discapacidad y sus familias, que participaron bajo la premisa y el amparo del conocido enunciado "*nada de la discapacidad sin la discapacidad*". La Asamblea General de las Naciones Unidas elaboró una norma que, a través de los correspondientes instrumentos de ratificación del texto de la Convención y de su Protocolo Facultativo, fuera jurídicamente vinculante para los Estados parte, articulando un sistema de regulación de la discapacidad con vocación de generalidad que la sitúa indiscutiblemente en el marco de los derechos humanos y constituye un cambio de paradigma en la consideración y tratamiento de la discapacidad, bajo lo que se ha llamado "*modelo de la diversidad*", en el que se pasa de la generalidad (derechos humanos inherentes a toda persona) a la especialidad (derechos humanos de las personas con discapacidad), en un examen de conciencia internacional acerca del problema que representa la desatención de las personas con discapacidad y su inclusión social. Este cambio de paradigma comporta la consideración de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social, acogiendo por tanto un modelo "*social*" de la discapacidad, que la concibe como el resultado de un conjunto complejo de condiciones y circunstancias, originadas o agravadas en gran medida por el entorno social, con abandono, por tanto, del tradicional modelo "*médico o rehabilitador*".

17.- En el plano normativo, la CNY y su Protocolo se conciben como instrumentos que no se encuentran circunscritos al simple enunciado de principios meramente programáticos, sino que, a través de su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante el depósito de los oportunos instrumentos de ratificación, se configuran como normas jurídicamente vinculantes para los Estados miembros, sin perjuicio de las necesarias reformas que deban introducirse en los ordenamientos nacionales para acomodarlos al espíritu y al propio texto de la Convención.

18.- Ciertamente es que la comunidad internacional cuenta desde 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 2 proclama la titularidad de los derechos y las libertades fundamentales sin condición y distinción alguna, y cuyo artículo 7 proclama el derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación, en tanto que su artículo 22 declara el derecho de toda persona a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad. También el Pacto Internacional de Derechos



Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 reafirma los principios de igualdad, de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad. Y en similar orientación se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también de 16 de diciembre de 1966 (y en vigor, como el anterior, desde el 23 de marzo de 1976), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y la Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990. Y también en esa mismo plano se encuentran, si bien en otro ámbito, el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982) y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993).

19.- No obstante la preexistencia de este marco jurídico general, la CNY responde a la necesidad de dotar a la comunidad internacional de un marco normativo, más allá del meramente enunciator de principios, que específicamente concrete estos principios en un catálogo de preceptos que configuren un diseño del régimen jurídico de la discapacidad desde el presupuesto de la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, desde luego, pero también en el ejercicio de su capacidad de obrar, con una vocación de generalidad y de armonización normativa a través de la recepción de las disposiciones de la Convención en los ordenamientos internos de los Estados parte.

20.- El marco constitucional español habilita sobradamente dicha recepción, tanto material como formalmente. El artículo 14 declara, como es sabido, la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El artículo 49 ofrece, por su parte, cobertura a la ejecución de políticas activas de integración de discapacitados, al establecer que «*[L]os poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la*



*atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».*

21.- Formalmente, la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico interno se produjo una vez se hubo depositado el instrumento de ratificación y cumplida la exigencia de publicación en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1 CE y en el artículo 1.5 CC.

22.- Como es sabido, España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de ese momento la Convención pasó a formar parte del ordenamiento jurídico español, con plena eficacia y aplicabilidad directa y con carácter vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución, el artículo 1.5 del Código Civil, y los artículos 28, 29, 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

23.- Por su parte, la Unión Europea aprobó la Convención por Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 (Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, DO L 23/35, de 27.1.2010). Debe recordarse que la Unión Europea ha mantenido un compromiso activo con la elaboración de la Convención desde el primer momento, del que es buena muestra el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 26 de marzo de 2003, sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (COM(2003) 16 final, Diario Oficial nº C 133 de 6 de junio de 2003).

24.- Las disposiciones convencionales presentan, por consiguiente, una doble virtualidad. Por una parte, la CNY constituye el instrumento normativo que acrisola los principios fundamentales del régimen de discapacidad que operan, ya no solo como elemento hermenéutico en la aplicación de las disposiciones nacionales que conforman el marco protector de los derechos y libertades fundamentales (ex artículo 10.2 CE), referidos ahora a las personas con discapacidad, sino como normas con eficacia directa, integrándose en el ordenamiento positivo español. Estos principios parten de reafirmar desde el Preámbulo de la Convención la universalidad, la



indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación. Parten también del reconocimiento de la discapacidad como un concepto que evoluciona y 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. Asimismo, se reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y del valor inherentes al ser humano, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad, y su plena participación, tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas; al tiempo que se afirma la diversidad de las personas con discapacidad y la importancia que para ellas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

25.- Sobre la base de estos principios, el objetivo de la Convención consiste en «[p]romover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»; incluyendo bajo el concepto de "*personas con discapacidad*" a todas «[a]quellas 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» (artículo 1 CNY).

26.- El artículo 3 enumera los principios generales de la Convención. Estos son, coherentemente con los anunciados en su Preámbulo, los siguientes:

- «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 niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad».

27.- Para la efectividad de estos principios, la Convención (artículo 4) impone a los Estados parte un conjunto de obligaciones que, en su enunciación general, consisten en el compromiso en asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por razón de ella, y en particular –y en lo que ahora interesa- en el compromiso en «[A]doptar todas las medidas legislativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención» (artículo 4.1a); «[T]omar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad» (artículo 4.1b); «[T]ener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad» (artículo 4.1c); «[A]bstenerse de actos y prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella» (artículo 4.1 d); y «[P]romover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos» (artículo 4.1i). Y con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte se comprometen «a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional» (artículo 4.2).

28.- Esta enumeración de principios se complementa con el de igualdad y no discriminación, que se enuncia en el artículo 5 en los siguientes términos:

«1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad



protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

(...)».

29.- Entendiéndose por ajustes razonables «[l]as modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (artículo 2, quinto párrafo).

30.- Estas obligaciones generales, que se orientan a la consecución de la plena efectividad de los principios que proclama la Convención, se complementan con otras vinculadas a la efectividad de los derechos de carácter material que se declaran en el artículo 12, de especial significación por cuanto de él trae causa mediata el Anteproyecto que es objeto de informe, y que, bajo el epígrafe "*Igual reconocimiento como persona ante la ley*", proclama el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica (apartado primero), y la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida (apartado segundo); imponiendo a los Estados Partes la obligación de adoptar «[l]as medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado tercero), y asegurar «[q]ue en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia 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 un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. (...)».



31.- Junto con estos derechos de carácter material, que inciden en el pleno reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica de los discapacitados, el artículo 13, como inherente a dicho reconocimiento, proclama el derecho a la justicia de las personas con discapacidad «[e]n igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares» (apartado primero); y a tal fin, «[l]os Estados Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario» (apartado segundo).

## II

32.- Tras la ratificación y publicación de la Convención, el legislador español había acometido la reforma de ciertos aspectos del régimen jurídico de la discapacidad, particularmente en lo relativo al tratamiento registral y a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, y había anunciado una reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación para su adaptación a las previsiones de la CNY. En la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se preveía, bajo la rúbrica "*Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*", que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, «[q]ue pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar», para su adaptación a las previsiones de la CNY.

33.- El legislador, por lo tanto, se hacía ya entonces eco de la necesidad de adaptar el régimen legal, sustantivo y procesal, de la incapacidad a los requerimientos de la Convención, y de acometer las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo tal adaptación.

34.- En esa línea, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 se aprobó el informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la CNY, fruto del cual fue el Proyecto



de Ley de adaptación normativa a la Convención, aprobado el 17 de diciembre de 2010, por el que se modificaban, entre otras disposiciones, distintos artículos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que fue seguido del borrador del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de apoyo a menores y de personas con capacidad modificada judicialmente.

35.- En este borrador ya se esbozaban las líneas básicas de la reforma en materia de capacidad que en gran medida han cristalizado en el Anteproyecto de Ley que ahora se informa, con algunas variaciones. Además de proponer las necesarias modificaciones terminológicas, sustituyendo los términos *“incapacidad”* e *“incapacitación”* por los de *“modificación judicial de la capacidad”* y *“persona con capacidad modificada judicialmente”*, se adoptaba con carácter general el modelo de medidas de apoyo, manteniendo el sistema de representación y sustitución con carácter subsidiario y residual. Se restringía, además, la figura de la incapacitación a las situaciones en las que no fuera posible conocer la voluntad de la persona afectada debido a una discapacidad persistente que le impidiese autogobernarse, y se incidía en la necesidad de que las medidas de apoyo adoptadas fueran proporcionales y adecuadas a las circunstancias y necesidades individuales de las personas afectadas. Al mismo tiempo, se introducía la figura del defensor provisional para aquellos casos en los que, sin concurrir causa de modificación de la capacidad, se daba en el afectado una imposibilidad temporal por razón de trastorno físico o psíquico para cuidar de sus intereses, al tiempo que se preveía un nuevo procedimiento de modificación de la capacidad y designación de la figura de apoyo en consonancia con el nuevo sistema propuesto.

36.- Este proceso de elaboración normativa se ha visto jalonado por promulgación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que modificó numerosas leyes para acomodarlas al contenido del instrumento internacional. Interesa ahora destacar que en su Disposición adicional séptima, introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley en respuesta a las aspiraciones de las asociaciones más representativas de personas con discapacidad [fruto de la enmienda nº 19ª del Grupo Popular en el Senado (BOCG-Senado, de 5 de julio de 2011)], se establecía lo siguiente:



«[E]l Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que la precisen».

37.- Ya en el Informe previo que precedió a la Ley 26/2011 se había puesto de manifiesto la necesidad de adaptar el ordenamiento nacional a los postulados de los artículos 12 (igualdad en el reconocimiento de los discapacitados como personas ante la ley), 13 (igualdad de acceso a la justicia) y 23 (respeto al hogar y la familia y a la igualdad de trato en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia y la paternidad) de la Convención, y, por consiguiente, la necesidad de acometer las modificaciones pertinentes en aquellos textos legales sobre los que los señalados preceptos de la Convención y sus principios inspiradores tenían impacto, entre los cuales se encontraba el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Registro Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley del Notariado e incluso el Código Penal. En particular, se incidía en la necesidad de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no estuviesen en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses fuese la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumplierse los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Y se insistía en la obligación, impuesta desde la Convención, de garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, en que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y las medidas de protección establecidas en su beneficio se articularasen tomando en consideración sus deseos y preferencias.

38.- El proceso de adaptación del ordenamiento jurídico español a los principios y postulados de la CNY, abierto por la Ley 26/2011, continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGPD); con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; y, en



fin, con la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1999, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación sin exclusiones de las personas con discapacidad en esta institución.

39.- Cabe mencionar también en este proceso la reforma del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que, en su redacción actual, dispone que carecen de derecho de sufragio:

- «b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.
- c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio».

40.- Y añade:

«2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente».

41.- En la fecha de elaboración del presente informe dicho artículo ha sido objeto de revisión en trámite parlamentario a fin de reconocer a las personas con discapacidad el derecho de sufragio, a lo que ya se había adelantado la jurisprudencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo [cfr. SSTS 421/2013, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3441), 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168), 181/2016, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1163), y 373/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2573)].

42.- El proceso adaptativo del ordenamiento interno culmina, hasta el presente, con el Anteproyecto de Ley que se ha sometido a informe de este órgano constitucional, cuyo eje principal, como se ha anunciado, es la modificación del sistema de incapacidad e incapacitación y de las instituciones tutelares y de apoyo regulado en los Títulos IX y X del Código Civil, y la modificación de las normas procesales que se contienen en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LEC, relativo a los procesos sobre capacidad de las personas (artículos 756 a 763, incluidos ambos), y en los



Capítulos IV, V y VI del Título II de la LJV, relativos a la tutela, la curatela y la guarda de hecho, a la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad y a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, respectivamente.

### **III**

43.- La Ley proyectada, en su vocación de adaptar plenamente las normas nacionales a los requerimientos que se derivan de los principios y de las disposiciones de la Convención, fundamentalmente de su artículo 12, modifica en profundidad el régimen de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad que se contiene en los Títulos IX y X del Libro I del CC.

44.- La reforma, como se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, tiene como guía la plena consecución del principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica y la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de discapacidad, y el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, principios que tienen su encaje constitucional en los artículos 14 y 10 de la CE, respectivamente; y a los que se añaden, también como elementos inspiradores de la reforma que provienen de los principios rectores de la Convención, el respeto a la tutela de los derechos y libertades fundamentales y a la libre voluntad de las personas con discapacidad, así como la necesaria observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

45.- Este nuevo paradigma en el tratamiento de las personas con discapacidad descansa sobre la consideración de estas como verdaderos sujetos titulares de derechos (y obligaciones), y por tanto, como sujetos aptos para la titularidad de tales derechos (y obligaciones) en que se resume la capacidad jurídica, lo que no es sino consecuencia ineludible del reconocimiento de la personalidad jurídica y de su libre desarrollo en condiciones de igualdad y conforme a la dignidad inherente a todas las personas.

46.- El sistema que establece el prelegislador se encuentra por tanto vinculado al respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. La regulación de la discapacidad en la esfera civil y procesal civil que se impone desde la Convención enraiza con el pleno



reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, y como consustancial a tal reconocimiento, el de su capacidad jurídica, así como el reconocimiento del pleno ejercicio de sus derechos, esto es, de la capacidad de obrar, en condiciones de igualdad y sin discriminación. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, entendida como el reconocimiento por el Derecho de la existencia y esencia de la persona y de su aptitud para ser sujeto, activo y pasivo, de relaciones jurídicas –es decir, de la aptitud en abstracto para ser titular de derechos y obligaciones concretos- es inherente al reconocimiento de la personalidad de las personas afectadas por una discapacidad, como cualidad jurídica que se adquiere con el nacimiento y se prolonga hasta el fallecimiento de la persona. Consustancial al reconocimiento de la personalidad jurídica es el reconocimiento de la capacidad jurídica, entendida, en su acepción tradicional, como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, titularidad que ha de predicarse de toda persona por el hecho de gozar de personalidad jurídica.

47.- Pero la lectura de la Convención conduce –e impulsa al prelegislador en el texto proyectado- a la unificación bajo un mismo concepto de dos rasgos de la personalidad jurídica que hasta ahora han estado bien diferenciados: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, entendida esta última como la aptitud, no ya para ser titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, sino para el ejercicio de dichos derechos y obligaciones, y, por tanto, para realizar actos y negocios jurídicos con plena eficacia.

48.- Esta disociación entre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas físicas, si bien es concebible en otras esferas y ámbitos del Derecho –la minoría de edad o los supuestos de inhabilitación del concursado, por ejemplo-, no lo es, en cambio, cuando se trata de personas con discapacidad, por cuanto no se compadece bien con el reconocimiento de su plena personalidad jurídica, con el respeto de la dignidad inherente a la misma y con el respeto del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos sin discriminación por razón de la discapacidad. Son estos principios, insertados en aquellos que inspiran la protección de los derechos humanos, los que conducen a una indefectible identificación de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en la configuración del régimen legal de la discapacidad que se deriva de los postulados de la CNY.

49.- De la exégesis que un importante sector de la doctrina ha hecho de la Convención y de los requerimientos que de ella se derivan –y que se confirman por las recomendaciones que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha dirigido a los Estados Parte en sus





dictámenes sobre la adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos a las disposiciones de la Convención- se concluye que esta impone la adecuación y, en su caso, la revisión de los sistemas legales nacionales al menos en los siguientes aspectos: i) la consagración y reafirmación del reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad; ii) el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de las personas y en todos los aspectos de la vida; iii) la revisión de los sistemas jurídicos que restringen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; iv) el establecimiento, como único admisible, de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de asistencia en su ejercicio; v) el cambio de paradigma en el tratamiento de las instituciones tutelares y de guarda legal, con el abandono de los sistemas de declaración judicial de modificación de la capacidad y de guarda legal asentados sobre la base de la suspensión, total o parcial, de la capacidad de obrar del discapacitado y de la representación –total o parcial- del mismo, para dejar paso a sistemas basados en el autogobierno, con el establecimiento puntual y taxativo de las medidas de apoyo y asistencia, en los que los supuestos de suspensión de la capacidad de obrar y la representación del discapacitados sean excepcionales; y vi) la adopción de salvaguardas como garantía para el funcionamiento adecuado y regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre y en todo caso en el respeto de la voluntad del discapacitado y en sus preferencias, y que deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona con discapacidad, y sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

50.- Esta es, precisamente, la lectura que el prelegislador, a partir de la propuesta que ha formulado la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, ha hecho del texto de la Convención y de sus requerimientos. A ella ha coadyuvado, sin duda, el tenor de las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre España, aprobadas en su 62ª sesión del 23 de septiembre de 2011 (CRPD/C/ESP/CO/1), que, en lo que se refiere a la adaptación del ordenamiento español a las disposiciones del artículo 12 de la Convención, y a la vista del plazo establecido en la Disposición final 7ª de la Ley 26/2011, declara que «[P]reocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica»; y continúa: «[E]l Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en



la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes». Y en sus Observaciones de 2014, el Comité de expertos postula una interpretación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad comprensiva, no solo de la titularidad de los derechos, sino también de su legitimación – aptitud- para ejercitarlos.

51.- El sistema que propugna el texto proyectado se sintetiza en el abandono de la declaración judicial de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad, incompatible con el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica –y de obrar- de las personas con discapacidad, desapareciendo los términos “incapaz” e “incapacitación” del acervo jurídico. La incapacidad, entendida como ausencia de la capacidad jurídica y de obrar, solo se concibe respecto de los menores de edad, y por consiguiente, la institución tutelar únicamente se contempla con relación a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad. Coherentemente, desaparece la figura de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad. El juicio sobre la capacidad persiste, pero no para la declaración judicial de la modificación de la capacidad, sino para, en función de su resultado, y en atención a las circunstancias concurrentes, establecer el régimen de guarda legal adecuado y las medidas de apoyo precisas para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, así como las medidas de salvaguardia adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento regular de las medidas de apoyo; es decir, lo que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha dado en llamar *“la confección del traje a medida para la persona con discapacidad”*. Paralelamente, la curatela se erige como el sistema de guarda legal adecuado para los casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente y adecuada para la persona con discapacidad –es decir, medidas de autogobierno, como los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho y el defensor judicial-, pero se desnuda a la figura de su carácter representativo, que solo se mantiene de forma excepcional. Se prioriza, por tanto, el autogobierno, la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, y su voluntad, deseos y preferencias. De este modo, cobran especial virtualidad las medidas preventivas –los poderes y mandatos preventivos-, las medidas de autoorganización de la guarda legal, incluida la autocuratela –que ocupa el lugar de la autotutela-, y la guarda de hecho, que pasa a ser una genuina institución jurídica de apoyo sin el revestimiento de una



investidura judicial formal, fuera de los casos en los que se requiera la sustitución y representación de la persona con discapacidad.

52.- Como es natural, la incidencia de este nuevo sistema irradia hacia diferentes ámbitos, figuras e instituciones jurídicas. No solo se proyecta sobre los procesos judiciales sobre modificación de la capacidad y provisión de los sistemas de guarda legal, sino que, sin salir del ámbito sustantivo, afecta al régimen de la representación, al mandato, a la capacidad de transmitir y de administrar los bienes, a la capacidad para ejercer derechos y deberes de familia, al matrimonio, a la filiación, a la patria potestad, a la adopción, así como a la capacidad de donar y de testar, a diversas figuras e instituciones del régimen de sucesión *mortis causa*, y al régimen de responsabilidad contractual y extracontractual.

#### IV

53.- Conviene, llegado este punto, detenerse en el análisis del tratamiento que ofrece el derecho comparado de los sistemas de guarda legal de las personas con discapacidad y del modo en que los distintos legisladores nacionales han entendido los requerimientos derivados de la CNY y la necesidad de adaptar sus respectivos ordenamientos internos a sus postulados, así como las distintas respuestas que los Estados parte han dado a las observaciones que al respecto les ha dirigido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

54.- En el régimen de la capacidad jurídica y de obrar ,y de la incapacitación y protección –asistencia- de los adultos del derecho alemán – que recoge como principios constitucionales la intangibilidad de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949)-, la reforma operada por la Ley de Asistencia de 1992 tuvo por objeto desactivar la incapacitación regulada en los parágrafos 104, 105 y 106 del Código Civil y la subsiguiente provisión de la tutela (§ 1898 y 1990 BGB) para configurar el sistema de protección de los adultos en torno a la curatela, ahora denominada “*asistencia*”, con funciones representativas – pero limitadas- del asistido; el cual, sin embargo, conserva su capacidad natural en la medida en que pueda gestionar sus asuntos de manera tan eficaz como lo haría el asistente (§ 1896 BGB). Al mismo tiempo, se acentúa el derecho de autodeterminación del asistido y la subsidiaridad de la representación del asistente, limitada a aquellos casos y funciones en los que fuera precisa, con reserva del consentimiento del asistido, y en tanto que este no pueda realizarlos por sí mismo, o puedan llevarse a cabo



mediante otras medidas (apoderamientos preventivos de protección, específicamente), y siempre conforme a sus deseos y aspiraciones (§§ 1901 y 1903 BGB).

55.- Con la primera reforma de la Ley de Asistencia se reforzó la autonomía del mayor de edad y el respeto a su libre voluntad, estableciéndose la interdicción del nombramiento de un asistente legal contra la libre voluntad del mayor de edad (§ 1896 BGB) y determinando *ex lege* la extensión de la asistencia y los deberes del asistente [§1901 BGB: «(1) La asistencia legal comprende todas las actuaciones que son necesarias para cuidar legalmente de los asuntos del asistido, de acuerdo con las disposiciones siguientes (...)»]. Al mismo tiempo, y dada su utilidad para reducir los costes de la protección de los adultos, se potenciaron las figuras de los poderes y mandatos preventivos.

56.- En una segunda reforma de la Ley de Asistencia (2005), además de modificarse las disposiciones relativas a la remuneración de los asistentes, se fomentó de nuevo la figura del apoderamiento preventivo, abriendo la posibilidad de registrarlo y ofreciendo ayudas al apoderado para ejercer sus poderes. Y en una tercera reforma (que entró en vigor en el año 2009) se introdujeron diversas disposiciones sobre voluntades anticipadas e instrucciones previas.

57.- Tanto en el memorando del Gobierno federal de 8 de noviembre de 2008, elaborado con la ley que incorporó al derecho interno la Convención, como en el informe inicial al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 15 de junio de 2011, se concluía, en esencia, que el derecho alemán se mostraba conforme con las exigencias de la Convención, en particular con las derivadas de su artículo 12, y no se veía necesaria la actuación del legislador para adecuar el ordenamiento interno a las disposiciones del instrumento internacional. Los trabajos de reforma llevados a cabo desde entonces se orientaron, con un carácter eminentemente práctico, a corregir las estructuras asistenciales con el fin de limitar el número de asistencias, reforzando fundamentalmente la subsidiariedad respecto de las otras ayudas mencionadas en el §1896 BGB, y reforzando al mismo tiempo las funciones de la Oficina de asistencia, que entró en vigor en julio de 2014, la cual debe informar al juzgado de asistencias –su consulta es obligatoria– acerca de la disponibilidad de otras ayudas en evitación de la designación de un asistente. Las orientaciones actuales se dirigen a la mejora de la calidad de la asistencia, en particular respecto de las asistencias “*profesionales*” que permite el §1897.6 BGB –si bien en defecto de asistencias legales no retribuidas–, sobre la base del



resultado del estudio elaborado por el Ministerio de Justicia sobre calidad de la asistencia jurídica ("*Qualität in der rechtlichen Betreuung 2015-2107*").

58.- Las reformas introducidas en el Código Civil suizo en 2008 –vigentes desde 2013- tuvieron por objeto potenciar el principio de autodeterminación y de proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo (artículos 388 y 389), y, coherentemente, sustituir las figuras de la tutela y la curatela (reguladas en los artículos 369 y 392 del Código Civil de 1912) y unificarlas en un solo instrumento, también llamado ahora curatela, que puede ser de acompañamiento, sin efectos sobre la capacidad de las personas ("*amministrazione di sostegno*", artículo 393 del Código Civil), de representación, en la que es posible, pero no obligatoria, la limitación de la capacidad ("*curatela di rappresentanza*", artículos 394 y 395 del Código Civil), y de cooperación, en la que exige en consentimiento del curador ("*curatela di cooperazione*", artículo 396 del Código Civil), estando prevista la combinación de todos estos tipos de curatela (artículo 397). Y sobre todas ellas, se contempla una curatela general (artículo 398), que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales y deroga la capacidad de obrar de la persona, la cual se prevé para los casos de limitación o ausencia de discernimiento permanente.

59.- En Suiza la Convención entró en vigor en mayo de 2014. Al igual que sucedió en Alemania, tanto en la ley de incorporación del instrumento internacional como en el informe inicial de junio de 2016 se consideró que las disposiciones del Código Civil eran conformes con la Convención, en particular con las exigencias que se derivan de su artículo 12. No obstante, en la doctrina suiza se ha abierto recientemente el debate acerca de si el derecho a la protección de adultos es realmente conforme a la Convención, atendiendo al hecho –relevante- de que, según esa misma doctrina, la curatela de acompañamiento no comprende en rigor ayudas o apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, sino más bien ayudas de carácter social.

60.- En el derecho austriaco, la reforma del Ordenamiento sobre la incapacitación (*Entmündigungsordnung*) de 1916 tuvo lugar en el año 1984, incorporando en el Código Civil el régimen sobre protección de adultos, que eliminó la tradicional incapacitación total y parcial para reforzar la figura de la curatela ("*Sachwalterschaft*"), cuyo ámbito de funciones puede adaptarse a las necesidades de cada persona, el cual mantiene una capacidad de obrar limitada.



61.- En la reforma introducida en el año 2006 se acentuó, no obstante, el carácter subsidiario de la curatela respecto de otras ayudas para potenciar la autonomía y autogobierno del adulto, y se incorporaron disposiciones sobre el mandato y los poderes preventivos, al tiempo que se introdujo – con una palmaria finalidad de reducir costes asistenciales- la representación legal por el cónyuge o los parientes cercanos.

62.- La CNY se introdujo en Austria en el año 2008. En sus Observaciones finales de 2013, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad criticó duramente el sistema y el régimen de protección austriaco, por ser anticuado y no estar en sintonía con las disposiciones del artículo 12 de la Convención; por lo que, poniendo el énfasis en la limitación automática de la capacidad de obrar como consecuencia de la curatela, recomendó reemplazar la sustitución en la toma de decisiones por el apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad, y velar más por que las personas con discapacidad tengan acceso a mecanismos de apoyo a la toma de decisiones, sin quedar sujetas a tutela.

63.- En la actualidad, y como resultado de tales recomendaciones, está en curso una reforma legislativa que tiene como eje central la abolición de la limitación automática de la capacidad de obrar, al tiempo que se persigue potenciar los mandatos preventivos y la representación *ex lege* por parientes –esta última sobre la base de la presunta voluntad de la persona protegida-, y, junto a estas figuras y la curatela, articular la del “representante elegido” (“*gewählter Erwachsenenvertreter*”), con funciones limitadas. Paralelamente, se incide en la regulación de las asociaciones tutelares, a quienes se atribuye la trascendental función del “*clearing*” –la búsqueda de otros apoyos antes de disponer la curatela-, de forma similar a las que tienen las Oficinas de protección de adultos en Alemania.

