INFORMACIÓN BÁSICA A LAS FAMILIAS Y ALLEGADOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD SOBRE LA LEY 8/21, DE 2 DE JUNIO, PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

I. ASPECTOS SUSTANTIVOS

1. Capacidad jurídica

El día 13 de diciembre de 2006 la ONU aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este tratado internacional entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

La nueva ley se sustenta en el art. 12 de la Convención que reconoce que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica. Esto significa que la persona con discapacidad es titular de derechos y que su protección la brinda el ordenamiento jurídico. Esa capacidad jurídica le permite actuar en el tráfico jurídico, lo que posibilita que puedan ser propietarias, heredar bienes, controlar sus asuntos económicos o tener acceso a préstamos, hipotecas, etc. y a no ser privadas de sus bienes de manera arbitraria. Por tanto, el Estado no puede negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles apoyos para su ejercicio, es decir, para que puedan tomar decisiones.

Esto conlleva dos consecuencias: i) a partir de la nueva ley no puede declararse incapaz a una persona o modificar su capacidad por medio de una resolución judicial, porque todas las personas tienen capacidad jurídica; ii) las personas con discapacidad mayores de edad no pueden estar sometidas a tutela (o patria potestad prorrogada o rehabilitada) porque conllevan la sustitución de la persona por otra y se trata de preservar la capacidad jurídica y autonomía de la persona en todo lo que resulte posible, por medio de apoyos.

2. Medidas de apoyo

El apoyo a la capacidad jurídica admite diferentes formas, pues se trata de atender realidades diferentes y cambiantes, por lo cual las medidas de apoyo son revisables.

La nueva ley regula distintas medidas de apoyo:

a) Las medidas voluntarias son las que establece la propia persona con discapacidad o en previsión de que pueda tenerla en el futuro. Estas medidas se establecen ante notario quien debe velar para que se respete la voluntad, deseos y preferencias de la persona y no haya abusos o influencias indebidas.

Cuando se establece una medida voluntaria ante notario se debe proporcionar a la persona los ajustes que necesite para que se pueda expresar adecuada y libremente. Por ejemplo, el notario puede pedir informes médicos, que le acompañe una persona de confianza o de referencia, o que la persona pueda utilizar sistemas aumentativos y alternativos, *braille*, pictogramas o documentos redactados en «lectura fácil».

Las medidas voluntarias pueden tener un contenido amplio. Así, se pueden establecer medidas de apoyo relativas a la persona o bienes, régimen de actuación, órganos de control, etc. También se pueden establecer garantías sobre el momento en que deban entrar en vigor esas previsiones (por ejemplo el dictamen de un médico de confianza, un acta notarial…). Ante situaciones de abuso o influencias indebidas por parte del prestador de los apoyos, los familiares legitimados podrán acudir al juez para pedir que cese el apoyo designado. En el caso de poderes preventivos habrá de estarse a lo expresamente previsto por la persona.

b) Las medidas judiciales, como su nombre indica, solo puede acordarlas un juez. Esencialmente, la medida judicial de apoyo es la curatela.

-Es una medida judicial de apoyo de carácter subsidiario, es decir, que se deberá adoptar a falta de otra medida de apoyo que resulte suficiente para la persona con discapacidad, ya sea porque la haya establecido ante el notario o porque exista una guarda de hecho que cubra adecuadamente sus necesidades.

- La regla general es la curatela asistencial, es decir, aquella que supone un soporte, una ayuda para que la persona pueda desenvolverse jurídicamente y desarrollar su personalidad. El curador solo tendrá facultades de representación de la persona de manera excepcional y para los aspectos concretos que se establezcan judicialmente. La representación total opera como excepción redoblada. Cuando la curatela sea representativa el curador debe pedir autorización judicial en los supuestos establecidos en el art. 287 CC, y que le afecten conforme a la resolución judicial.

-La persona puede haber designado a su propio curador ante notario, o haber excluido a algunas personas de dicho cargo; el juez debe respetar esa voluntad, salvo decisión motivada que le lleve a apartarse de ella en los supuestos establecidos en la ley (art. 272 CC). También la propia persona puede determinar notarialmente que alguien en concreto designe a su curador.

-Pueden ser curadores las personas mayores de edad que el juez considere aptas para su función. También las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines esté la promoción de la autonomía y asistencia a personas con discapacidad.

-La ley prevé que pueda haber más de un curador y corresponde al juez establecer el modo de funcionamiento de la curatela en estos casos (salvo que lo haya previsto la propia persona). Cuando pueda haber conflictos de intereses entre la persona con discapacidad y su curador se puede nombrar un **defensor judicial**.

-El curador que se desempeñe de manera inadecuada puede ser removido (sustituido) y durante la tramitación del oportuno expediente también se ha de nombrar a la persona un defensor judicial

-El curador debe informar al juez cada cierto tiempo, normalmente cada año, sobre su actuación. A esto se llama rendición periódica de cuentas, sin perjuicio de otros informes que adicionalmente se le puedan solicitar por el juez o el fiscal.

c) La guarda de hecho

-El guardador de hecho es la persona que habitualmente se encarga de la atención y cuidado de la persona, y pueden ser guardadores los familiares (lo más habitual en la práctica) o allegados. En definitiva, se trata de alguien cercano y de confianza.

-El guardador no es nombrado por el juez, porque es una figura informal, cuya existencia se basa en lazos de afectividad y solidaridad.

-El guardador de hecho de la persona con discapacidad puede actuar en diversos ámbitos: para pedir una plaza en un centro ocupacional, una prestación o ayuda económica, sacar dinero de la cuenta corriente para atender sus necesidades, etc.

