

# REVISTA DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

Número 20 y 21 , Época II, 2022

Número monográfico dedicado a 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”.

ISSN: 2340-4647





# LA SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES EN SEDE DE DISCAPACIDAD

Vanessa García Herrera  
*Prof. Titular de Universidad I URJC*

Fecha de recepción: 26 de julio de 2022

Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2022

**RESUMEN:** El nuevo sistema de apoyos establecido en sede de discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio, supone el tránsito del antiguo sistema de tutela de autoridad a un modelo (modelo social) en el que se otorga prioridad absoluta a la voluntad de la persona. La supresión de la sustitución en la toma de decisiones, cuya finalidad última es lograr una desjudicialización de la discapacidad, es incoherente con la regulación de la curatela con facultades de representación y con la configuración de los poderes preventivos como medida de apoyo prioritaria.

**ABSTRACT:** The new support system established in the disability center by Law 8/2021, of June 2, supposes the transition from the old authority guardianship system to a model (social model) in which absolute priority is given to the will of person. The suppression of substitution in decision-making, whose ultimate purpose is to achieve a de-judicialization of disability, is inconsistent with the regulation of guardianship with powers of representation and with the configuration of preventive powers as a priority support measure.

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad, respeto a la voluntad de la persona, medidas de apoyo, tutela y curatela.

**KEYWORDS:** Disability, respect for the will of the person, support measures, guardianship and curate it.

**SUMARIO:** 1. La supresión de la tutela como institución de protección y guarda. 2. El respeto a la voluntad de la persona como principio rector del nuevo sistema de apoyos. El tránsito del sistema de tutela de autoridad al modelo social. 3. La supresión de la sustitución en la toma de decisiones. Incoherencias. 4. El mejor interés de la persona con discapacidad, ¿criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo? 5. Reflexiones finales.

## 1. LA SUPRESIÓN DE LA TUTELA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN Y GUARDA.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), ha limitado la tutela, entendida como institución orientada a la protección y guarda de las personas vulnerables y caracterizada por la sustitución en la toma de decisiones, a la minoría de edad, estableciéndola para aquellos menores no emancipados que no estén sujetos a patria potestad (tutela ordinaria)<sup>1</sup> o que se hallen en situación de desamparo<sup>2</sup> declarado en virtud de resolución administrativa *ex* artículo 172 Cc (art. 199 Cc) (tutela administrativa o automática)<sup>3</sup>. La tutela sustituye en este ámbito a la patria potestad; se asimila a ella desde un punto de vista funcional, comprendiendo la guarda de la persona y/o de los bienes del menor y atribuyendo al tutor funciones representativas. El tutor es el representante del menor en sus esferas personal y patrimonial, sin más excepciones que aquellos actos que aquel pueda realizar por sí solo y aquellos para los que solo precise de asistencia, ayuda o apoyo, es decir, de un complemento de capacidad (art. 225 Cc). Sin embargo, a diferencia de la patria potestad, la tutela está sujeta a un férreo control judicial, configurándose como una tutela de autoridad presidida por el mejor interés del menor (art. 200 Cc)<sup>4</sup>.

Ha quedado suprimida, por lo tanto, del otro ámbito en el que tradicionalmente se venía desarrollando, que es el de la discapacidad; la tutela no encuentra cabida en el nuevo sistema de apoyos previsto porque choca frontalmente con el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, base del modelo social ahora imperante. Pero ¿la supresión de la tutela, en cuanto medida de protección y guarda de las personas con discapacidad, ha logrado el objetivo perseguido, es decir, ha llevado consigo la supresión de la sustitución en la toma de decisiones?

---

<sup>1</sup> La no sujeción de un menor a la patria potestad puede ser un estado originario (así ocurre en los casos de desconocimiento de la filiación) o sobrevenido (así sucede en los supuestos de muerte, declaración de fallecimiento, ausencia o imposibilidad de los padres, y de privación o extinción de la patria potestad *ex* art. 111 Cc).

<sup>2</sup> En caso de desamparo la tutela se asume ministerio legis por la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores, sin que proceda un acto de constitución judicial. Por ello se habla en tal supuesto de tutela automática.

<sup>3</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M., Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 391 a 393.

<sup>4</sup> La autoridad judicial desempeña un papel protagonista en la constitución de la tutela, en el desarrollo de sus funciones, y en su extinción (*vide* arts. 208, 210, 211, 212, 213, 215, 218.3, 219, 223, 232, 282.1 y 284 Cc); fiscaliza la tutela merced a una actuación directa en su constitución y en el nombramiento del tutor, y merced a una actuación indirecta en su ejercicio.

