

CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA LEY
8/2021, DE MEDIDAS DE APOYO, EN EL ÁMBITO FAMILIAR

*RELATING QUESTIONS ABOUT THE IMPLEMENTATION OF LAW
8/2021, ON SUPPORT MEASURES, IN THE FAMILY FIELD*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1780-1797

Javier
BADENAS
BOLDÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La controvertida, y más que conocida, Ley 8/2021 para el apoyo de las personas con discapacidad, alineó el ordenamiento jurídico español con la Convención Internacional de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. La referida ley acabó con la tutela, además, y en adelante, la capacidad jurídica ya no puede suprimirse ni modificarse, basando su idea central del nuevo sistema en que, quienes tendrán derecho a tomar sus propias decisiones, serán las personas con discapacidad. No obstante, la nueva ley, no solo instaura un nuevo sistema, sino que, también promulga toda una serie de medidas discutidas, como la supresión del principio del interés superior del discapacitado o la sustitución de la capacidad de obrar por la capacidad jurídica, así como la supresión de la figura del tutor reservada a los menores de edad. Sin embargo, ¿existe realmente, en la práctica, un cambio con el sistema anterior?, ¿el legislador español ha observado detenidamente nuestro Derecho histórico?

PALABRAS CLAVE: Ley de medidas de apoyo; discapacidad; consejo de familia; capacidad de obrar; capacidad jurídica; tutela; curatela.

ABSTRACT: *The controversial and well-known Law 8/2021 for the support of persons with disabilities aligned the Spanish legal system with the 2006 New York International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The aforementioned law put an end to guardianship, moreover, and from now on, legal capacity can no longer be abolished or modified, basing its central idea of the new system on the fact that those who will have the right to make their own decisions will be the persons with disabilities. However, the new law not only establishes a new system, but also enacts a whole series of controversial measures, such as the suppression of the principle of the best interests of the disabled person or the substitution of the capacity to act for legal capacity, as well as the suppression of the figure of the guardian reserved for minors. However, is there really, in practice, a change from the previous system, and has the legislator taken the trouble to study our historical law?*

KEY WORDS: *Law on support measures; disability; family council; capacity to act; legal capacity; guardianship; curatorship.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.- III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y SU ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- IV. LA “CURATELA REPRESENTATIVA”.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Antes de adentrarme en el tema central del presente trabajo, convendría realizar un breve excurso histórico sobre cual ha sido la evolución de la regulación de la protección de las personas discapacitadas en nuestro Derecho, con el fin de tener una visión más panorámica y, por tanto, con mayor perspectiva, respecto del Derecho vigente, constituido por la redacción que al Código Civil (en adelante, C.C.) dio la Ley la Ley 8/2021, de 2 de junio, a la que más tarde aludiré.

A este excurso me invito volver a ver una película dirigida por el valenciano Luis García Berlanga, cuyo guion es compartido con Rafael Azcona. Me refiero a “Patrimonio nacional”¹. Como muchos recordarán, en esta comedia española se plantea el tema de la incapacitación de la Condesa de Santagón, interpretada por Mary Santpere. Su marido, el Marqués de Leguineche, interpretado por Luis Escobar, desea intervenir los bienes de su esposa, con el fin de mejorar su posición económica y así restaurar el palacio donde habita su mujer, en un lugar muy representativo de la ciudad de Madrid.

Con el fin de producir la incapacitación de la condesa, el Marqués de Leguineche, de acuerdo con el Derecho todavía vigente cuando se rodó la película en 1981, consigue formar el consejo de familia, regulado por los artículos 294 y siguientes de la versión original de nuestro Código Civil. Consejo formado, a falta de designación testamentaria del padre o de la madre, en su caso, del incapacitado, “por los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor o incapacitado” (según redacción literal del párrafo 1 del citado art. 294 del C.C. de 1889)².

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

El Consejo de Familia, tal y como resaltan los comentaristas de nuestro Código Civil original, fue introducido en el ordenamiento jurídico español desde el Derecho

1 Véase la referencia sobre la citada película en: <https://www.imdb.com/title/tt0082888/>.

2 ALCUBILLA, M.: *Código civil de España*, Madrid, 1890, p. 109 y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El Código civil y sus reformas*, Madrid, 1984, p. 201.

• **Javier Badenas Boldó**

Abogado. Prof. Asociado de Derecho Civil de la Universidad Jaume I. badenasj@uji.es

francés, por medio del Anteproyecto de C.C. de 1851 (también conocido como “Proyecto de García Goyena”). Algunos autores han criticado el que se introdujera tal consejo familiar en nuestro Derecho, rompiendo, al parecer, con la tradición histórica patria basada, según ellos, en el principio de autoridad³. Si bien ello es contradicho por el propio García Goyena, como si quisiera anticiparse a las críticas que vinieron después, cuando sostiene que “por los dos códigos mencionados (Fuero Juzgo y Fuero Real) correspondía a los parientes el acto más importante que el francés atribuye al consejo de familia, a saber, el nombramiento de tutor; y correspondía también la intervención en otro acto de no menor importancia, cual es la formación de inventario”⁴.

