

UN AÑO DESPUÉS DE LA LEY 8/2021: CONCLUSIONES DE DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL

Natividad Roldán Melchor



**UN AÑO DESPUÉS DE LA LEY 8/2021:
CONCLUSIONES DE DERECHO
SUSTANTIVO Y PROCESAL**

1.ª EDICIÓN

Obra de
Natividad Roldán Melchor

COLEX 2022

Copyright © 2022

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Natividad Roldán Melchor

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

info@colex.es

www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-730-0

Depósito legal: C 2039-2022

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	9
I. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	13
II. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN DERECHO ESPAÑOL.....	25
III. CAMBIOS ESENCIALES PRODUCIDOS POR LA LEY 8/2021 EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	29
IV. MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.....	37
V. MEDIDAS DE APOYO VOLUNTARIAS. PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS.....	39
VI. AUTOCURATELA: ¿ES MEDIDA DE APOYO VOLUNTARIA O JUDICIAL?.....	45
VII. MEDIDA DE APOYO FÁCTICA INFORMAL. LA GUARDA DE HECHO.....	53
VIII. MEDIDA DE APOYO JUDICIAL OCASIONAL. EL DEFENSOR JUDICIAL.....	63
IX. MEDIDA DE APOYO JUDICIAL CONTINUADO. LA CURATELA.....	67
X. NOVEDADES PROCESALES.....	75
XI. DERECHO TRANSITORIO.....	79
XII. CONCLUSIONES.....	81

BIBLIOGRAFÍA.....	83
APÉNDICE NORMATIVO.....	87
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	89

INTRODUCCIÓN

Hace dos años tuve el enorme privilegio de vivir en primera persona el proceso judicial para la rehabilitación de la capacidad de una chica con síndrome de Down, quien en la entrevista personal me pidió ayuda para poder estudiar, pues sus padres, que ejercían una patria potestad prorrogada, se negaban a ello sometidos al miedo protector que les hacía pensar que su hija no podía defenderse sola en el «mundo exterior».

Este proceso me hizo sensibilizarme con el mundo de las personas con discapacidad, pues hasta ese momento, desde mi trabajo como magistrada, solo había tenido que enfrentarme a personas con enfermedades congénitas o degenerativas que les impedían tener cualquier grado de facultades intelectivas o volitivas, lo que provocó que nunca me planteara, hasta entonces, si el proceso de incapacitación y el nombramiento de tutor eran las únicas «soluciones» que el Estado podía dar a estas personas.

Las preguntas que se formaron en mi cabeza fueron: ¿Una persona con síndrome de Down debe ser «incapacitada»? ¿La «incapacitación» debía ser total y no parcial? ¿Esta chica va a ser representada toda su vida por sus padres que no respetan sus deseos ni su voluntad? ¿No sería mejor algún tipo de asistencia por persona más acorde con sus intereses?

Esta idea quedó en barbecho en mi mente, hasta que el año pasado tuve que enfrentarme de lleno a la gran reforma producida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, momento en el que mi cerebro cortocircuitó, pues, por un lado, desde el sentimiento egoísta del ingente trabajo que se nos avecinaba, pensé que la mayoría de los procesos de «incapacitación» que habíamos llevado a cabo no precisaban de revisión al tratarse de ancianitos con deterioro cognitivo severo, crónico e irreversible; por otro lado, pensé en el caso de esta chica

«incapacitada» que quería estudiar en contra de la voluntad de sus padres, y concluí que podían existir más personas que precisaran de ayuda desde el silencio de sus expedientes.

Después de varios intentos de entender la reforma, me di cuenta de que, para alcanzar a entenderla y poder aplicarla, debía investigar al respecto y conocer el por qué, después de tantos años de silencio a pesar de la Convención de Nueva York (quince años de diferencia entre ambos textos), se había operado una reforma tan profunda de nuestro sistema.

En este trabajo he tratado de sintetizar el estado final en el que queda la regulación legal de las personas con discapacidad tras el dictado de la Ley 8/2021, cuáles son las medidas tuitivas de las que disponen, y cómo los jueces hemos tratado de ir adaptando el nuevo régimen a las muy variopintas circunstancias que se nos presentan en el día a día.

Pido disculpas por anticipado por la osadía de permitirme opinar sobre un campo del que solo tengo conocimiento a través del trabajo, pudiendo herir sensibilidades sin ser mi intención, y doy las gracias a esta chica que se cruzó en mi camino y me hizo entender que el sistema debía ser, cuando menos, revisado.