## **2. EL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO RECTOR DEL NUEVO SISTEMA DE APOYOS. EL TRÁNSITO DEL SISTEMA DE TUTELA DE AUTORIDAD AL MODELO SOCIAL.**

De acuerdo con la concepción clásica de la personalidad jurídica, ésta se desdobra en dos capacidades: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La capacidad jurídica, entendida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo; es una cualidad inherente, originaria e innata y, en consecuencia, es idéntica en todas las personas, desde que nacen (arts. 29 y 30 Cc) hasta que mueren (art. 32 Cc). Por su parte, la capacidad de obrar, en tanto aptitud para ejercitar los derechos y las obligaciones de que el sujeto sea titular (en virtud de su capacidad jurídica), corresponde a éste desde el momento en que alcanza la mayoría de edad (18 años *ex* arts. 240 Cc y 12 CE) o, si bien en tal caso limitada, desde su emancipación (arts. 246, 247 y 248 Cc), y, al ser una cualidad que se halla en directa relación y dependencia con respecto al estado civil, varía o puede variar de un sujeto a otro.

Con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD)<sup>5</sup> se suprime, según opinión doctrinal generalizada, esa tradicional dicotomía de aptitudes reconocida en el ámbito de la personalidad jurídica, y se configura ésta como una única aptitud, al considerar la capacidad de obrar como manifestación o ejercicio de la capacidad jurídica; capacidad jurídica y capacidad de obrar pasan a "fundirse" en un todo inseparable y, al ser la capacidad (que es el resultado de esa unión) una cualidad inherente a la persona, no admite alteración o modificación alguna, y mucho menos su supresión. La capacidad jurídica comprende, no solo la titularidad de los derechos y las obligaciones, sino también la aptitud para ejercitarlos, aun cuando para ello se precise de "ayuda" (apoyo); dicho en pocas palabras, la capacidad jurídica ha absorbido la capacidad de obrar.

Personalmente difiero de esta concepción. El artículo 12 CDPD<sup>6</sup>, tras consagrar el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica,

---

<sup>5</sup> La CDPD fue firmada por España el 30 de marzo del año 2007 y ratificada por Instrumento de Ratificación de la Jefatura del Estado publicado en el BOE el 21 de abril de 2008. La CDPD entró en vigor el 3 de mayo de 2008, fecha a partir de la cual forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico ex artículo 96.1 CE.

<sup>6</sup> El artículo 12 CDPD reza literalmente como sigue (las negritas son mías):

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

hace referencia, como cualidades propias de esta personalidad, a la “capacidad jurídica” y al “ejercicio de la capacidad jurídica”, que en rigor es la capacidad de obrar (recordemos que la capacidad de obrar se define precisamente como la aptitud para ejercer los derechos y obligaciones de que se sea titular), de suerte que no veo esa pretendida fusión de aptitudes en una sola. Y precisamente porque no se ha suprimido tal dualidad se reglamenta el sistema de apoyos, porque ¿para qué se establecería un sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica si toda persona la tiene reconocida? El sistema de apoyos encuentra su razón de ser en la innegable realidad de que hay personas que padecen limitaciones (mayores o menores) en el ejercicio de su capacidad jurídica, es decir, en su capacidad de obrar, limitaciones que sólo son superables merced a la provisión del apoyo adecuado y proporcionado. Pues este es, en mi humilde opinión, el sentido en el que tanto la CDPD como la Ley 8/2021, hablan de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Con la Ley 8/2021, que ha supuesto un paso decisivo en la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la CDPD, la capacidad ha dejado de ser considerada como un estado civil (junto con el de la edad, el de la nacionalidad, el de la vecindad civil y el del matrimonio). Consecuencia de lo anterior es que, al igual que la capacidad jurídica, la de obrar (que es la manifestación o el ejercicio de la capacidad jurídica) corresponde por igual, idéntica, a todas las personas, con independencia de que en su ejercicio se precise de apoyos más o menos intensos. Las personas con discapacidad son sujetos de derechos y de obligaciones, con capacidad (jurídica y de obrar) en condiciones idénticas a los demás; en definitiva, pueden crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas, aun cuando para ello precisen de algún apoyo. Y en coherencia con lo anterior se suprimen la incapacitación, el procedimiento judicial orientado a su constitución (procedimiento judicial de modificación de la capacidad) y la tutela. El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona se erige en principio rector de la nueva regulación, y la incapacitación y la tutela chocan

---

4. Los Estados Partes procurarán que 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. Estas 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.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y a heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

frontalmente con el mismo, en cuanto implican una sustitución en la toma de las decisiones que puedan afectar a la persona con discapacidad.