En efecto, Manresa, califica al Consejo de Familia como “institución novísima en el Derecho patrio”⁵. Este autor clasifica los sistemas tutelares en el Derecho moderno, siguiendo tres categorías: “a) en el primero podrían colocarse aquellas legislaciones que conciben la tutela como una magistratura parental, en la que tiene larga parte el Consejo de familia (...); b) en el segundo, aquellas que la conciben como institución pública, circundada de múltiples garantías, ejercida por cuerpos judiciales o administrativos en los que la autoridad tiene la parte preponderante; c) en el tercero, aquellas otras que contemporizando el elemento familiar con el estatal, sin desprestigiar el parentesco, dan a su lado injerencia a la autoridad judicial”⁶.

A pesar de la introducción del principio familiar en la protección de los incapacitados por el C.C. en 1889, Sánchez Román consideraba que nuestro Código, sin embargo, no había prescindido por completo de la autoridad judicial, aunque, según él, “se ejercite de un modo incidental, accesorio y subsidiario”⁷.

La redacción de los artículos del C.C. relativos a la tutela, la curatela y la guarda de menores e incapacitados dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, acaso para evitar algunas situaciones trágico-cómicas como la descrita en la película de García Berlanga, renunció al principio de autoridad familiar de pretendida inspiración francesa y “retornó”, de alguna manera, a la tradición patria. Cosa, desde mi punto de vista, discutible por las mismas razones que señala García Goyena. Tal pretendido retorno se verificó, como muchos recordarán (porque era Derecho vigente hasta hace poco más de un año), por medio de dos hechos: la supresión

3 Entre otros, GUTIÉRREZ CALLES, J. L.: *Antecedentes legislativos del Código Civil Español*, Dykinson, 2005.

4 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, tomos I-II, p. 186.

5 MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, tomo II, Madrid, 1925, p. 199.

6 MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios*, cit., pp. 199 y 200.

7 Al no haber podido acceder directamente a la obra de Sánchez Román, dejo a discreción del lector aceptar la referencia que hace de ella MANRESA Y NAVARRO, J.M. en sus *Comentarios*, cit., p. 200.

del consejo de familia de nuestro Derecho positivo y la escisión de la tutela en dos figuras de protección de los menores e incapacitados: la misma tutela y la curatela⁸.

Reconozco que la curatela es una figura de protección de fuerte raigambre jurídica, de manera que fue extraño que durante casi un siglo no la regulase nuestro ordenamiento jurídico⁹. Hoy, como veremos después, se ha convertido en la figura central que nuestro Derecho vigente establece para la protección continuada de quienes precisen medidas de apoyo por razones de discapacidad, desplazando así a la tutela que era la figura principal hasta junio de 2021 (septiembre, si tenemos en cuenta su entrada en vigor)¹⁰.

La curatela forma parte del Derecho español por su recepción desde el Derecho romano. Sin embargo, quizá algunos hayan olvidado que, siguiendo escrupulosamente el citado Derecho romano, las Partidas prescribieron para la protección de los menores y de los incapacitados, separaron claramente entre la tutela, para los menores huérfanos y la curatela para los “locos o desmemoriados” (ley 5ª tit. II, Partida 5ª), es decir los incapacitados, según el C.C. De manera que la tutela intervenía como un elemento de protección carente de ningún sesgo peyorativo, pues ser menor de edad nunca ha comportado ningún estigma social (todos hemos sido menores durante al menos dieciocho años). Mientras que la curatela, de acuerdo con su significado histórico, tenía que ver con los locos, dementes y orates. De manera que, hemos vuelto a lo mismo que antes de la entrada en vigor nuestro Código Civil en 1889: la tutela queda reservada para los menores y la curatela para las personas que por padecer una enfermedad o deficiencia física o psíquica no puedan gobernarse por sí mismas, como decía el art. 199 del Código civil en su versión original.

En mi opinión, a veces queriendo lo mejor legislativamente, se consigue lo peor. Si el legislador se hubiera tomado la molestia de estudiar nuestro Derecho histórico, se habrá dado cuenta de que peores connotaciones sociales podría tener (si es que las tiene) la curatela que la tutela, que siempre se ha considerado simplemente como una institución de protección y de complemento de capacidad para el que la necesita.

8 MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, L.: “Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro”, *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 169, 2014, pp. 111-130.

9 A este respecto, parece interesante reproducir aquí la opinión de MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., p. 196, “siendo la principal innovación del Código en esta materia la de refundir en una sola institución los dos antiguos suplementos de capacidad, tutela y curatela, interesa hacer algunas observaciones a modo de crítica. Aunque muy bien acogida la reforma en un principio, por la simplificación que llevaba a nuestro Derecho, hoy se va reconociendo, como dice Valverde, que ni la unificación puede ser conveniente en muchos casos, ni el Código la ha conseguido del modo que se proponía”.