*A Raúl, por mostrarme con su trabajo
que la locura no está exenta de razón.*

«En el amor siempre hay algo de locura,
mas en la locura siempre hay algo de razón».

Friedrich Nietzsche

I.

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

La Exposición de Motivos de 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, declara que «la presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es 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, así como promover el respeto de su dignidad inherente»¹.

Con esta reforma se pretende adecuar definitivamente la legislación española a los cambios urdidos en Europa en materia de personas con discapacidad desde los años ochenta, algo que no se había conseguido con las distintas reformas parciales llevadas a cabo en los últimos veinte años.

1 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.

Efectivamente, a nivel mundial, debemos mencionar la primera Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, (CIF), publicada por la OMS en los años ochenta², teniendo por finalidad acordar un nuevo modelo internacional de descripción y medición de la salud y la discapacidad. Los objetivos de esta clasificación eran:

- Proporcionar una base científica para el estudio y la comprensión de la salud y los estados relacionados con ella, los resultados y los determinantes.
- Establecer un lenguaje común para describir la salud y los estados relacionados con ella, para mejorar la comunicación entre distintos usuarios como profesionales de la salud, investigadores, diseñadores de políticas y la población general, incluyendo a las personas con discapacidades.
- Permitir la comparación de datos e información entre países, disciplinas, servicios, y en diferentes momentos a lo largo del tiempo.
- Proporcionar un esquema de codificación sistematizado para ser aplicado en los sistemas de información en salud.

Con ello se trataba de acercarnos al cumplimiento exacto de lo dispuesto en el párrafo 63 y 64 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena (junio de 1993):

«63. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades. Todas las personas nacen iguales y tienen el mismo derecho a la vida y al bienestar, a la educación y al trabajo, a vivir independientemente y a la participación activa en todos los aspectos de la sociedad. Por tanto, cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos. La Conferencia pide a los gobiernos que, cuando sea necesario, adopten leyes o modifiquen su

2 International Classification of Impairment Disabilities and Handicaps (ICIDH) como apéndice del International Classification of Diseases (ICD).

legislación para garantizar el acceso a estos y otros derechos de las personas discapacitadas.

64. El lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad»³.

En palabras de GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA «se trataba de evitar la estigmatización que representaba la categoría del incapacitado y la restricción indiscriminada de facultades y decisiones que sufrían muchos incapacitados por Sentencia judicial tras un proceso en que eran meros espectadores pasivos»⁴.

Posteriormente, la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 ya contemplaba la obligación de los Estados de hacer posible el ejercicio de derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad, sin limitaciones al pleno goce o ejercicio de derechos⁵.

En el ámbito de la Unión Europea, la primera mención a la discapacidad tiene lugar a través de la reforma producida con el Tratado de Amsterdam⁶, al mencionar la necesidad de tener en cuenta a las personas discapacitadas, mientras que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge el principio de igualdad de las personas con disca-

3 Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena entre los días 14 a 25 de junio de 1.993.

4 GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, Adrián: «Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 10006, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2022.

5 ASAMBLEA DE NACIONES UNIDAS, Resolución 61/106, formalizada el 13 de diciembre de 2006 y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

6 El Tratado de Ámsterdam fue un acuerdo firmado el 2 de octubre de 1997 y que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, pasando a convertirse en la nueva normativa legal de la Unión Europea, tras revisar el tratado de Maastricht.

pacidad⁷ y el derecho de integración de las mismas⁸, lo que no era más que una reproducción de lo ya mencionado en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹.

En Francia, la Ley «por la igualdad de derechos y oportunidades, participación y ciudadanía de las personas con discapacidad» de 11 de febrero de 2005 (*Loi 2005-102*), introdujo en su definición legal los trastornos psíquicos, que tienen por efecto distinguir la Discapacidad Psíquica, consecuencia de una enfermedad mental, y la Discapacidad Mental, consecuencia de una alteración de las capacidades intelectuales.

El artículo 2 establece que «constituye impedimento, en el sentido de esta ley, cualquier limitación de la actividad o restricción de la participación en la vida en sociedad que sufra en su medio una persona debido a un deterioro sustancial, duradero o definitivo, uno o más físicos, funciones sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas, una discapacidad múltiple o un trastorno de salud incapacitante».