64.- En el derecho francés, tras las reformas introducidas en el Código Civil en los años 2005 (ley de 11 de febrero de 2005), 2007 (Ley de 5 de marzo de 2007) y 2015 (Ordenanza de 15 de octubre de 2015), el sistema de guarda legal se articula en torno a las figuras de la tutela, la curatela, el defensor judicial (*sauvagarde de justice*) y la habilitación familiar (*habilitation familiale*), en sus dos modalidades: la habilitación entre esposos o conyugal (art. 219 del Código Civil), y la habilitación familiar propiamente dicha (artículos 494.1 a 494.12 del Código Civil).

65.- Habida cuenta del rigor con el que el Comité de expertos extrae las consecuencias del artículo 12 de la Convención, y del rigor de sus observaciones y recomendaciones en orden a concluir sobre la adecuación



de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a las disposiciones de la Convención, y toda vez que las figuras de la tutela y la curatela mantienen en el derecho francés las trazas características de estos institutos -si bien referidos ya a la discapacidad y no a la incapacidad, término que ha sido sustituido por el de "*vulnerabilité*", y más recientemente, por el de "*hándicap*", a los efectos de la definición contenida en el artículo 425 del Código Civil-, el punto de mira ha de situarse en las figuras del defensor judicial y de la habilitación familiar.

66.- Tal como se configura la primera en los artículos 433 a 439 del Código Civil, se trata de una medida de carácter temporal prevista para dotar de asistencia a la persona que sufre una alteración pasajera de sus facultades, y mientras la sufre. Este mantiene, por tanto, su capacidad jurídica, lo que permite considerar que se trata de una medida de protección conciliable con los requerimientos de la Convención; consideración esta que, sin embargo, se empaña cuando el asistido ha otorgado poderes preventivos, generales o especiales, que se antepongan conforme a la voluntad del poderdante a la designación del defensor judicial.

67.- No cabe decir lo mismo, sin embargo, de la habilitación familiar regulada en los artículos 494.1 a 494.12, introducidos por la Ordenanza de 15 de octubre de 2015, en vigor desde el primero de enero de 2016. Se trata en esencia de una medida prevista para situaciones de alteración médicamente constatada de las facultades que afectan a la expresión de la voluntad de un miembro de la familia, y que permite a los otros miembros asegurar la protección de aquel miembro que se encuentra en situación de vulnerabilidad, confiriendo a los habilitados, bien facultades de representación generales, bien facultades representativas limitadas, siempre con una duración no superior a diez años. Se trata, por tanto, de un mecanismo propiamente de sustitución, y no de asistencia, de la persona vulnerable o con discapacidad, lo que puede entrar en colisión con los principios y postulados de la Convención.

68.- La doctrina científica francesa, sin embargo, predica la conciliación del régimen de protección de las personas con discapacidad y los requerimientos de la Convención, no obstante las situaciones de representación y sustitución que se contemplan legalmente, desde un entendimiento general, y no meramente puntual, del sistema de guarda y apoyos que establece el vigente Código Civil; el cual, desde la reforma operada por la ley de 5 de marzo de 2007, ha sometido el sistema de medidas y de apoyos a los principios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad e individualización, y al respeto de las libertades, los



derechos fundamentales y la dignidad de la persona (artículo 415 del Código Civil).

69.- También el Gobierno italiano ha sido objeto de las observaciones críticas y de las recomendaciones del Comité de Naciones Unidas acerca de la necesidad de adaptar el ordenamiento interno a las exigencias que se derivan de la Convención, y en particular de su artículo 12. El Comité de expertos ha manifestado su preocupación sobre la utilización de mecanismos de sustitución en la toma de decisiones. Como consecuencia de ello, la propuesta de ley nº 1985/2016 aboga por una reforma radical del régimen de protección de las personas discapacitadas, que pasa por la supresión de los institutos de la interdicción o incapacidad y la inhabilitación, en línea también con la consolidada orientación de la jurisprudencia, y por el reforzamiento del instituto del *"amministrazione di sostegno"* como instrumento de protección con carácter general, modificando el Capítulo II del Título XII del Libro primero del Código Civil, que actualmente lleva el título *"Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità natural"*, y que con la reforma pasará a intitularse *"Della incapacità natural"*.

70.- En Portugal, la Ley 49/2018, de 14 de agosto, ha regulado el régimen jurídico del adulto asistido o acompañado, eliminando las instituciones de la incapacitación y la inhabilitación, y llevando a cabo las pertinentes modificaciones en el Código Civil y en la legislación procesal. En particular, el nuevo artículo 138 del Código Civil regula la medida del acompañamiento disponiendo que «[E]l mayor imposibilitado por razones de salud, deficiencia o por su comportamiento, de ejercer plena, personal y conscientemente, sus derechos, o en los mismos términos, de cumplir sus deberes, se beneficia de las medidas de acompañamiento previstas en este Código».

## V

71.- Tras este somero análisis del derecho comparado, es conveniente abordar la manera en que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha interpretado el sistema legal español de protección de las personas con discapacidad a la luz de la Convención, como elemento para comprobar la compatibilidad del sistema vigente con los requerimientos que se derivan de ella, y para examinar la necesidad de su reforma; lo que ha de servir de pie de apoyo para analizar la justificación de la propuesta por el prelegislador y las posibles alternativas al sistema





proyectado, a la vista de aquellos requerimientos y de la interpretación jurisprudencial.

72.- La STS (Pleno) 282/2009, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2362), la primera que se hizo eco del impacto de la Convención sobre el sistema legal de protección de los discapacitados, atiende, en primer término, a los diferentes problemas que aquejan a los grupos de personas con discapacidad: *«[P]uede tratarse de personas dependientes, que solo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar de diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación, y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no solo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE»*.

73.- La sentencia destaca en su análisis el derecho al reconocimiento de la dignidad de la persona que se deriva del artículo 10 CE: *«[E]n consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor que debe ser tutelado por el legislador y por el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento»*.

74.- Para la Sala, la integración del régimen vigente de protección con los principios de la Convención es posible, siempre que aquel se interprete como un sistema de protección: *«[L]a privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección»*. Para que funcionen los sistemas de protección la situación de falta de capacidad, entendida en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir, una estabilidad que influya sobre la idoneidad para desarrollar de forma adecuada y libre la responsabilidad: lo que comporta a) que puedan producirse una variedad de posibles hipótesis caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la



mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. *«[P]or ello hay que afirmar que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De aquí que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado».*

75.- La Sala destaca la conformidad del sistema legal con los valores constitucionales partiendo de que los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular, y de que una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Se han de leer conjuntamente la CE y la Convención para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, de forma que *«[l]a insuficiencia mental, para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y solo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida en que sea necesario para su protección»; y «[n]o es argumento para considerar esta institución [con referencia a la incapacitación] como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico (...) se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de una persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad».* En este mismo sentido se pronuncian las SSTS 716/2015, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:205:5438), 289/2017, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901), 597/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923) y 62/2018, de 7 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:310).



76.- En particular, la Sala ha venido afirmando que el sistema de apoyos, que en nuestro Derecho está integrado por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, deben interpretarse conforme a los principios de la Convención: *«[E]n consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo sus concretas y particulares circunstancias»* (STS 298/2017, de 16 de mayo, cit.).

77.- Por otra parte, la misma jurisprudencia ha declarado que las causas de incapacitación también deben ser interpretadas de acuerdo con la Convención, y ha incidido en la graduación de la incapacidad y en una concepción abierta de las causas de incapacitación: *«[D]e este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (...) "el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada"»* [STS 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168), con cita de otras anteriores].

78.- En esta idea del juicio de incapacidad como una valoración concreta y particularizada de cada persona, y de la sentencia de incapacitación como un *"traje a medida"*, se encuentra también en las SSTs 341/2014, de 1 de julio (cit.), 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945), 557/2015, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4283), 373/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2573), y 552/2017, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3535).

79.- En particular, la STS 373/2016 (cit.) señala que para que funcionen los sistemas de protección *«[s]e hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (...)»*.



80.- Y continúa: *«[S]e trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida (...) que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones».*

81.- Para concluir: *«[E]llo exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones».*

82.- También la naturaleza del juicio de incapacitación, la prueba, su tratamiento legal, los principios dispositivo y de aportación de parte, la discrecionalidad del juez a la hora de valorar la prueba, así como el reflejo de su valoración en la motivación de la sentencia, han de ser interpretados a la luz de los principios de la Convención. El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, *«[q]ue es lo que, generalmente, caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica»* [STS 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945)].

83.- La necesidad de confeccionar el "traje a medida", y que el confeccionado sea el adecuado (cfr. STS 552/2017, de 11 de octubre, cit.), determina el rigor de la práctica de la prueba de examen o reconocimiento de la persona, de la audiencia de los parientes más próximos y de la emisión de los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de la demanda, pruebas que deberán ser acordadas incluso de oficio tanto en la primera como en la segunda instancia [artículo 759.1 y 3 LEC, y STS 597/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923)].



84.- Al mismo tiempo, y en la misma línea de interpretar el sistema legal de protección conforme a los principios de la Convención, la Sala ha delimitado el carácter y contenido de las medidas de guarda legal en orden a establecer la procedencia de una u otra, en función del grado, pronóstico, reversibilidad y de las demás circunstancias que se den en la afectación que sufre la persona con discapacidad, y en particular la esfera de autonomía personal de la que disfrute.

85.- De este modo, se ha reservado la tutela para la incapacitación total, en tanto que la curatela, que se concibe en términos más flexibles, se destina para las incapacitaciones parciales, si bien la jurisprudencia, en la línea marcada por los principios de la Convención, se viene inclinando por esta última, dejando aquella para los casos en que se aprecie una limitación total del alcance de la capacidad (cfr. STS 69/2018, de 7 de febrero, cit.), en el entendido de que en el Código Civil la curatela no se circunscribe expresamente a la asistencia en la esfera patrimonial, sino que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 289 CC, pueden atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal; lo que, por lo demás, es conforme a la jurisprudencia según la cual *«[e]l curador no supe la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, que no tiene que ser específicamente de naturaleza patrimonial»* [STS 341/2014, de 1 de julio (cit.), con cita de la 995/1991, de 31 de diciembre).

86.- Esta configuración de la curatela como medida de carácter asistencial, antes que representativa, es singularmente relevante en orden a interpretar el sistema de protección de las personas discapacitadas conforme a los principios de la Convención: *«[E]n puridad –dice la STS 341/2014, de 1 de julio-, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es esta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan solo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye la representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado»*.



87.- Paralelamente, la Sala Primera ha destacado la relevancia de la voluntad de la persona afectada por la discapacidad en punto a la determinación del sistema de guarda legal procedente, y en particular, de la autotutela a la que se refieren los artículos 223 y 234 CC. Sobre este particular, la Sala ha incidido en la necesidad de atender a la voluntad de la persona afectada, manifestada con anterioridad a la afectación, si bien el juez puede prescindir de ella si el beneficio e interés superior del discapacitado así lo exigiera, y de forma motivada [cfr. SSTS 504/2012, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5676), y 552/2017, de 11 de octubre (cit.), entre otras]. Para conocer cuál es el interés superior del discapacitado, por encima de cualquier otro que pudiera concurrir, *«es preciso analizar con rigor y exhaustividad las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el Preámbulo de la Convención, es indiscutible la diversidad de las personas con discapacidad (...). No obstante, extraída de la Constitución Española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso»* [STS 487/2014, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:3908)].

88.- Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha propugnado una interpretación del sistema legal de protección de las personas con discapacidad conforme a los principios y valores constitucionales, que la aproximan a la que se impone desde los principios y valores de la Convención, que, por lo demás, se erige en canon interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades reconocidas por la Constitución (artículo 10.2 CE): *«[E]n el plano de la constitucionalidad que nos corresponde –dice la STC 174/2002, de 9 de octubre– hemos de declarar que el derecho a la personalidad del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación a la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por*



*sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (artículo 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 LECivil que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de la incapacitación (artículos 199 y 200 CC), se erigen en las garantías esenciales del proceso de incapacitación. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».*

## VI

89.- Una vez que se ha expuesto el panorama en el derecho comparado y en la jurisprudencia, se está en condiciones de avanzar unas primeras conclusiones de carácter general sobre el proyectado régimen de protección de las personas con discapacidad.

90.- Se ha de admitir, en línea de principio, que el Anteproyecto sirve adecuadamente al objetivo de adecuar la legislación civil y procesal a las exigencias derivadas de la Convención, y se muestra plenamente respetuoso con sus principios y con las obligaciones que establece, ya las generales, ya las específicamente impuestas en el artículo 12 del instrumento internacional en punto al pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad y de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida.

91.- El texto proyectado, por tanto, es consecuencia directa de la obligación impuesta por la Convención a los Estados partes en orden a la adopción de todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes en la medida en que sea preciso para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, y en particular para hacer efectivo el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, adoptando todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación por motivos de discapacidad. Desde esta perspectiva, la reforma proyectada no puede sino ser favorablemente acogida.



92.- En esta línea, el prelegislador ha optado por modificar en profundidad el sistema de protección de las personas con discapacidad a partir de una concepción maximalista de la Convención, con objeto de dotar de la mayor virtualidad posible a los principios, valores y disposiciones que contiene. Conforme esta concepción, la reforma del sistema de protección de las personas con discapacidad pasa a gravitar sobre los siguientes ejes: i) la desaparición, formal y materialmente, de la incapacidad como estado civil y de la incapacitación como declaración judicial de modificación de la capacidad de las personas afectadas por alguna discapacidad; ii) la supresión del sistema de guarda legal basado, con carácter general, en la sustitución de la persona con discapacidad y en la representación de la misma, que quedan limitadas a los casos en que, por las circunstancias concurrentes, sea preciso articular medidas sustitutivas de carácter representativo, y solo en la medida y con el alcance que fuere preciso; iii) la promoción de la autonomía y la voluntad de las personas afectadas por discapacidades, y la promoción de su autogobierno; y iv) el establecimiento de un sistema de apoyos y de asistencia a la persona con discapacidad adecuado a la discapacidad que le afecta que le permita desenvolverse en condiciones de igualdad con las demás personas en todos los aspectos de la vida.

93.- En la práctica, este nuevo sistema se traduce en la desaparición de la inveterada institución de la tutela, en la medida en que está asociada a la incapacitación total y a la sustitución y representación del incapaz, y en la articulación del sistema de guarda legal en torno a la curatela, como figura central del sistema de apoyos, dotada de un contenido y una extensión proporcional al grado de asistencia que precisa la persona con discapacidad, el defensor judicial, caracterizado por su provisionalidad, y el guardador de hecho, figura que ahora se potencia y que permite la asistencia al discapacitado de manera cercana y continuada sin necesidad de intervención judicial fuera de aquellos casos en que el guardador haya de sustituir y representar a la persona con discapacidad.

94.- Al mismo tiempo, se ha de operar una profunda transformación procedimental, por cuanto los tradicionales procesos de incapacitación y modificación judicial de la capacidad dejan paso a procedimientos, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, orientados a establecer la medida o las medidas de apoyo que requiera la persona con discapacidad, así como las salvaguardias que habrán de asegurar la efectividad y la eficacia de las medidas adoptadas.





95.- Este cambio de paradigma en el sistema de protección de las personas con discapacidad comporta no solo una profunda modificación del régimen jurídico de la discapacidad, sino también un cambio en la concepción de la discapacidad con proyección social y en el tráfico jurídico. El nuevo modelo significa reconocer a las personas con discapacidad como verdaderos actores sociales y en el tráfico jurídico y económico, lo que conlleva implícitamente una alteración en el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual, en la medida en que pasan a ser sujetos del juicio de imputabilidad y a responder *per se*, sin perjuicio del mantenimiento de la responsabilidad por hecho ajeno, basada en la posición de garante de quien responde por hecho de otro, en la medida en que esta responsabilidad venga determinada por la discapacidad y el sistema de apoyo y asistencia dispuesto. E implícitamente significa también la asunción del riesgo de ver incrementadas las acciones de anulación o de rescisión de los actos y negocios jurídicos realizados por la persona con discapacidad, en un control *a posteriori* de la validez del consentimiento prestado y del acto o negocio jurídico perfeccionado.

96.- Se trata, por tanto, de un cambio de paradigma no solo con significación jurídica, sino también, y especialmente, con alcance social, que viene impuesto por el pleno reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, de la indisociable e irrenunciable dignidad de tales personas y del reconocimiento no solo de la titularidad de relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, sino también de la aptitud para su pleno ejercicio en condiciones de igualdad con las demás personas.

97.- En este punto, cabe reflexionar acerca de la necesidad de este profundo cambio normativo, en el marco de la realización de los ajustes procedimentales a los que obliga la Convención para garantizar a todas las personas con discapacidad una protección legal, igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo (artículo 5 CNY).

98.- En líneas anteriores ya se ha visto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha hecho una interpretación del ordenamiento jurídico vigente acorde a los términos de la Convención, sobre la base de considerar que el sistema de guarda legal que establece, articulado en torno a la tutela, la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, se configura como un sistema de protección de la persona con discapacidad, a la que se reconoce plena personalidad jurídica y el respeto a la dignidad consustancial a dicha cualidad, en el que tiene especial significación la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad y su propio autogobierno.



99.- Esta interpretación del sistema legal de protección de las personas con discapacidad, que por lo demás es el resultado de un proceso en el que han intervenido diferentes operadores jurídicos, conduce a concebir las actuales instituciones tutelares como medidas de apoyo al discapacitado –el “*traje a medida*” adecuado a sus necesidades- en donde la curatela con funciones asistenciales se erige en la figura de referencia, y en donde la sustitución y la representación del discapacitado se contemplan únicamente para aquellos casos en los que, por las circunstancias que rodean la discapacidad, es necesario, y en la medida en que lo sea. De este modo, la tutela, como figura en la que es consustancial la sustitución y representación del tutelado, quedaría circunscrita a aquellas alteraciones cognitivas y volitivas profundas e irreversibles, del mismo modo que, bajo el sistema proyectado, y concurriendo esas circunstancias, se articularía la curatela representativa con esa misma dimensión.

100.- Conviene retener que las observaciones y recomendaciones que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha trasladado a los legisladores de los Estados Partes tienen como denominador común la declarada inconciliabilidad con la Convención de los sistemas y de las figuras legales de protección que se asientan con carácter general en la sustitución y representación de la persona con discapacidad. Ciertamente, en lo que al sistema español vigente se refiere, los principios y postulados de la Convención, basados en el reconocimiento de la personalidad y de la dignidad de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con las demás personas, no comulgan con una declaración judicial de incapacidad o de modificación judicial de la capacidad, sino que reclaman la intervención judicial para la determinación del régimen de protección y del sistema de apoyos adecuado a la discapacidad, para la confección, en suma, del “*traje a medida*” de la persona con discapacidad que le permita desarrollar su personalidad e intervenir en todos los actos de la vida en condiciones de igualdad.

101.- Es cierto que la desaparición de la incapacidad como tal obliga a una cierta reformulación de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. En esta idea, cabe afirmar que la interpretación del sistema legal vigente conforme a la Convención que predica la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lleva implícito el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como cualidad inalienable consustancial al reconocimiento, pleno e igualitario, de su personalidad, de forma que la discapacidad en modo alguno altera su capacidad jurídica –su aptitud para ser titular de relaciones jurídicas-, sino su capacidad de actuar –de ejercitar



los derechos y obligaciones-, que se ve necesitada de la asistencia y del apoyo de otras personas e instituciones, las cuales, en ocasiones, han de sustituir y representar al afectado por la discapacidad.

102.- Cabría de este modo plantearse, en términos hipotéticos, la posibilidad de acometer una reforma del sistema legal de protección de las personas con discapacidad de menor calado que la propuesta por el prelegislador, que, más allá de ceñirse a aspectos meramente terminológicos y formales, prescindiera del concepto de incapacitación y de la incapacidad como definitiva de un estado civil caracterizado por la ausencia o limitación de la capacidad de obrar y por la sustitución en su ejercicio por quienes ejercen cargos y funciones tutelares, manteniendo sin embargo el esquema actual del sistema de guarda legal, si bien modulado por los principios y postulados de la Convención, particularmente en lo que se refiere a la autonomía y respeto de la voluntad de las personas con discapacidad, en la máxima aplicación del principio de autorregulación y en la modificación del sistema de sustitución y representación de la persona con discapacidad para dejar paso a un sistema de apoyos adecuados y proporcionados a la discapacidad y que le permitan ejercitar plenamente su capacidad de obrar en todos los aspectos de la vida en condiciones de igualdad y no discriminación. Se trataría, en suma, de acomodar la legislación vigente a los principios y postulados de la Convención en la medida necesaria para que el sistema legal de protección permita la confección del *"traje a medida"* adecuado a la persona que sufre la discapacidad, en los términos en los que se ha expresado la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

103.- No obstante la posibilidad –en el plano hipotético- de este menor alcance de la reforma, este órgano de gobierno del Poder Judicial ha de hacer una valoración favorable, en términos generales, de la que propone el prelegislador. Y ello porque, más allá del respeto que merece la opción escogida por el prelegislador, la mayor dimensión de la reforma, con el cambio de paradigma que comporta, se muestra de todo punto respetuosa con los principios y valores constitucionales y con los principios y valores de la Convención que informan las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades consagrados en la Constitución. Supone la consagración de la discapacidad no como una limitación excluyente, sino como una realidad que requiere del tratamiento normativo adecuado para lograr la definitiva y plena participación e inclusión social de las personas con discapacidad, por más que tal cosa requiera un esfuerzo por parte de todas las instituciones y poderes públicos, de los operadores jurídicos, de



los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico, y, en fin, de la sociedad en su conjunto.

## VII

104.- Esta valoración general favorable del Anteproyecto no ha de impedir, sin embargo, ciertas consideraciones críticas, también de carácter general, sobre el sistema propuesto y sobre las consecuencias que se derivarán de su aplicación, así como acerca de los requerimientos que su plena y adecuada efectividad exigirán en orden, específicamente, a la organización judicial y al ejercicio de la función jurisdiccional.

105.- En primer término, se ha de advertir que el abandono del sistema de tutela de autoridad puede generar situaciones incompatibles con la tutela judicial efectiva. El sistema de protección proyectado deja espacios ajenos al control judicial que pueden resultar inconciliables con la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, es discutible la conveniencia de prescindir de forma absoluta del concepto objetivo del “*superior interés*” de la persona con discapacidad, que ha de ser apreciado por quien debe dispensarle la tutela de sus derechos e intereses. Cierto es que el Comité de expertos (cfr. Informe de 2017, observaciones 33 y 34, referidas al artículo 12 de la Convención) ha manifestado su preocupación acerca de aquellos regímenes jurídicos en los que la privación de la capacidad se dispone sobre la base del juicio de un tercero sobre lo que es su mejor interés. En línea aparentemente opuesta, la STS (Sala de lo Civil) núm. 635/2015, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4711; en similares términos, la STS 596/2017, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:3925) mantiene que el interés superior de la persona con discapacidad constituye el elemento rector de la actuación de los poderes públicos, considerando que tal superior interés «*[n]o es más que la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión, para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado*». Y el Anteproyecto tampoco ignora, ni elude, la relevancia del interés superior de la persona con discapacidad (cfr. artículos 749.1 LEC y 45.4 LJV, ambos en la redacción anteproyectada). A la vista de ello, parece preciso, por tanto, conjugar el régimen de protección basado en el autogobierno y la autoorganización con el debido control



judicial que permita asegurar la protección y la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

106.- Por otra parte, en la MAIN, al analizar el impacto económico y presupuestario del Anteproyecto, se señala que a fecha de 2016 en España había 1.840.700 personas con discapacidad en edad laboral (16-64 años), que representaban el 6,1 % de la fuerza laboral. El prelegislador considera que la flexibilización del marco legal para otorgar las medidas de apoyo que necesiten las personas con discapacidad en el ámbito patrimonial estimulará su participación en el tráfico económico al potenciar su autonomía. Análogo efecto –estima- es previsible por la introducción de determinadas normas tendentes a agilizar la gestión y administración del patrimonio de las personas con discapacidad.

107.- El prelegislador, que se hace eco de la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la necesidad de confeccionar a la persona con discapacidad *“un traje a medida”* y de proveer las medidas de apoyo que sean proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, con respeto a su máxima autonomía, voluntad, deseos y preferencias (y cita el artículo 266 anteproyectado), admite que la definición de las concretas medidas de apoyo puede suponer un alargamiento de los trámites de examen del afectado así como de la audiencia a parientes, entidades y otras personas, profesionales y facultativos, a fin de comprender el grado de autonomía del afectado y afinar el alcance, efectos y contenidos de la medida de apoyo.

108.- Considera, empero, que junto con estos factores concurren otros que habrán de reducir la carga de trabajo de la Administración de Justicia en la aplicación del nuevo sistema. Estos factores, explica, son los siguientes:

- a) La potenciación de la autorregulación de la discapacidad a través de la escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la persona o bienes, los poderes preventivos y la autotutela;
- b) La subsidiaridad de la heterorregulación y la preferencia de la autorregulación, que desplaza las medidas de apoyo legales o judiciales frente a las voluntarias, pudiendo coexistir unas y otras, quedando sometida la autorregulación únicamente a un control judicial posterior, y no previo;
- c) El desarrollo de la figura del guardador de hecho, que puede realizar actos representativos concretos mediando autorización judicial concreta, sin necesidad de previo procedimiento judicial de determinación de apoyos, y el acceso no contencioso (jurisdicción



- voluntaria y provisión de apoyos tanto informal como formal o notarial) a vías de formalización de los apoyos solo cuando las circunstancias lo requieran, con la subsiguiente contención del aumento del gasto asistencial;
- d) La configuración del sistema de apoyo judicial en torno a la institución de la curatela; y
  - e) La previsión de modificación y supresión de las medidas judiciales de apoyo.

109.- Todas estas circunstancias conducen al prelegislador a considerar que el coste presupuestario y de dotación de personal por unidad –judicial, se ha de entender- no cambiará respecto del actual «[y]a que el coste acumulado (total de procedimientos gestionados en un año en todo el territorio) del escenario judicial (fiscalía, judicatura, administración de justicia y abogacía) no solo no aumentará, sino que disminuirá al quedar aliviada la demanda judicial, sobre todo la contenciosa, con vías de provisión de apoyos alternativas al sistema judicial».