10 AGUILAR RUIZ, L.: “Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017” (RJ 2017, 1505), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 44, 2017, pp. 359-369.

Finalmente, antes de entrar en el análisis de la cuestión principal del presente trabajo, se podría decir que, en el Derecho español del último siglo y medio aproximadamente, relativo a la protección de las personas necesitadas, por razones de tipo físico o psicológico, se pueden distinguir tres etapas

1ª. En la que predominó el principio de “autoridad familiar” (entre 1889 y 1983).

2ª. En la que imperó el principio de “autoridad pública” (entre 1983 y 2021).

3ª. De fundamento en la voluntad y preferencias de la persona necesitada de protección, que podría denominarse, principio de “autoapoyo”, si es que éste es posible o conveniente, tal y como advierte una parte de la doctrina reciente, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 8 de junio.

III. LA CONVENCION INTERNACIONAL DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y SU ADECUACION AL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

Adentrándonos en materia, como por todos es conocido, el pasado 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, mediante la cual se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹¹. Dicha reforma obedece a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), realizada en Nueva York en diciembre del año 2006¹². En su artículo primero, la CDPD establece como objetivo primordial el

11 La Ley 8/2021, de 2 de junio, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, mediante la cual se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, es (sin lugar a dudas) la de más profundo encaje entre todas aquellas que le han precedido. De ese modo se apunta en el preámbulo de la misma, en nuestro país se han publicado, hasta el momento, toda una serie de normas para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al Tratado de las Naciones Unidas de 2006. En primer lugar, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que asumió la modificación de diecinueve leyes de nuestro Derecho positivo. En segundo lugar, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. En tercer lugar, la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En cuarto lugar, la Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, de jurisdicción voluntaria, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones. Por último, aquellas más recientes como, Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1885, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

12 Se aprueba el 9 de abril de 2008, en nuestro país, el instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, llevada a cabo en Nueva York en fecha 13 de diciembre de 2006. Entra en vigor en España mediante la publicación en el BOE el 21 de abril de 2008. En consecuencia, la CDPD forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por ello, es directamente aplicable. No obstante, no se lleva a cabo la Ley por la que se reforma la legislación española para el apoyo de las personas con discapacidad hasta el pasado año, destaca cierta doctrina la lentitud del legislador español para la

de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, al igual que promover el respeto a su dignidad inherente”. Igualmente, destaca por su trascendencia jurídica (como más adelante veremos) su art. 12 de la CDPD instaurando que, “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los estados parte a adoptar medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, aparece aquí, por primera vez, el término “apoyo” creando una gran confusión entre los Estados Partes que, debían de adoptar las medidas apropiadas para llevar a cabo el objeto de tal convención¹³. Con base en ello, y teniendo como finalidad erradicar dicha confusión, se publicó la Observación General núm. 1 de 2014, la cual analiza el alcance de las obligaciones establecidas en el mencionado precepto para los Estados presentes en la Convención¹⁴. En la Observación, en resumidas cuentas, se proclama (entre otras muchas cosas) que, las personas con discapacidad deben tomar sus propias decisiones para de ese modo ser iguales ante la ley, por lo que deben de ser respetadas sus voluntades¹⁵.

incorporación de la CDPD, véase en tal sentido, CORVO LÓPEZ, F.M.: “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.8/2021, pp.1 y ss. Asimismo, véase: RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 215-252; RODRÍGUEZ CACHÓN, T.: “5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006”, *ADC*, tomo LXXIII, octubre 2020, fasc. IV, Sentencias, pp. 1829-1830”; RUBIO TORRANO, E.: “La incapacidad: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.9/2009; TORRES COSTAS, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 293, 304 y 305.

- 13 Vid. BARBA, V.: “El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, coord. P. CHAPARRO MATAMOROS Y A. BUENO BIOT). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-52, “La Convención de Nueva York cambia radicalmente la perspectiva y no considera la discapacidad como una enfermedad, sino simplemente como interacción entre una circunstancia personal de una persona y factores del entorno que dan lugar conjuntamente a la discapacidad y afectan a la participación de ese individuo en la sociedad. El enfoque médico y de beneficencia se sustituye totalmente por un enfoque social basado en los derechos humanos”. Mantiene la misma opinión que, BARRIOS FLORES, L.F.: “La Convención, un cambio de paradigma jurídico. La Ley española frente a la Convención”, en AA.VV.: *La incapacidad, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols y Lucas, no 39, Fundació Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, 2016, p. 44, “La CDPD ha generado muchas expectativas, pero podemos encontrarnos bien ante una nueva era o bien ante un falso amanecer. Para evitarlo segundo hay que tomar los derechos humanos en serio”.
- 14 En el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º (período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014) observación general núm. 1, se establece que “La presente observación general refleja una interpretación del artículo 12 que se funda en los principios generales de la Convención expuestos en el artículo 3, a saber, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”. Disponible en: <http://www.convenziondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- 15 Así las cosas, se indica en el propio preámbulo de la mencionada Ley que, se ha implantado un cambio de régimen en nuestro ordenamiento jurídico en el que se sustituye una decisión que afecta a las personas