Hemos pasado de un sistema de tutela de autoridad, en el que jugaba un papel trascendental y decisivo la autoridad judicial, que era la encargada de su constitución, de determinar y definir el desarrollo de sus funciones y de acordar su extinción, a un sistema o modelo social, en el que se otorga prioridad al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, que es, como regla general, la encargada y facultada para tomar sus propias decisiones (*vide* art. 12 CDPD). En este nuevo modelo se mantiene la intervención de la autoridad judicial, si bien limitada al establecimiento de la medida de apoyo más adecuada y proporcionada a las circunstancias concretas de la persona con discapacidad; además, esta intervención procede sólo en defecto de medidas de apoyo voluntariamente establecidas por parte de la persona interesada o ante la insuficiencia de las mismas<sup>7</sup>. El fin último de este cambio de modelo es lograr una desjudicialización de la discapacidad, por considerarse que la intervención judicial choca con el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. De este modo se incorporan los dos pilares esenciales en esta materia: por un lado, la consideración de la persona con discapacidad como sujeto con personalidad en igualdad de condiciones con las demás, y por otro, el establecimiento, si así se precisa, de apoyos puntuales que le permitan ejercitar su capacidad sin sustituir o suplir su voluntad. En otras palabras, ya no se considera a estas personas como meros sujetos de tratamiento y de protección social (modelo médico o rehabilitador, imperante hasta la CDPD), sino como sujetos titulares de derechos (modelo social, imperante desde la CDPD)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Las personas podemos elegir si acudir o no a la autorregulación, pero no podemos rechazar la heterorregulación si nos hallamos en necesidad de apoyo en el ejercicio de nuestra capacidad jurídica. Podemos oponernos a la heterorregulación, pero nuestra oposición tendrá entonces el valor que tiene la oposición a la demanda de iniciación del procedimiento de provisión de apoyos, si bien no cabe duda de que, en cumplimiento de los artículos 49 CE y 249 Cc, si realmente concurre en el sujeto una necesidad de apoyo, se constituirá judicialmente con el alcance ajustado a sus particulares circunstancias y necesidades. Vide DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Madrid, Reus, 2019, pp. 41 y 42.

<sup>8</sup> La discapacidad no es contemplada ya como el resultado de las limitaciones individuales del sujeto afectado por ella, sino como una cuestión de derechos humanos, poniéndose el acento en los factores sociales que la originan. En efecto, la CDPD establece (PREÁMBULO) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás». Y, en coherencia con ello, ofrece una definición de la discapacidad que aúna los dos conceptos referidos, la diversidad funcional del sujeto y las limitaciones o barreras sociales, en los siguientes términos: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Se ha suprimido la figura de la incapacitación, en cuanto mecanismo orientado a la sustitución de la capacidad de obrar de la persona, que en cuanto tal colisionaba con el modelo social y con el principio de no discriminación adoptados por la CDPD. Nuestra legislación civil, tanto sustantiva como procesal, ha asumido, como no podía ser de otro modo, la consideración de las personas con discapacidad como sujetos activos titulares de derechos y de obligaciones, y ha suprimido coherentemente su consideración como sujetos pasivos necesitados de protección y de tutela. Toda persona con discapacidad tiene garantizado su derecho a ejercer su capacidad jurídica, es decir, su capacidad de obrar, y sólo (carácter de excepción) en aquellos supuestos en los que esto no resulte posible, será provista del apoyo o de los apoyos precisos en atención a sus concretas necesidades y circunstancias.

Las medidas de apoyo deberán respetar, siempre que ello sea posible, la voluntad, deseos y preferencias de la persona, deberán ser proporcionales y adecuadas a sus concretas circunstancias y necesidades, deberán ser aplicadas en el plazo más breve posible y estar sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, y deberán ejercerse siempre en interés de la persona con discapacidad (ejercicio objetivo de las medidas de apoyo) y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (ejercicio subjetivo de las medidas de apoyo) (art. 12 CDPD).

El apoyo, que se eleva a pilar fundamental del nuevo sistema, se configura como un “traje a medida”<sup>9</sup>; dicho con otras palabras, debe establecerse tanto apoyo como sea preciso para que la persona con discapacidad pueda formar y manifestar su voluntad, deseos y preferencias.

Este nuevo sistema se inspira en el respeto a la dignidad humana, en la tutela de los derechos fundamentales y en respeto a la libre voluntad de las personas con discapacidad, exigencias todas ellas consagradas en el artículo 10 CE, así como en los principios de necesidad y de proporcionalidad de las medidas de apoyo que puedan establecerse.

El sistema de apoyos se articula en dos niveles<sup>10</sup>:

- El nivel de la autorregulación, integrado por medidas de apoyo voluntarias que el interesado puede adoptar en previsión de una posible discapacidad futura, o incluso

---

<sup>9</sup> La expresión “traje a medida” venía siendo usada por nuestros Tribunales en relación con la ya suprimida incapacitación; vide a este respecto, entre otras muchas, STS 282/2009, de 29 de abril.

<sup>10</sup> Sobre este particular PAU PEDRÓN, A., De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, p. 13, y GARCIA RUBIO, M.P., Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 29-60.

en presencia de ella. De acuerdo con el artículo 255 Cc “*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes*”. Del tenor literal de este precepto resulta que pueden otorgar medidas voluntarias de apoyo, no solo las personas sin discapacidad que prevean que en el futuro puedan necesitar apoyo (“*en previsión*”), sino también aquellas otras que ya están afectadas por una discapacidad (“*apreciación de la concurrencia*”), por supuesto con los apoyos y asesoramientos técnicos que precisen<sup>11</sup>. Entre dichas medidas se encuentran los poderes y mandatos preventivos, la autotutela, el contrato de alimentos, el patrimonio protegido (cuando se hubiera establecido por el propio beneficiario e incluya previsiones de administración para el supuesto de que llegue a necesitar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica) y cualesquiera otras medidas que el interesado desee establecer (arts. 249.1 y 258 Cc y 77 LRC)<sup>12</sup>.