110.- Y concluye: «[E]n resumen, concurren múltiples factores que favorecerán la consideración de las preferencias de las personas con discapacidad sin necesidad de intervención judicial o con autorización puntual a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Particularmente relevante a estos efectos es la regulación de los poderes y mandatos preventivos y de la guarda de hecho, instituciones a las que se dota de un sustrato normativo más sólido y con capacidad para proyectar su utilidad a la mayor parte de las situaciones. Incluso cuando resulte imprescindible acudir a la curatela (por no existir otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, tal y como predica el artículo 267 del Código Civil en la versión anteproyectada) y, por ende, a la provisión de medidas judiciales de apoyo, la figura de la autocuratela (que podrá comprender la puesta en funcionamiento y contenido de la curatela) facilitará enormemente el procedimiento judicial. Solamente en los supuestos en los que no basten las medidas notariales preventivas ni la guarda de hecho y, por consiguiente, sea oportuna la tramitación del procedimiento de provisión judicial de medidas, sin que, además, se hayan perfilado tales medidas a través de la autocuratela, dicho procedimiento puede albergar mayor dificultad. Pero se entiende que aquellos factores compensan cualquier incremento de la carga de trabajo que pueda producirse en estos últimos casos».

111.- Estas conclusiones, empero, merecen ciertas consideraciones, que, más allá de la mera crítica, pretenden inducir a determinadas reflexiones



sobre los efectos de la implantación del nuevo sistema de protección diseñado por el prelegislador en el plano jurisdiccional, y que pueden tener trascendencia de cara a su efectividad y eficacia.

112.- En primer lugar, el hecho de que el nuevo sistema gravite en torno a la autorregulación de la discapacidad, con preferencia sobre la heterorregulación, no ha de significar necesariamente una disminución de la intervención judicial, por más que se desplace en gran medida a la esfera de la jurisdicción voluntaria. La configuración voluntaria del régimen de asistencia y de las medidas de apoyo (conforme a los proyectados artículos 251, 254 a 260, y 269 a 272), si bien se mueve inicialmente en el plano extraprocesal, terminará en gran medida por situarse y cobrar virtualidad en la esfera del proceso. La previsión de medidas de apoyo en escritura pública en atención a la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones (artículo 251) no eximirá en la mayoría de los casos de la valoración judicial de su adecuación y suficiencia, así como de la adopción de otras medidas supletorias o complementarias cuando las establecidas por el afectado sean insuficientes (cfr. artículo 251, apartado segundo).

113.- Lo mismo sucederá con el otorgamiento de poderes y mandatos preventivos para el supuesto de que en el futuro el poderdante o mandante se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. La previsión de que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad se estará a las previsiones del poderdante o mandante, y de que, en garantía del cumplimiento de las previsiones de estos se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial (artículo 255), puede resultar insuficiente en los casos en que, bien el propio afectado, bien los legitimados para instar los procedimientos de provisión de apoyos, cuestionen la concurrencia del presupuesto que habilita la eficacia del poder o del mandato, tanto más en aquellos supuestos en los que el apoderamiento o el mandato no contengan previsiones concretas y suficientemente completas acerca de la concurrencia del hecho o las circunstancias que activan el poder o el mandato preventivo, o las adecuadas previsiones acerca de su acreditación. Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que los poderes y mandatos preventivos, pese a su subsistencia, no obstaculizan la constitución de otras medidas de apoyo establecidas judicialmente, cuando las voluntariamente previstas sean inadecuadas o insuficientes (cfr. artículo 256, primer párrafo, AL), ni impedirán la designación de un defensor judicial en los casos previstos en el artículo 293 AL, particularmente en los supuestos de



conflictos de intereses entre la persona con discapacidad y el apoderado o mandatario (artículo 293-3º AL).

114.- Paralelamente, se ha de considerar que en muchas ocasiones, y para los actos y negocios jurídicos más relevantes de la persona con discapacidad, la guarda de hecho comportará el ejercicio de funciones representativas, lo que, conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del proyectado artículo 261, requerirá autorización judicial, lo mismo que para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona sujeta a la guarda de hecho, cuando no pueda prestarlo por sí misma.

115.- Y la autocratela, si bien es relevante en orden a la designación del curador y a la determinación del funcionamiento y contenido de la curatela, no exime de la intervención judicial para su provisión y para la concreción de su contenido y ejercicio (artículos 267, 269, 274 y 285 AL).

116.- Por otra parte, el sistema de medidas de apoyo -que, como precisa el artículo 266 AL, han de ser 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-, requiere, de forma consustancial a su propia esencia, una continuada constitución de las medidas de forma correlativa al grado de desarrollo de la afectación en que consiste la discapacidad, particularmente en los casos de deterioros progresivos o de una progresiva degeneración de las facultades cognitivas e intelectivas. Esta continua adaptación del régimen y de las medidas de apoyo a la persona con discapacidad también se produce, desde luego, bajo el manto de la legislación vigente, pues se trata de confeccionar el "*traje a medida*" adecuado para la concreta situación de discapacidad; pero la implantación del nuevo paradigma de la discapacidad y del sistema de apoyos requerirá un mayor grado de intervención judicial para establecer las medidas de apoyo concretas que precise la persona con discapacidad en cada momento y en cada situación concreta, y en la medida en que sean necesarios para asistirle en el ejercicio de su capacidad de obrar.

117.- Vinculada a lo anterior se encuentra la expresa previsión de la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas "*en un plazo máximo de tres años*" (artículo 266 AL). Tienen asimismo especial incidencia en la aplicación inmediata del nuevo sistema las disposiciones transitorias del Anteproyecto, conforme a las cuales se somete al régimen proyectado el ejercicio de las funciones tutelares (tutela, curatela y defensor judicial),





aplicándose a los tutores de personas con discapacidad las normas establecidas para los curadores representativos (disposición transitoria segunda), y entendiéndose referidas a la autotutela las previsiones de autotutela (disposición transitoria tercera). Singularmente relevante es la disposición transitoria cuarta, que prevé que las personas con capacidad modificada judicialmente, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley proyectada para adaptarlas a esta; y, en todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de la ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a las previsiones de la ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud (disposición transitoria cuarta). Y no es inane tampoco, de cara a la incidencia que ha de tener la implantación del nuevo sistema respecto del ejercicio de la función jurisdiccional, la previsión de la disposición transitoria quinta, conforme a la cual los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la futura ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubiesen practicado hasta ese momento.

118.- Junto a lo anterior debe tenerse en cuenta la importancia que en el nuevo sistema tienen las medidas de vigilancia y control en el ejercicio de los apoyos establecidos (cfr. artículos 256 y 268 AL), tributarias del mandato contenido en el apartado cuarto del artículo 12 de la Convención, y que habrán de exigir la intervención judicial, bien para valorar la adecuación, pertinencia y suficiencia de las previstas por la persona con discapacidad –dada la relevancia que tienen para garantizar el correcto ejercicio de los apoyos previstos por esta y evitar abusos–, bien para fijarlas en el momento de establecer las medidas de apoyo judicial.

119.- Al mismo tiempo, es significativa la incidencia que ha de tener la previsión contenida en el nuevo párrafo segundo del artículo 91 CC, conforme al cual *«[C]uando al tiempo de la separación, divorcio o nulidad existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad.*



*En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad».*

120.- Todo lo anterior pone de manifiesto que la implantación del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad y el desarrollo del sistema de apoyos que se diseña en el AL, con las incidencias y trámites correspondientes –con especial virtualidad del trámite de audiencia a parientes y allegados y al Ministerio Fiscal, así como el examen de la persona con discapacidad y los informes y dictámenes facultativos y de quienes ejercen las medidas de apoyo, en un régimen procedimental en el que no rigen con su dimensión habitual los principios dispositivo y de aportación de parte, modulados por las facultades de investigación y actuación de oficio que se confieren al tribunal-, lejos de producir una disminución de la carga jurisdiccional y, en general, de la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente.

121.- Adviértase que, según la información que facilita la propia MAIN, el número de personas que tienen la consideración de “*personas con discapacidad*”, ascendía, a 31 de diciembre de 2016, a 3.378.622, de las cuales un total de 277.472 personas tenían reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, porcentaje en el que la primera deficiencia que concurre es la mental, seguida de la deficiencia intelectual, tanto en hombres como en mujeres.

122.- La distribución actual de los órganos judiciales que tienen asumida competencia en materia de capacidad, bien de forma exclusiva, bien de forma concurrencial con competencias en materia de internamientos, tutelas y, en general, familia, es la que aparece reflejada en los cuadros siguientes:

a) Órganos unipersonales:

<b>Especialidad</b>	<b>Nombre</b>
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE ALBACETE
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE ALBACETE
INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE ALICANTE



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE ALICANTE
INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 13 DE ALICANTE
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 5 DE ELX
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE PALMA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 12 DE PALMA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 16 DE PALMA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 20 DE PALMA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE BADALONA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE BADALONA
CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL PERSONAS	JDO DE 1ª INS Nº 40 DE BARCELONA
CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL PERSONAS	JDO DE 1ª INS Nº 58 DE BARCELONA
CAPACIDAD, INTERNAMIENTOS Y ESTADO CIVIL PERSONAS	JDO DE 1ª INS Nº 59 DE BARCELONA
FAMILIA, INTERNAMIENTOS Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE GRANOLLERS
FAMILIA, INTERNAMIENTOS Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE GRANOLLERS
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE MATARO
FAMILIA, INTERNAMIENTO Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE SABADELL
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE TERRASSA
FAMILIA, INTERNAMIENTOS Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE TERRASSA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE BURGOS
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE JEREZ DE LA FRONTERA
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE CASTELLO DE LA PLANA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE CORDOBA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 5 DE CORDOBA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE A CORUÑA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE A CORUÑA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE GIRONA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE GRANADA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 16 DE GRANADA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE GUADALAJARA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE DONOSTIA-SAN SEBASTIAN
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE HUELVA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE JAEN
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE LEON
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 11 DE LEON
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE LLEIDA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 1 DE LOGROÑO
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE ALCALA DE HENARES
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 30 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 65 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 78 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 94 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 95 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 11 DE MALAGA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE CARTAGENA



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE CARTAGENA
INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE MURCIA
INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE MURCIA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE GIJON
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE GIJON
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE OVIEDO
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 5 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 15 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 15 DE VIGO
FAMILIA, TUTELAS Y CAPACIDAD	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE SANTA CRUZ DE TENERIFE
FAMILIA, CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE SANTA CRUZ DE TENERIFE
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 11 DE SANTANDER
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE SEVILLA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE SEVILLA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 17 DE SEVILLA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 23 DE SEVILLA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 26 DE SEVILLA
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE TARRAGONA
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 13 DE VALENCIA
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 28 DE VALENCIA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE VALLADOLID
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE VALLADOLID
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 13 DE VALLADOLID
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE BARAKALDO
FAMILIA Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 14 DE BILBAO
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 13 DE ZARAGOZA

### b) Órganos Colegiados:

<b>Especialidad</b>	<b>Nombre</b>
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 4 DE LA AP DE BALEARES
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	SECCION Nº 18 DE LA AP DE BARCELONA
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 2 DE LA AP DE BURGOS
CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL PERSONAS	SECCION Nº 2 DE LA AP DE CASTELLO
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 5 DE LA AP DE GRANADA
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 22 DE LA AP DE MADRID
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 24 DE LA AP DE MADRID
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 3 DE LA AP DE LAS PALMAS



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

FAMILIA Y CAPACIDADES

FAMILIA Y CAPACIDADES

FAMILIA Y CAPACIDADES

FAMILIA Y CAPACIDADES

FAMILIA Y CAPACIDADES

FAMILIA Y CAPACIDADES

FAMILIA Y CAPACIDADES

SECCION Nº 1 DE LA AP DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

SECCION Nº 2 DE LA AP DE CANTABRIA

SECCION Nº 2 DE LA AP DE SEVILLA

SECCION Nº 1 DE LA AP DE TARRAGONA

SECCION Nº 1 DE LA AP DE VALLADOLID

SECCION Nº 4 DE LA AP DE BIZKAIA

SECCION Nº 2 DE LA AP DE ZARAGOZA

123.- El número de resoluciones finales dictadas en procedimientos de modificación de la capacidad durante el año 2017 y el primer semestre del 2018 es el siguiente, distribuido por provincias:

	<b>2017</b>	<b>1<sup>er</sup> Semestre 2018</b>
ALMERIA	290	172
CADIZ	714	372
CORDOBA	291	196
GRANADA	670	409
HUELVA	180	110
JAEN	274	180
MALAGA	869	514
SEVILLA	838	601
HUESCA	221	130
TERUEL	123	75
ZARAGOZA	1.099	612
ASTURIAS	841	437
ILLES BALEARS	836	399
LAS PALMAS	682	388
SANTA CRUZ DE TENERIFE	472	296
CANTABRIA	614	333
AVILA	173	96
BURGOS	288	188
LEON	369	183
PALENCIA	162	61
SALAMANCA	306	131
SEGOVIA	83	64
SORIA	107	58
VALLADOLID	412	231
ZAMORA	183	132
ALBACETE	325	186
CIUDAD REAL	413	221
CUENCA	210	130



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

GUADALAJARA	95	52
TOLEDO	339	220
BARCELONA	3.422	2.141
GIRONA	449	271
LLEIDA	311	124
TARRAGONA	580	307
ALICANTE	1.182	753
CASTELLON	558	276
VALENCIA	2.069	1.143
BADAJOS	315	216
CACERES	223	161
A CORUÑA	1.069	503
LUGO	531	287
OURENSE	395	112
PONTEVEDRA	768	308
MADRID	4.127	2.339
MURCIA	693	400
NAVARRA	560	307
ARABA/ALAVA	217	119
GIPUZKOA	403	205
BIZKAIA	1.230	660
LA RIOJA	229	123
<b>TOTAL</b>	<b>33.827</b>	<b>17.932</b>

124.- Las anteriores consideraciones, confrontadas con los datos que se acaban de consignar, abonan la necesidad de ahondar en la incidencia real que tendrá la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y del nuevo sistema de apoyos, y conducen a cuestionar la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de su configuración territorial para hacer frente a los mayores requerimientos que, en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, se derivarán del sistema diseñado por el prelegislador. Y ello ya no solo por el mayor grado –cuantitativo y cualitativo– de la intervención judicial en la configuración del régimen y del sistema de apoyos adecuado para la persona con discapacidad, en su seguimiento, su revisión y en el establecimiento de las cautelas y salvaguardias precisas para su eficacia, sino también porque el nuevo paradigma de la discapacidad precisa a su vez de un cambio de paradigma en la concepción de discapacidad por parte de todos los sectores, profesionales y sociales, implicados en su tratamiento y en la participación en la sociedad de las personas con discapacidad, que cabalmente ha de suponer i) un redimensionamiento y una reorganización de la estructura judicial y de la Administración de Justicia para atender a los



requerimientos del nuevo sistema; ii) un mayor grado de especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los procedimientos de provisión de apoyos y designación de tutores, curadores y defensores judiciales, atribuyendo competencias específicas en esta materia a un mayor número de órganos judiciales a través del cauce que habilita el artículo 98 LOPJ; iii) un aumento correlativo de oficinas judiciales especializadas, así como de medios personales y materiales; iv) un nuevo diseño de distribución territorial de competencias, acorde con el mapa territorial del tratamiento judicial de la discapacidad, que suponga una mayor cercanía del órgano judicial a la persona con discapacidad y con quienes han de participar en el proceso de adopción de apoyos; v) una estructura auxiliar adecuada y próxima al órgano judicial y a los afectados por la discapacidad; vi) la pertinente, adecuada y continuada formación especializada de todos los agentes y participantes en la protección legal de las personas con discapacidad; y vii), en fin, la adopción de todas aquellas medidas de accesibilidad, conforme al principio de accesibilidad universal y de diseño –entre las que se cuentan las de carácter arquitectónico o funcional, o aquellas otras para facilitar la lectura y comprensión de los documentos- que permitan a las personas con discapacidad ejercer con plenitud sus derechos en el proceso y ver plenamente satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva.

125.- Las consideraciones expuestas han de venir seguidas de aquellas otras orientadas a poner de relieve la virtualidad del principio de corresponsabilidad pública, y pública y privada, en la implantación y desarrollo del sistema de protección de las personas con discapacidad, con la subsiguiente coordinación de los servicios médicos y asistenciales estatales, autonómicos y locales, y con el adecuado desarrollo del marco jurídico, legal y reglamentario, que regule la actuación de los equipos técnicos de psicólogos y trabajadores sociales adscritos a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

126.- Abundando en lo anterior, cabe significar que en la doctrina científica se está abriendo paso una concepción de la discapacidad no solo circunscrita a las alteraciones cognitivas y volitivas, sino que también comprende la afectación de las habilidades funcionales de las personas. De ahí la importancia de contar con centros ocupacionales y adecuados y suficientes equipos psicosociales que permitan la detección y el tratamiento de tales situaciones y el desarrollo de las habilidades funcionales afectadas.

127.- Y también en punto a la necesidad de cubrir carencias estructurales se ha de incidir en la necesidad de que los órganos judiciales dispongan de



medios adecuados para el debido control económico de las medidas de apoyo acordadas, principalmente en materia contable y de auditoría.

128.- No puede olvidarse, por otra parte, la obligación, impuesta por el artículo 31 de la Convención a los Estados parte, de llevar a cabo la recopilación de la información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que permita la formulación y aplicación de las políticas oportunas a fin de dar efecto a la Convención.

129.- Al mismo tiempo, al desvincularse la discapacidad del estado civil de las personas, se hace precisa la articulación de un régimen jurídico completo de las personas con discapacidad que alcance a todos los ámbitos de su personalidad, familiares, sociales y políticos, incluyendo la filiación, el matrimonio, las relaciones familiares, el régimen sucesorio, las relaciones patrimoniales, la especial consideración de las personas con discapacidad como consumidoras, y el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales, en especial los derechos de sufragio activo y pasivo, aspecto este último sobre el que versa el recientemente aprobado proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

130.- Cabe hacer, para concluir estas consideraciones generales, las que a continuación se recogen, también de carácter general, y desde el planteamiento de la colaboración institucional en el proceso de elaboración normativa en cuyo marco se ejercita la función consultiva de este órgano de gobierno del Poder Judicial.

- a) El ALRD no contiene una definición de persona con discapacidad, ni establece la forma de acreditar la consideración legal de persona con discapacidad. Esta se encuentra recogida en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad (TRLGD), conforme a cuyo apartado primero «[S]on personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

Esta definición de personas con discapacidad es sustancialmente idéntica a la que se contiene en el segundo párrafo del artículo 1 de la Convención, que prescinde, sin embargo, del carácter "*previsiblemente permanente*" de las deficiencias, para referir las personas con discapacidad a aquellas aquejadas de deficiencias "*a largo plazo*".





El artículo 4 del TRLGD, en su apartado segundo, considera personas con discapacidad, además de aquellas que define en su apartado primero, "y a todos los efectos", a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Y añade que «[s]e considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o de gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos»; para concluir el apartado tercero: «[E]l reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional».

Aun cuando esta extensión del concepto de discapacidad puede resultar beneficiosa para otros fines, en la configuración del sistema de protección legal de las personas con discapacidad puede ser, sin embargo, un tanto perturbador. Cabe someter a la consideración del prelegislador, por tanto, la conveniencia de prescindir del automatismo en el empleo de elementos y de competencias administrativas a la hora de establecer el régimen y el sistema judicial de apoyos a las personas con discapacidad, por más que la declaración de discapacidad a efectos administrativos y la determinación de su grado pueda constituir un elemento a tomar en consideración para valorar la situación y las necesidades de la persona con discapacidad y para configurar judicialmente el régimen y las concretas medidas de apoyo que precisa.

- b) Abundando en lo anterior, se echa en falta la determinación del presupuesto objetivo de la discapacidad. En este sentido, cabría cuestionar la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad con base en los elementos que definen actualmente las causas de la incapacitación en el artículo 200 CC –afectación cognitiva y volitiva que impida el autogobierno–, y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa.



- c) Es igualmente conveniente que el prelegislador valore la oportunidad de acudir a otros mecanismos de guarda legal y de potenciar aquellos que se ofrezcan como instrumentos alternativos a la intervención judicial, y que resulten eficaces para asistir a las personas con discapacidad en el ejercicio de pleno de su capacidad de obrar. En esta línea, cabría valorar positivamente la articulación de un régimen legal de guarda o asistencia familiar, similar al contemplado en la legislación francesa, con determinadas, concretas y limitadas facultades representativas establecidas *ex lege*, lo que evitaría los inconvenientes de tener que acudir a la autoridad judicial para que el guardador de hecho o el curador puedan obtener la autorización para representar y sustituir a la persona con discapacidad.
- d) Por otra parte, debe evitarse en lo posible, tanto que la ejecución y el desarrollo de las medidas de apoyo resulte gravoso para quien las ejercita, como que resulte oneroso para la persona con discapacidad, por lo general necesitado de todo su potencial económico. Sin perjuicio del régimen de retribución de quienes ejercitan funciones de apoyo a las personas con discapacidad, la adecuada eficacia del sistema de apoyos requiere la articulación de mecanismos asistenciales, predominantemente públicos, que faciliten el desarrollo de los sistemas de guarda legal, incluso aquellos de carácter familiar que pudieran contemplarse.
- e) Al margen de lo anterior, la prioridad que tiene la autorregulación frente a la heterorregulación en el proyectado sistema de apoyos, y la necesidad de que existan mecanismos de publicidad de las medidas de apoyo previstas y de las dispuestas, bien voluntariamente, bien judicialmente, exige articular los oportunos mecanismos de interconexión registral y de información, particularmente a los órganos judiciales, sobre las anotaciones registrales relativas al régimen de protección de las personas con discapacidad y las medidas previstas y adoptadas.
- f) Vinculado a lo anterior, ha de adecuarse la regulación de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad que se contiene en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al régimen proyectado, en particular en lo atinente al concepto de persona con discapacidad beneficiaria y titular del patrimonio protegido –la ley únicamente considera tales, a estos efectos, a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y a las



afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento-, y a la constitución y administración del patrimonio protegido.

- g) No ha de desdeñarse, por último, el efecto que el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad tendrá en la legislación notarial, principalmente en la regulación del otorgamiento de las escrituras públicas en las que se prevean el régimen y las medidas de apoyo para una futura situación de discapacidad, de los poderes preventivos y de las escrituras públicas de constitución y configuración de la autotutela; pero también en la regulación del juicio de capacidad del otorgante afectado por una discapacidad, en la constatación de la concurrencia del supuesto que activa las medidas de apoyo predispuestas por el otorgante, y, en fin, en el juicio de capacidad y en la forma de otorgamiento de las disposiciones de última voluntad de las personas con discapacidad, entre otros extremos. Se echa en falta, por lo tanto, siquiera la previsión, mediante la correspondiente disposición final, de la reforma de la legislación notarial en la medida en que venga exigida por el nuevo sistema de apoyos de las personas con discapacidad; como, por cierto, sí se preveía en el anteproyecto de ley que precedió al que ahora es objeto de informe.

## VIII

131.- En el marco de este Informe no puede dejar de ponerse de manifiesto la actividad que ha venido desarrollando el Consejo General del Poder Judicial en el ámbito de la promoción y protección de las personas con discapacidad con respecto al acceso a los Tribunales de Justicia. El Foro Justicia y Discapacidad, creado a través de Convenio de 1 de diciembre de 2003, constituye el marco institucional de colaboración y coordinación de las distintas instituciones para conseguir una mayor efectividad en la tutela judicial de los derechos de las personas con diversidad funcional. El Foro está conformado, además de por el propio Consejo, por el Ministerio de Justicia; el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; la Fiscalía General del Estado; el Consejo General de la Abogacía Española; el Consejo General de Procuradores de España; el Consejo General del Notariado; el Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantil y de Bienes Muebles de España; el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales; el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI); y por la Fundación ONCE.

132.- A lo largo de estos años de funcionamiento se han impulsado iniciativas y proyectos de carácter divulgativo, formativo y de estudio con la



finalidad de remover obstáculos y ampliar las oportunidades de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia. Entre estas actividades cabe señalar la aprobación por acuerdo de la Comisión Permanente de 6 de abril de 2017, a instancias del Foro Justicia y Discapacidad, del Protocolo de Actuación de los delegados y las delegadas de discapacidad, que son miembros de la Carrera Judicial encargados de coordinar, promover e impulsar las actuaciones no jurisdiccionales para la adecuada tutela de los derechos de las personas con discapacidad en los órganos judiciales adscritos a un determinado Tribunal Superior de Justicia.

## **V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL ARTICULADO**

### **A) Modificaciones en el Código Civil**

#### **a) Con relación a la vecindad civil y a la nacionalidad, separación, efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, filiación y patria potestad.**

133.- Se examinan a continuación aquellos preceptos relativos a estas materias que, más allá de la mera adaptación terminológica al anteproyectado régimen de protección de las personas con discapacidad y al nuevo sistema de apoyos, merecen alguna consideración u observación dentro del marco de la función consultiva de este Consejo General del Poder Judicial.

134.- Los apartados Tres y Cuatro del Artículo primero del Anteproyecto modifican, respectivamente, los artículos 15.1 y 20.2 CC, que regulan la declaración de opción de la vecindad civil y de la nacionalidad española. En ambos casos, se suprime la referencia a la capacidad y a los incapaces, coherentemente con el nuevo régimen y sistema de protección proyectado; y se contempla al mismo tiempo la declaración de opción por el propio optante o interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise. Cuando se trata de la declaración de opción de la vecindad civil ante el encargado del Registro Civil al inscribir la nacionalidad española, el proyectado segundo párrafo del artículo 15.1 dice: «[E]sta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que, en su caso, precise, o por su representante legal (...)». Para dotar de mayor claridad al precepto, sería conveniente que, al referirse a los apoyos que precise el optante, se precise que este ha de ser persona con discapacidad.



135.- Por su parte, el artículo 20.2 CC, en la redacción anteproyectada, dispone que la declaración de opción por la nacionalidad española se formulará: « (...) d) Por el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise. Y e) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieren impedido ejercitarla con anterioridad». Esta última previsión es tributaria de la redacción del vigente artículo 20.2 d) CC, que prevé el ejercicio de la facultad de opción por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Sin embargo, la redacción proyectada no guarda la debida coherencia con la previsión contenida en la letra d) del mismo artículo, en la redacción proyectada, que faculta al interesado a formular la declaración de opción con los apoyos que, en su caso, precise; de manera que si los apoyos fueron dispuestos, precisamente, para ejercitar la declaración de opción por la persona con discapacidad, pierde en gran medida sentido la previsión posterior.

136.- El AL introduce un segundo párrafo en el artículo 91 CC para regular la disposición judicial en los procedimientos de separación nulidad o divorcio de medidas de apoyo a los hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallasen en situación de necesitarlas por razón de discapacidad, y que entrarán en vigor al alcanzar la mayoría de edad. El precepto dispone que en estos casos el juez, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas medidas. La legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

137.- El precepto debe ponerse en relación con el anteproyectado artículo 250, que dispone que «[C]uando se prevea razonablemente en el año anterior a la mayoría de edad que un menor sujeto a la patria potestad o tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias».