En el año 2007 se dicta la *Loi 2007-308* de 5 de marzo por la que se reforma la normativa sobre protección de mayores aprobada por la Ley 68-5, de 3 de enero de 1968, que reformó su Código Civil en esta materia. Así, los artículos 433 y siguientes de su Código Civil confieren al juez la posibilidad de otorgar a las personas que lo requieran, una protección o representación legal temporal para la realización de determinados actos, bien a través de la *sauvegarde de justice*,

7 Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000 declara: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

8 Artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea declara: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

9 Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

protección por dos meses (revisable cada seis) para atender alteraciones mentales pasajeras sin que la persona pierda su capacidad de obrar. Fuera de este supuesto, de naturaleza estrictamente temporal, si la persona necesita ser continuamente asistida o supervisada en los actos importantes de la vida, se instituirá una tutela o una curatela con plazo temporal de cinco años, excepcionalmente diez, pudiendo ser renovada, modificada o rescindida a petición del discapacitado¹⁰.

En el Reino Unido, la Ley de Igualdad de 2010 (*Equality Act*¹¹) ofrece protección contra la discriminación basada en la nacionalidad y ciudadanía de una persona, y también extendiendo los derechos de las personas en áreas de la vida más allá del lugar de trabajo. Las novedades más significativas se reducen a tres campos: la discriminación derivada de discapacidad, la obligación de llevar a cabo ajustes razonables y la prohibición de las revisiones médicas precontractuales. Las personas con discapacidad son valoradas por organismos administrativos para conseguir prestaciones sociales tanto para ellos como para sus cuidadores, sin que se regule un sistema judicial de «incapacitación» y nombramiento de representantes o asistentes¹².

A raíz de la Ley de Salud Mental de 1983 (*Mental Health Act*) la Corte de Protección puede nombrar a un asistente de la persona con discapacidad bien para su cuidado personal (*guardian*), bien para la administración de su patrimonio (*receiver*), permitiendo también que la persona realice actos voluntarios para prever una eventual discapacidad futura (*Enduring Powers of Attorney Act 1985*).

En Alemania, la Ley 48/1990, de 12 de septiembre, hizo que el proceso de «incapacitación» se sustituyera por la asis-

10 PALLARÉS NEILA, Javier: «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 153-171.

11 Se aprobó con el objeto de refundir varias normas nacionales de protección en materia de igualdad y no discriminación (*Equal Pay Act de 1970*, *Sex Discrimination Act de 1975*, *Race Relations Act de 1976*, *Dissability Act de 1995*).

12 Respuestas del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a la lista de cuestiones relativa al informe inicial del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 21 de julio de 2017.

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, pretende adecuar definitivamente la legislación española a los cambios urdidos en Europa en materia de personas con discapacidad desde los años ochenta, algo que no se había conseguido con las distintas modificaciones parciales llevadas a cabo en los últimos veinte años. Dicha reforma era necesaria para, de una vez, implementar en nuestro ordenamiento jurídico la Convención de Nueva York de 2006, y así garantizar el respeto al derecho fundamental a la igualdad de condiciones cuando de personas con discapacidad se trata. Efectivamente, con la reforma se pretenden eliminar restricciones a las facultades procesales de las personas con discapacidad, para así dejar de ser meros espectadores y pasar a ser sujetos activos en un proceso que afecta directamente a su capacidad. El presente trabajo ha tratado de sintetizar el estado final en el que queda la regulación legal de las personas con discapacidad, cuáles son las medidas tuitivas de las que disponen, y cómo los jueces hemos tratado de ir adaptando el nuevo régimen a las muy variopintas circunstancias que se nos presentan en el día a día.



NATIVIDAD ROLDÁN MELCHOR

Natividad Roldán Melchor (Sevilla, 1978). Estudió Derecho en la Universidad de Sevilla entre 1996 y 2001, y aprobó las oposiciones de Judicatura-Fiscalía en 2005, comenzando su ejercicio profesional en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Dos de Aracena (Huelva). En 2019 tomó posesión en el Juzgado de Primera instancia e Instrucción Número Uno de Dos Hermanas (Sevilla), partido judicial en el que continúa, si bien ejerciendo en la actualidad en el Juzgado Número Siete. Desde 2018 ejerce la docencia como Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil e Internacional Privado de la Universidad de Sevilla. En 2019 concluyó el Máster de la Universidad de Jaén sobre Derecho de Familia, lo que le determinó para seguir investigando esta rama del Derecho.

PVP 15,00 €

ISBN: 978-84-1359-730-0



9 788413 597300