- El nivel de la heterorregulación, compuesto por medidas legales o judiciales a establecer *ex post*, es decir, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de este nivel se incluyen la curatela y el defensor judicial.

Las medidas que integran los dos niveles referidos se califican como “medidas formales” arg. *ex art.* 250 Cc); las voluntarias deben establecerse en escritura pública, y las judiciales por resolución judicial.

En aquellas hipótesis en la que no haya constituida ninguna medida, voluntaria o legal o judicial, que se esté aplicando eficazmente, el artículo 250 Cc contempla otra medida, que califica como “informal”, la guarda de hecho. Y, si tampoco hubiera “medida informal” aplicable, se prestará a la persona apoyo provisional por parte de la Autoridad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función, que dará conocimiento de tal circunstancia al Ministerio Fiscal en el plazo de 24 horas (art. 253 Cc).

---

<sup>11</sup> GARCÍA HERRERA, V., Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato, en “El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio”, dir. por PEREÑA VICENTE, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.M., y coord. por NÚÑEZ NÚÑEZ, M., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 378.

<sup>12</sup> Como sostiene PEREÑA VICENTE, M. (El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, en Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política, dir. por MUNAR BERNAT, P.A., Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 202) se ha abierto paso a un genérico negocio jurídico de autoprotección o apoyo en el que, haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad, la persona puede diseñar el sistema que mejor se adapte a sus necesidades y circunstancias personales, patrimoniales, familiares y, en definitiva, a su voluntad.

Las medidas legales o judiciales son supletorias o complementarias de las medidas voluntarias, carácter éste que se traduce en los tres principios siguientes, consagrados en los artículos 249.1 y 255.5 Cc: principio de subsidiariedad de las medidas legales o judiciales con respecto a las medidas voluntarias; principio de prioridad de las medidas voluntarias con respecto a las medidas legales o judiciales; y principio de compatibilidad entre las medidas voluntarias y las medidas legales o judiciales. Las medidas propias del nivel de la heterorregulación solo entrarán en juego, por lo tanto, en defecto o por insuficiencia de las medidas voluntarias y a falta de guarda de hecho que suponga un apoyo bastante. De donde se infiere que la autoridad judicial podrá establecer medidas de apoyo complementarias a las voluntariamente establecidas cuando éstas sean insuficientes. En tal supuesto, las facultades propias de cada uno de los administradores del apoyo deberán quedar perfectamente definidas y delimitadas, en aras a evitar potenciales conflictos entre ellos; y si, a pesar de ello, surgieran conflictos entre dichos administradores del apoyo, sostiene GARCIA RUBIO, M.P.<sup>13</sup> que los mismos deberán resolverse otorgando prevalencia a las medidas voluntarias, por ser esta postura la que mejor se sustenta con los principios generales del sistema. En cualquier caso, debe advertirse que esta coexistencia de medidas de apoyo de diversa índole (voluntarias y legales o judiciales) no siempre es posible, puesto que pueden darse casos en los que la insuficiencia de la medida voluntariamente establecida motive la adopción judicial de una medida de apoyo que implique una representación plena (arg. ex art. 1732.5 Cc).

Toda medida de apoyo debe estar informada por los principios de respeto a la dignidad de la persona, de necesidad, de subsidiariedad o mínima intervención, de proporcionalidad o flexibilidad de la medida, de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, de fomento de sus habilidades y de previsibilidad de la medida constituida. La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardias que estime oportunas a fin de asegurar que su ejercicio se ajuste a tales criterios (art. 249 Cc), y, en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Con este nuevo sistema se quiere que sea la propia persona la que configure la medida de apoyo que estime más adecuada para sí misma, con el alcance y contenido que considere, pudiendo concretar tanto cuestiones de carácter personal (por ejemplo, indicación de la persona o de las personas que, llegado el momento, serán las encargadas de ejercer el apoyo previsto, o determinación de cuestiones relacionadas con su domicilio, como dónde vivir o con quién vivir, con su salud o con su correspondencia), como temas de contenido patrimonial (por ejemplo, organización y gestión de su economía, disposición de bienes o

---

<sup>13</sup> Ob. cit., pp. 54 y 55.

celebración de contratos). Además, se le permite establecer el régimen de actuación y el alcance de las facultades del administrador del apoyo, así como la forma en la que éste deberá ejercerlo, las medidas y órganos de control que estime oportunos, las salvaguardias que crea necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas, y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo establecidas. Todo ello con el objetivo de garantizar que el apoyo se llevará a cabo con absoluto respeto de su voluntad, deseos y preferencias (art. 255.1 Cc). En síntesis, el apoyo tiene como causa y fin, cualquiera que sea su modalidad, permitir el desarrollo pleno de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad (art. 249.1 Cc).