138.- Al enfrentar uno y otro precepto se advierte cierta discordancia que se debería corregir. El establecimiento de medidas de apoyo institucionales o judiciales respecto del menor de edad mayor de diecisiete años, con carácter anticipatorio o preventivo de la discapacidad futura, y con



efectividad desde la mayoría de edad, ha de ser homogéneo, medie o no una sentencia de separación, nulidad o divorcio, de manera que en todo caso pueda la autoridad judicial fijar, respecto de los menores que se encuentren en estas circunstancias, bien en la sentencia de separación, nulidad o divorcio, bien en la sentencia "ad hoc" dictada en el oportuno procedimiento sobre la adopción de medidas de apoyo, aquellas que resulten adecuadas y proporcionadas a las necesidades futuras de la persona con discapacidad o con razonable previsión de discapacidad para cuando alcance la mayoría de edad, sin estar limitadas a la constitución de la curatela o al nombramiento de un defensor judicial. En muchas ocasiones será suficiente la guarda de hecho, que podrá ostentar uno u otro progenitor, un familiar o un tercero, con la pertinente autorización judicial para la acreditación de la representación y el ejercicio de las funciones representativas en los términos previstos en el artículo 261 AL, sin necesidad de acudir a la provisión de un curador, aunque sea meramente asistencial y no representativo, o un defensor judicial, concebido este último con carácter puntual, ocasional o temporal.

139.- Lo anterior permite hacer una digresión acerca de la conveniencia, ya apuntada, de articular medidas de apoyo alternativas que, sin identificarse conceptualmente con la patria potestad prorrogada o con la rehabilitación de la patria potestad –en tanto que una y otra se vinculen a una situación de incapacidad del sujeto a ellas-, sean funcionalmente similares, en parecida línea a la habilitación familiar del ordenamiento jurídico francés.

140.- El Anteproyecto da una nueva redacción al artículo 94 CC, para regular, fundamentalmente, el régimen de visitas de los hijos mayores de edad o emancipados con discapacidad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio. Respecto de ellos, se prevé que la autoridad judicial determinará el tiempo y lugar en que el progenitor que no los tenga en su compañía podrá ejercitar su derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. A tal efecto, el progenitor podrá solicitar en el mismo procedimiento que se establezca el modo en que se ejercerá dicho derecho, que se determinará por el juez, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. El precepto contempla los casos en que el juez podrá limitar o suspender este derecho (si se dieran circunstancias relevantes –no graves, como ahora- que así lo aconsejen o el incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial), y concluye con el reconocimiento del derecho de los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados de relacionarse con el menor o del mayor con discapacidad, salvo justa causa.



141.- El artículo proyectado, que se conecta con el artículo 160.2 CC, no difiere en esencia del vigente en cuanto al reconocimiento del derecho de los progenitores que no tengan consigo a los hijos menores o –ahoramayores con discapacidad a relacionarse con ellos, es decir, a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. En el proyectado, la determinación del modo –y tiempo y lugar, ha de entenderse- de ejercitar este derecho respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos, queda supeditado a la solicitud del progenitor.

142.- El precepto, tal y como está proyectado, es formalmente coherente con el reconocimiento del derecho de los padres de relacionarse con sus hijos, y quiere serlo también con un régimen de protección de las personas con discapacidad basado en el autogobierno. No obstante, sin menoscabo del reconocimiento de aquel derecho a relacionarse con los hijos –que se concibe como un derecho personal de titularidad del progenitor y de los familiares-, una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado conduciría a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulación completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas.

143.- Las modificaciones que se introducen en el artículo 96 CC se orientan, por una parte, a establecer un límite temporal del derecho de uso de la vivienda familiar o de los objetos de uso ordinario de ella, que se fija en el momento en que todos los hijos comunes alcancen la mayoría de edad. Por otra parte, se dirige a establecer el derecho de uso de la vivienda familiar después de la mayoría de edad, cuando entre los hijos hubiere alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda, en cuyo caso la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho; a cuyos efectos, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren medidas de apoyo que hicieren conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación. En tercer lugar, se incluye la expresa previsión de que, extinguido el uso de la vivienda, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI del Libro I del Código Civil, relativo a los alimentos entre parientes. Y finalmente se dispone que la restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar cuyo uso hubiera sido atribuido conforme a los párrafos



anteriores se hará constar en el Registro de la Propiedad, sin que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda pueda perjudicar al adquirente de buena fe.

144.- Las modificaciones propuestas han de ser acogidas favorablemente, tanto en lo atinente a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar más allá de la mayoría de edad a los hijos afectados por una situación de discapacidad, cuando fuere necesaria tal atribución, como en lo relativo a la sujeción del régimen del uso de la vivienda, extinguido el derecho de uso de los hijos menores y del cónyuge en cuya compañía queden y de los hijos mayores con discapacidad, y ante la falta de independencia económica, al régimen de alimentos entre parientes; lo cual no es sino reflejo de la doctrina establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

145.- Conviene, en este punto, recordar que la STS, Sala Primera, 31/2017, de 19 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:113), que contempló al caso de una persona con discapacidad no reconocida judicialmente que convivía en el domicilio familiar con su madre, después de indicar que el artículo 96 CC no tiene en cuenta esta situación –posiblemente porque está contemplando como instrumento protector la prórroga de la patria potestad con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que, conforme a la jurisprudencia anterior de la Sala, se produce la equiparación entre hijos menores y mayores-, señala:

*«[E]l problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 CC configura este derecho como una medida de protección de los menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.*

*Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije (...). Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la*





*capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contraria al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad».*

146.- Y continúa:

*«[N]o se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad».* En términos similares se pronuncia la STS (Sala de lo Civil) 181/2018, de 24 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1166).

147.- Cabe hacer, empero, las siguientes observaciones: i) El segundo párrafo del proyectado artículo 96, que reza: «A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación», es innecesario y contradictorio. El uso de la vivienda se les atribuye en el párrafo anterior del mismo artículo y con este segundo párrafo parece volverse, innecesariamente, a la contradictoria equiparación entre el discapacitado y el menor de edad. ii) Debería precisarse con claridad si el derecho de uso de la vivienda familiar en favor del hijo mayor de edad con discapacidad es independiente del derecho del cónyuge en cuya compañía ha quedado. iii) Para disponer de la vivienda familiar cuyo uso ha sido asignado se precisa del consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial; el empleo de la conjunción copulativa, en vez de la disyuntiva "o" que ahora contiene el último inciso del vigente artículo 96 CC, conduce a pensar que en los casos en los que el uso de la vivienda familiar se hubiera asignado al hijo mayor de edad con discapacidad no bastará la concurrencia del consentimiento de los cónyuges, sino también la autorización judicial, lo



que, sin embargo, debería aclararse en el precepto proyectado. iv) En el párrafo sexto se establece que «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad [...]». Lo que debe constar en el Registro es el derecho de uso para evitar el persistente debate sobre su naturaleza y consecuencias, y no solo la restricción dispositiva. La restricción a la facultad de disponer es tan solo consecuencia de la existencia de tal derecho. v) Es oscura también la forma de acceso registral de la restricción de la facultad dispositiva de la vivienda familiar fuera de los casos en que se recoja tal restricción en la resolución judicial por virtud de la cual se atribuya el uso de la vivienda familiar, o, en su caso, en el documento que contenga el acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial. Por lo demás, la protección del tercer adquirente de buena fe, una vez ha tenido reflejo registral la referida restricción, es consustancial al régimen de protección que se deriva del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

148.- El Anteproyecto modifica el párrafo segundo del artículo 112 CC, relativo a la conservación de la validez de los actos otorgados, antes de que la filiación hubiese sido determinada, en nombre del hijo menor o del mayor de edad con discapacidad, para adaptarlo al nuevo sistema de apoyos, y con el mismo fin añade un segundo párrafo al artículo 121 CC para regular, conforme este sistema de apoyos, la validez del reconocimiento otorgado por las personas con discapacidad respecto de las que se hubiesen establecido medidas de apoyo, que estará supeditada a lo que se disponga en la resolución judicial que las hubiera establecido o que las establezca a tal fin. Este último se complementa con el artículo 124 CC que, en la redacción anteproyectada, y en lo que ahora interesa, establece en su párrafo segundo que «[E]l consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo».

149.- La proyección del nuevo régimen de protección y del sistema de apoyos a la regulación del reconocimiento otorgado por las personas con discapacidad comporta admitir la validez del reconocimiento otorgado por este conforme al sistema de apoyos establecidos por la autoridad judicial. Por tanto, se prescinde de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y, en su caso, del progenitor conocido, para admitir la validez y la eficacia del reconocimiento otorgado por la persona con discapacidad con



los apoyos que se hubiesen establecido en la resolución judicial correspondiente. Adviértase que, dado el carácter personalísimo del reconocimiento, y de que está en juego la filiación del hijo reconocido, si bien se autoriza a la persona con discapacidad a prestarlo, no se prescinde de la intervención judicial y del establecimiento de medidas judiciales, entre las cuales ha de encontrarse aquella adecuada para otorgar el reconocimiento. Sin ellas, en consecuencia, no es posible otorgarlo de manera válida y eficaz. Resulta, por ello, un tanto innecesaria la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 124, en la redacción propuesta, pues bastaría añadir en el párrafo segundo del artículo 121 «[P]ara la validez y la eficacia del reconocimiento otorgado (...)».

150.- También en la idea de acomodarlo al nuevo régimen de protección y sistema de apoyos, la redacción propuesta del artículo 125 CC -conforme a cuya redacción actual se sujeta la determinación legal de la filiación del otro progenitor, una vez ha quedado determinada legalmente la del otro, hermano o pariente por consanguineidad en línea recta del anterior, a la autorización judicial, cuando se trate de menores e incapacitados, y siempre en beneficio de estos- deja al margen de la protección judicial a las personas con discapacidad. Cuando se dé la situación descrita en la norma respecto de una persona con discapacidad, no será necesaria la intervención judicial ni la audiencia del Ministerio Fiscal para la determinación legal de la filiación respecto de ambos progenitores. Ha de entenderse, por tanto, que la protección del interés de esta ha de dispensarse a instancia de quienes ejerzan los apoyos en el procedimiento de determinación legal de la filiación, siempre que se hubiesen dispuesto, voluntaria o judicialmente. Sin poner en duda que el espíritu de la norma proyectada quiere ser lo más respetuoso posible con los principios de la Convención y con el régimen de protección y asistencia a las personas con discapacidad que se deriva de ella, al tiempo que quiere preservar adecuadamente el derecho de estas a tener determinada legalmente su filiación paterna y materna, cabe incidir en la necesidad de que la determinación legal de la filiación de las personas con discapacidad respecto de los progenitores que se encuentren en la situación contemplada por la norma no se realice al margen de la intervención del sistema de apoyos judiciales que aquellas precisen, y por tanto, de la intervención judicial – siquiera mediata, mediante la determinación de los apoyos precisos-, en la medida en que fuere necesario para conocer y comprender la trascendencia de la determinación legal de la filiación paterna y materna en estos casos.

151.- La modificación de los apartados primero y segundo del artículo 137 responde al mismo designio. De este modo, se articula la legitimación del



hijo con discapacidad para ejercitar la acción de impugnación de la filiación, de manera que si se hubiesen dispuesto judicialmente medidas de apoyo que exijan la actuación del curador –necesariamente representativo– para impugnarla, el plazo anual para el ejercicio se contará desde la extinción de las medidas de apoyo, en el caso de no haber ejercitado la acción el curador designado y facultado para ello. Este, por su parte, y en su defecto el Ministerio Fiscal, podrán ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. El cómputo del plazo anual comenzará a contar desde que el hijo con discapacidad para el que se hubieran dispuesto medidas de apoyo tuvo conocimiento de la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, aunque hubiera transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, la mayoría de edad o desde la extinción de la medida de apoyo.

152.- De este modo, se contempla de forma suficientemente amplia y completa la legitimación de las personas con discapacidad para ejercer la acción de impugnación de la paternidad, por sí, una vez extinguidas las medidas de apoyo, o por el curador con facultades de representación facultado para ello, y, en defecto de este, por el Ministerio Fiscal. La legitimación del Ministerio Público, no obstante, si bien es comprensible cuando se trata de un hijo menor de edad, en el papel que le corresponde en la protección de los menores, es, sin embargo, discutible en el régimen de protección de las personas adultas con discapacidad y en el sistema de apoyos proyectado, sin perjuicio de su condición de parte y de su intervención procesal ex artículo 749 LEC.

153.- La consideración de las personas con discapacidad como titulares plenos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar conduce, por otra parte, a suprimir del párrafo quinto del artículo 156 CC la referencia a la incapacidad, de manera que queda redactado, según la propuesta, del siguiente modo: «[e]n defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro». Por consiguiente, la discapacidad no priva del ejercicio de la patria potestad ni de sus funciones, que, en su caso, serán ejercitadas por la persona con discapacidad con los apoyos que precise. Y debe entenderse que solo en aquellas situaciones en que por razón de la discapacidad se vea imposibilitada para su ejercicio, y dado el carácter personalísimo de su ejercicio, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro progenitor, lo que tiene perfecto acomodo en la redacción proyectada.

154.- Por otra parte, la misma consideración de las personas con discapacidad determina la desactivación de la patria potestad prorrogada y



la rehabilitación de la patria potestad, junto con la subsiguiente supresión del artículo 171 CC. Ya se ha sugerido con anterioridad la conveniencia de articular, en el sistema de protección y apoyos a las personas con discapacidad, mecanismos de protección de carácter familiar que resulten eficaces y eficientes, y que contribuyan a disminuir la sobrecarga de los órganos judiciales; e incidiendo en ello, cabe sugerir nuevamente al prelegislador que valore la posibilidad de establecer este tipo de medidas, siquiera limitadas a aquellos casos de discapacidad grave, con afectación profunda, prolongada e irreversible de las facultades cognitivas, intelectivas y volitivas.

### **b) Modificación de los Títulos IX, X, XI y XII del Libro Primero del Código Civil**

155.- La reforma del sistema de protección de las personas con discapacidad tiene su núcleo central en la modificación de los Títulos IX, X, XI y XII del Libro Primero del Código Civil y del régimen de incapacitación, así como de las instituciones tutelares de los menores o incapacitados.

156.- La reforma pasa, ante todo, y conforme al régimen de protección proyectado, por suprimir la incapacidad como estado civil y la declaración judicial de incapacitación, que desaparecen del Título IX, que ahora pasa a denominarse "De la tutela y guarda de los menores", donde se contiene la regulación de la institución tutelar, del defensor judicial del menor y de la guarda de hecho del menor, en tanto que el Título X se reserva para la regulación de la mayoría de edad y la emancipación, quedando el Título XI para recoger la regulación del sistema de protección y de medidas de apoyo a las personas con discapacidad en torno a las figuras de los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho, la autotutela y la tutela, y el defensor judicial. El sistema se cierra con el Título XII, que ahora regula la asistencia en caso de prodigalidad y las disposiciones comunes relativas a las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y de asistencia al pródigo.

157.- Tal y como se ha avanzado, la tutela queda reservada para los menores de edad no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad. La regulación que de ella hacen los proyectados artículos 199 a 223 tiene por finalidad adaptar la regulación de la tutela contenida en los vigentes artículos 216 a 285 CC, en lo relativo a las funciones tutelares, a la promoción, constitución y delación de la tutela, al nombramiento del tutor, al ejercicio de la tutela y a su extinción y rendición de cuentas, al marco objetivo para el que se reserva la



institución tutelar. Habida cuenta de la finalidad meramente adaptativa de la nueva redacción de estos artículos, que reproducen casi en sus mismos términos los actuales artículos 216 a 218 CC, resulta innecesario llevar a cabo a un particularizado examen de los mismos.

158.- Con todo, cabe hacer las siguientes consideraciones, que vienen referidas a modificaciones de cierta relevancia:

- a) El vigente artículo 216 CC, en su segundo párrafo, establece que las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos. El proyectado artículo 200 mantiene la misma previsión, pero referida exclusivamente a los supuestos de tutela de los menores, coherentemente con el ámbito material sobre el que se configura la institución tutelar en el Anteproyecto. De este modo, se desactivan las medidas judiciales de protección establecidas en el artículo 158 respecto de las personas con discapacidad. Debe tenerse en cuenta que las medidas de carácter preventivo que recoge este precepto – que podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria- tienen por objeto la protección de los hijos menores y de los sujetos a tutela o guarda, e incluyen una cláusula de cierre que autoriza a la autoridad judicial a adoptar «[l]as demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor [y a los sujetos a tutela o guarda, ex art. 216 CC] de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas», garantizando la audiencia del menor [o sujeto a tutela o guarda] en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Es cuestionable que el nuevo paradigma sobre el que se asienta el régimen de protección de las personas con discapacidad determine la indefectible desactivación de estas medidas de protección referidas a dichas personas. La necesidad de adoptar medidas preventivas respecto de ellas no es inconciliable con el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica y de obrar y con un sistema de apoyos preeminentemente autoorganizativo y en el que prima la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad. Baste pensar en aquellos casos, que no por improbables dejan de ser posibles, en los que las medidas preventivas han de dirigirse frente a quienes prestan los apoyos, y la afectación que constituye la causa de la discapacidad es de tal entidad que limita de manera importante el autogobierno de quien la padece. También aquí, y muy



especialmente, debe ponerse en cuestión la elusión del interés superior de la persona con discapacidad. Por ello, cabe sugerir al prelegislador que reconsidere la total desactivación de las medidas preventivas previstas en el artículo 158 CC respecto de las personas con discapacidad, en la medida en que puedan ser destinatarias de ellas.

- b) La reforma mantiene el derecho del tutor a ser retribuido (artículo 228 AL), pero no sujeta dicho derecho a condición o límite alguno. Recuérdese que, de conformidad con lo dispuesto en el vigente artículo 274 CC, el derecho del tutor a ser retribuido viene condicionado a que el patrimonio del tutelado lo permita, y el importe de la retribución –que será fijado por el juez, así como el modo de percibirla- vendrá determinado por el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por cien del rendimiento líquido de los bienes. Ciertamente es que el proyectado artículo 279 establece el mismo derecho de retribución para el curador «[s]iempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita», y que el artículo 224, en la redacción proyectada, dispone que el ejercicio de la tutela se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades establecidas en los artículos siguientes; pero el proyectado artículo 228 contempla, como se acaba de decir, el derecho a la retribución del tutor sin ninguna condición y sin límite alguno, lo que suscita la duda acerca de si dicho derecho es, en efecto, incondicionado, de tal modo que el juez deba fijar la retribución en todo caso, conforme a los parámetros que establece el artículo 48.1 de la LJV (la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado), en cuya proyectada redacción desaparece, por ende, la condición de que «[e]l patrimonio del tutelado o asistido lo permita». Es preciso, por tanto, que el prelegislador despeje la duda apuntada. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 228 debe iniciarse con la expresión "*También podrá establecerse*", incorporando la partícula reflexiva al predicado que contiene, y clarificar de ese modo su sentido.

159.- La reforma del régimen de protección de las personas con discapacidad y la implantación del sistema de apoyos se incorpora en el nuevo Título XI del Libro Primero del CC, que se intitula "*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*", el cual se abre con unas disposiciones generales (Capítulo I), seguido de la regulación de los poderes



y mandatos preventivos (Capítulo II), para a continuación abordar la regulación de las figuras e instituciones de apoyo propiamente dichas (guarda de hecho, curatela y defensor judicial).

160.-El nuevo régimen de protección y el nuevo sistema de apoyos se articula en torno a la configuración de dos tipos de medidas que, siguiendo la terminología del Memorandum explicativo de la Recomendación CM/Rec. (2009)11, se clasifican en medidas anticipatorias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y tomadas por el interesado *ex ante*, en previsión de una futura necesidad de apoyo, y en consideración a ella, y medidas reactivas o *ex post*, establecidas una vez constatada la necesidad de apoyo, ante la ausencia de previsión o disposición por el interesado (medidas judiciales de apoyo o instituciones de apoyo).

161.- El sistema proyectado, como se ha venido señalando, parte de establecer el carácter prioritario de las medidas de apoyo preventivas o voluntarias, en coherencia con los principios sobre los que se asienta el nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad, en el que prevalece el pleno reconocimiento de la personalidad y de la capacidad de las personas con discapacidad y la voluntad y autonomía de los interesados.

El sistema de apoyos preventivos y voluntarios del Anteproyecto, que se integra por la autocuratela y los poderes preventivos y las medidas o directrices dispuestas en los documentos de voluntades anticipadas, pretende superar la exigua eficacia de la autotutela y de los poderes preventivos introducidos por la Ley 41/2003, y se acomodan a los dictados de la Recomendación CM/Rec (2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad, y, desde luego, a las exigencias derivadas de la Convención.

162.- Las directivas o medidas anticipadas no se mencionan como tales en el Anteproyecto, pero parece indudable que a ellas se refiere el proyectado artículo 251, que dispone que «[C]ualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador». Y añade: «[S]olo en defecto o por insuficiencia





de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

163.- El precepto transcrito sirve, en puridad, de marco normativo general de las medidas anticipatorias y voluntarias, y en él tiene cabida cualquier disposición relativa a futuras medidas de apoyo de carácter personal o patrimonial adoptadas en razón de la futura concurrencia de circunstancias que hagan preciso tales apoyos, ya de carácter particular o concreto, ya de carácter general. Dada la amplitud con que se conciben, cabe considerar que incluyen las disposiciones relacionadas con la salud del otorgante, lo que puede entrar en concurrencia con las instrucciones previas previstas en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y en otras disposiciones autonómicas.

Y vinculada a esta concurrencia normativa, surge la duda –no irrelevante– acerca de si al amparo de lo dispuesto en el proyectado artículo 251 cabe estipular que en el futuro, y ante una determinada circunstancia que dificulte el ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar, no se suministre o proporcione medida de apoyo alguno. Ante el eventual conflicto que abriría esta confluencia e interacción normativa parece aconsejable una mayor concreción del sentido y contenido posible de la voluntad anticipada del otorgante, teniendo en consideración las esferas de actuación sobre las que podría proyectarse y su eventual incidencia en derechos, principios y valores de raigambre constitucional.

164.- Los artículos 254 y 255 CC, en la redacción del Anteproyecto, contemplan las dos modalidades de este tipo de negocios jurídicos preventivos, a los que se suma el mandato sin poder a que hace referencia el artículo 260, en la redacción anteproyectada. El artículo 254 se refiere a los poderes preventivos eficaces desde su otorgamiento y con cláusula de subsistencia si el otorgante en el futuro se ve necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad; y el artículo 255 se refiere a los poderes preventivos que serán eficaces solo para el supuesto de que en el futuro el otorgante se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. El Memorandum de la Recomendación CM/Rec (2009)<sup>11</sup> contempla una tercera categoría de poderes preventivos, que comprende aquellos en los que el poderdante establezca una fecha determinada de eficacia del poder, o que disponga que su eficacia vendrá determinada por su decisión comunicada al apoderado. La amplitud del artículo 255 permite, sin embargo, englobar esta tercera categoría de apoderamiento.



165.- Interesa detenerse en la distinta naturaleza y el distinto carácter del apoderamiento y del mandato preventivo al que alude el proyectado artículo 260. Pues si bien este constituye con claridad un negocio jurídico bilateral, que precisa de la aceptación del mandatario (cfr. artículo 1718 CC), respecto del primero se abrigan dudas acerca de si tiene la naturaleza de un negocio jurídico unilateral de carácter recepticio, en el que no es precisa la aceptación del apoderado, o por el contrario, el apoderamiento preventivo, como figura dentro del sistema de apoyos de las personas con discapacidad, solo es concebible como un mandato representativo directo. La consideración del apoderamiento preventivo como negocio jurídico unilateral de carácter recepticio –que admite expresamente el Memorandum de la Recomendación CM/Rec (2009)<sup>11</sup>- se explicaría a partir de la caracterización del mismo como negocio jurídico basado en la confianza. Como fácilmente se advierte, la determinación de la naturaleza de los poderes preventivos, que requiere de una mayor concreción por parte del prelegislador, no es inane, pues de ella depende no solo su carácter vinculante para el apoderado, sino también las causas de extinción, en contemplación a las que se recogen en el vigente artículo 1732 CC.

166.- Independientemente de lo anterior, el mandato preventivo sin poder a que se refiere el proyectado artículo 260 CC parece venir referido a aquellas situaciones en las que el mandato no se exterioriza ante terceros, admitido el hecho de que determinadas cuestiones de índole personal del mandante, como decidir si quiere estar internado o no en un centro de atención especializada, las decisiones sobre voluntades digitales, o la forma de atender cuentas virtuales, no precisarán de facultades de representación frente a terceros ni, por consiguiente, poderes de carácter representativos.

167.- La cuestión más relevante de la regulación de los poderes y mandatos preventivos, y en general de las medidas de apoyo anticipativas y voluntarias, reside en determinar hasta qué punto las disposiciones del otorgante, en lo relativo a la constatación de las circunstancias que han de activarlas, a la designación de la persona o personas que han de prestar los apoyos, y a su contenido y forma de ejercicio, quedan al margen del control judicial. La cuestión, que afecta también a la subsistencia de las medidas, no atañe exclusivamente a los poderes y mandatos preventivos, y a las directivas anticipadas, sino también a la autocuratela, como medida de apoyo anticipativa y voluntaria.

168.- Ante todo, debe admitirse el hecho de que determinadas disposiciones legales que integran el sistema de apoyos tienen, dada la primacía de la voluntad del que los necesita o habrá de necesitarlos,



carácter dispositivo. Así se desprende directamente del artículo 251 CC, en la redacción proyectada; y cabe apreciar tal carácter dispositivo en preceptos tales como el proyectado artículo 257, que dispone que «[C]uando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para este supuesto, y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa». También en el proyectado artículo 258, conforme a cuyo segundo párrafo se extinguirán automáticamente los poderes preventivos otorgados a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante por el cese de la convivencia «[s]alvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este». Igualmente se aprecia en las causas de extinción del poder, respecto de las que el poderdante podrá establecer formas específicas de extinción (artículo 256, segundo párrafo). Y, en general, en todo lo relativo a la disposición de sus bienes, a la retribución de quien ha de prestar los apoyos, a la obligación de hacer inventario y a las medidas de vigilancia y control (ex artículo 269, segundo párrafo).

169.- Dicho lo anterior, se ha de incidir en que el sistema proyectado se asienta en la primacía de la voluntad del necesitado de apoyos y en el respeto a su voluntad. De ahí que solo en defecto o por insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria pueda la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias (artículo 251, segundo párrafo); que solo proceda adoptar medidas de origen legal o judicial en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate, siempre conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 248, segundo párrafo); que los poderes preventivos mantengan su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado (artículo 256, primer párrafo); que las medidas tomadas por la autoridad judicial en los procedimientos de provisión de apoyos deban ser proporcionadas a las necesidades de las personas que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de estas en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 266); que la curatela solo se constituya cuando no exista otra medida de apoyo suficiente –las voluntarias ante todo- para la persona con discapacidad (artículo 267); y que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que determinen la necesidad de apoyos, pueda proponer el nombramiento de un curador o la exclusión de una o varias personas



determinadas para el ejercicio de la función de curador, así como establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela, y en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (artículo 269, segundo párrafo), todo ello con carácter vinculante para la autoridad judicial (artículo 270).

170.- En su vertiente práctica, esta primacía y la consecuente subsidiariedad de las medidas legales y judiciales significa vedar con carácter general la intervención judicial en la determinación de la concurrencia del presupuesto de activación de los poderes y mandatos preventivos, en la designación de las personas que han de prestar apoyo propuestas por el otorgante –en la valoración de su idoneidad-, así como en el contenido de las medidas de apoyo y la forma de su ejercicio propuestos por la persona que ha de necesitar de ellas, en su extinción y en la sustitución por otras.