Sin embargo, en este texto se hacen ciertas afirmaciones cuya estricta aplicación deja desprotegidas a las personas con discapacidad severa, lo que es fuertemente criticado por gran parte de la doctrina¹⁶. En consecuencia, tal Observación alega que existen ciertas medidas que discriminan a las personas con discapacidad, como la aplicación de una tutela o la curatela. Por esa razón, las medidas de apoyo deben utilizarse en lugar de la tutela y la curatela para la toma de decisiones de las personas con discapacidad¹⁷. Asimismo, la propia Observación es crítica con las leyes que obligan a las personas con enfermedades mentales a recibir tratamiento sin consentimiento, insistiendo finalmente en que la capacidad mental no es razón suficiente para privar a una persona de la capacidad jurídica¹⁸.

En lo relativo al acogimiento de la Observación por la legislación española, por fortuna¹⁹, no ha contemplado muchos aspectos de la misma, manteniendo como principal medida de apoyo judicial de carácter asistencial, la curatela. Por otra parte, tampoco ha desaparecido la representación de las personas con discapacidad de nuestro ordenamiento, manteniéndose la misma, con carácter excepcional, con el término de "curatela representativa". Además, la Ley 8/2021 conserva las

con discapacidad por otra basada en, "el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones". Esta libertad de decisión autónoma de las personas con discapacidad es uno de los principios fundamentales de la reforma.

- 16 RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: "La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad", *IDIBE*, Tribuna -mayo 8, 2019. Ver en: <https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/>. Asimismo, mantiene la autora que, "Aunque no podemos aquí profundizar en este aspecto, deberíamos tener en cuenta la importancia de tal afirmación: negar que médicamente se pueda evaluar la aptitud de una persona para saber si puede o no tomar decisiones, de forma que las entienda y actúe diligentemente, es muy arriesgado. Afirmar que la utilización de métodos médicos para adoptar una medida u otra de protección de las personas con discapacidad es discriminatoria, no sólo parece exagerado, sino que podría incluso atentar contra el propósito primordial de la Convención, que es la protección de las personas con discapacidad, puesto que esa protección también implica ayudarles para que no sean engañados por terceros; para que su patrimonio no sea malgastado en su perjuicio; para que no tomen decisiones que puedan suponer una violación de sus derechos fundamentales. Esto podría suceder si dejamos que personas que, por ejemplo, padezcan un grave desequilibrio mental, tomen las decisiones libre e independientemente".
- 17 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de la discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, coord. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 58
- 18 Observación general núm. 1, cit., "Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial. El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás".
- 19 NIETO PAVÍA, R.: "El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", 18 *International Law; Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 18, enero-junio 2011, pp. 155-190. Véase en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13763>. Argumenta el autor que "ha considerado que las "recomendaciones" de la CIDH tienen carácter obligatorio. Pero la ya larga jurisprudencia de la Corte Interamericana, órgano al que le corresponde con carácter exclusivo la interpretación judicial de la Convención, jamás ha dado a los informes de la CIDH carácter distinto al de "recomendaciones"". En resumen, afirma que las observaciones no tienen carácter obligatorio, al contrario que las recomendaciones.

valoraciones o dictámenes periciales (realizadas por expertos en enfermedades mentales) habida cuenta que, el paso de las medidas de apoyo voluntarias a las judiciales únicamente será posible por falta de voluntad de la persona en cuestión (de forma previa y siempre bajo el sometimiento de evaluación de las aptitudes mentales de la persona con discapacidad, aunque la ley no sea muy clara al respecto)²⁰.

En el preámbulo de la Ley 8/2021, como se ha indicado anteriormente, se aprecia un cambio de sistema, sustituyendo la representación en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad por otra basada en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona que, habitualmente, asume la responsabilidad de tomar sus propias decisiones. En este sentido, el legislador español ha mantenido el párrafo 21 de la Obligación de forma literal, el cual obliga a sustituir el “interés superior” de la persona con discapacidad por la “mejor interpretación de su voluntad y preferencias”. Este principio superior ha sido el elemento clave sacrificado por la ley 8/2021, dado que de haberse mantenido se podía imponer cualquier medida de apoyo a la persona con discapacidad a pesar de su expresa oposición. Esto fue hasta que se publicó la ley. Sin embargo, muchos ya han vaticinado que este principio será restaurado por los Tribunales²¹, como se vislumbra en la STS 19 octubre 2021²² o en la STS de 8 de septiembre de 2021²³ utilizando el alto Tribunal la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que reconoce la posibilidad de acudir a un procedimiento contradictorio en el caso de oposición por parte de una persona con discapacidad a la adopción de medidas.