Se eleva la voluntad de la persona a criterio rector y superior con el claro propósito de lograr una desjudicialización de la discapacidad. La intervención judicial queda limitada en el nuevo sistema o modelo social a la curatela. No se prevé en cambio fiscalización o control alguno en el ámbito de la autorregulación, cuyo establecimiento y concreción queda al arbitrio del propio interesado; en efecto, en este nivel, el único control judicial previsto se establece con respecto a los poderes preventivos generales en los que el poderdante no hubiera manifestado su voluntad contraria a que el apoderado quede sujeto a las reglas aplicables a la curatela (art. 259 Cc), exigiéndose entonces la autorización judicial para la ejecución, por parte del apoderado, de los actos de extraordinaria administración y disposición mencionados en el artículo 287 Cc.

La persona, en la previsión de la medida de apoyo que considere oportuna para sí misma, no viene obligada a establecer control judicial alguno; no existe exigencia legal a este respecto. Mas debe advertirse que la ausencia de fiscalización de seguro redundará en perjuicio de la propia persona, puesto que podrá ser fuente de situaciones de abuso por parte del administrador del apoyo. Tal y como he defendido en otro estudio sobre esta cuestión<sup>14</sup>, no estaría de más que, precisamente en garantía y defensa de la voluntad de la persona con discapacidad, se establecieran controles judiciales en el comienzo de la eficacia de las medias voluntarias y durante su vigencia. El control *ab initio* permitiría a la autoridad judicial conocer la propia existencia de una situación de apoyo y, por lo tanto, de una persona que lo precisa, así como valorar la idoneidad de la persona designada en la medida como administrador del apoyo. Y el control judicial durante la vigencia de la medida posibilitaría fiscalizar la actuación del administrador del apoyo, evitando que se den situaciones de abuso, y controlar la ejecución o realización de actos de trascendencia

---

<sup>14</sup> GARCÍA HERRERA, V., El papel de la voluntad de la persona con discapacidad en el nuevo sistema de apoyos, estudio pendiente de publicación en la obra colectiva “Libro Homenaje al Profesor Carlos Lasarte”, última página.

personal y patrimonial, como puede ser, por ejemplo, la venta de la residencia habitual de la persona con discapacidad.

### **3. LA SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES. INCOHERENCIAS.**

Llegados a este punto vuelvo a plantear el interrogante inicial: ¿Se ha producido una verdadera supresión legal de la sustitución en la toma de decisiones en sede de discapacidad?, es decir, ¿la supresión de la tutela ha supuesto la desaparición de la posibilidad de suplir la voluntad de la persona con discapacidad? El objetivo es averiguar si ha desaparecido la tutela sólo como concepto, o en general como institución en cuanto figura sustitutiva de la voluntad de la persona.

Aun cuando se van a dedicar las siguientes líneas a la argumentación de mi postura a este respecto, quiero comenzar esta explicación con una afirmación rotunda e innegable: existen supuestos en los que es, no solo aconsejable, sino preciso, suplir a la persona en la toma de decisiones que puedan afectarle.

Como ya ha quedado expuesto, entre las medidas de apoyo formales integrantes del nivel de la heterorregulación, se encuentra la curatela, que es, en rigor, la institución cuya regulación ocupa mayor atención en el nuevo sistema, lo cual resulta cuanto menos curioso si tenemos en cuenta que el acento quiere ponerse en la voluntad de la persona. En efecto, resulta paradójico que se dediquen escasos 7 artículos a la regulación de los poderes preventivos (escasos y parcos en contenido), que constituyen una clara manifestación de la primacía de la voluntad de las personas con discapacidad y que en consecuencia están llamados a convertirse en una de las medidas esenciales del nuevo sistema (arts. 256 a 262 Cc; Sección 2ª, Capítulo II, Título XI, Libro I Cc), y en cambio se dediquen 27 artículos (arts. 268 a 294 Cc; Capítulo IV, Título XI, Libro I Cc) a la regulación de la curatela, institución ésta supletoria y complementaria de las medidas de apoyo voluntarias basadas en la voluntad de la persona. No tiene ningún sentido regular con mayor detenimiento y detalle aquello que supuestamente es supletorio y subsidiario (la curatela) respecto de lo principal (las medidas voluntarias). Ello es revelador, por supuesto, de que realmente la figura central del nuevo sistema es la curatela<sup>15</sup>.

La curatela entra en juego cuando la persona precisa de apoyo de manera continuada en el tiempo, siendo la resolución judicial que acuerde su constitución o establecimiento la que

---

<sup>15</sup> GARCÍA HERRERA, V., Los poderes preventivos...cit., pp. 345 y 346.

determine su extensión y el alcance de las funciones del curador, atendiendo como no podía ser de otro modo a las circunstancias y a las necesidades concretas de aquella persona.