171.- La intervención judicial, ante las medidas voluntarias, se contrae a adoptar aquellas que sean supletorias o complementarias de las dispuestas, siempre conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, en defecto o por insuficiencia de las de carácter voluntario (artículos 248, segundo párrafo, 251, segundo párrafo, 266 y 267). La autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, a instancia de las personas llamadas a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por el que las estableció, o alteración de las causas expresadas por el mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (artículo 270, segundo párrafo, y 274, primer párrafo). Se contrae también a la remoción del curador, de oficio o a solicitud de la persona en cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, suspendiendo al curador de sus funciones mientras se resuelve el expediente (artículo 276, segundo y tercer párrafo), así como a declarar la extinción de los poderes preventivos si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador (artículo 256, tercer párrafo). Y, en fin, a autorizar los actos previstos en el artículo 285, esto último con ciertas dudas, como se verá, respecto de determinados actos de contenido patrimonial o personal cuando la persona que ha de necesitar los apoyos haya excluido la necesidad de autorización judicial.



172.- Examinado el articulado proyectado en su conjunto cabe afirmar, sin embargo, que el prelegislador no excluye de raíz la intervención y el control judicial ante la previsión de medidas de apoyo de carácter preventivo y voluntario. En primer término, ha de darse la debida virtualidad a la posibilidad de que la autoridad judicial pueda adoptar medidas supletorias o complementarias de las dispuestas de forma voluntaria "*en defecto o por insuficiencia de estas*" (artículo 251, segundo párrafo), lo que se predica para todo tipo de medida de naturaleza voluntaria, incluida la autocratela. Esta potestad comporta, desde luego, una valoración de la suficiencia de las medidas dispuestas con carácter voluntario, pero también de la adecuación de las mismas, que ha de encontrarse implícita en la posibilidad de adoptar medidas *supletorias*, en la medida en que el verbo "*suplir*" del que proviene el adjetivo "*supletoria*" admite no solo la acepción de cumplir o integrar lo que falta en algo o remediar una carencia, sino también la de ponerse en lugar de alguien para hacer sus veces, sustituir o reemplazar una persona o cosa en un puesto o función, u ocupar [una persona o cosa] el lugar o puesto de otra.

173.- Por otra parte, el sistema proyectado admite la eventual concurrencia y coexistencia de medidas voluntarias y de carácter judicial, si bien bajo la regla del mantenimiento de las medidas de carácter voluntario, que solo cedería en el caso de la disposición judicial de medidas de apoyo –por defecto o insuficiencia de las dispuestas de forma voluntaria- que impliquen representación plena, en tanto se considere que esta comprende todos los actos, personales y patrimoniales, del representado, conforme al proyectado artículo 1732.2º CC, que, en rigor debería aplicarse a todas las medidas de apoyo de carácter voluntario, y no solo al mandato preventivo.

174.- Y, si bien la extinción de los poderes preventivos solo se contempla, a instancia de los legitimados para instar el procedimiento de provisión de apoyos y del curador si lo hubiere, cuando concurran en el apoderado alguna de las causas previstas para la remoción del curador, no ha de olvidarse que el artículo 276, en la redacción propuesta, considera como tales a las causas de inhabilidad, el mal desempeño del cargo por incumplimiento de los deberes propios del mismo, la notoria ineptitud para su ejercicio y los problemas de convivencia graves y continuados, estando autorizada la autoridad judicial a decretar, incluso de oficio, la remoción cuando conociere, por sí o a través de cualquier interesado, circunstancias que comprometan el desempeño correcto del cargo.



175.- Por otra parte, el proyectado artículo 273 deja al juicio de la autoridad judicial la apreciación de las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de las funciones del curador.

176.- No obstante, en línea con lo que se ha venido propugnando en este informe, la tensión entre autogobierno y primacía de la voluntad, por un lado, y tutela judicial de los derechos e intereses de la persona con discapacidad, por otro, y entre el principio dispositivo y los límites a la voluntad del disponente, se ha de resolver ponderando debidamente ambos extremos, de manera que la intervención judicial ante medidas de carácter voluntario no se conciba con carácter excepcional, sino que se permita, en términos claros, el control de la adecuación, idoneidad y suficiencia de las dispuestas voluntariamente, lo que pasa por la valoración de las necesidades de apoyo de aquel en cuyo favor se establecen, lo que debe entenderse, por lo demás, amparado por el artículo 12.4 de la Convención, que prevé la adopción de salvaguardias, con respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, en evitación de conflictos de intereses, de influencia indebida, falta de adaptación a las necesidades de las personas, y falta de proporcionalidad de las medidas dispuestas.

177.- Más en particular, cabe sugerir que entre las causas de extinción de los mandatos –y poderes- preventivos, así como de las directivas o medidas anticipatorias, se contemple la adopción de medidas de apoyo judiciales que sustituyan a las dispuestas con carácter voluntario, por inadecuación, inidoneidad e insuficiencia de las mismas. No parece suficiente, por tanto, que la modificación que se introduce en el artículo 1732.2º CC prevea la extinción del mandato «[p]or renuncia del mandatario y cuando respecto de este se dispongan judicialmente medidas de apoyo que *impliquen representación plena*». Y en cualquier caso es aconsejable que se regulen de manera sistemática las causas de extinción de los poderes y mandatos preventivos.

178.- Y, en aras a dotar de coherencia a los preceptos proyectados, sería preciso cohonestar la legitimación para instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos (artículo 256, tercer párrafo) con la facultad que se confiere a la autoridad judicial de decretar de oficio la remoción del curador, conforme prevé el segundo párrafo del artículo 276, al que se remite el artículo 256.



179.- Para cerrar este subapartado cabe hacer, asimismo, las siguientes consideraciones respecto de la regulación de las disposiciones generales y de los poderes y mandatos preventivos:

- a) En el primer párrafo del artículo 247 se debería incluir una referencia a los elementos que conforman la causa de la discapacidad, a saber, las alteraciones psíquicas –intelectuales o mentales que afecten a la conciencia y voluntad-, sensoriales y físicas que afecten al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar.
- b) En el párrafo segundo de este mismo artículo, cuando dice: «[L]as de origen legal solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trata», sería más apropiado decir: "(...) *en defecto o insuficiencia de las medidas previstas por la persona*".
- c) El artículo 249 enumera las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad de forma cerrada (guardador de hecho, curatela y defensor judicial). El prelegislador, sin embargo, debería considerar la conveniencia de regular estas instituciones de una manera más amplia, que comprendiera también la "*asistencia*" institucional, como figura similar a la "*amministrazione di sostegno*", más adecuada para las muy variadas situaciones de afectaciones psíquicas o físicas que requieran de una asistencia para el desenvolvimiento ordinario de la actividad de forma más o menor prolongada, dispuesta en expediente de jurisdicción voluntaria (piénsese en afectaciones por causa de drogodependencia, alcoholismo, ludopatía, anorexia, etc.). De este modo, la asistencia institucional absorbería aquellas situaciones en las que la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque fuese recurrente, que ahora sirven para definir la figura del defensor judicial en el artículo 249 AL, y se contempla en el ordinal primero del proyectado artículo 293 entre los casos en los que procede el nombramiento del defensor judicial. Este quedaría circunscrito, entonces, a los demás casos previstos en dicho artículo, que se identifican mejor con el tradicional ámbito de actuación de esta figura: cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; cuando exista conflicto de intereses; o cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. En cualquier caso, es necesario coordinar el párrafo cuarto del artículo 249, referido al defensor judicial, con el contenido del artículo 293 del Anteproyecto.



- d) Para clarificar la naturaleza jurídica y el contenido obligacional que deriva de los poderes preventivos con cláusula de subsistencia (artículo 254) y los poderes preventivos de apoyo (artículo 255) sería aconsejable que se previera en ambos la aceptación del apoderado, una vez conocida y acreditada la causa que exija el apoyo, si bien tal aceptación podría considerarse implícita mediante el uso del poder, ya como mandato de protección o de apoyo.
- e) El proyectado artículo 257 puede plantear ciertos problemas de interpretación al referirse a *“todos los negocios del otorgante”* y la sujeción del apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa. Cabe la duda de si por *“todos los negocios del poderdante”* se deben entender todos los actos de administración a los que se contrae el mandato concebido en términos generales (artículo 1713 CC), o si comprenden también los actos de disposición a los que serían de aplicación directa las limitaciones establecidas en el proyectado artículo 285. Cabe asimismo abrigar la duda de qué disposiciones de la curatela, además de las previstas en el artículo 285, serían de aplicación al apoderado (si se aplicarían las causas de inhabilitación del artículo 270, las causas de remoción del artículo 276 como causas de extinción, las causas de excusión del artículo 277 como causas de renuncia, las reglas de retribución del artículo 279 o la exigencia de fianza del artículo 282). Y, en fin, cabe dudar acerca de la eficacia misma de esta disposición, ante la existencia y regulación de la autcuratela.

180.- Ya se ha hecho con anterioridad alusión a la finalidad que anima la reforma de potenciar la figura del guardador de hecho, que, en palabras de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, *«[s]e transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida 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»*.

181.- Sin perjuicio de incidir en la conveniencia de contemplar, dentro de las instituciones de apoyo, la habilitación familiar con un determinado





ámbito material y temporal, y, al mismo tiempo, de poner de manifiesto las dificultades y los inconvenientes de índole práctica que con frecuencia se derivan de la guarda de hecho *familiar*, y que el prelegislador sin embargo orilla, resulta procedente detenerse en los siguientes aspectos:

- a) El artículo 261, segundo párrafo, en la redacción proyectada, dispone que será necesario contar con la autorización judicial para que la persona que ejerza la guarda de hecho acredite la representación de la persona asistida. Esta autorización judicial, que será otorgada en expediente de jurisdicción voluntaria, «[p]odrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo». Y el párrafo cuarto del mismo artículo establece: «[N]o será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar». Sin perjuicio de poner de relieve la imprecisión de los términos “*escasa relevancia económica*” y “*especial significado personal o familiar*”, no es fácil cohonestar el sentido de ambos párrafos, cuando la autorización judicial viene referida a una pluralidad de actos que no excedan de la administración ordinaria, y se dispensa de la autorización judicial para realizar actos de disposición de bienes de escasa relevancia económica o que carezcan de especial significado personal o familiar. Una adecuada coordinación de los preceptos exigiría situar la autorización judicial a que se refiere el párrafo segundo en la esfera de la representación del asistido, que puede tener por objeto actos de mera administración ordinaria que, sin embargo, requieran acreditar tal representación; *sin perjuicio de la cual* queda dispensada de la autorización judicial la realización de actos de disposición sobre bienes de escasa relevancia económica o carentes de especial significado personal o familiar que no precisen la acreditación de la representación de la persona con discapacidad.
- b) El párrafo tercero del mismo artículo establece que en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho, deberá recabar autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo. Ha de tenerse en cuenta en este punto la concurrencia de lo previsto en el artículo 9 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, en lo relativo a la prestación del consentimiento por representación de las personas con discapacidad [el artículo 9.3 b) alude a personas con capacidad modificada judicialmente].

- c) La efectividad de los controles previstos en el proyectado artículo 263 requiere el conocimiento por la autoridad judicial del ejercicio de la guarda de hecho; a cuyos efectos, podría preverse que, cuando la guarda de hecho se prolongue más allá de un determinado periodo de tiempo, y sin perjuicio de las autorizaciones que resulten procedente, el guardador de hecho deba poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de la guarda de hecho y su condición de guardador de hecho.

182.- El capítulo relativo a la curatela se abre con el artículo 266, que establece: «[L]as medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento 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, deseo y preferencias. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria se revisarán periódicamente las medidas adoptada en un plazo máximo de tres años».

183.- Este precepto merece las siguientes consideraciones: i) se trata de una disposición que tiene una proyección no solamente limitada a la curatela, pues alcanza a las demás figuras e instituciones del sistema de apoyos, por lo que su ubicación sistemática debería encontrarse en las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo a las personas con discapacidad; ii) la previsión de la revisión periódica, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, de las medidas adoptadas, que se concibe en términos categóricos y absolutos, sin contemplar excepción alguna, puede no encontrar suficiente justificación en algunos casos de afectaciones físicas o psíquicas irreversibles, por lo que activar la actuación judicial, aunque sea a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, puede resultar innecesario.

184.- Es significativa, por otra parte, la circunstancia de que, siendo la curatela la figura central del sistema de apoyos, no se haya regulado de forma expresa el derecho y el deber de promover la curatela. Es cierto que el artículo 757.1 LEC, en la redacción anteproyectada, al regular la legitimación y la intervención procesal, dispone que el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad



«[p]uede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes o hermanos». El segundo apartado del mismo artículo añade que «[E]l Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda»; y el apartado tercero dispone que «[C]ualquier persona está facultada para poner en conocimiento del ministerio Fiscal los hechos que pudieran ser determinantes de una situación que requiera la adopción de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal».

Tales disposiciones, que en esencia reproducen los términos de los apartados primero, segundo, y tercero del vigente artículo 757 LEC, contienen las reglas de legitimación procesal, directa o por sustitución, para promover los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo. Pero sería aconsejable que junto con las normas de legitimación procesal se contuvieran en el Código Civil las normas sustantivas relativas a la titularidad de los derechos y obligaciones en orden a proveer la medida de apoyo en que consiste la curatela.

185.- El artículo 273, último inciso, en la redacción propuesta, establece que «[P]odrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad». Al examinar los distintos regímenes de protección de las personas adultas en el derecho comparado se puso de manifiesto la tendencia de ciertas legislaciones a abrir paso a la profesionalización de la asistencia o a la asistencia profesional. A la vista del ejemplo que ofrecen estos sistemas de protección cabe sugerir al prelegislador que considere la conveniencia de no limitar a las entidades sin ánimo de lucro la aptitud para ser curador, máxime si se tiene en cuenta el carácter retribuido del cargo, y habida cuenta de los controles a los que se sujeta su ejercicio; sin perjuicio de reforzar, en su caso, las garantías – fianzas e hipotecas legales- para el debido cumplimiento de sus obligaciones.

186.- Por otra parte, el proyectado artículo 274, al establecer el orden de preferencia para el nombramiento de curador, no menciona a las instituciones, pese a admitirse su posibilidad en el artículo anterior.



187.-Al regular el ejercicio de la curatela, el artículo 280 dispone, en su párrafo quinto, que «[E]l curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración». Llama la atención que la toma en consideración de los valores, la trayectoria vital y las creencias de la persona a la que se preste apoyo se reserve a la curatela con facultades de representación, y no se predique lo mismo respecto de la curatela asistencial, en cuyo ejercicio también deberán tenerse en cuenta la trayectoria, los valores y creencias de la persona asistida. Por otra parte, el párrafo sexto del mismo artículo, conforme al cual «[e]l curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro», no es sino reiteración del último inciso del artículo 248 del Anteproyecto.

188.- El proyectado artículo 285 es trasunto del vigente artículo 271 CC, que somete a autorización judicial determinados actos de quienes ejercen las funciones tutelares, ahora circunscritos a quienes ejercen la curatela con funciones de representación. Es este un precepto que resulta paradigmático de la tensión que late en el sistema de apoyos proyectado entre la primacía de la voluntad y el autogobierno, de una parte, y la intervención judicial en garantía del mejor interés de la persona con discapacidad, de otra, o lo que es lo mismo, entre el derecho imperativo y el dispositivo. Subyace la duda acerca de si, en un sistema de autoorganización de apoyos, y en el que la autoridad judicial ha de atender ante todo a la voluntad de la persona necesitada de ellos, el interesado puede excluir la autorización judicial para la realización de alguno o algunos de los actos que se enumeran en el artículo 285. Como ejemplo se acude al que ofrece, en esta línea, el artículo 252 del Anteproyecto, conforme al cual quien dispone bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyos puede establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, y en general, al ejemplo que ofrece la autonomía de la voluntad del disponente, que si puede establecer cargas o condiciones, o prohibiciones de disponer, también podrá dispensar de la autorización judicial respecto de los bienes o derechos donados. Es este, en fin, un aspecto en donde mayor incidencia ha de tener la ponderación que el prelegislador ha de hacer entre aquellos elementos para definir de manera más completa el régimen de protección y el sistema de apoyos que diseña.



189.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer al respecto las siguientes observaciones:

- a) El ordinal primero de este artículo se refiere a los «[a]ctos de trascendencia personal o familiar cuando el afectado no pueda hacerlo por sí mismo». La amplitud de los términos en que se formula la excepción hace surgir la duda acerca de si tiene alguna proyección sobre el régimen de internamiento involuntario y, en su caso, en qué medida.
- b) Cabría concebir, en cualquier caso, ciertas excepciones a la regla, más allá de los casos de disposición de bienes de *“escasa relevancia económica”* o que carezcan de *“especial significado personal o familiar”* (ordinal tercero), o respecto de *“asuntos urgentes o de escasa cuantía”* (ordinal séptimo), y fuera de la posibilidad de autorizar la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad a que se refiere el artículo 286, en la redacción del Anteproyecto. De este modo, la resolución de la autoridad judicial por la que se establezca la curatela y se determine su ámbito podría eximir de autorización judicial a ciertos actos o negocios jurídicos, en atención a las circunstancias de la persona que necesita de los apoyos y de su patrimonio, reforzando en su caso las medidas de control y salvaguardias. No está de más recordar que el artículo 246, en la redacción del Anteproyecto –que recoge en esencia el actual artículo 323 CC-, permite (a contrario) al menor emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor con el consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, de su defensor judicial; es decir, sin autorización judicial. Y para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; y si también es menor, el consentimiento, además, de los progenitores o defensor judicial e uno y otro (artículo 247, en la redacción del Anteproyecto, y 324 CC en la redacción actual).

190.- Por otra parte, se debería corregir el tenor del proyectado artículo 287, al referirse al *“curador representativo”*, sustituyendo la expresión por la más adecuada y propia de *“curador con funciones de representación”*.



191.- Para cerrar este apartado, cabe sugerir que se reconsidere la regulación de la prodigalidad, como hace el texto proyectado, de manera diferenciada y separada del régimen del sistema de apoyos, y dentro de un título que, sin embargo, incluye un segundo capítulo para recoger disposiciones comunes sobre las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a la discapacidad y asistencia al pródigo. El tratamiento de la prodigalidad de forma diferenciada de aquellas otras situaciones para las que se diseña el sistema de apoyos, que se justifica por razón de la esfera afectada por la conducta desordena de quien ha de ser declarado pródigo, y por tratarse de una institución absolutamente ajena a la discapacidad (cfr. Exposición de Motivos del Anteproyecto), puede ser cuestionable, por cuanto no deja de constituir una afectación de carácter psíquico que afecta a la capacidad jurídica y de obrar del afectado, y que precisa del mismo sistema de apoyos que el previsto para las personas con discapacidad, del que, de otro modo, se encontraría desconectado.

## **B) Modificaciones de naturaleza procesal**

192.- Sin entrar en el análisis de las modificaciones de carácter formal y de orden terminológico, y de aquellas de carácter estrictamente técnico, merecen especial consideración las siguientes:

- a) Aunque el Anteproyecto no lo prevé, debería modificarse el artículo 755 de la LEC para acomodarlo al tenor del proyectado artículo 300 CC, de forma que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procesos sobre medidas judiciales de apoyo se comuniquen de oficio no solo al Registro Civil, sino también al Registro de la Propiedad cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles.
- b) El artículo 756 de la LEC, que actualmente versa sobre la competencia para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad, pasa a titularse "*Ámbito de aplicación y procedencia*", para referir el primero –el ámbito de aplicación– a la adopción de las medidas de apoyo a personas con discapacidad en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. El ámbito de aplicación así determinado es, sin embargo, incompleto, pues se olvida de la declaración de prodigalidad y en general de todos aquellos casos en los que el expediente se torne contradictorio o el procedimiento tenga o deba tener ese carácter.



- c) La competencia territorial para conocer de estos procesos se establece en torno al fuero de la residencia habitual de la persona a la que se refiera la solicitud de apoyos (artículo 756.2 LEC, en la redacción propuesta). Como excepción a la regla de la perpetuación de la jurisdicción (artículo 411 LEC), el proyectado apartado tercero del artículo 756 LEC establece que si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen. Tal previsión, que tiene por objeto configurar la competencia territorial acercando al tribunal tanto a quien se han de referir las medidas como el objeto mismo del proceso, ha de ser favorablemente acogida, respondiendo, por lo demás, a la más reciente orientación jurisprudencial [vid., por todos, ATS de 11 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8779A), con cita de los de 13 de abril de 2010, 8 de febrero, 14 de junio y 22 de noviembre de 2011, y 17 de abril y 3 de junio de 2012]. La misma regla de competencia se mantiene, conectándola con la regla de competencia funcional, para el conocimiento de los incidentes de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas (artículo 761.1, en la redacción proyectada).
- d) El artículo 758.1 LEC, en la redacción del Anteproyecto, dispone que admitida la demanda el Letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil sobre las medidas de protección inscritas. En rigor, la certificación habrá de recabarse no solo del Registro Civil, sino también del Registro de la Propiedad y, en general, de aquel o de aquellos registros públicos que se establezcan para dotar de la debida publicidad al sistema de apoyos, voluntaria o judicialmente dispuestos.
- e) El apartado segundo de este mismo artículo 758 establece que una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando el afectado no hubiera podido ser notificado personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el juzgado con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento; dándose a continuación nuevo plazo para contestar a la demanda. El precepto, evidentemente, trata de evitar la declaración de rebeldía de la persona con discapacidad, inconcebible



desde el respeto del derecho de defensa; pero no ha de dejar de advertirse acerca de la necesidad de que la persona con discapacidad frente a la que se dirige la demanda comparezca personalmente en el procedimiento por cuanto con él han de entenderse los trámites del reconocimiento judicial de la perdonada afectada, de las audiencias preceptivas y de la emisión de los informes facultativos y aquellos que fueren pertinentes.

- f) La facultad de la autoridad judicial de prescindir de las audiencias preceptivas cuando la demanda hubiera sido presentada por el propio afectado y cuando así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (artículo 759.2 y 3 LEC, en la redacción propuesta), debería concebirse con carácter excepcional, tras la debida ponderación del derecho a la intimidad del afectado y el derecho a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, en garantía de la cual se configura el trámite de audiencia.
- g) El proyectado artículo 769 LEC remite a los artículos 266 y siguientes del CC, y por tanto, al régimen de revisión de las sentencias que dispongan las medidas de apoyo. Se ha de reiterar lo ya expuesto con anterioridad a este respecto, y ceñir la revisión de las medidas a aquellos casos que, en función de la afectación y las circunstancias concurrentes, verdaderamente lo requieran.
- h) El artículo 761 LEC, en la redacción proyectada, regula el incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas, para el caso de que, sobrevenidas nuevas circunstancias, resulte procedente dejar sin efecto o modificar el alcance de las medidas adoptadas. En su apartado quinto, contemplado un supuesto específico de subsanación y complemento de la sentencia (regulado con carácter general en el artículo 215 LEC), prevé que, «[c]uando, antes del vencimiento del plazo de revisión de las medidas fijado en la sentencia, se hiciese preciso complementarla por haber omitido alguna medida de apoyo, las personas legitimadas en el procedimiento podrán solicitar, previo informe del Ministerio Fiscal y alegaciones del resto de las partes en el plazo de cinco días, la adición de la medida de apoyo que se precise, la cual podrá ser autorizada mediante auto por el juez». Este artículo ha de ponerse en relación con el nuevo artículo 51 bis de la LJV, que regula la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente, en el plazo y la forma en que disponga la sentencia que los hubiere acordado, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, en





coherencia con lo dispuesto en el proyectado artículo 266 CC. La revisión deberá al menos comprender un informe pericial relativo a la persona afectada elaborado por facultativo designado por el tribunal, dándose traslado de las actuaciones practicadas al curador y al Ministerio Fiscal a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días. Y el apartado tercero de este artículo concluye: «[C]uando el juez constatare la existencia de circunstancias excepcionales sobrevenidas que pudieran dar lugar a la desaparición o modificación de las medidas de apoyo acordadas, pondrá fin al expediente y dará traslado al Ministerio Fiscal y las personas legitimadas o que acrediten un interés legítimo a fin de instar la incoación del incidente de modificación de dichas medidas». Por tanto, el prelegislador configura un mecanismo procesal para la revisión periódica de las medidas de apoyo en los términos establecidos en la sentencia que las ha acordado, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, un incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas, y un incidente de complemento de la sentencia por haber omitido alguna medida de apoyo. Ese planteamiento conjunto de actuaciones procesales ofrece ciertos problemas y da pie a ciertos interrogantes que resulta oportuno consignar: i) No siempre será fácil determinar cuál es el cauce procedimental procedente, pues normalmente la sentencia que establece los apoyos habrá previsto su revisión cuando sobrevinieran nuevas circunstancias que hagan precisa la modificación o, en su caso, supresión de las medidas adoptadas; ii) no queda clara la legitimación para instar la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente; y iii) no queda clara cuál es la intervención en este expediente de las partes que intervinieron en el previo procedimiento de adopción de medidas, y, en particular, si en dicho expediente ha de ser reconocida la persona para la que han sido adoptadas.

- i) El apartado tercero del artículo 52 LJV, en la redacción propuesta, incurre en un error al referirse al párrafo segundo del artículo 265 CC, pues debe venir referido al segundo párrafo del artículo 261 CC, en la redacción del Anteproyecto.
- j) El artículo 62 LJV, en la redacción anteproyectada, regula la competencia, legitimación y postulación en el expediente de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de menores y personas con discapacidad. En su apartado primero se



mantiene la competencia para conocer del expediente al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. Sería conveniente, no obstante, que la competencia territorial estuviese determinada conforme a las mismas reglas de competencia establecidas de forma general para el conocimiento de los procedimientos de adopción judicial de medidas de apoyo, y, en consecuencia, que se atribuyera al juzgado de la residencia del menor o persona con discapacidad, teniendo en cuenta el eventual cambio de residencia habitual, en los términos previstos en los proyectados artículos 756.2 LEC y 43.2 LJV. Por otra parte, merece favorable acogida la previsión contenida en el apartado tercero de este artículo 62 LJV, en la redacción propuesta, conforme a la cual la solicitud inicial del expediente podrá realizarse sin necesidad de Abogado y Procurador, aun cuando el valor del acto para el que se inste supere los 6.000 euros, sin perjuicio de que el juez pueda ordenar la actuación de todos los interesados por medio de Abogado cuando la complejidad de la operación así lo requiera o comparezcan sujetos con intereses enfrentados.

### **C) Modificaciones en la Ley Hipotecaria**

193.- El artículo segundo del Anteproyecto modifica la Ley Hipotecaria (LH, en adelante) en alguno de sus artículos, con el fin de acomodar la legislación hipotecaria a las nuevas previsiones sobre el sistema de protección de las personas con discapacidad.

194.- El artículo 300 CC proyectado dispone que «[c]uando las resoluciones judiciales afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación registral. Las demandas correspondientes podrán ser objeto de anotación preventiva». Esta previsión normativa tiene en el Anteproyecto su oportuno traslado en la Ley Hipotecaria a través de la modificación de los artículos 2.4 y 42.5.