Ahora bien, el guardador necesita autorización judicial en unos supuestos concretos recogidos en el art. 287 CC porque pueden comprometer a la persona debido a su trascendencia personal o familiar o por resultar el acto de especial importancia económica o complejidad, o cuando deba actuar en representación de la persona.

3. Cuestiones comunes a las medidas de apoyo

La persona de apoyo debe:

-Respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, es decir, ha de contar con la opinión de la persona y respetarla. Por tanto, no puede sustituirla ni suplantarla, decidiendo en su lugar, salvo de forma excepcional (en estos casos se dice que el apoyo es representativo).
-Informar a la persona y ayudarle a tomar decisiones propias.
-Intentar que la persona necesite menos apoyo en el futuro.
-No influir en la persona de manera interesada.
-No abusar o aprovecharse de ella.

Asimismo, se prevén controles judiciales (salvaguardas) para el correcto desempeño del apoyo.

4. Tutela y patria potestad prorrogada o rehabilitada establecidas con anterioridad a la reforma

A partir de la nueva ley desaparece la tutela, así como la patria potestad prorrogada o rehabilitada para personas con discapacidad mayores de edad. No cabe tampoco declaración de prodigalidad. Hasta que se produzca la revisión de la sentencia, los tutores deben ajustarse a lo establecido para los curadores representativos.

Quienes tengan la patria potestad prorrogada o rehabilitada seguirán ejerciéndola, igualmente, hasta la revisión. Tras ella, se podrá considerar suficiente una guarda de hecho o establecer una curatela de carácter asistencial o representativo, según las circunstancias y necesidades de la persona atendido, asimismo, su entorno.

II. ASPECTOS PROCESALES

1. La persona con discapacidad en el proceso judicial

En todos los casos en que un juez debe decidir si una persona con discapacidad necesita el apoyo de un curador se entrevistará personalmente con ella. La persona debe ser escuchada para conocer y atender su voluntad, deseos y preferencias.

Las personas con discapacidad con dificultades para entender o ser entendidas tienen derecho a que se les hable de forma clara, sencilla y accesible. También tienen derecho a que se les proporcione información en lectura fácil o a utilizar medios que usen habitualmente para comunicarse: medios alternativos, aumentativos, tabletas, etc. También la persona con discapacidad puede estar acompañada por quien desee (con algún familiar, por ejemplo, pero también con otras personas de referencia: monitor, trabajador social, etc.). Además, las partes del proceso (familiares y la propia persona afectada), el fiscal y el juez de oficio pueden pedir un experto facilitador. (*Para más información sobre esta figura puede consultarse la página web del Ministerio Fiscal https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/personas-con-discapacidad-y-mayores).

2. Legitimación para iniciar un procedimiento para designación de curador

Es importante señalar que estos procedimientos pueden ser iniciados por la propia persona con discapacidad, así como por su cónyuge o pareja, sus descendientes, ascendientes o hermanos. También puede iniciarlo el Ministerio Fiscal, tras haber determinado la necesidad y proporcionalidad de la medida.

3. Procedimiento

-La nueva ley prevé un expediente sencillo y rápido ante el juzgado de primera instancia (de familia o especializado, según el caso) donde resida la persona con discapacidad, que se regula en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. La propia persona con discapacidad puede solicitar abogado y procurador. Si no lo hace, se le debe nombrar un defensor judicial que designará abogado y procurador.

-El acto fundamental es la comparecencia donde se concentran todas las pruebas (informes médicos, sociales, periciales, audiencia de las personas que hayan manifestado que quieren ser oídas).

-El juez debe valorar las alternativas existentes en el entorno de la persona o a través de medias voluntarias, antes de acordar la medida judicial.

-Si el juez entiende que procede la curatela lo determinará mediante una resolución que adopta forma de «auto».

-Este procedimiento no concluirá con dicha resolución en caso de que haya oposición de cualquier interesado. En este caso, se debe iniciar otro procedimiento (contradictorio) para constituir el apoyo, que se regula en la LEC.

-Debe destacarse que, en el procedimiento contradictorio, si la demanda la presenta la propia persona con discapacidad y esta lo solicita, el juez puede valorar que no sean oídos los parientes para preservar su intimidad.

- El Ministerio Fiscal promoverá (iniciará) dicho proceso si las personas legitimadas no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que entienda que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa (art. 757.2 LEC).

4. Revisión

Se constituye la revisión como una salvaguarda al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad al exigir que las medidas se adapten a las circunstancias de la persona, se apliquen en el plazo más corto posible y estén sujetas a exámenes periódicos, con respeto a la voluntad, deseos y preferencias de esta.

a) Medidas de apoyo dictadas después del día 3 de septiembre de 2021 (fecha de entrada en vigor de la Ley 8/21)

-Todas las medidas de apoyo que dicten los jueces bajo la vigencia de la nueva ley tienen carácter temporal, lo que significa que se deben revisar en los plazos establecidos por el juez o en la propia ley (máximo de tres años y excepcionalmente seis años). Pueden alterarse esos plazos ante situaciones de cambio que puedan requerir la modificación de la medida de apoyo.

-Pueden pedir la revisión: el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge o pareja, sus descendientes, ascendientes o hermanos.

b) Medidas de apoyo anteriores al día 3 de septiembre de 2021

También establece la ley los plazos de revisión para las sentencias dictadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la nueva ley.

- El plazo es de tres años a contar desde dicha fecha, salvo que haya solicitud de persona legitimada, en cuyo caso debe hacerse en el plazo de un año desde la solicitud.

-Pueden pedir la revisión de estas sentencias antiguas: las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos.