JORNADAS SOBRE LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO

De la sustitución en la toma de decisiones; al sistema de provisión de apoyos, respetando la voluntad, deseos y preferencias de las personas con disCAPACIDAD

Ponente: Ana Marta Almaraz García

Abogada perteneciente al Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca

**MEDIDAS VOLUNTARIAS Y CUESTIONES
NOTARIALES, reguladas en la Ley 8/2021 de 2 de
junio. Poderes Preventivos; Auto curatela;
Sucesiones; Testamentos; Juicio de valor de los
notarios, etc.**

**Día 22 de septiembre de 2021
Ilustre Colegio de Abogados de**

- **NECESIDAD DE ADAPTACIÓN A LA CONVENCION**

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, es el resultado de adecuar nuestro ordenamiento a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (13 de diciembre de 2006), dando cumplimiento a su artículo 12.

Publicada el 3 de junio de 2021.

España ratifica la Convención en 2007 y entra en vigor en 2008. desde entonces, estaban pendientes de realizar las adaptaciones que exige el artículo 12.

Artículo 12.- Igual reconocimiento como persona ante la ley

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.**
4. Los Estados Partes asegurarán 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. Esas salvaguardias asegurarán que **las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona**, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean

No cabe duda, que estamos ante una profunda reforma que se debe abordar desde el **MODELO SOCIAL DE DERECHOS HUMANOS** que proclama la Convención.

Y es que la reforma que la nueva Ley establece supone un cambio radical, un **cambio de un sistema en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones** que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el **respeto a la voluntad y las preferencias de la persona que, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.**

LA REFORMA es el resultado de un **proceso** complejo y largo con muchas vicisitudes políticas y sociales y HA ENTRAÑADO MUCHAS DIFICULTADES: (600 enmiendas Congreso y casi 300 en el Senado).

UN CAMBIO RADICAL, porque incide en un CONCEPTO JURÍDICO CENTRAL en cualquier ordenamiento jurídico, como es la capacidad jurídica.

UN CAMBIO TRANSVERSAL, La ley modifica un conjunto importante de normas: Ley del Notariado; **el** Código Civil; **la** Ley Hipotecaria; **la** Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley del Registro Civil; la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, el Código de Comercio y el Código Penal

UN CAMBIO MUY COMPLEJO. Esta reforma debe ir unida, para que sea de verdad una realidad, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho que trabajan con personas -Jueces y Magistrados, Ministerio Fiscal, Personal al Servicio de la Administración de Justicia, Notarios, Abogados, Procuradores..- los cuales han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios de la nueva legislación, procurando que el principio de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad no se quede en una bonita formula teórica, ideal, DEJANDO ATRÁS VISIONES PATERNALISTAS CADUCAS.

En definitiva, se trata de una reforma muy importante, reforma que no ha interesado desde el punto de vista mediático y político, pero nos encontramos ante una reforma que afecta a gran parte de nuestro ordenamiento jurídico y que se integra de lleno en el conjunto del sistema.

La ley 8/2021, de 2 de junio, es mucho más que un nuevo texto legal, es una llamada a realizar un profundo cambio de mentalidad que no se queda solo en lo intelectual (toma de conciencia), sino que convoca a **todos** a una ACTITUD PROACTIVA en orden a procurar que las personas con discapacidad desarrollen su autonomía en el mayor grado que sea posible, conforme su voluntad, deseos y preferencias. (D. Fernando Santos Urbaneja, Fiscal Delegado de la Sección de Apoyo a Personas con Discapacidad en Andalucía).

A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.
(Aparece continuamente, no solo en el Preámbulo sino a lo largo de todo el articulado de la Ley). El art 12.3 de la Convención se refiere a derechos , voluntad y preferencias.

El elemento central de la nueva regulación no será ya la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz ni la **modificación** de una capacidad que es inherente a su condición de persona, sino el **apoyo** a la persona que lo precise

El artículo 249 del Código Civil, primer artículo del Título XI, del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse «**De las medidas de apoyo** a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», es un artículo muy importante que hay que interiorizar, en su párrafo segundo, señala que las personas que presten apoyo, deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera.