195.- La redacción del vigente artículo 2.4 LH proviene de la reforma introducida por la Ley 6/1984, de 32 de marzo, y se actualiza ahora para sustituir la genérica referencia a «*las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar*» por la mención específica como títulos inscribibles a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, así como las resoluciones judiciales de prodigalidad de concurso establecidas en la legislación concursal. Junto a ello, el precepto mantiene la tradicional doble



técnica de inscripción de modo que la inscripción de los correspondientes títulos se practicará en el folio de la finca y en el ahora denominado «*Libro único informatizado de situaciones de la persona*». Respecto de esto último, conviene recordar que esta denominación sustituye a la tradicional «*Libro de incapacitados*», que es la ahora vigente, al haber sido declarada nula por la STS Contencioso-Administrativo 571/2001, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2001:571) la denominación dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de modificación del Reglamento Hipotecario, por la que fue llamado «*Libro de alteración de las facultades de administración y disposición*». En esta misma línea, se modifica el artículo 222 bis.5 último párrafo para sustituir la referencia al Libro de discapacitados por la del Libro único informatizado de situaciones de la persona.

196.- El artículo 2.4 LH proyectado incorpora, asimismo, como novedad la previsión de que se haga constar en la inscripción de la finca la cualidad del bien inmueble o derecho real correspondiente de formar parte de un patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La introducción en el precepto hipotecario de la constancia registral de la pertenencia de un bien o derecho a un patrimonio protegido merece un juicio favorable por cuanto viene a recoger en sede hipotecaria lo ya establecido en el artículo 8.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

197.- La modificación proyectada del artículo 2.4 LH pretende, por tanto, ajustar la Ley Hipotecaria a la nueva regulación sustantiva en materia de sistema de provisión de apoyos a las personas de discapacidad contenida en el Código Civil, de manera que se sigan cumpliendo las específicas finalidades de la inscripción de estos títulos como son, por un lado, impedir que pueda quedar protegido un subadquirente por efecto del artículo 34 LH y, por otro lado, facilitar la labor de calificación registral en relación con la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH) mediante la consulta del Libro único informatizado.

198.- Lo mismo cabe decir de la modificación del artículo 42.5 LH en cuanto a la anotación preventiva de la solicitud de medidas de apoyo a personas con discapacidad o la demanda de alguna de las resoluciones expresadas en el artículo 2.4 LH, por cuanto se trata de una medida cautelar dirigida a evitar que durante la tramitación del procedimiento de provisión de apoyos a la persona con discapacidad puedan enajenarse bienes de la persona afectada a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, privando de utilidad y eficacia la protección a través de la inscripción del



título contemplada en el artículo 2.4 LH. Como novedad relevante se prevé en el precepto que la legitimación para instar la anotación preventiva no sólo corresponde al solicitante de las medidas o al demandante en el procedimiento de provisión, sino también al Ministerio Fiscal como medida de protección del patrimonio de la persona afectada.

199.- Se modifican los artículos 165, primer párrafo y regla 6ª, 168.cuarto y 192 LH reguladores de la hipoteca legal por razón de la fianza de tutores, curadores y demás figuras tuitivas. El artículo 192 LH regula con detalle el procedimiento para la constitución judicial de la fianza hipotecaria de los cargos tutelares, curadores y figuras asimilables, incorporando la posibilidad de que esta hipoteca legal pueda constituirse también en relación con aquellas personas encargadas de la administración de los bienes en virtud de medidas voluntarias de apoyo.

#### **D) Modificaciones en la Ley de Registro Civil**

200.- El artículo cuarto del Anteproyecto introduce determinadas modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC). De acuerdo con la Exposición de Motivos, en el nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad, el Registro Civil se convierte en «una pieza central de la materia», pues a través de él se dota de efectividad a la preferencia que se atribuye en el nuevo sistema a las medidas preventivas adoptadas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, de modo que mediante la consulta al registro individual la autoridad judicial tendrá conocimiento de la existencia de estas medidas previstas en el artículo 251 CC, en la redacción propuesta por el AL. En efecto, en esta línea, el nuevo artículo 758 LEC, en el marco de la regulación del procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo, dispone que, admitida la demanda, el Letrado de la Administración de justicia recabará certificación del Registro Civil sobre las medidas de protección inscritas.

201.- Más allá de esta finalidad explicitada por el prelegislador, la reforma de la LRC viene a acomodar las previsiones registrales al régimen sustantivo sobre protección de las personas con discapacidad previsto en los nuevos preceptos del Código Civil. Se trata de que los actos jurídicos sobre medidas de apoyo tengan el debido acceso en el Registro Civil, sustituyendo las referencias a las figuras del sistema anterior de incapacitación. Así, se modifica el artículo 4 LRC relativo a los hechos y actos inscribibles en el Registro, incorporando la especificación de las correspondientes medidas de apoyo. En este punto, cabe advertir que el



artículo 4.11º LRC al referirse a «[l]as sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos a personas con discapacidad», puede resultar infra-incluyente en la medida en que la autoridad judicial puede adoptar medidas de apoyo que hayan de tener reflejo registral a través de resoluciones distintas de la que ponga fin al proceso (así, por ejemplo, la adopción de medidas de control de la curatela en resolución posterior a la que haya acordado su constitución [art. 268 CC] o la suspensión del curador durante la tramitación del expediente de remoción [art. 276, tercer párrafo, CC]). Por ello, resulta más adecuada la redacción del artículo 4.11º LRC referida a «*las resoluciones judiciales*».

202.- Como observación de técnica normativa, debe ponerse de manifiesto que de la redacción del artículo 4 LRC que se contiene en el apartado uno del artículo cuarto AL se desprende la supresión del actual numeral 14º del artículo 4 LRC referido a las declaraciones de ausencia y fallecimiento. Con el fin de evitar esa consecuencia debería redactarse el último inciso del primer apartado del artículo cuarto. Uno ALRD del siguiente modo: «*pasando a identificarse con el número 16º el actual supuesto 14º y con el número 17º el actual supuesto 15º*».

203.- El apartado dos del artículo cuarto ALRD da nueva redacción a la letra i) del artículo 11 LRC, relativo a los derechos de las personas ante el Registro Civil. El precepto proyectado viene a reproducir, en sustancia, la letra del redactado actual con la novedad de la sustitución de la mención a «*personas con capacidad modificada judicialmente*» y «*personas con discapacidad*» por la perífrasis «*personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos*».

204.- Se da nueva redacción al artículo 44.7 LRC en el inciso relativo al reconocimiento, por parte de una persona respecto de la que se hayan establecido medida de apoyo, de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo. El precepto establece que si se tratare de una estas personas «*se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido, y si nada se hubiese dispuesto, se requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal*». El precepto registral acoge, de este modo, lo contemplado en el anteproyectado artículo 121 CC, segundo párrafo, que da prioridad a lo específicamente previsto en la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo, superando así el carácter absoluto que el vigente artículo 121 CC confiere a la previa aprobación judicial.



205.- De nuevo, como observación de técnica normativa, debe ponerse de manifiesto que la redacción proyectada del artículo 44.7 LRC tal y como se deriva del artículo cuarto.Tres AL parece excluir el actual segundo párrafo relativo a los casos de inscripción de la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil. Para evitar ese efecto el artículo cuarto.Tres AL debería decir «*Se modifica la redacción del primer párrafo del artículo 44.7 con el siguiente texto*».

206.- Se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 72 LRC que pasa a regular la inscripción de las sentencias de provisión de apoyos. El precepto proyectado dispone «La sentencia dictada en procedimiento de provisión de apoyo, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado. La inscripción expresará la extensión y límites de la provisión de apoyo, así como si la persona queda sujeta a curatela según la resolución judicial». La regulación proyectada constituye la adaptación del actual artículo 72.1 LRC al nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad y, en esa medida, resulta plenamente coherente con la finalidad del Anteproyecto. Ahora bien, la reforma de la LRC contenida en el artículo cuarto del AL viene a eliminar el actual artículo 73.1 LRC que prevé que se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada las resoluciones en las que se nombre tutor o curador, así como las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares.

207.- En la nueva regulación del Código Civil se elimina, como se ha puesto ampliamente de relieve en el presente informe, la figura del tutor de la persona con discapacidad, pero se prevén una serie de figuras tuitivas a las que se les encomiendan funciones de asistencia o de representación de extensión variable, según la apreciación de las circunstancias, desde el curador con funciones de representación (art. 285 CC), el curador con meras funciones de asistencia (art. 280 CC), el defensor judicial en determinados supuestos (art. 277 cuarto párrafo CC, art. 281 CC, art. 293 CC) o el guardador de hecho que cuente con autorización judicial para ejercer funciones de representación para determinados actos (art. 261 segundo párrafo CC). En relación con estos supuestos, se prevé que la autoridad judicial pueda establecer las salvaguardias necesarias (para el guardador de hecho con autorización judicial, art. 263 CC) o las medidas de control que estime oportunas (para el curador, art. 268 CC).

208.- Parece razonable que las resoluciones judiciales sobre el nombramiento o autorizaciones de estas figuras tuitivas, así como sobre las



salvaguardas y controles de su actuación, tengan acceso al Registro con el fin de garantizar la debida publicidad. Por ello, resultaría apropiado mantener una previsión normativa equivalente a la del actual párrafo 1 del artículo 73 LRC, con las debidas adaptaciones a la terminología empleada por el Anteproyecto. Esta previsión se podría incorporar como tercer párrafo del proyecto artículo 72.1 LRC. Al respecto cabe señalar que en la MAIN (página 31) se advierte que uno de los objetivos de la reforma de la LRC es posibilitar la inscripción de la sentencia de prestación de apoyos, pero también la inscripción de la curatela y sus modificaciones, de modo que se inscriban en el registro individual de la persona las resoluciones judiciales en las que se nombre curador y se puedan inscribir las medidas de vigilancia o control sobre dicho cargo. Tal y como se ha señalado, la redacción del artículo cuatro del Anteproyecto no recoge este propósito expresado en la MAIN. Por todo ello, se reitera la conveniencia de modificar el artículo 72.1 LRC proyectado en el sentido indicado, sin limitar el acceso al Registro al cargo de curador y posibilitando la inscripción de otras figuras tuitivas y de asistencia.

209.- El apartado cinco del artículo cuarto del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 73 LRC al que intitula «*Oponibilidad de las resoluciones*». En él se regula una manifestación del principio de inoponibilidad del artículo 18.2 LRC en el sentido de que «las resoluciones a que se refiere el artículo anterior sólo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones». En la redacción del Anteproyecto la oponibilidad de las resoluciones inscritas se limita a las sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos y a las de declaración del concurso, que son las únicas a las que se refiere el artículo 72 LRC en los términos en que resulta modificado por el AL. En línea con lo expuesto anteriormente, es importante clarificar en el texto proyectado que el principio de inoponibilidad se predica también de las resoluciones sobre nombramiento de figuras tuitivas que no hayan sido objeto de inscripción, de modo que no resultarán oponibles frente a terceros de buena fe, que desconocen la realidad del nombramiento de esa figura tuitiva.

210.- En relación con la regulación de la oponibilidad de las resoluciones inscritas, debe advertirse que tal y como resulta del texto del Anteproyecto, la previsión contenida en el artículo 73 LRC deja de tener el correspondiente correlato en una norma sustantiva del Código Civil, pues en la reforma prevista no se contiene una regla equivalente a la del vigente artículo 218 CC de acuerdo con el cual las resoluciones sobre cargos tutelares y de curatela no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones. La incorporación de esta regla sobre la



inoponibilidad en la reforma proyectada del CC resulta aconsejable a fin de mantener la correspondencia entre norma sustantiva y norma adjetiva y la coherencia con los demás supuestos de actos inscribibles cuya oponibilidad frente a terceros depende de la inscripción en el Registro: así, por ejemplo, el supuesto del régimen económico del matrimonio (art. 60.1 LRC en relación con el art. 1333 CC) o la emancipación y el beneficio de mayor edad (art. 70.4 LRC en relación con el art. 318 CC). En este sentido, resultaría adecuado ubicar la regla de inoponibilidad como segundo párrafo del artículo 299 CC en la redacción dada por el Anteproyecto.

211.- El artículo 75 LRC proyectado elimina la referencia a la inscripción de la tutela administrativa de la persona con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo en línea con la supresión del régimen de incapacitación y tutela que opera la reforma. En efecto, el proyectado artículo 253 CC prevé únicamente que el apoyo provisional por la entidad pública competente para los casos en que la persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de guardador de hecho. El carácter no inscribible de este apoyo *ex lege* por la autoridad pública puede justificarse en el carácter provisional y no estable de esta situación jurídica.

212.- El artículo 77 LRC regula la inscripción en el registro individual del interesado del documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, la propuesta de nombramiento de curador y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil. Este precepto registral debe ponerse en relación con el artículo 251 CC proyectado, cuyo último párrafo establece que los documentos públicos en los que se autodisponga este tipo de medidas preventivas «serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante». Este precepto no identifica el sujeto de la obligación de comunicación, aunque de acuerdo con el artículo 35 LRC resulta claro que es el notario autorizante, tal y como se explicita en el vigente artículo 223.3 CC. En este sentido, cabe señalar que mejoraría la claridad del artículo 251 CC, último párrafo, si se añadiera la precisión de que los documentos públicos «*serán comunicados de oficio por el notario autorizante*».

213.- Los apartados ocho y nueve del artículo cuarto del Anteproyecto modifican los artículos 83.1 y 84 primer párrafo LRC, al incorporar el primero de los preceptos al listado de datos especialmente protegidos que se rigen por un sistema de publicidad restringida el dato de «*la discapacidad*», y el segundo precepto, que estable el conjunto de sujetos





legitimados para acceder o autorizar el acceso de terceras personas a los datos especialmente protegidos, al disponer que esa legitimación corresponde a la persona inscrita o sus representantes legales, añadiendo, como novedad, que en el caso de personas con discapacidad también al apoderado preventivo general o el curador.

214.- El Registro Civil como registro público tiene como finalidad hacer constar oficialmente los hechos y actos que se refieren al estado civil y otras condiciones personales que se determinen en la Ley (art. 2 LRC), cumpliendo así la función fundamental de dar seguridad al tráfico jurídico. Uno de los principios estructurales del Registro Civil es, justamente, el de publicidad (art. 15 LRC) que determina que las Administraciones y funcionarios públicos pueden acceder a los datos contenidos en el Registro Civil, así como las terceras personas, siempre que conste la identidad del solicitante y exista un interés legítimo. Este régimen de publicidad de los datos registrales se limita respecto de determinados datos especialmente protegidos que quedan sometidos a un sistema de acceso restringido establecido en los artículos 83 y 84 LRC. El fundamento de este régimen de publicidad restringida se encuentra en el respeto al derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), que es, a su vez, uno de los derechos reconocidos por la LRC a las personas ante el Registro Civil (art. 11.e LRC). Determinados datos personales que constan en el Registro son considerados por el legislador como integrantes del «*ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana*» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Entre esos datos se encuentran en la redacción actual del artículo 83.1 LRC, entre otros, la filiación adoptiva y la desconocida, la rectificación de sexo, el matrimonio secreto o las causas de privación o suspensión de la patria potestad.

215.- El prelegislador ha considerado que el dato de la «*discapacidad*» merece la protección del sistema de publicidad restringida propia de los datos especialmente protegidos. La inclusión de ese dato en el listado del artículo 83 LRC encuentra apoyo en el artículo 22 de la Convención que regula el derecho al respeto de la privacidad, cuyo apartado 2 establece que «*[l]os Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*». Ciertamente, la discapacidad en tanto dato sobre la salud de una persona merece la protección del derecho a la intimidad y forma parte de las categorías especiales de datos de carácter personal que merecen una especial protección. En este sentido, cabe recordar que el artículo 5.g del Real Decreto 1720/2007, de 21 de



diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece que «[e]n particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética».

216.- Como ya se ha expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico se contiene una definición legal de discapacidad en el artículo 2.a del TRLGD, de acuerdo con la cual se trata de «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Tal definición se concreta en el artículo 4 de ese texto legal, al definir los titulares de los derechos reconocidos en el referido texto legal, estableciendo que «[s]on personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 4.1) y «a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento».

217.- Si se parte de las anteriores definiciones legales para interpretar el alcance del término «*discapacidad*» empleado en el artículo 83.b LRC proyectado determinaría una extensión ciertamente amplia del sistema de publicidad restringida que podría conllevar que el acceso al acto inscribible mismo (por ejemplo, la resolución dictada en el procedimiento de provisión de apoyos o la resolución de nombramiento de curador) por parte de un tercero con interés legítimo se viera condicionado a la previa autorización de uno de los sujetos señalados en el artículo 84 LRC, en la medida en que se entendiera que el acceso al hecho mismo de la existencia de medidas de apoyo revela el dato de la discapacidad.

218.- Una interpretación tan amplia del alcance del dato especialmente protegido supondría una limitación considerable del principio de publicidad consustancial al Registro Civil, por ello debería calificarse de algún modo la inclusión de la discapacidad como dato sujeto a publicidad restringida a fin de evitar un resultado interpretativo como el señalado. Siendo la finalidad de esta protección especial del dato la garantía del derecho a la intimidad de las personas, en la medida en que el acceso público al Registro permitiría desvelar información sobre la salud, debería refinarse la redacción del artículo 83.b LRC de manera que el alcance del precepto fuera coextenso



con la finalidad tuitiva perseguida. En este sentido, cabría identificar el dato especialmente protegido con una fórmula como «los datos de salud vinculados a la discapacidad», de este modo lo sometido al sistema de publicidad restringida sería el conocimiento de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales determinantes de la discapacidad de la persona u otros datos de carácter personal relacionados o reveladores de esa circunstancia.

219.- Finalmente, antes de concluir estas consideraciones sobre las modificaciones de la LRC, es preciso hacer algunas observaciones. En primer lugar, la reforma proyectada de la LRC, de acuerdo con la disposición final tercera del Anteproyecto entrará en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que de acuerdo con lo previsto en la disposición final décima de esta Ley, en la redacción dada por Ley 5/2018, de 11 de junio, tendrá lugar el día 30 de junio de 2020. A la vista de ello, puede suceder que el presente Anteproyecto, tras su tramitación parlamentaria, aprobación, sanción, promulgación y publicación, entre en vigor en una fecha anterior a la del 30 de junio de 2020. En este caso, las previsiones sustantivas del Código Civil sobre el sistema de apoyos a las personas con discapacidad no tendrían el debido reflejo en el Registro Civil. Por ello, resultaría prudente establecer en una disposición transitoria algún tipo de previsión que permitiera la provisional adaptación de la vigente Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 al nuevo sistema de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

220.- En segundo lugar, con el fin de una más completa adaptación de las previsiones contenidas tanto en la LEC como en la LRC a la reforma introducida por el Anteproyecto, cabe sugerir las siguientes modificaciones:

- Convendría adaptar la redacción el artículo 222.3 LEC al nuevo sistema del AL, de modo que al regular el efecto de cosa juzgada de las sentencias contempladas en su segundo párrafo se sustituyera la referencia a las sentencias sobre «*incapacitación y reintegración de la capacidad*» por la de sentencias sobre «*medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo*».
- El AL elimina la figura de la patria potestad prorrogada al suprimirse el vigente artículo 171 CC y sustituirse por las medidas de apoyo previstas en el artículo 250 CC proyectado. En coherencia con esta modificación, debería eliminarse la referencia a la prórroga de la patria potestad como acto inscribible que se contempla en el artículo 71.2 LRC.



### **E) Modificaciones en el Código Penal**

221.- La disposición final primera del Anteproyecto modifica el Código Penal en cuanto a la determinación de determinados supuestos de responsabilidad civil derivada del delito, regulados en preceptos que, por razón de la materia, no tienen carácter orgánico, tal y como explicita la disposición final sexta del Código Penal vigente.

222.- Se da nueva redacción al primer párrafo de la regla 1ª del artículo 118 CP que regula la responsabilidad civil en los casos de exención de la responsabilidad por concurrir las causas de inimputabilidad previstas en los apartados 1 y 3 del artículo 20 CP. En la redacción propuesta se mantiene el texto vigente sustituyendo la identificación de los sujetos responsables civilmente de «*quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho*» por «*quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho*». Los conceptos de apoyo legal y apoyo de hecho deberán ser integrados con la regulación prevista en el CC proyectado (art. 249), de modo que tales expresiones deben entenderse referidas, por un lado, al curador, cualquiera que sea la extensión e intensidad de sus funciones, y al defensor judicial, y por otro lado, al guardador de hecho. Es cierto que el Anteproyecto no emplea en la regulación del sistema de apoyos a las personas con discapacidad los términos de apoyo legal o apoyo de hecho, pero su incorporación en el precepto penal no resulta objetable en aras de la debida tersura de estilo de la disposición legal.

223.- En sede de responsabilidad civil subsidiaria, se da nueva redacción al artículo 120.1 CP, estableciendo que serán responsables civiles subsidiarios los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. La regulación del CP proyectado se ajusta a la previsión del artículo 1903 párrafo cuarto CC, en los términos contemplados en el Anteproyecto, que limita la responsabilidad civil por hecho ajeno, cuando el hecho dañoso sea causado por una persona no imputable por razón de discapacidad, a la figura tuitiva prevista en el Código Civil con carácter excepcional, que es el curador con facultades de representación plena (art. 267 tercer párrafo CC).

### **F) Otras consideraciones**

224.- En la regulación del régimen de derecho intertemporal que propone el prelegislador no ha de ignorarse la relevante circunstancia de que la



modificación propuesta se proyecta sobre todo el articulado del Código Civil, y que el régimen transitorio que contiene el Anteproyecto habrá de convivir de forma coherente con el régimen transitorio establecido con carácter general en el Código Civil.

225.- La Disposición transitoria segunda del Anteproyecto establece que «[L]os tutores, curadores y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior, ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos. Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta ley». Y la Disposición transitoria tercera establece que: «[L]as previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela. Tanto las mencionadas previsiones como los poderes y mandatos preventivos se regirán por la presente ley». Se echa en falta, en este régimen transitorio, la referencia a la patria potestad prorrogada y a la rehabilitación de la patria potestad, respecto de las que, pese a su desaparición, no hay norma de derecho intertemporal alguna, más allá de la relativa a la sobrevenida ineficacia de las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad (Disposición transitoria primera) y de la revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley anteproyectada para adaptarlas a esta.

226.- Por otra parte, la aplicación a los tutores de las personas con discapacidad de las normas establecidas para los curadores representativos podrá servir para aquellos casos en los que la sentencia que declaró la incapacidad lo hubiera hecho con carácter total y absoluto, no para otros casos de modificación parcial de la capacidad.

227.- La revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley anteproyectada (Disposición transitoria cuarta) debería establecerse teniendo en cuenta la "adaptación" de las figuras tutelares a las figuras del sistema de apoyo proyectado, conforme se deriva de la aplicación de las Disposiciones transitorias primera a tercera, ambas inclusive. Por tanto, la revisión solo será procedente en la medida en que, más allá del resultado de la aplicación de las previsiones del régimen transitorio del Anteproyecto, sea necesaria la adaptación de las medidas adoptadas en su día conforme al hasta ahora vigente régimen de protección de las personas con discapacidad.



228.- El Anteproyecto ha omitido, acaso de manera deliberada, cualquier modificación del régimen de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico regulado en el artículo 763 LEC, y por consiguiente, ha omitido también cualquier disposición de carácter transitorio. Como es bien sabido, el régimen de los internamientos no voluntarios se ha visto afectado, en primer término, por la declaración de inconstitucionalidad de los primeros incisos del párrafo primero y segundo del primer apartado del artículo 763 LEC por virtud de la STC 132/2010, de 2 de diciembre. Conviene recordar que, tras dicha declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando los requisitos exigibles para la validez de los internamientos involuntarios desde la perspectiva del derecho fundamental del artículo 17.1 CE, tanto cuando es acordada directamente por la autoridad judicial, bien cuando es acordada como medida cautelar de un proceso ya iniciado, bien, en fin, cuando es dispuesta como medida definitiva en sentencia. Como epítome de la doctrina constitucional, la STC 141/2012, de 2 de julio, contiene una síntesis de los requisitos y garantías que se derivan del artículo 763 LEC, interpretado conforme al artículo 17.1 CE, y en particular analiza las condiciones para el internamiento urgente y las cuatro exigencias de validez derivadas del respeto al derecho fundamental de la libertad personal que deben darse en la fase extrajudicial del internamiento urgente (informe médico que acredite el trastorno psíquico, información al afectado o a su representante del internamiento y sus causas, comunicación por parte del centro al juez competente del internamiento y de sus motivos en el plazo de 24 horas, con el límite de 72 horas, y el control judicial posterior del internamiento); doctrina constitucional que ha incidido en el carácter improrrogable del plazo para el control judicial de la medida, en el derecho a la asistencia letrada de la persona afectada por la medida de internamiento involuntario (STC 22/2016, de 15 de febrero), y sobre el cauce idóneo para la obtención de la autorización judicial que permita mantener internada a una persona que presenta un cuadro de enfermedad mental degenerativa y lleva un tiempo prolongado recluida en un centro asistencia, que no es otro que el de modificación de su capacidad –en el futuro, la adopción de medidas de apoyo- (STC 34/2016, de 29 de febrero).

229.- Sin duda, esta omisión encuentra cabal explicación en los trabajos que está llevando a cabo la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación para modificar –seguramente a través de una Ley Orgánica- el régimen de los internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales en el marco del proceso civil. No obstante, sería aconsejable que la reforma sobre esta materia cuyos trabajos preparatorios se están llevando a cabo estuviera acompañada, tanto material como



temporalmente, a la reforma del régimen de la discapacidad que se propone por el prelegislador.

230.- Por último, cabe recordar que la reforma propuesta ha de tener reflejo en diversas disposiciones normativas que han de adaptarse, y no solo terminológicamente al nuevo régimen de protección y al sistema de apoyo proyectado. Entre ellas se encuentra la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; 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; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnica de reproducción humana asistida; la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica; y el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en personas.

## **VI. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Anteproyecto de Ley que es objeto de informe tiene por objeto llevar a cabo las reformas en la legislación sustantiva y procesal española que el prelegislador considera necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CNY, o la Convención), y en particular a las exigencias que se derivan de su artículo 12, que proclama que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las reformas que introduce el Anteproyecto responden al nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial



o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones cuya titularidad sirve para definir su capacidad jurídica y su capacidad de obrar.

**SEGUNDA.-** La Ley proyectada, en su vocación de adaptar plenamente las normas nacionales a los requerimientos que se derivan de los principios y de las disposiciones de la Convención, fundamentalmente de su artículo 12, modifica en profundidad el régimen de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad que se contiene en los Títulos IX y X del Libro I del CC.