Si bien las funciones del curador son de carácter o naturaleza fundamentalmente asistencial, en coherencia con el significado propio del término (curatela=cuidado), pueden serle encomendadas judicialmente labores representativas, si se estima necesario y oportuno, en cuyo caso la resolución judicial deberá delimitar y determinar con rigurosa exactitud aquellos actos respecto de los cuales el curador deberá "asistir" (prestar apoyo) a la persona sujeta al apoyo, y aquellos otros en los que deberá actuar en su "representación" (curatela con facultades de representación). Por lo tanto, dentro de la curatela cabe una variedad de posibilidades: desde aquellos supuestos en los que el sujeto conserva sus facultades decisorias y únicamente necesita asistencia (por ejemplo, para comunicarse, para relacionarse o para moverse), hasta aquellos otros en los que, por el contrario, no conserva las referidas facultades decisorias y precisa de un apoyo más intenso, en los que procederá una curatela con facultades de representación.

¿Existe alguna diferencia entre la antigua tutela, que ya en los últimos años estaba reservada para los casos más extremos<sup>16</sup>, y la curatela con facultades de representación? El antiguo artículo 271 Cc, precepto que consagraba la necesidad de autorización judicial para la realización, por parte del tutor, de ciertos actos de extraordinaria administración y disposición, se ha mantenido tras la reforma en su práctica redacción literal, ahora referido al curador con facultades de representación y con la numeración 287. Y esto acentúa mis dudas a este respecto.

La propia admisibilidad y regulación de la curatela con facultades de representación por la Ley 8/2021 implica una contradicción con su propio propósito u objetivo que, de acuerdo con su Exposición de Motivos (III, párrafo 3º), se concreta en lo siguiente: «no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de

---

<sup>16</sup> La tutela estaba reservada para los supuestos de incapacidad total, es decir, procedía cuando el incapacitado no podía tomar decisiones en asuntos de su incumbencia, ni por sí mismo ni con el apoyo de otras personas. Por su parte, la curatela era el sistema de apoyo pensado para los casos de incapacitación parcial; el curador complementaba al incapacitado, no sustituyéndolo, sino prestándole asistencia. Vide, por todas, SSTTS 15 de junio de 2018 (rec. 2122/2017), 16 de mayo de 2017 (rec. 2759/2016) y de 27 de noviembre de 2014 (rec. 1670/293).

derechos humanos». Como acertadamente sostiene COCH ROURA, N.<sup>17</sup> (si bien en relación con el artículo 223-4, 3 CCCat, que es el equivalente al actual artículo 287 Cc), la admisibilidad y regulación de la curatela con facultades de representación no es respetuosa con los principios de mínima intervención, de proporcionalidad y de carácter restrictivo de las medidas de protección propugnadas por la Convención. Además, resulta incoherente con el postulado básico en esta materia, que es precisamente la supresión de la sustitución en la toma de decisiones que puedan afectar a la persona con discapacidad.

No obstante la citada incoherencia, lo cierto es que la admisibilidad y regulación de esta medida de apoyo, vamos a llamarla “intensa”, era algo necesario. No siempre será posible respetar en el ejercicio del apoyo la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Puede ocurrir que esta persona nunca haya podido tener tal voluntad, deseos y preferencias; puede ocurrir que los haya tenido en el pasado, pero que ahora no los tenga; e incluso puede ocurrir que los haya tenido en el pasado y los tenga en el presente, pero que estén manipulados. Por ello, reitero, la contemplación de esta medida no solo era oportuna, sino que era del todo necesaria, si quiera sea como excepción a la regla general de la preferencia de la voluntad, cuando no sea posible conocer ésta<sup>18</sup>.

En contra de esta postura se han alzado muchas voces, entre otros CUENCA GÓMEZ, P.<sup>19</sup>, quien niega que en los supuestos mencionados nos encontremos ante un sistema de sustitución de la voluntad, considerando que rigen los valores propios del sistema de apoyos, de manera que el apoyo no se presta en razón de la discapacidad, sino conforme a una situación determinada.

Pero la negación de la representación no sólo es incoherente con la contemplación normativa de la curatela con facultades de representación, sino también con la configuración de los poderes preventivos como la medida de apoyo prioritaria, ya que esta medida, por su propia naturaleza, implica una representación. Tal y como con acierto sostiene PEREÑA VICENTE, M.<sup>20</sup>, “es una paradoja renegar de la institución de la

---

<sup>17</sup> La curatela en vista de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la “cura furiosi”, La Notaría, nº 1, 2018, p. 77.

<sup>18</sup> En este mismo sentido vide VALLS XUFRÉ, J.M., La abolición de la incapacitación. El Notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España, texto basado en el trabajo presentado en el 29º Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Yakarta del 27 al 30 de noviembre de 2019, Le Febvre, Tribuna, 9 de noviembre de 2020, p. 6. <https://el.derecho.com/Josep-maria-valls-xufre>.