Asimismo, se debe tener presente que, para la constitución y ejercicio de la tutela en la anterior regulación se tenía en cuenta el beneficio del tutelado o, lo que es lo mismo, el “interés superior” del discapacitado que, tal y como se

20 Concretamente en la nueva redacción del art. 759.1.3. LEC, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio, establece que, se acordará, si es necesario, por parte del Tribunal, los dictámenes en relación con las pretensiones de la demanda de solicitud de medidas de apoyo, no pudiéndose decidirse sobre las mismas sin el perceptivo dictamen.

21 De hecho, en la nueva redacción del art. 268 CC se desarrollan los requisitos que deben cumplir las medidas judiciales, “Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de la voluntad de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio de situación de la persona que pueda requerir de la modificación de medidas”. Determinando que, serán en última instancia los propios Tribunales quienes modifiquen dichas medidas, en el caso de hallarse cambios en la situación de la persona necesitada de las mismas.

22 STS 19 octubre 2021 (RJ 2021, 3770).

23 Véase También, el comentario de la sentencia realizado por el autor, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002). Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021”, *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 118, 2022, pp. 315-326.

establece en la STS 6 mayo 2021²⁴ “se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas”. A saber, se configura como un concepto jurídico indeterminado sometido a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso, con la finalidad de velar perfectamente por el bienestar de la persona afectada, adaptándose las medidas que sean mas acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros²⁵.

Por consiguiente, con la entrada en vigor de la antedicha ley, en la nueva redacción del C.C. únicamente encontramos la tutela en referencia a los menores de edad, desapareciendo los términos o expresiones como “interés” o “beneficio del incapacitado” para sustituirlos por “la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad que precisa de medidas de apoyo”²⁶.

De nuevo, hallamos la explicación en el preámbulo de la Ley 8/2021 estableciéndose que, “Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro lado, basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”. La desaparición de cualquier referencia al interés superior de la persona con discapacidad ha suscitado grandes críticas por gran parte de la doctrina²⁷.

A mi parecer, el nuevo sistema se basa en respetar los deseos y preferencias de las personas con discapacidad y, por regla general, son ellas las responsables de tomar sus propias decisiones, lo que es una gran mejora. Sin embargo, es evidente que (estoy seguro de que a todos nos viene a la mente algún caso en concreto), las personas con discapacidad, al igual que los menores, en ocasiones toman decisiones que van en contra de sus intereses personales o patrimoniales. Por una parte, una cosa es que las personas con discapacidad gocen de la libertad de tomar

24 STS 6 mayo 2021(RJ 2021, 2381).

25 La misma opinión comparte, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Principios”, cit. p. 82. Asimismo, opina el autor que “es claro que cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que obviamente, no estará basado en la “voluntad, deseos y preferencias de la persona” con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, quizás, sería más conveniente invocar el principio de constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad” en la p. 87.

26 Por ejemplo, véase la nueva redacción del art. 270 C.C.

27 ARNAU MOYA, F.: “Aspectos Polémicos de la Ley 8/2021 de Medidas de Apoyo a las Personas con Discapacidad”, *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, p. 556, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-270.

decisiones hasta ahora negada, y por otra, es que no haya límite a su voluntad. Por ello, en mi opinión, es un desacierto por parte del legislador no respetar el principio del interés de las personas con discapacidad creando un mecanismo para evitar que se dañen a sí mismas. Corresponde ahora a la propia jurisprudencia determinar el criterio que debe seguirse cuando la decisión de una persona con discapacidad perjudique gravemente sus intereses personales y/o patrimoniales²⁸. Sin embargo, el legislador ha dejado un pequeño hueco en el preámbulo con la finalidad de no abandonar ese “interés superior” del “discapaz” “las salvaguardias serán proporcionales al grado en el que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Es difícil creer que el juez en una estricta aplicación de la ley, permita que predomine aquella voluntad de la propia persona con discapacidad sobre sus intereses personales y/o patrimoniales. Sobre todo cuando el alto Tribunal, en la STS 17 diciembre 2019²⁹, años antes de publicarse la polémica ley ya había manifestado que el principio de interés de la persona con discapacidad se encuentra recogido en la Convención de 2006, estableciendo “El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adaptándose las medidas que sean mas acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros (...)”.

Por un lado, desde mi punto de vista, la nueva ley ha introducido unos cambios terminológicos desproporcionados empleando la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica” en perjuicio de la anterior “capacidad de obrar”³⁰. El alcance de la “capacidad jurídica” a la que se refiere el mencionado art. 12 CDPD ha tenido también que ser aclarado en la Observación General núm. 1 (2014), estableciendo que; “las personas con discapacidad tienen la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica

28 A saber, antes de la publicación de la ley estudiada en el presente trabajo, el Tribunal Supremo manifestó que podemos encontrar el interés de la persona con discapacidad en la Convención de 2006, concretamente en la STS 17 diciembre 2019 (RJ 2019, 3610). Se establece en la mencionada sentencia que, se puede prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad por la aplicación del interés superior del discapacitado. En este caso se prescinde su voluntad exteriorizada y preferente en la designación del tutor, desarrollándose de la siguiente manera: “El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son lo que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. Comprende la obligación de que se utilice el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufra restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y transmitirlo *mortis causa* a sus herederos. Y supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad. Hemos declarado que dicho interés rector de la actuación de los poderes públicos, enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York (...) no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapacitado en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de sus derechos fundamentales de 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” (SSTS 635/2015, 19 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio; 458/2018, de 18 de julio).