La reforma tiene como guía la plena consecución del principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica y la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de discapacidad, y el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, principios que tienen su encaje constitucional en los artículos 14 y 10 de la CE, respetivamente; y a los que se añaden, también como elementos inspiradores de la reforma que provienen de los principios rectores de la Convención, el respeto a la tutela de los derechos y libertades fundamentales y a la libre voluntad de las personas con discapacidad, así como la necesaria observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

**TERCERA.-** El sistema que propugna el texto proyectado se sintetiza en el abandono de la declaración judicial de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad, incompatible con el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica –y de obrar– de las personas con discapacidad, desapareciendo los términos “incapaz” e “incapacitación” del acervo jurídico. La incapacidad, entendida como ausencia de la capacidad jurídica y de obrar, solo se concibe respecto de los menores de edad, y por consiguiente, la institución tutelar únicamente se contempla con relación a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad. Coherentemente, desaparece la figura de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad. El juicio sobre la capacidad persiste, pero no para la declaración judicial de la modificación de la capacidad, sino para, en función de su resultado, y en atención a las circunstancias concurrentes, establecer el régimen de guarda legal adecuado y las medidas de apoyo precisas para





asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, así como las medidas de salvaguardia adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento regular de las medidas de apoyo. Paralelamente, la curatela se erige como el sistema de guarda legal adecuado para los casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente y adecuada para la persona con discapacidad –es decir, medidas de autogobierno, como los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho y el defensor judicial-, pero se desnuda a la figura de su carácter representativo, que solo se mantiene de forma excepcional.

Se prioriza, por tanto, el autogobierno, la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, y su voluntad, deseos y preferencias. De este modo, cobran especial virtualidad las medidas preventivas –los poderes y mandatos preventivos-, las medidas de autoorganización de la guarda legal, incluida la autocuratela –que ocupa el lugar de la autotutela-, y la guarda de hecho, que pasa a ser una genuina institución jurídica de apoyo sin el revestimiento de una investidura judicial formal, fuera de los casos en los que se requiera la sustitución y representación de la persona con discapacidad.

**CUARTA.-** El Anteproyecto sirve adecuadamente al objetivo de adecuar la legislación civil y procesal a las exigencias derivadas de la Convención, y se muestra plenamente respetuoso con sus principios y con las obligaciones que establece, ya las generales, ya las específicamente impuestas en el artículo 12 del instrumento internacional en punto al pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad y de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida.

El texto proyectado, por tanto, es consecuencia directa de la obligación impuesta por la Convención a los Estados partes en orden a la adopción de todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes en la medida en que sea preciso para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, y en particular para hacer efectivo el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, adoptando todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes procedimentales a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación por motivos de discapacidad. Desde esta perspectiva, la reforma proyectada no puede sino ser favorablemente acogida.



**QUINTA.-** Sin perjuicio de la posibilidad –en un plano hipotético- de un menor alcance de la reforma, este órgano de gobierno del Poder Judicial ha de mantener su valoración favorable, en términos generales, de la que propone el prelegislador. Y ello porque, más allá del respeto que merece la opción escogida por el prelegislador, la mayor dimensión de la reforma, con el cambio de paradigma que comporta, se muestra de todo punto respetuosa con los principios y valores constitucionales y con los principios y valores de la Convención que informan las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades consagrados en la Constitución. Supone la consagración de la discapacidad no como una limitación excluyente, sino como una realidad que requiere del tratamiento normativo adecuado para lograr la definitiva y plena participación e inclusión social de las personas con discapacidad, por más que tal cosa requiera un esfuerzo por parte de todas las instituciones y poderes públicos, de los operadores jurídicos, de los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico, y, en fin, de la sociedad en su conjunto.

**SEXTA.-** Esta valoración general favorable del Anteproyecto no ha de impedir, sin embargo, ciertas consideraciones críticas, también de carácter general, sobre el sistema propuesto y sobre las consecuencias que se derivarán de su aplicación, así como acerca de los requerimientos que su plena y adecuada efectividad exigirán en orden, específicamente, a la organización judicial y al ejercicio de la función jurisdiccional.

En primer término, se ha de advertir que el abandono del sistema de tutela de autoridad puede generar situaciones incompatibles con la tutela judicial efectiva. El sistema de protección proyectado deja espacios ajenos al control judicial que pueden resultar inconciliables con la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, es discutible la conveniencia de prescindir de forma absoluta del concepto objetivo del “*superior interés*” de la persona con discapacidad, que ha de ser apreciado por quien debe dispensarle la tutela de sus derechos e intereses.

Parece preciso conjugar el régimen de protección basado en el autogobierno y la autoorganización con el debido control judicial que permita asegurar la protección y la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

**SÉPTIMA.-** Por otra parte, el hecho de que el nuevo sistema gravite en torno a la autorregulación de la discapacidad, con preferencia sobre la heterorregulación, no ha de significar necesariamente una disminución de la



intervención judicial, por más que se desplace en gran medida a la esfera de la jurisdicción voluntaria.

La implantación del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad y el desarrollo del sistema de apoyos que se diseña en el AL, con las incidencias y trámites correspondientes –con especial virtualidad del trámite de audiencia a parientes y allegados y al Ministerio Fiscal, así como el examen de la persona con discapacidad y los informes y dictámenes facultativos y de quienes ejercen las medidas de apoyo, en un régimen procedimental en el que no rigen con su dimensión habitual los principios dispositivo y de aportación de parte, modulados por las facultades de investigación y actuación de oficio que se confieren al tribunal-, lejos de producir una disminución en la carga jurisdiccional y, en general, de la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente.

**OCTAVA.-** Se ha ahondar en la incidencia real que tendrá la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y del nuevo sistema de apoyos, que pone en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de su configuración territorial para hacer frente a los mayores requerimientos que, en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, se derivarán del sistema diseñado por el prelegislador. Y ello ya no solo por el mayor grado –cuantitativo y cualitativo- de la intervención judicial en la configuración del régimen y del sistema de apoyos adecuado para la persona con discapacidad, en su seguimiento, su revisión y en el establecimiento de las cautelas y salvaguardias precisas para su eficacia, sino también porque el nuevo paradigma de la discapacidad precisa a su vez de un cambio de paradigma en la concepción de discapacidad por parte de todos los sectores, profesionales y sociales, implicados en su tratamiento y en la participación en la sociedad de las personas con discapacidad, que cabalmente ha de suponer i) un redimensionamiento y una reorganización de la estructura judicial y de la Administración de Justicia para atender a los requerimientos del nuevo sistema; ii) un mayor grado de especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los procedimientos de provisión de apoyos y designación de tutores, curadores y defensores judiciales, atribuyendo competencias específicas en esta materia a un



mayor número de órganos judiciales a través del cauce que habilita el artículo 98 LOPJ; iii) un aumento correlativo de oficinas judiciales especializadas, así como de medios personales y materiales; iv) un nuevo diseño de distribución territorial de competencias, acorde con el mapa territorial del tratamiento judicial de la discapacidad, que suponga una mayor cercanía del órgano judicial a la persona con discapacidad y con quienes han de participar en el proceso de adopción de apoyos; v) una estructura auxiliar adecuada y próxima al órgano judicial y a los afectados por la discapacidad; vi) la pertinente, adecuada y continuada formación especializada de todos los agentes y participantes en la protección legal de las personas con discapacidad; y vii), en fin, la adopción de todas aquellas medidas de accesibilidad, conforme al principio de accesibilidad universal y de diseño –entre las que se cuentan las de carácter arquitectónico o funcional, o aquellas otras para facilitar la lectura y comprensión de los documentos- que permitan a las personas con discapacidad ejercer con plenitud sus derechos en el proceso y ver plenamente satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva.

**NOVENA.-** El ALRD no contiene una definición de persona con discapacidad, ni establece la forma de acreditar la consideración legal de persona con discapacidad. Esta se encuentra recogida en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad (TRLGD)

Aun cuando la extensión del concepto de discapacidad puede resultar beneficiosa para otros fines, en la configuración del sistema de protección legal de las personas con discapacidad puede ser, sin embargo, un tanto perturbador. Cabe someter a la consideración del prelegislador, por tanto, la conveniencia de prescindir del automatismo en el empleo de elementos y de competencias administrativas a la hora de establecer el régimen y el sistema judicial de apoyos a las personas con discapacidad, por más que la declaración de discapacidad a efectos administrativos y la determinación de su grado pueda constituir un elemento a tomar en consideración para valorar la situación y las necesidades de la persona con discapacidad y para configurar judicialmente el régimen y las concretas medidas de apoyo que precisa.

**DÉCIMA.-** Abundando en lo anterior, se echa en falta la determinación del presupuesto objetivo de la discapacidad. En este sentido, cabría cuestionar la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad con base en los elementos que definen actualmente las causas de la incapacitación en el artículo 200 CC –afectación cognitiva y volitiva que



impida el autogobierno-, y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa.

**UNDÉCIMA.-** Es igualmente conveniente que el prelegislador valore la oportunidad de acudir a otros mecanismos de guarda legal y de potenciar aquellos que se ofrezcan como instrumentos alternativos a la intervención judicial, y que resulten eficaces para asistir a las personas con discapacidad en el ejercicio de pleno de su capacidad de obrar. En esta línea, cabría valorar positivamente la articulación de un régimen legal de guarda o asistencia familiar, similar al contemplado en la legislación francesa, con determinadas, concretas y limitadas facultades representativas establecidas *ex lege*, lo que evitaría los inconvenientes de tener que acudir a la autoridad judicial para que el guardador de hecho o el curador puedan obtener la autorización para representar y sustituir a la persona con discapacidad.

**DECIMOSEGUNDA.-** Debe evitarse en lo posible, tanto que la ejecución y el desarrollo de las medidas de apoyo resulte gravoso para quien las ejercita, como que resulte oneroso para la persona con discapacidad, por lo general necesitado de todo su potencial económico. Sin perjuicio del régimen de retribución de quienes ejercitan funciones de apoyo a las personas con discapacidad, la adecuada eficacia del sistema de apoyos requiere la articulación de mecanismos asistenciales, predominantemente públicos, que faciliten el desarrollo de los sistemas de guarda legal, incluso aquellos de carácter familiar que pudieran contemplarse.

**DECIMOTERCERA.** La prioridad que tiene la autorregulación frente a la heterorregulación en el proyectado sistema de apoyos, y la necesidad de que existan mecanismos de publicidad de las medidas de apoyo previstas y de las dispuestas, bien voluntariamente, bien judicialmente, exige articular los oportunos mecanismos de interconexión registral y de información, particularmente a los órganos judiciales, sobre las anotaciones registrales relativas al régimen de protección de las personas con discapacidad y las medidas previstas y adoptadas.

**DECIMOCUARTA.-** Ha de adecuarse la regulación de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad que se contiene en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al régimen proyectado, en particular en lo atinente al concepto de persona con discapacidad beneficiaria y titular del patrimonio protegido –la ley únicamente considera tales, a estos efectos, a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33



por ciento y a las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento-, y a la constitución y administración del patrimonio protegido.

**DECIMOQUINTA.-** No ha de desdeñarse el efecto que el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad tendrá en la legislación notarial, principalmente en la regulación del otorgamiento de las escrituras públicas en las que se prevean el régimen y las medidas de apoyo para una futura situación de discapacidad, de los poderes preventivos y de las escrituras públicas de constitución y configuración de la autotutela; pero también en la regulación del juicio de capacidad del otorgante afectado por una discapacidad, en la constatación de la concurrencia del supuesto que activa las medidas de apoyo predispuestas por el otorgante, y, en fin, en el juicio de capacidad y en la forma de otorgamiento de las disposiciones de última voluntad de las personas con discapacidad, entre otros extremos. Se echa en falta, por lo tanto, siquiera la previsión, mediante la correspondiente disposición final, de la reforma de la legislación notarial en la medida en que venga exigida por el nuevo sistema de apoyos de las personas con discapacidad.

**DECIMOSEXTA.-** El proyectado segundo párrafo del artículo 15.1 CC dice: «[E]sta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que, en su caso, precise, o por su representante legal (...)». Para dotar de mayor claridad al precepto, sería conveniente que, al referirse a los apoyos que precise el optante, se precise que este ha de ser persona con discapacidad.

**DECIMOSÉPTIMA.-** El artículo 20.2 CC, en la redacción anteproyectada, dispone que la declaración de opción por la nacionalidad española se formulará: « (...) d) Por el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise. Y e) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieren impedido ejercitarla con anterioridad». Esta última previsión es tributaria de la redacción del vigente artículo 20.2 d) CC, que prevé el ejercicio de la facultad de opción por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Sin embargo, la redacción proyectada no guarda la debida coherencia con la previsión contenida en la letra d) del mismo artículo, en la redacción proyectada, que faculta al interesado a formular la declaración de opción con los apoyos que, en su caso, precise; de manera que si los apoyos fueron dispuestos, precisamente, para ejercitar la declaración de opción por la persona con discapacidad, pierde en gran medida sentido la previsión posterior.



**DECIMOCTAVA.-** Al confrontar el segundo párrafo del anteproyectado artículo 91 CC y el también propuesto artículo 250 CC se advierte cierta discordancia que se debería corregir. El establecimiento de medidas de apoyo institucionales o judiciales respecto del menor de edad mayor de diecisiete años, con carácter anticipatorio o preventivo de la discapacidad futura, y con efectividad desde la mayoría de edad, ha de ser homogéneo, medie o no una sentencia de separación, nulidad o divorcio, de manera que en todo caso pueda la autoridad judicial fijar, respecto de los menores que se encuentren en estas circunstancias, bien en la sentencia de separación, nulidad o divorcio, bien en la sentencia "ad hoc" dictada en el oportuno procedimiento sobre la adopción de medidas de apoyo, aquellas que resulten adecuadas y proporcionadas a las necesidades futuras de la persona con discapacidad o con razonable previsión de discapacidad para cuando alcance la mayoría de edad, sin estar limitadas a la constitución de la curatela o al nombramiento de un defensor judicial. En muchas ocasiones será suficiente la guarda de hecho, que podrá ostentar uno u otro progenitor, un familiar o un tercero, con la pertinente autorización judicial para la acreditación de la representación y el ejercicio de las funciones representativas en los términos previstos en el artículo 261 AL, sin necesidad de acudir a la provisión de un curador, aunque sea meramente asistencial y no representativo, o un defensor judicial, concebido este último con carácter puntual, ocasional o temporal.

**DECIMONOVENA.-** El artículo 94 CC, tal y como está redactado en el Anteproyecto, es formalmente coherente con el reconocimiento del derecho de los padres de relacionarse con sus hijos, y quiere serlo también con un régimen de protección de las personas con discapacidad basado en el autogobierno. No obstante, sin menoscabo del reconocimiento de aquel derecho a relacionarse con los hijos –que se concibe como un derecho personal de titularidad del progenitor y de los familiares-, una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado conduciría a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulación completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas.

**VIGÉSIMA.-** Las modificaciones propuestas en el artículo 96 CC han de ser acogidas favorablemente, tanto en lo atinente a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar más allá de la mayoría de edad a los hijos afectados por una situación de discapacidad, cuando fuere necesaria tal



atribución, como en lo relativo a la sujeción del régimen del uso de la vivienda, extinguido el derecho de uso de los hijos menores y del cónyuge en cuya compañía queden y de los hijos mayores con discapacidad, y ante la falta de independencia económica, al régimen de alimentos entre parientes; lo cual no es sino reflejo de la doctrina establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Cabe hacer, no obstante, las siguientes observaciones: i) El segundo párrafo del proyectado artículo 96, que reza: «A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación», es innecesario y contradictorio. El uso de la vivienda se les atribuye en el párrafo anterior del mismo artículo y con este segundo párrafo parece volverse, innecesariamente, a la contradictoria equiparación entre el discapacitado y el menor de edad. ii) Debería precisarse con claridad si el derecho de uso de la vivienda familiar en favor del hijo mayor de edad con discapacidad es independiente del derecho del cónyuge en cuya compañía ha quedado. iii) Para disponer de la vivienda familiar cuyo uso ha sido asignado se precisa del consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial; el empleo de la conjunción copulativa, en vez de la disyuntiva “o” que ahora contiene el último inciso del vigente artículo 96 CC, conduce a pensar que en los casos en los que el uso de la vivienda familiar se hubiera asignado al hijo mayor de edad con discapacidad no bastará la concurrencia del consentimiento de los cónyuges, sino también la autorización judicial, lo que, sin embargo, debería aclararse en el precepto proyectado. iv) En el párrafo sexto se establece que «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad [...]». Lo que debe constar en el Registro es el derecho de uso para evitar el persistente debate sobre su naturaleza y consecuencias, y no solo la restricción dispositiva. La restricción a la facultad de disponer es tan solo consecuencia de la existencia de tal derecho. v) Es oscura también la forma de acceso registral de la restricción de la facultad dispositiva de la vivienda familiar fuera de los casos en que se recoja tal restricción en la resolución judicial por virtud de la cual se atribuya el uso de la vivienda familiar, o, en su caso, en el documento que contenga el acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial. Por lo demás, la protección del tercer adquirente de buena fe, una vez ha tenido reflejo registral la referida





restricción, es consustancial al régimen de protección que se deriva del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

**VIGESIMOPRIMERA.-** La proyección del nuevo régimen de protección y del sistema de apoyos a la regulación del reconocimiento otorgado por las personas con discapacidad comporta admitir la validez del reconocimiento otorgado por este conforme al sistema de apoyos establecidos por la autoridad judicial. Por tanto, se prescinde de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y, en su caso, del progenitor conocido, para admitir la validez y la eficacia del reconocimiento otorgado por la persona con discapacidad con los apoyos que se hubiesen establecido en la resolución judicial correspondiente. Adviértase que, dado el carácter personalísimo del reconocimiento, y de que está en juego la filiación del hijo reconocido, si bien se autoriza a la persona con discapacidad a prestarlo, no se prescinde de la intervención judicial y del establecimiento de medidas judiciales, entre las cuales ha de encontrarse aquella adecuada para otorgar el reconocimiento. Sin ellas, en consecuencia, no es posible otorgarlo de manera válida y eficaz. Resulta, por ello, un tanto innecesaria la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 124, en la redacción propuesta, pues bastaría añadir en el párrafo segundo del artículo 121 «[P]ara la validez y la eficacia del reconocimiento otorgado (...)».

**VIGESIMOSEGUNDA.-** Sin poner en duda que el espíritu de la norma proyectada quiere ser lo más respetuoso posible con los principios de la Convención y con el régimen de protección y asistencia a las personas con discapacidad que se deriva de ella, al tiempo que quiere preservar adecuadamente el derecho de estas a tener determinada legalmente su filiación paterna y materna, cabe incidir en la necesidad de que la determinación legal de la filiación de las personas con discapacidad respecto de los progenitores que se encuentren en la situación contemplada por el artículo 125 CC no se realice al margen de la intervención del sistema de apoyos judiciales que aquellas precisen, y por tanto, de la intervención judicial –siquiera mediata, mediante la determinación de los apoyos precisos–, en la medida en que fuere necesario para conocer y comprender la trascendencia de la determinación legal de la filiación paterna y materna en estos casos.

**VIGESIMOTERCERA.-** En el anteproyectado artículo 137 CC se contempla de forma suficientemente amplia y completa la legitimación de las personas con discapacidad para ejercer la acción de impugnación de la paternidad, por sí, una vez extinguidas las medidas de apoyo, o por el curador con facultades de representación facultado para ello, y, en defecto de este, por



el Ministerio Fiscal. La legitimación del Ministerio Público, no obstante, si bien es comprensible cuando se trata de un hijo menor de edad, en el papel que le corresponde en la protección de los menores, es, sin embargo, discutible en el régimen de protección de las personas adultas con discapacidad y en el sistema de apoyos proyectado, sin perjuicio de su condición de parte y de su intervención procesal ex artículo 749 LEC.

**VIGESIMOCUARTA.-** La consideración de las personas con discapacidad como titulares plenos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar conduce a suprimir el artículo 171 CC y, por tanto, la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad. Se ha de insistir en la conveniencia de articular, en el sistema de protección y apoyos a las personas con discapacidad, mecanismos de protección de carácter familiar que resulten eficaces y eficientes, y que contribuyan a disminuir la sobrecarga de los órganos judiciales; e incidiendo en ello, cabe sugerir al prelegislador que valore la posibilidad de establecer este tipo de medidas, siquiera limitadas a aquellos casos de discapacidad grave, con afectación profunda, prolongada e irreversible de las facultades cognitivas, intelectivas y volitivas.

**VIGESIMOQUINTA.-** El vigente artículo 216 CC, en su segundo párrafo, establece que las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos. El proyectado artículo 200 mantiene la misma previsión, pero referida exclusivamente a los supuestos de tutela de los menores, coherentemente con el ámbito material sobre el que se configura la institución tutelar en el Anteproyecto. De este modo, se desactivan las medidas judiciales de protección establecidas en el artículo 158 respecto de las personas con discapacidad. Debe tenerse en cuenta que las medidas de carácter preventivo que recoge este precepto –que podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria- tienen por objeto la protección de los hijos menores y de los sujetos a tutela o guarda, e incluyen una cláusula de cierre que autoriza a la autoridad judicial a adoptar «[l]as demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor [y a los sujetos a tutela o guarda, ex art. 216 CC] de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas», garantizando la audiencia del menor [o sujeto a tutela o guarda] en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Es cuestionable que el nuevo paradigma sobre el que se asienta el régimen de protección de las personas con discapacidad determine la



indefectible desactivación de estas medidas de protección referidas a dichas personas. La necesidad de adoptar medidas preventivas respecto de ellas no es inconciliable con el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica y de obrar y con un sistema de apoyos preeminentemente autoorganizativo y en el que prima la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad. Por ello, cabe sugerir al prelegislador que reconsidere la total desactivación de las medidas preventivas previstas en el artículo 158 CC respecto de las personas con discapacidad, en la medida en que puedan ser destinatarias de ellas.

**VIGESIMOSEXTA.-** La reforma mantiene el derecho del tutor a ser retribuido (artículo 228 AL), pero no sujeta dicho derecho a condición o límite alguno. Se suscita la duda acerca de si dicho derecho es, en efecto, incondicionado, de tal modo que el juez deba fijar la retribución en todo caso, conforme a los parámetros que establece el artículo 48.1 de la LJV (la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado), en cuya proyectada redacción desaparece, por ende, la condición de que «[e]l patrimonio del tutelado o asistido lo permita». Es preciso, por tanto, que el prelegislador despeje la duda apuntada.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 228 debe iniciarse con la expresión "*También podrá establecerse*", incorporando la partícula reflexiva al predicado que contiene, y clarificar de ese modo su sentido.

**VIGESIMOSÉPTIMA.-** Dada la amplitud con que se concibe el artículo 251 CC, en la redacción del Anteproyecto, cabe considerar que incluyen las disposiciones relacionadas con la salud del otorgante, lo que puede entrar en concurrencia con las instrucciones previas previstas en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y en otras disposiciones autonómicas. Y vinculada a esta concurrencia normativa, surge la duda –no irrelevante– acerca de si al amparo de lo dispuesto en el proyectado artículo 251 cabe estipular que en el futuro, y ante una determinada circunstancia que dificulte el ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar, no se suministre o proporcione medida de apoyo alguno. Ante el eventual conflicto que abriría esta confluencia e interacción normativa parece aconsejable una mayor concreción del sentido y contenido posible de la voluntad anticipada del otorgante, teniendo en consideración las esferas de actuación sobre las que podría proyectarse y su eventual incidencia en derechos, principios y valores de raigambre constitucional.



**VIGESIMOCTAVA.-** La determinación de la naturaleza de los poderes preventivos requiere de una mayor concreción por parte del prelegislador, pues de ella depende no solo su carácter vinculante para el apoderado, sino también las causas de extinción, en contemplación a las que se recogen en el vigente artículo 1732 CC.

**VIGESIMONOVENA.-** La tensión entre autogobierno y primacía de la voluntad, por un lado, y tutela judicial de los derechos e intereses de la persona con discapacidad, por otro, y entre el principio dispositivo y los límites a la voluntad del disponente, se ha de resolver ponderando debidamente ambos extremos, de manera que la intervención judicial ante medidas de carácter voluntario no se conciba con carácter excepcional, sino que se permita, en términos claros, el control de la adecuación, idoneidad y suficiencia de las dispuestas voluntariamente, lo que pasa por la valoración de las necesidades de apoyo de aquel en cuyo favor se establecen, lo que debe entenderse, por lo demás, amparado por el artículo 12.4 de la Convención, que prevé la adopción de salvaguardias, con respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, en evitación de conflictos de intereses, de influencia indebida, falta de adaptación a las necesidades de las personas, y falta de proporcionalidad de las medidas dispuestas.

**TRIGÉSIMA.-** Más en particular, cabe sugerir que entre las causas de extinción de los mandatos –y poderes- preventivos, así como de las directivas o medidas anticipatorias, se contemple la adopción de medidas de apoyo judiciales que sustituyan a las dispuestas con carácter voluntario, por inadecuación, inidoneidad e insuficiencia de las mismas. No parece suficiente, por tanto, que la modificación que se introduce en el artículo 1732.2º CC prevea la extinción del mandato «[p]or renuncia del mandatario y cuando respecto de este se dispongan judicialmente medidas de apoyo que *impliquen representación plena*». Y en cualquier caso es aconsejable que se regulen de manera sistemática las causas de extinción de los poderes y mandatos preventivos.

**TRIGESIMOPRIMERA.-** En aras a dotar de coherencia a los preceptos proyectados, sería preciso cohonstar la legitimación para instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos (artículo 256, tercer párrafo) con la facultad que se confiere a la autoridad judicial de decretar de oficio la remoción del curador, conforme prevé el segundo párrafo del artículo 276, al que se remite el artículo 256.



**TRIGESIMOSEGUNDA.-** Cabe hacer, asimismo, las siguientes consideraciones respecto de la regulación de las disposiciones generales y de los poderes y mandatos preventivos:

- a) En el primer párrafo del artículo 247 se debería incluir una referencia a los elementos que conforman la causa de la discapacidad, a saber, las alteraciones psíquicas –intelectuales o mentales que afecten a la conciencia y voluntad-, sensoriales y físicas que afecten al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar.
- b) En el párrafo segundo de este mismo artículo, cuando dice: «[L]as de origen legal solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trata», sería más apropiado decir: "(...) *en defecto o insuficiencia de las medidas previstas por la persona*".
- c) El artículo 249 enumera las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad de forma cerrada (guardador de hecho, curatela y defensor judicial). El preegislador, sin embargo, debería considerar la conveniencia de regular estas instituciones de una manera más amplia, que comprendiera también la "*asistencia*" institucional, como figura similar a la "*amministrazione di sostegno*", más adecuada para las muy variadas situaciones de afectaciones psíquicas o físicas que requieran de una asistencia para el desenvolvimiento ordinario de la actividad de forma más o menor prolongada, dispuesta en expediente de jurisdicción voluntaria (piénsese en afectaciones por causa de drogodependencia, alcoholismo, ludopatía, anorexia, etc.). De este modo, la asistencia institucional absorbería aquellas situaciones en las que la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque fuese recurrente, que ahora sirven para definir la figura del defensor judicial en el artículo 249 AL, y se contempla en el ordinal primero del proyectado artículo 293 entre los casos en los que procede el nombramiento del defensor judicial. Este quedaría circunscrito, entonces, a los demás casos previstos en dicho artículo, que se identifican mejor con el tradicional ámbito de actuación de esta figura: cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; cuando exista conflicto de intereses; o cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. En cualquier caso, es necesario coordinar el párrafo cuarto del artículo 249, referido al defensor judicial, con el contenido del artículo 293 del Anteproyecto.
- d) Para clarificar la naturaleza jurídica y el contenido obligacional que deriva de los poderes preventivos con cláusula de subsistencia (artículo 254) y los poderes preventivos de apoyo (artículo 255) sería



aconsejable que se previera en ambos la aceptación del apoderado, una vez conocida y acreditada la causa que exija el apoyo, si bien tal aceptación podría considerarse implícita mediante el uso del poder, ya como mandato de protección o de apoyo.