- TÍTULO XI
- De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.
 - CAPÍTULO I
 - Disposiciones Generales

Artículo 249.

Es muy importante, porque no es exposición de motivos, no es declaración de intenciones, no es explicación de la norma, ES TEXTO POSITIVO.

Finalidad

Inspiración

Normas de actuación de los prestadores de apoyo

Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad, o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad:

Y estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas:

- 1.- En el respeto a la dignidad de la persona y
- 2.- En la tutela de sus derechos fundamentales.

Las medidas de origen legal o judicial, solo procederán en **DEFECTO O INSUFICIENCIA DE LA VOLUNTAD** de la persona de que se trate.

Todas ellas deberán ajustarse a principios de necesidad y proporcionalidad.

- 3.- Informando.
- 4.- Ayudando a la persona en su comprensión y razonamiento.
- 5.- Facilitando que pueda expresar sus preferencias.

Las personas que presten apoyo deberán actuar:

1.- Atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. **Mandato general que se manifiesta a lo largo de todo el articulado. Debemos atender a:**

¿Cuál es su voluntad?

¿Cuáles son sus deseos?

¿Y qué prefiere?

2.- Procurando que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

Ya no se trata de proteger, ni de valorar su mejor interés, sino de acompañar a la persona en su proceso de toma de decisiones

La idea central es que las PCD tienen derecho a tomar sus propias decisiones, incluso

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas.

¿Qué considera un esfuerzo considerable?

No se trata de una REPRESENTACIÓN SUSTITUTIVA porque tiene que buscar la voluntad hipotética de la persona con discapacidad. No se sustituye la voluntad de la PCD, lo que se tiene que hacer es reconstruir la voluntad, es una representación para hacer lo que ella hubiera hecho, no en su mejor interés.

En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta:

- 1.- La trayectoria vital de la persona con discapacidad,
- 2.- Sus creencias y valores,

Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen **son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.**

FUNCIÓN DE LA MEDIDA DE APOYO:

Es asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad y preferencias.

LAS MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIAS:

Son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle el apoyo y con qué alcance.

Cualquier medida de apoyo voluntaria **podrá** ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La nueva regulación otorga **PREFERENCIA** a las **medidas voluntarias**, es decir, las tomadas por la propia persona con discapacidad.

Dentro de ellas adquieren especial importancia los **poderes y mandatos preventivos**, así como la posibilidad de hacer designación de un curador a través de la **autocuratela**.

Los artículos 254 y 255 reiterando la primacía de las medidas voluntarias, disponen:

Artículo 254: Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la **autoridad judicial podrá acordar**; a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad.

Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso, se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

La primera muestra de que lo prioritario es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, la encontramos cuando la **Ley estable como medidas preferentes las MEDIDAS VOLUNTARIAS**, es decir, se prefieren los apoyos que la persona decida ella misma, bien para el presente, bien para una futura necesidad de apoyo.

Artículo 249.p1 las medidas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

Artículo 255p. Final Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

La segunda muestra, es que cualquier apoyo (voluntario, informal o judicial), deberá respetar la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, no al mejor interés de la misma, que nunca se menciona en la Ley.

Artículo 249.p.2 Las personas que prestan apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera.

Artículo 268.p.1 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 esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Antes de continuar señalar que:

1.- Podrá beneficiarse de las medidas de apoyo **cualquier persona** que las precise, **con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo.**

2.- Y la nueva regulación trata de atender no solo asuntos de naturaleza patrimonial sino también aspectos personales, como los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria. (Domicilio, salud, intimidad....dónde vivir, con quién, quién puede abrir su correo...