29 STS 17 diciembre 2019 (RJ 2019, 3610).

30 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Principios”, cit., p. 62.

incluye la capacidad de ser titular de los derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de los derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin³¹.

Esta variación de expresiones a causa de la Convención ya fue introducida en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, apreciándose en su Preámbulo la intención de adaptar la nueva terminología y que “en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”³². Sin embargo, esta expresión ahora también se considera inapropiada, debiéndose sustituir por la “persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”, en mi opinión (de acuerdo con la mayoría de la doctrina), se trata de una expresión muy respetuosa, pero nada práctica para los operadores jurídicos que tratan habitualmente estos temas. Es decir, nos sumamos a la propuesta una parte de la doctrina que sugiere el término “personas con ayudas” para denominar a tal colectivo, del mismo modo que, la de mantener la tradicional expresión de “capacidad de obrar” en nuestro ordenamiento³³.

- 31 Aclaración de la Observación general núm. 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. 11º periodo de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Véase en: <http://www.convenziondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- 32 En la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria no es posible encontrar ninguna referencia a la capacidad de obrar, si bien es cierto que tampoco se utiliza la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica”. Se prefiere utilizar la expresión más neutra de “capacidad de una persona” como sucede en sus arts. 27.3 y 4 o incluso la de “capacidad para contratar” (art.110). Asimismo, en el Código Penal se utiliza la expresión “ejercicio de su capacidad jurídica”, como consecuencia de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en cuyo preámbulo se establece que: “Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad”. Asimismo, se emplea esta expresión en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Disposición adicional séptima). En Ley 49 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) tras su modificación por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo; en el art. 59.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. En incluso en el art. 3.h) de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.
- 33 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Principios”, cit., p. 65, establece, en base a ciertos ejemplos como son los contratos y su validez, que “será necesario distinguir entre la capacidad jurídica y su ejercicio; y ello, para explicar la razón por la cual los contratos celebrados por ciertas personas son inválidos (anulables). a) Los contratos celebrados por menores no emancipados (con las excepciones previstas en el art. 1265.1º CC) son, en efecto, anulables (art. 1302.2 CC), debiendo, en por ello, ser celebrados en su nombre por sus representantes legales (padres o tutores). b) Son también anulables los contratos celebrados por personas discapaces sin la intervención del curador, cuando esta sea necesaria para el ejercicio de su capacidad jurídica (por exigirlo, así, la sentencia constitutiva de la curatela) (arts. 267.II CC y 1302.3 CC); y, en el caso de que, excepcionalmente, se nombre un curador con facultades de representación (figura que guarda evidentes similitudes con el antiguo tutor de los incapacitados) (art. 267.III CC), por no ser posible averiguar cuál sea la voluntad, deseos y preferencias, será dicho curador quien, representado a la persona con discapacidad contrate en nombre de esta, necesitando, sin embargo, autorización judicial para los contratos de especial trascendencia económica previstos en el art. 287.2º CC. Cabe preguntarse hasta qué

IV. LA “CURATELA REPRESENTATIVA”.

Por otro lado, otra controversia que suscita la Ley 8/2021 es que, la única medida de apoyo que podrá ser aplicada a aquellas personas con discapacidad que necesiten ser sustituidos para la realización de ciertos actos jurídicos es la de la “curatela representativa”. Una medida adecuada, según parte de la doctrina, para aquellas personas con una dependencia moderada, dado que, la curatela debe ser la medida de apoyo aplicada judicialmente por excelencia. Sin embargo, a nuestro juicio, esta acción de apoyo requiere una cierta comprensión de la persona con discapacidad, que le permita al curador apoyarla en unas ocasiones y representarla en otras. El problema aparece las personas con grandes dependencias, por ejemplo, las personas en estado vegetativo, que no pueden llevar a cabo acciones o manifestaciones con entidad suficiente para complementarlas. En tales circunstancias, creemos que no cabe ni siquiera una curatela representativa, dado que no existe voluntad que se pueda complementar. Es decir, que cuando se tiene que representar a una persona “incapaz”³⁴ en la totalidad o casi todos sus actos jurídicos, la fórmula a emplear debería ser la tutela. En consecuencia, parte de la doctrina establece que debería de haberse conservado la figura de la tutela en la Ley 8/2021, con carácter subsidiario de la curatela representativa, para los supuestos de personas que no pudieran reproducir su voluntad de forma efectiva en prácticamente todos los ámbitos de su vida³⁵.

punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo. A mí, no me lo parece.” De la misma opinión, el autor MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, p. 105.

- 34 Término utilizado por el propio Tribunal Supremo en más de una ocasión, como puede apreciarse en la Sentencia de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4958).
- 35 ARNAU MOYA, F.: “Aspectos”, cit., p. 565. Asimismo, nos expone el autor que existen resoluciones ya por parte del Tribunal Supremo manifestándose a favor del mantenimiento de la tutela “por entender que no es contraria a los principios de la Convención, puesto que “la tutela es la forma más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas (...)” Añadiendo a lo anterior, numerosa jurisprudencia en este sentido: “Así se pronuncia la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2207) tras haber recordado previamente que “el sistema de apoyos a que alude la Convención [sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención”, asimismo, tras recordar que la tutela debe de aplicarse cuando al persona con discapacidad no puede tomar decisiones, en asuntos de su incumbencia, manifiesta su apoyo al empleo de la curatela en otras circunstancias al decir que “Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts.287, 288 y 289 CC)”. En parecidos términos se pronuncian la STS 3 diciembre 2020 (RJ 2020, 4815) al decir que “El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español, por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el “procedimiento de modificación de la capacidad” y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los

Opinamos que, el mantenimiento de la tutela para los casos comentados anteriormente podría haber encajado con la curatela, siendo éste el eje central del sistema de medidas de apoyo. Es más, existen resoluciones del Tribunal Supremo que han mantenido dicha hipótesis puesto que, la tutela no es incompatible con los principios de la Convención del 2006 por ejemplo, la STS 16 de mayo 2017³⁶ establece que “la tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco por el apoyo de otras personas (...)”.

Siguiendo en cuanto a la aplicación de la Convención que aplica la citada norma, supone un cierto avance respecto de la situación previa que tenían las personas con discapacidades “leves” o moderadas, en lo que respecta a atender su voluntad. Del mismo modo que se establece la curatela como medida de apoyo por excelencia, respetándose de esa forma, como se ha dicho anteriormente, la voluntad del discapacitado. Uno de los problemas lo encontramos en las personas con discapacidades “graves” o severas, teniendo en cuenta que la ley mencionada, no reporta ningún beneficio a este grupo de personas, habida cuenta que todos los actos jurídicos que no contempla la curatela representativa se tendrían que hacer teniendo en cuenta sus preferencias y voluntades³⁷. Sin embargo, nuevamente, el Tribunal Supremo a través de la STS 19 febrero 2020³⁸ determina que, en aquellos casos que sea necesario, sería posible adoptar la figura de la tutela frente a la curatela, siguiendo lo dispuesto en la Convención. En mi opinión, la ley debería de haber permitido el nombramiento de un tutor, para este grupo de personas, siendo el curador representativo el elegido para esa labor. Podemos destacar en este sentido, la nueva redacción del art. 249 III C.C. al estableciendo las funciones representativas de las personas que presten apoyo “deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”. No obstante, si tenemos en cuenta que en este grupo existen personas que desde prácticamente su nacimiento o en edades muy tempranas son dependientes, es imposible reconstruir su voluntad, es decir, que la ley en este caso tampoco reporta ninguna ventaja a este conjunto de personas³⁹.

principios de la Convención.” En sentido similar se habían pronunciado las SSTS 19 febrero 2020 (RJ 2020, 392) y 15 junio 2018 (RJ 2018, 2449)”.

36 STS 16 mayo 2017 (RJ 2017,2207).

37 ALVENTOSA DEL RIO, J.: “El nuevo régimen legal de la curatela”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, coord. P. CHAPARRO MATAMOROS Y A. BUENO BIOT), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 201.

38 STS 19 febrero 2020 (RJ 2020,392).

39 VELARDE D'AMIL, Y.: “Consideraciones críticas sobre la Ley 8/2021, de 2 de Junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Anuario de mediación y resolución de conflictos*, 2022, pp. 31-54.

Por lo tanto, se atenderá a la curatela representativa cuando, de no poderse conocer la voluntad de la persona discapacitada, no pueda complementarse, siendo, por esa razón, necesario llevar a cabo una actuación sustitutiva.

Sin embargo, resultará necesario constituir una curatela con facultades representativas, cuando la persona pueda expresar su voluntad, pero la misma no puede formarse libremente por sufrir una enfermedad que anule gravemente su facultad de discernimiento, y sea necesario acudir a ella para preservar su salud o patrimonio⁴⁰.