- e) El proyectado artículo 257 puede plantear ciertos problemas de interpretación al referirse a "*todos los negocios del otorgante*" y la sujeción del apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa. Cabe la duda de si por "*todos los negocios del poderdante*" se deben entender todos los actos de administración a los que se contrae el mandato concebido en términos generales (artículo 1713 CC), o si comprenden también los actos de disposición a los que serían de aplicación directa las limitaciones establecidas en el proyectado artículo 285. Cabe asimismo abrigar la duda de qué disposiciones de la curatela, además de las previstas en el artículo 285, serían de aplicación al apoderado (si se aplicarían las causas de inhabilitación del artículo 270, las causas de remoción del artículo 276 como causas de extinción, las causas de excusión del artículo 277 como causas de renuncia, las reglas de retribución del artículo 279 o la exigencia de fianza del artículo 282). Y, en fin, cabe dudar acerca de la eficacia misma de esta disposición, ante la existencia y regulación de la autocuratela.

**TRIGESIMOTERCERA.-** El artículo 261, segundo párrafo, en la redacción proyectada, dispone que será necesario contar con la autorización judicial para que la persona que ejerza la guarda de hecho acredite la representación de la persona asistida. Esta autorización judicial, que será otorgada en expediente de jurisdicción voluntaria, «[p]odrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo». Y el párrafo cuarto del mismo artículo establece: «[N]o será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar». Sin perjuicio de poner de relieve la imprecisión de los términos "*escasa relevancia económica*" y "*especial significado personal o familiar*", no es fácil cohonestar el sentido de ambos párrafos, cuando la autorización judicial viene referida a una pluralidad de actos que no excedan de la administración ordinaria, y se dispensa de la autorización judicial para realizar actos de disposición de bienes de escasa relevancia económica o que carezcan de especial significado personal o familiar. Una adecuada coordinación de los preceptos exigiría situar la



autorización judicial a que se refiere el párrafo segundo en la esfera de la representación del asistido, que puede tener por objeto actos de mera administración ordinaria que, sin embargo, requieran acreditar tal representación; *sin perjuicio de la cual* queda dispensada de la autorización judicial la realización de actos de disposición sobre bienes de escasa relevancia económica o carentes de especial significado personal o familiar que no precisen la acreditación de la representación de la persona con discapacidad.

El párrafo tercero del mismo artículo establece que en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho, deberá recabar autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo. Ha de tenerse en cuenta en este punto la concurrencia de lo previsto en el artículo 9 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, en lo relativo a la prestación del consentimiento por representación de las personas con discapacidad [el artículo 9.3 b) alude a personas con capacidad modificada judicialmente].

**TRIGESIMOCUARTA.-** La efectividad de los controles previstos en el proyectado artículo 263 requiere el conocimiento por la autoridad judicial del ejercicio de la guarda de hecho; a cuyos efectos, podría preverse que, cuando la guarda de hecho se prolongue más allá de un determinado periodo de tiempo, y sin perjuicio de las autorizaciones que resulten procedente, el guardador de hecho deba poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de la guarda de hecho y su condición de guardador de hecho.

**TRIGESIMOQUINTA.-** Con relación al anteproyecto artículo 266 CC cabe hacer las siguientes consideraciones: i) se trata de una disposición que tiene una proyección no solamente limitada a la curatela, pues alcanza a las demás figuras e instituciones del sistema de apoyos, por lo que su ubicación sistemática debería encontrarse en las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo a las personas con discapacidad; ii) la previsión de la revisión periódica, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, de las medidas adoptadas, que se concibe en términos categóricos y absolutos, sin contemplar excepción alguna, puede no encontrar suficiente justificación en algunos casos de afectaciones físicas o psíquicas irreversibles, por lo que activar la actuación judicial, aunque sea a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, puede resultar innecesario.



**TRIGESIMOSEXTA.-** Es significativa la circunstancia de que, siendo la curatela la figura central del sistema de apoyos, no se haya regulado de forma expresa el derecho y el deber de promover la curatela. Sería aconsejable que junto con las normas de legitimación procesal se contuvieran en el Código Civil las normas sustantivas relativas a la titularidad de los derechos y obligaciones en orden a proveer la medida de apoyo en que consiste la curatela.

**TRIGESIMOSÉPTIMA.-** Cabe sugerir al prelegislador que considere la conveniencia de no limitar a las entidades sin ánimo de lucro la aptitud para ser curador, máxime si se tiene en cuenta el carácter retribuido del cargo, y habida cuenta de los controles a los que se sujeta su ejercicio; sin perjuicio de reforzar, en su caso, las garantías –fianzas e hipotecas legales- para el debido cumplimiento de sus obligaciones.

Por otra parte, el proyectado artículo 274, al establecer el orden de preferencia para el nombramiento de curador, no menciona a las instituciones, pese a admitirse su posibilidad en el artículo anterior.

**TRIGESIMOCTAVA.-** En el anteproyectado artículo 280 CC llama la atención que la toma en consideración de los valores, la trayectoria vital y las creencias de la persona a la que se preste apoyo se reserve a la curatela con facultades de representación, y no se predique lo mismo respecto de la curatela asistencial, en cuyo ejercicio también deberán tenerse en cuenta la trayectoria, los valores y creencias de la persona asistida. Por otra parte, el párrafo sexto del mismo artículo, conforme al cual «[e]l curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro», no es sino reiteración del último inciso del artículo 248 del Anteproyecto.

**TRIGESIMONOVENA.-** Subyace la duda acerca de si, en un sistema de autoorganización de apoyos, y en el que la autoridad judicial ha de atender ante todo a la voluntad de la persona necesitada de ellos, el interesado puede excluir la autorización judicial para la realización de alguno o algunos de los actos que se enumeran en el artículo 285. Es este un aspecto en donde mayor incidencia ha de tener la ponderación que el prelegislador ha de hacer entre aquellos elementos para definir de manera más completa el régimen de protección y el sistema de apoyos que diseña.

**CUADRAGÉSIMA.-** Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer respecto las siguientes observaciones respecto del propuesto artículo 285 CC:





- a) El ordinal primero de este artículo se refiere a los «[a]ctos de trascendencia personal o familiar cuando el afectado no pueda hacerlo por sí mismo». La amplitud de los términos en que se formula la excepción hace surgir la duda acerca de si tiene alguna proyección sobre el régimen de internamiento involuntario y, en su caso, en qué medida.
- b) Cabría concebir, en cualquier caso, ciertas excepciones a la regla, más allá de los casos de disposición de bienes de “*escasa relevancia económica*” o que carezcan de “*especial significado personal o familiar*” (ordinal tercero), o respecto de “*asuntos urgentes o de escasa cuantía*” (ordinal séptimo), y fuera de la posibilidad de autorizar la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad a que se refiere el artículo 286, en la redacción del Anteproyecto. De este modo, la resolución de la autoridad judicial por la que se establezca la curatela y se determine su ámbito podría eximir de autorización judicial a ciertos actos o negocios jurídicos, en atención a las circunstancias de la persona que necesita de los apoyos y de su patrimonio, reforzando en su caso las medidas de control y salvaguardias.
- c) Por otra parte, se debería corregir el tenor del proyectado artículo 287, al referirse al “*curador representativo*”, sustituyendo la expresión por la más adecuada y propia de “*curador con funciones de representación*”.

**CUADRAGESIMOPRIMERA.-** El tratamiento de la prodigalidad de forma diferenciada de aquellas otras situaciones para las que se diseña el sistema de apoyos, que se justifica por razón de la esfera afectada por la conducta desordena de quien ha de ser declarado pródigo, y por tratarse de una institución absolutamente ajena a la discapacidad, puede ser cuestionable, por cuanto no deja de constituir una afectación de carácter psíquico que afecta a la capacidad jurídica y de obrar del afectado, y que precisa del mismo sistema de apoyos que el previsto para las personas con discapacidad, del que, de otro modo, se encontraría desconectado.

**CUADRAGESIMOSEGUNDA.-** Aunque el Anteproyecto no lo prevé, debería modificarse el artículo 755 de la LEC para acomodarlo al tenor del proyectado artículo 300 CC, de forma que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procesos sobre medidas judiciales de apoyo se comuniquen de oficio no solo al Registro Civil, sino también al Registro de la Propiedad cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles.



**CUADRAGESIMOTERCERA.-** El artículo 756 de la LEC, que actualmente versa sobre la competencia para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad, pasa a titularse "*Ámbito de aplicación y procedencia*", para referir el primero –el ámbito de aplicación– a la adopción de las medidas de apoyo a personas con discapacidad en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. El ámbito de aplicación así determinado es, sin embargo, incompleto, pues se olvida de la declaración de prodigalidad y en general de todos aquellos casos en los que el expediente se torne contradictorio o el procedimiento tenga o deba tener ese carácter.

**CUADRAGESIMOCUARTA.-** La competencia territorial para conocer de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo se establece en torno al fuero de la residencia habitual de la persona a la que se refiera la solicitud de apoyos (artículo 756.2 LEC, en la redacción propuesta). Como excepción a la regla de la perpetuación de la jurisdicción (artículo 411 LEC), el proyectado apartado tercero del artículo 756 LEC establece que si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen. Tal previsión, que tiene por objeto configurar la competencia territorial acercando al tribunal tanto a quien se han de referir las medidas como el objeto mismo del proceso, ha de ser favorablemente acogida, respondiendo, por lo demás, a la más reciente orientación jurisprudencial.

**CUADRAGESIMOQUINTA.-** El artículo 758.1 LEC, en la redacción del Anteproyecto, dispone que admitida la demanda el Letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil sobre las medidas de protección inscritas. En rigor, la certificación habrá de recabarse no solo del Registro Civil, sino también del Registro de la Propiedad y, en general, de aquel o de aquellos registros públicos que se establezcan para dotar de la debida publicidad al sistema de apoyos, voluntaria o judicialmente dispuestos.

**CUADRAGESIMOSEXTA.-** El apartado segundo de este mismo artículo 758 establece que una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando el afectado no hubiera podido ser notificado personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el juzgado con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera



nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento; dándose a continuación nuevo plazo para contestar a la demanda. El precepto, evidentemente, trata de evitar la declaración de rebeldía de la persona con discapacidad, inconcebible desde el respeto del derecho de defensa; pero no ha de dejar de advertirse acerca de la necesidad de que la persona con discapacidad frente a la que se dirige la demanda comparezca personalmente en el procedimiento por cuanto con él han de entenderse los trámites del reconocimiento judicial de la persona afectada, de las audiencias preceptivas y de la emisión de los informes facultativos y aquellos que fueren pertinentes.

**CUADRAGESIMOSÉPTIMA.-** La facultad de la autoridad judicial de prescindir de las audiencias preceptivas cuando la demanda hubiera sido presentada por el propio afectado y cuando así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (artículo 759.2 y 3 LEC, en la redacción propuesta) debería concebirse con carácter excepcional, tras la debida ponderación del derecho a la intimidad del afectado y el derecho a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, en garantía de la cual se configura el trámite de audiencia.

**CUADRAGESIMOCTAVA.-** El prelegislador configura un mecanismo procesal para la revisión periódica de las medidas de apoyo en los términos establecidos en la sentencia que las ha acordado, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, un incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas, y un incidente de complemento de la sentencia por haber omitido alguna medida de apoyo. Ese planteamiento conjunto de actuaciones procesales ofrece ciertos problemas y da pie a ciertos interrogantes que resulta oportuno consignar: i) No siempre será fácil determinar cuál es el cauce procedimental procedente, pues normalmente la sentencia que establece los apoyos habrá previsto su revisión cuando sobrevinieran nuevas circunstancias que hagan precisa la modificación o, en su caso, supresión de las medidas adoptadas; ii) no queda clara la legitimación para instar la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente; y iii) no queda clara cuál es la intervención en este expediente de las partes que intervinieron en el previo procedimiento de adopción de medidas, y, en particular, si en dicho expediente ha de ser reconocida la persona para la que han sido adoptadas.

**CUADRAGESIMONOVENA.-** El apartado tercero del artículo 52 LJV, en la redacción propuesta, incurre en un error al referirse al párrafo segundo del artículo 265 CC, pues debe venir referido al segundo párrafo del artículo 261 CC, en la redacción del Anteproyecto.



**QUINCUAGÉSIMA.-** El artículo 62 LJV, en la redacción anteproyectada, regula la competencia, legitimación y postulación en el expediente de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de menores y personas con discapacidad. En su apartado primero se mantiene la competencia para conocer del expediente al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. Sería conveniente, no obstante, que la competencia territorial estuviese determinada conforme a las mismas reglas de competencia establecidas de forma general para el conocimiento de los procedimientos de adopción judicial de medidas de apoyo, y, en consecuencia, que se atribuyera al juzgado de la residencia del menor o persona con discapacidad, teniendo en cuenta el eventual cambio de residencia habitual, en los términos previstos en los proyectados artículos 756.2 LEC y 43.2 LJV.

Por otra parte, merece favorable acogida la previsión contenida en el apartado tercero de este artículo 62 LJV, en la redacción propuesta, conforme a la cual la solicitud inicial del expediente podrá realizarse sin necesidad de Abogado y Procurador, aun cuando el valor del acto para el que se inste supere los 6.000 euros, sin perjuicio de que el juez pueda ordenar la actuación de todos los interesados por medio de Abogado cuando la complejidad de la operación así lo requiera o comparezcan sujetos con intereses enfrentados.

**QUINCUAGESIMOPRIMERA.-** El artículo segundo del Anteproyecto modifica la Ley Hipotecaria en alguno de sus artículos, con el fin de acomodar la legislación hipotecaria a las nuevas previsiones sobre el sistema de protección de las personas con discapacidad. La modificación proyectada del artículo 2.4 LH pretende ajustar la Ley Hipotecaria a la nueva regulación sustantiva en materia de sistema de provisión de apoyos a las personas de discapacidad contenida en el Código Civil, de manera que se sigan cumpliendo las específicas finalidades de la inscripción de estos títulos como son, por un lado, impedir que pueda quedar protegido un subadquirente por efecto del artículo 34 LH y, por otro lado, facilitar la labor de calificación registral en relación con la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH) mediante la consulta del Libro único informatizado. Lo mismo cabe decir de la modificación del artículo 42.5 LH en cuanto a la anotación preventiva de la solicitud de medidas de apoyo a personas con discapacidad o la demanda de alguna de las resoluciones expresadas en el artículo 2.4 LH. Se modifican los artículos 165, primer párrafo y regla 6ª, 168.cuarto y 192 LH reguladores de la hipoteca legal por razón de la fianza de tutores,



curadores y demás figuras tuitivas, incorporando la posibilidad de que esta hipoteca legal pueda constituirse también en relación con aquellas personas encargadas de la administración de los bienes en virtud de medidas voluntarias de apoyo.

**QUINCUAGESIMOSEGUNDA.-** El artículo cuarto del Anteproyecto introduce determinadas modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que vienen a acomodar la previsiones registrales al régimen sustantivo sobre protección de las personas con discapacidad previsto en los nuevos preceptos del Código Civil. Se trata de que los actos jurídicos sobre medidas de apoyo tengan el debido acceso en el Registro Civil, sustituyendo las referencias a las figuras del sistema anterior de incapacitación.

**QUINCUAGESIMOTERCERA.-** El artículo 4.11º LRC al referirse a «[l]as sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos a personas con discapacidad», puede resultar infra-incluyente en la medida en que la autoridad judicial puede adoptar medidas de apoyo que hayan de tener reflejo registral a través de resoluciones distintas a la que ponga fin al proceso (así, por ejemplo, la adopción de medidas de control de la curatela en resolución posterior a la que haya acordado su constitución [art. 268 CC] o la suspensión del curador durante la tramitación del expediente de remoción [art. 276, tercer párrafo, CC]). Por ello, resulta más adecuada la redacción del artículo 4.11º LRC referida a «las resoluciones judiciales».

**QUINCUAGESIMOCUARTA.-** Debe ponerse de manifiesto que de la redacción del artículo 4 LRC que se desprende el apartado uno del artículo cuarto ALRD se desprende la supresión del actual numeral 14º del artículo 4 LRC referido a las declaraciones de ausencia y fallecimiento. Con el fin de evitar esa consecuencia debería redactarse el último inciso del primera apartado del artículo cuarto. Uno AL del siguiente modo: «pasando a identificarse con el número 16º el actual supuesto 14º y con el número 17º el actual supuesto 15º».

**QUINCUAGESIMOQUINTA.-** Debe señalarse que la redacción proyectada del artículo 44.7 LRC tal y como se deriva del artículo cuarto. Tres AL parece excluir el actual segundo párrafo relativo a los casos de inscripción de la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil. Para evitar ese efecto el artículo cuarto. Tres AL debería decir «*Se modifica la redacción del primer párrafo del artículo 44.7 con el siguiente texto*».



**QUINCAGESIMOSEXTA.-** En la nueva regulación del Código Civil se elimina la figura del tutor de la persona con discapacidad, pero se prevén una serie de figuras tuitivas a las que se les encomiendan funciones de asistencia o de representación de extensión variable, según la apreciación de las circunstancias, desde el curador con funciones de representación (art. 285 CC), el curador con meras funciones de asistencia (art. 280 CC), el defensor judicial en determinados supuestos (art. 277 cuarto párrafo CC, art. 281 CC, art. 293 CC) o el guardador de hecho que cuente con autorización judicial para ejercer funciones de representación para determinados actos (art. 261 segundo párrafo CC). En relación con estos supuestos, se prevé que la autoridad judicial pueda establecer las salvaguardias necesarias (para el guardador de hecho con autorización judicial, art. 263 CC) o las medidas de control que estime oportunas (para el curador, art. 268 CC).

Parece razonable, que las resoluciones judiciales sobre el nombramiento o autorizaciones de estas figuras tuitivas, así como sobre las salvaguardas y controles de su actuación tengan acceso al Registro con el fin de garantizar la debida publicidad. Por ello, resultaría apropiado mantener una previsión normativa equivalente a las del actual párrafo 1 del artículo 73 LRC, con las debidas adaptaciones a la terminología empleada por el Anteproyecto. Esta previsión se podría incorporar como tercer párrafo del proyecto artículo 72.1 LRC.

**QUINCAGESIMOSÉPTIMA.-** El apartado cinco del artículo cuarto del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 73 LRC al que intitula «*Oponibilidad de las resoluciones*». En él se regula una manifestación del principio de inoponibilidad del artículo 18.2 LRC en el sentido de que «las resoluciones a que se refiere el artículo anterior sólo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones». En la redacción del Anteproyecto la oponibilidad de las resoluciones inscritas se limita a las sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos y a las de declaración del concurso, que son las únicas a las que se refiere el artículo 72 LRC en los términos en que resulta modificado por el ALRD. En línea con lo expuesto anteriormente, es importante clarificar en el texto proyectado que el principio de inoponibilidad se predica también de las resoluciones sobre nombramiento de figuras tuitivas que no hayan sido objeto de inscripción, de modo que no resultarán oponibles frente a terceros de buena fe, que desconocen la realidad del nombramiento de esa figura tuitiva.



**QUINCAGESIMOCTAVA.-** En relación con la regulación de la oponibilidad de las resoluciones inscritas, debe advertirse que tal y como resulta del texto del Anteproyecto, la previsión contenida en el artículo 73 LRC deja de tener el correspondiente correlato en una norma sustantiva del Código Civil pues en la reforma prevista no se contiene una regla equivalente a la del vigente artículo 218 CC de acuerdo con el cual las resoluciones sobre cargos tutelares y de curatela no será oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones. En este sentido, resultaría adecuado ubicar la regla de inoponibilidad como segundo párrafo del artículo 299 CC en la redacción dada por el Anteproyecto.

**QUINCAGESIMONOVENA.-** El artículo 251, último párrafo, CC proyectado establece que los documentos públicos en los que se autodispongan medidas preventivas de apoyo «serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante». Este precepto no identifica el sujeto de la obligación de comunicación, aunque de acuerdo con el artículo 35 LRC resulta claro que es el notario autorizante, tal y como se explicita en el vigente artículo 223.3 CC. En este sentido, cabe señalar que mejoraría la claridad del artículo 251 CC, último párrafo, si se añadiera la precisión de que los documentos públicos «*serán comunicado de oficio por el notario autorizante*».

**SEXAGÉSIMA.-** Los apartados ocho y nueve del artículo cuarto del Anteproyecto modifican los artículos 83.1 y 84 primer párrafo LRC, al incorporar el primero de los preceptos al listado de datos especialmente protegidos que se rigen por un sistema de publicidad restringida el dato de «*la discapacidad*»; el segundo precepto, que establece el conjunto de sujetos legitimados para acceder o autorizar el acceso de terceras personas a los datos especialmente protegidos, dispone que esa legitimación corresponde a la persona inscrita o sus representantes legales, añadiendo, como novedad, que en el caso de personas con discapacidad también al apoderado preventivo general o el curador. Si se interpreta el término «*discapacidad*» empleado en el artículo 83.b LRC proyectado a partir de la definición legal de este concepto que ofrece el artículo 2.a de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se daría lugar a que la extensión del sistema de publicidad restringida fuera ciertamente amplia, lo que podría conllevar que el acceso al acto inscribible mismo (por ejemplo, la resolución dictada en el procedimiento de provisión de apoyos o la resolución de nombramiento de curador) por parte de un tercero con interés legítimo se viera condicionada a la previa autorización de uno de los sujetos señalados en el artículo 84



LRC, en la medida en que se entendiera que el acceso al hecho mismo de la existencia de medidas de apoyo revela el dato de la discapacidad.

Una interpretación tan amplia del alcance del dato especialmente protegido supondría una limitación considerable del principio de publicidad consustancial al Registro Civil, por ello debería cualificarse de algún modo la inclusión de la discapacidad como dato sujeto a publicidad restringida a fin de evitar un resultado interpretativo como el señalado. Cabría identificar el dato especialmente protegido con una fórmula como «los datos de salud vinculados a la discapacidad», de este modo lo sometido al sistema de publicidad restringida sería el conocimiento de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales determinantes de la discapacidad de la persona u otros datos de carácter personal relacionados o reveladores de esa circunstancia.

**SEXAGESIMOPRIMERA.-** La reforma proyectada de la LRC, de acuerdo con la disposición final tercera del Anteproyecto entrará en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que de acuerdo con lo previsto en la disposición final décima de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, tendrá lugar el día 30 de junio de 2020. A la vista de ello, puede suceder que el presente Anteproyecto, tras su tramitación parlamentaria, aprobación, sanción, promulgación y publicación, entre en vigor en una fecha anterior a la del 30 de junio de 2020. En este caso, las previsiones sustantivas del Código Civil sobre el sistema de apoyos a las personas con discapacidad no tendrían el debido reflejo en el Registro Civil. Por ello, resultaría prudente establecer en una disposición transitoria algún tipo de previsión que permitiera la adaptación de la vigente Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 al nuevo sistema de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

**SEXAGESIMOSEGUNDA.-** Convendría adaptar la redacción del artículo 222.3 LEC al nuevo sistema del ALDR, de modo que al regular el efecto de cosa juzgada de las sentencias contempladas en su segundo párrafo se sustituyera la referencia a las sentencias sobre «*incapacitación y reintegración de la capacidad*» por la de sentencias sobre «*medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo*».

**SEXAGESIMOTERCERA.-** Dado que el ALDR elimina la figura de la patria potestad prorrogada al suprimirse el vigente artículo 171 CC y sustituirse por las medidas de apoyo previstas en el artículo 250 CC proyectado, debería eliminarse la referencia a la prórroga de la patria potestad como acto inscribible que se contempla en el artículo 71.2 LRC.





**SEXAGESIMOCUARTA.-** La disposición final primera del Anteproyecto modifica el Código Penal en cuanto a la determinación de determinados supuestos de responsabilidad civil derivada del delito. Se da nueva redacción al primer párrafo de la regla 1ª del artículo 118 CP que regula la responsabilidad civil en los casos de exención de la responsabilidad por concurrir las causas de inimputabilidad y, en sede de responsabilidad civil subsidiaria, se da nueva redacción al artículo 120.1 CP, estableciendo que serán responsables civiles subsidiarios los curadores con facultades de representación plena que convivan con las persona a quien prestan apoyo, siempre que hay por su parte culpa o negligencia.

**SEXAGESIMOQUINTA.-** En la regulación del régimen de derecho intertemporal que propone el prelegislador no ha de ignorarse la relevante circunstancia de que la modificación propuesta se proyecta sobre todo el articulado del Código Civil, y que el régimen transitorio que contiene el Anteproyecto habrá de convivir de forma coherente con el régimen transitorio establecido con carácter general en el Código Civil.

**SEXAGESIMOSEXTA.-** Se echa en falta en la regulación del régimen transitorio la referencia a la patria potestad prorrogada y a la rehabilitación de la patria potestad, respecto de las que, pese a su desaparición, no hay norma de derecho intertemporal alguna, más allá de la relativa a la sobrevenida ineficacia de las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad (Disposición transitoria primera) y de la revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley anteproyectada para adaptarlas a esta.

**SEXAGESIMOSÉPTIMA.-** La aplicación a los tutores de las personas con discapacidad de las normas establecidas para los curadores representativos podrá servir para aquellos casos en los que la sentencia que declaró la incapacidad lo hubiera hecho con carácter total y absoluto, pero no para otros casos de modificación parcial de la capacidad.

**SEXAGESIMOCTAVA.-** La revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley anteproyectada (Disposición transitoria cuarta) debería establecerse teniendo en cuenta la "adaptación" de las figuras tutelares a las figuras del sistema de apoyo proyectado, conforme se deriva de la aplicación de las Disposiciones transitorias primera a tercera, ambas inclusive. Por tanto, la revisión solo será procedente en la medida en que, más allá del resultado de la aplicación de las previsiones del régimen transitorio del Anteproyecto, sea necesaria la adaptación de las



medidas adoptadas en su día conforme al hasta ahora vigente régimen de protección de las personas con discapacidad.

**SEXAGESIMONOVENA.-** El Anteproyecto ha omitido, acaso de manera deliberada, cualquier modificación del régimen de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico regulado en el artículo 763 LEC, y por consiguiente, ha omitido también cualquier disposición de carácter transitorio. Sin duda, esta omisión encuentra cabal explicación en los trabajos que está llevando a cabo la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación para modificar –seguramente a través de una Ley Orgánica- el régimen de los internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales en el marco del proceso civil. No obstante, sería aconsejable que la reforma sobre esta materia cuyos trabajos preparatorios se están llevando a cabo estuviera acompañada, tanto material como temporalmente, a la reforma del régimen de la discapacidad que se propone por el prelegislador.

**SEPTUAGÉSIMA.-** Por último, cabe recordar que la reforma propuesta ha de tener reflejo en diversas disposiciones normativas que han de adaptarse, y no solo terminológicamente al nuevo régimen de protección y al sistema de apoyo proyectado.

Es cuanto ha de informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 29 de noviembre de 2018

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó  
Secretario General