<sup>19</sup> La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento Jurídico español, Derechos y Libertades, nº 24, 2011, p. 224

<sup>20</sup> El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil, en “Principios y Preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política”, Marcial Pons, Madrid, 2021.

representación hasta el punto de querer hacer de ella una posibilidad tan excepcional que la convierta en residual, marginal, y, sin embargo, convertir los poderes preventivos en la medida prioritaria del nuevo sistema cuando, tal y como son configurados, siempre implican representación, y no asistencia o complemento de capacidad”.

En mi modesta opinión, y abstracción hecha ya de la reiterada incoherencia que implica la admisibilidad y regulación de la curatela con facultades de representación con los principios básicos y fundamentales del nuevo sistema (principios de mínima intervención, de proporcionalidad y de carácter restrictivo de las medidas de apoyo) y con el postulado básico en esta sede, que es la supresión de la voluntad en la toma de decisiones que puedan afectar a la persona con discapacidad, dicha admisibilidad y reglamentación supone la pervivencia, en sede de discapacidad, si se quiere no de la tutela en sí, pero sí, al menos, de lo que esta institución implicaba. En ocasiones, no me cansaré de reiterar, la sustitución de la voluntad en la toma de decisiones es necesaria y, en consecuencia, precisa de una regulación eficaz, siquiera sea como excepción al sistema de preferencia de la voluntad de la persona cuando no sea posible conocerla.

Y en esos casos en los que no sea posible conocer la voluntad de la persona, ¿en base a qué criterio o criterios actuará el administrador del apoyo?

#### **4. EL MEJOR INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, ¿CRITERIO A TENER EN CUENTA EN EL EJERCICIO DEL APOYO?**

De conformidad con la opinión mayoritariamente defendida<sup>21</sup>, la nueva regulación eleva la voluntad de la persona a criterio rector, superior y prevalente sobre su mejor interés, lo cual implica la supresión de este último en cuanto criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo. Esta afirmación se basa en los artículos 249 y 250 Cc y 12.4 CDPD. Sin embargo, en mi modesta opinión ni la Convención ni el Código civil suprimen el mejor interés de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo. Efectivamente se otorga prioridad a la voluntad de la persona, pero ello no implica necesariamente y de por sí la exclusión del referido interés.

El artículo 12.4 CDPD dispone que los Estados Partes se asegurarán de que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen las salvaguardias precisas que aseguren, entre otras cosas, que dichas medidas respetan la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

---

<sup>21</sup> Por todos, GARCÍA RUBIO, M.P., Ob. cit., pp. 32, 33 y 53.

Por otro lado, los artículos 249 y 250 Cc establecen que el administrador del apoyo deberá actuar atendiendo y respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona o, si no fuera posible determinar dicha voluntad pese a haberse hecho un esfuerzo razonable, atendiendo a su trayectoria vital, creencias y valores. Pues bien, de acuerdo con los citados preceptos, el administrador del apoyo, cualquiera que sea la medida de apoyo establecida, deberá ejercitarlo y asistir a la persona con discapacidad en todos los ámbitos en que ésta precise de apoyo atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, no solo a los manifestados *ex ante* (si es que la persona no puede formar y manifestar su voluntad en el momento del ejercicio del acto en cuestión), sino también a los que pueda formar y manifestar en el preciso instante de la realización del acto concreto, por sí solo o con el apoyo preciso. Además, el administrador del apoyo deberá actuar y asistir a la persona procurando que ésta pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola con su comprensión y razonamiento, facilitando que pueda expresar sus preferencias y fomentando que pueda ejercer en el futuro su capacidad jurídica con menos apoyo.

Si la persona no hubiera manifestado su voluntad *ex ante* y no pudiera formarla y exteriorizarla en el momento concreto de la realización del acto para el cual precisa de apoyo, ni por sí misma ni con apoyo, es decir, cuando a pesar de haber hecho un esfuerzo razonable no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas, que deberán desarrollarse teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores, y los factores que ella hubiera tomado en consideración. En síntesis, se trata de que el administrador del apoyo adopte la decisión que hubiera adoptado la persona con discapacidad si no hubiera necesitado de representación al efecto, es decir, se trata de que aquel adopte una decisión presunta que, en palabras de CÁNIMAS BRUGUÉ, J.<sup>22</sup>, es una decisión reconstituida objetivamente por tercero en base a la información de que se disponga sobre la vida, valores, opiniones, preferencias, juicios sobre situaciones pasadas expresados con carácter previo a la situación de necesidad de apoyo, etc., de la persona con discapacidad.

Como puede apreciarse, en ninguno de los preceptos en los que se basa la exclusión del mejor interés de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo, se menciona o da lugar a pensar en dicha exclusión o supresión. Y no se lleva a cabo tal supresión precisamente porque pueden darse casos en los que la persona no sólo no sea capaz de formar y de manifestar su voluntad, deseos y preferencias al tiempo de ejecución del acto en cuestión, sino que además nunca haya sido capaz de formarla y de

---

<sup>22</sup> Decidir por otro a veces es necesario, en La incapacitación. Reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas, n° 39, 2016, pp. 18 y 19.

manifestarla, de manera que, no pudiendo el administrador del apoyo adoptar una decisión basada en la voluntad de la persona, ni siquiera una decisión presunta, aquél solo podrá actuar en base a su mejor interés<sup>23</sup>.