V. CONCLUSIÓN.

Para finalizar, tras exponer la nueva terminología jurídica introducida por la nueva Ley 8/2021, encontramos que, antes y después de la citada ley, las personas con discapacidad siguen necesitando complementar o sustituir su voluntad a la hora de realizar ciertos actos jurídicos, es decir, en comparación con nuestro anterior sistema, no existe un cambio en este sentido. Sin embargo, con la entrada en vigor de la nueva ley hemos entrado en una fase de confusión terminológica y, quien nos deberá guiar en este sentido serán, los propios tribunales y sobretodo, tienen que restablecer el principio de la prestación por invalidez, que en mi opinión no debería desaparecer. Además, la nueva ley nos despoja del sistema de tutela que, a mi parecer, debería reservarse para quienes tienen grandes dependencias y, de ese modo, no haber llevado a cabo la creación de la figura de la curatela representativa que, a mi modo de ver, no es más que una duplicidad de la tutela⁴¹. De la misma manera, si el legislador se hubiera molestado en revisar nuestro Derecho Civil histórico, se habría percatado de que peores connotaciones sociales podría tener (si es que las tiene) la curatela que la tutela, dado que siempre se ha apreciado sencillamente como una institución de protección y de complemento de capacidad para el que necesita ser protegido.

En definitiva, deberán ser los Tribunales (una vez más) quienes encuentren una posición intermedia entre un sistema en el que, la voluntad de las personas con discapacidades apenas era tenida en cuenta, a otro en el que sus voluntades y preferencias se imponen a toda costa.

40 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Principios", cit., p. 91. Expone que, "de no hacerlo así, invocando el llamado "derecho a equivocarse" de la persona con discapacidad es desconocer la circunstancia de que, se quiera, o no, hay enfermedades, que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes padecen, cometiendo -en palabras del TS- una "crueldad social", contraria al principio constitucional de la persona".

41 Sin embargo, no nos encontramos con una "tutela" que le ha sido cambiado el nombre únicamente, sino que, se deberá ejercitar esa representación de la persona con grandes dependencias "teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como, los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en el caso de no requerir de representación" (art. 249. III. C.C.). Tal afirmación es compartida por el autor, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: "La curatela: ¿una nueva institución?", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA y M^a. M. HERAS HERNÁNDEZ, coord. M^a. NUÑEZ NUÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 230.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILAR RUIZ, L.: "Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 44, 2017, pp. 359-369.

ALCUBILLA, M.: *Código civil de España*, Madrid, 1890, p. 109.

ALVENTOSA DEL RIO, J.: "El nuevo régimen legal de la curatela", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, coord. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 145-226.

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos Polémicos de la Ley 8/2021 de Medidas de Apoyo a las Personas con Discapacidad", *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 534-573.

BARBA, V.: "El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, coord. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-52.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002). Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 118, 2022, pp. 315-326.

CARRASCO PERERA, A.: "Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978/2021.

CARRASCO PERERA, A.: "DISCAPACIDAD PERSONAL Y ESTABILIDAD CONTRACTUAL. A PROPÓSITO DEL ANTEPROYECTO DE LEY PRESENTADO POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA PARA LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD", *CENTRO DE ESTUDIOS DE CONSUMO*, (12-octubre-2018), pp. 1-5.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: "La curatela: ¿una nueva institución?", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA y M^a HERAS HERNANDEZ, coord. M^a. NUÑEZ NUÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 230.

CORVO LÓPEZ, F.M.: “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 8/2021, pp. 1 y ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *IDIBE*, septiembre 30, 21. Véase en: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de la discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, coord. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 55-106.

GARCIA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, tomos I-II, p. 186.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 82-109.

GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M.: “Cuestiones sobre tutela”, *R.G.D.*, Tomo II, 1955, pp. 855 y ss.

GONZÁLEZ CERVERA, M.I., MALDONADO RAMOS, I. y XIOL RÍOS, J.A.: “Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona” [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2008-2009]. *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Enero 2009. BIB 2009\4216.

GUTIÉRREZ CALLES, J. L.: *Antecedentes legislativos del Código Civil Español*, Dykinson, 2005.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El Código civil y sus reformas*, Madrid, 1984, p. 201.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-270.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, L.: "Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro", *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 169, 2014, pp. 111-130.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, tomo II, Madrid, 1925, p. 199.

MORENO-LUQUE CASARIEGO, C.: *¿Tutela de familia o tutela de autoridad?*, La Ley, 1985, pp. .298 y ss.

NIETO PAVÍA, R.: "El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", 18 *International Law; Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 18, enero-junio 2011, pp. 155-190.

RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: "La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad", *IDIBE*, Tribuna -mayo 8, 2019. Ver en: <https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/>.

RIBOT IGUALADA, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento". En AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 215-252.

RODRÍGUEZ CACHÓN, T.: "5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006", *ADC*, tomo LXXIII, octubre 2020, fasc. IV, Sentencias, pp. 1829-1830.

RUBIO TORRANO, E.: "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.9/2009.

TORRES COSTAS, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 293, 304 y 305.

VELARDE D'AMIL, Y.: "Consideraciones críticas sobre la Ley 8/2021, de 2 de Junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Anuario de mediación y resolución de conflictos*, 2022, pp. 31-54.