CAPÍTULO II De las medidas voluntarias de apoyo

Sección 1ª Disposiciones Generales

Artículo 255

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 jurídica en igualdad de condiciones con las demás, **podrá prever o acordar en escritura pública MEDIDAS DE APOYO relativas a su Persona o Bienes.**

Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

CAPÍTULO II De las medidas voluntarias de apoyo

Sección 1ª Disposiciones Generales

Artículo 255

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de supervisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a

- **Publicidad restringida de las medidas de apoyo en el Registro Civil**

La nueva ley considera que el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su **intimidad** y la protección de sus datos personales, obliga a considerar que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida.

Artículo 77 de la Ley 20/2011, de 21 de julio , del Registro Civil

Inscripción de medidas de apoyo voluntarias.

Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga Las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de si misma o de sus bienes.

¿Quiénes podrán acceder y de qué manera?

El primer párrafo del artículo 84 queda modificado como sigue:

Solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o

La ley no define qué es el apoyo.

La ley no especifica cómo debe ser el apoyo. “APOYO” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades, el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de personas con discapacidad.

Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás y pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyos.

Por ejemplo, las personas con discapacidad, pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confían para que les ayuden a ejercer su capacidad

Las medidas de naturaleza voluntaria se deben QUEDAR plasmadas en escritura pública.

La reforma añade un nuevo párrafo al **final del** artículo 25 de **LA LEY DEL NOTARIADO**, con la siguiente redacción:

- **«Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, éstas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso.»**

- **Doña Carmen a continuación se ocupará de la actuación notarial y las escrituras públicas a las que la ley se refiere para documentar medidas**

- **AUTOCURATELA ARTÍCULO 271CC**

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en PREVISIÓN DE LA CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en ESCRITURA PÚBLICA, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

Podrá igualmente establecer disposiciones sobre:

- 1.- El funcionamiento y contenido de la curatela.
- 2.- y en especial, sobre el cuidado de su persona,
- 3.- Reglas de administración y disposición de sus bienes,
- 4.- Retribución del cargo de curador,
- 5.- Obligación de hacer inventario o su dispensa,

- **AUTOCURATELA**

La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior, **vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela**. Artículo 272CC.

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

Si al establecer la autocuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, será preferido el propuesto en el documento posterior. **Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar.** Artículo 273CC.

Se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada. Artículo 274CC

DISPOSICIONES ADICIONALES (2)
DISPOSICIONES TRANSITORIAS (6)
DISPOSICIÓN DEROGATORIA (1)
DISPOSICIONES FINALES (3)
ENTRADA EN VIGOR

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA

Régimen de Colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector de Acción Social.
Están preparadas para informar, asistir, aportar conocimiento experto a la Administración de Justicia.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA

Formación GENERAL Y ESPECÍFICA en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA

Privación de derechos actualmente existentes.

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA

Privación de derechos actualmente existentes.

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto.

PROHIBICIONES EXPRESAS A LA POSIBILIDAD DE OTORGAR TESTAMENTO

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA

Situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Situación de las declaraciones de prodigalidad.

Ejercerán sus cargos conforme a las disposiciones de la nueva ley a partir de su entrada en vigor.

A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

Previsión de autotutela, poderes y mandatos representativos

Las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la auto curatela y se regirán por la presente Ley.

Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil.

Cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias

DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA

Sustituciones realizadas en virtud del artículo 776 del Código Civil.

SUSTITUCIÓN EJEMPLAR, FIDEICOMISO DE RESIDUO

DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA

La revisión de las medidas deberá producirse en el PLAZO MÁXIMO DE UN AÑO desde la solicitud.

QUIENES PODRÁN SOLICITAR LA REVISION?? Las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores los defensores judiciales y los apoderados preventivos.

Cuando no ha existido solicitud, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del MF en UN PLAZO MÁXIMO DE TRES AÑOS.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley

Queda derogada toda regulación de la prodigalidad contenida en cualquier norma del ordenamiento jurídico.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA

Modificación del Código Penal

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA

Títulos competenciales

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Entrada en vigor

La ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE.

PREGUNTAS

ANA MARTA ALMARAZ GARCÍA

ABOGADA

Calle Librero número 54. 1º B
37008 – Salamanca -

Móvil: 609.538.624 / 626.753.638

Email: anamarta@icasal.com