La supresión del mejor interés de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta, si quiera sea con carácter excepcional, en aquellos casos en los que no sea posible conocer la voluntad de la persona o presumirla, daría lugar a un efecto contrario al pretendido, generando una desprotección de esas personas que no pueden formar y manifestar su voluntad ahora, y que nunca pudieron hacerlo. Ello, reitero, choca con el objetivo de la Convención, que como todos ya sabemos es el de proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y promover el respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad (art. 1 CDPD). Pero es que además, también chocaría con dicho objetivo de protección mencionado el obligar al administrador del apoyo a atender en todo caso y a pesar de todo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, incluso en aquellos supuestos en los que dicha voluntad, deseos y preferencias puedan ser contraproducentes para ella o contradictorios con otras manifestaciones de voluntad que haya podido realizar en otro momento; puede suceder, incluso, que dicha voluntad esté contaminada o suplantada por terceros que persigan fines ilegítimos (voluntad manipulada), o que no coincida (la voluntad manifestada) con la real por mediar algún tipo de presión (voluntad secuestrada)<sup>24</sup>.

## 5. REFLEXIONES FINALES.

La tutela ha quedado limitada, en cuanto institución de protección y guarda, a los menores de edad no emancipados que no estén sujetos a la patria potestad o que se encuentren en situación de desamparo. No tiene cabida, en cambio, en el nuevo sistema de apoyos, en el que ocupa un papel protagonista la voluntad de la persona. La propia persona puede establecer la medida (autorregulación) que estime más idónea en previsión de una futura necesidad de apoyo, o incluso en presencia de ella (con el apoyo y asistencia que precise al efecto), y sólo en defecto de esta previsión o ante su insuficiencia, procederá la intervención de la autoridad judicial (heterorregulación). El objetivo es desjudicializar la

---

<sup>23</sup> En este mismo sentido CUADRADO PÉREZ, C., (Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 777, 2020, pp. 43 y 44), DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., (Ob. cit., p. 40) y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N., (El libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, Tesis doctoral dirigida por María José Cazorla González, Almería, 2020, p. 141.

<sup>24</sup> GARCÍA HERRERA, V., *Los poderes preventivos...*cit., pp. 358 y ss.

discapacidad, por entender que la intervención judicial en esta sede choca con ese principio rector de respeto a la voluntad de la persona. La tutela, caracterizada por implicar una sustitución en la toma de decisiones (tutela de autoridad), choca con la exaltación de la voluntad, y por ello no se contempla entre las medidas propias del nivel de la heterorregulación. El administrador del apoyo, cualquiera que sea el tipo de medida establecida, debe actuar respetando en todo caso la voluntad de la persona y, si ello no fuera posible pese a haber hecho un esfuerzo razonable, deberá actuar atendiendo a su trayectoria vital, creencias y valores.

Pero la supresión de la sustitución en la toma de decisiones presenta ciertas incoherencias:

- Se suprime la tutela, precisamente caracterizada por implicar tal sustitución, y en cambio se admite y regula la curatela con facultades de representación (que es el apoyo más intenso que puede establecerse en virtud de resolución judicial), que también supone tal sustitución. No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto, la reglamentación de esta medida de apoyo era del todo necesaria, habida cuenta de la posibilidad de supuestos en los que la persona, no sólo no pueda formar y manifestar su voluntad al tiempo del ejercicio del apoyo, sino que nunca pudo hacerlo, de suerte que el administrador del apoyo no podría adoptar una decisión basada en la voluntad de la persona.
- La supresión de la sustitución en la toma de decisiones es incoherente con la configuración de los poderes preventivos como medida de apoyo prioritario, dado que esta medida voluntaria, por su propia naturaleza, implica una representación.
- El objetivo último de la supresión de la sustitución en la toma de decisiones, que es el de lograr una desjudicialización de la discapacidad, de seguro tendrá consecuencias negativas para las propias personas con discapacidad, pues se darán supuestos en los que será precisamente la intervención judicial la encargada de lograr el respeto a su voluntad. El control y la intervención judicial no pueden contemplarse como una barrera a la voluntad de la persona; a veces, es una salvaguardia de ella.
- Según opinión generalizada, la supresión de la sustitución en la toma de decisiones determina la relegación del mejor interés de la persona con discapacidad como criterio a tener en cuenta por el administrador del apoyo en el ejercicio de éste; el único criterio a tener en cuenta en dicho ejercicio es la voluntad de la persona. En cambio, la supresión de dicho interés como criterio a tener en cuenta en el ejercicio del apoyo, ni se establece por la normativa, ni se infiere de ella; además, dicha supresión no sería posible teniendo en cuenta que pueden darse casos en los que,

reitero, la persona no solo no sea capaz de formar y manifestar su voluntad al tiempo de la ejecución del acto de que se trate, sino que nunca fue capaz de ello.