

# La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal

JUAN DAMIÁN MORENO  
Catedrático de Derecho procesal  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*El trabajo analiza, a la luz de la doctrina procesal, los diversos aspectos de la reforma Ley 8/2021, de 2 de junio, particularmente en lo que se refiere las características principales del nuevo proceso para la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.*

## PALABRAS CLAVE

*Derecho de familia. Discapacidad intelectual o psicosocial. Capacidad jurídica. Procedimientos judiciales.*

# Actions to adopt legal measures to protect people with disabilities: a judicial reading

## ABSTRACT

*The work analyses, in the light of the academic discussions, the different aspects of the new process introduced on June 2nd by the Act 8/2021. This new process modifies the legislation aimed to support those individuals with intellectual or psychosocial disabilities in the exercise of their legal capacity*

**KEYWORDS**

*Family Law. Intellectual or psychosocial disabilities. Legal capacity. Judicial proceedings.*

SUMARIO: I. El impacto de la Ley 8/2021 en la legislación procesal para la provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.—II. Naturaleza jurídica del proceso para la adopción de medidas de apoyo: el papel de la autoridad judicial.—III. Las partes en el proceso de provisión de medidas de apoyo. El sentido de la legitimación conferida a cada una de las partes.—IV. La sentencia de provisión de apoyos y su complejidad. Alcance de sus efectos constitutivos: sin curatela no hay medidas.—V. Reflexiones finales.—Bibliografía.

## **I. EL IMPACTO DE LA LEY 8/2021 EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PARA LA PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

Como es sabido, 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* (BOE de 3 de junio de 2021) se ha marcado como objetivo llevar a cabo un cambio radical en la configuración del régimen jurídico relativo a las personas con discapacidad.

Desde una perspectiva del derecho civil, el objetivo de esta ley ha sido el dar un paso más a los ya iniciados en el proceso de adaptación de la legislación española a los principios de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (BOE de 21 de abril de 2008) que proclama su compromiso porque las personas con discapacidad gocen de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida, lo que obliga a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre la filosofía que informa esta ley y sobre el cambio de enfoque que representa desde el punto de vista de los principios que impulsa, PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, n.º 3, p. 5. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había tenido la oportunidad de aplicar directamente los principios de la convención de Nueva York antes incluso de la aprobación

Hay que tener en cuenta que, mientras que hasta la entrada en vigor de esta normativa, la persona con discapacidad, siendo titular de derechos y obligaciones, esto es, teniendo plena capacidad jurídica, tenía limitada, en mayor o menor medida, su capacidad de obrar, de forma que, dependiendo de las circunstancias, no podía ejercitarla si no era tras la previa declaración de incapacitación y, en muchos casos, el consiguiente nombramiento de un tutor (hoy curador), conforme a la nueva regulación, la ley parte del principio de que todas las personas gozan de capacidad y, solo en el supuesto de que no puedan ejercitarla, tienen la posibilidad, ellos mismos, sus familiares o el Ministerio Fiscal, de solicitar del juzgado las medidas de apoyo que precise para el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>2</sup>.

Así, pues, de acuerdo con ello, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (3 de septiembre de 2021), han quedado sin efecto las meras privaciones de derechos a las que estaban sometidas las personas con discapacidad («Disposición Transitoria Primera»). Por su parte, las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a su entrada en vigor quedan sujetas a revisión por quienes desempeñen cargos tutelares como consecuencia de la aplicación de la legislación derogada, quienes podrán, en cualquier momento solicitar de la autoridad judicial que en su caso las modifique para adaptarlas a la nueva ley («Disposición Transitoria Quinta»)<sup>3</sup>.

En suma, la reforma viene a incorporar un principio ético que excede del objetivo que informaba la normativa anterior en un intento de promover a nivel legislativo los instrumentos jurídicos de apoyo precisos para procurar el libre ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, anteponiendo el interés personal al familiar, procurando con ello aspirar al ideal, no siempre alcanzable, de conciliar su punto de vista con los medios que se encuentran a su disposición, evitando con ello que *nadie pueda ser cargado con las pesadas cadenas de la interdicción*<sup>4</sup>.

Las medidas de apoyo que se adopten deben tener por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad y han de estar inspira-

---

de esta reforma. Vid por ejemplo la STS 269/2021, de 6 de mayo [RJ 1894/2021] o la STS 706/2021, de 19 de octubre [RJ 3770/2021].

<sup>2</sup> Para un pormenorizado desarrollo sobre las novedades que incorpora esta nueva ley, nos remitimos especialmente a los trabajos de GARCÍA RUBIO, *CJ*, 2021, n.º 136, p. 45 y GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, p. 511.

<sup>3</sup> Según esta misma disposición, en los casos en que no haya mediado solicitud, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años.

<sup>4</sup> KISCH, 1932, p. 395.

das en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales.

Estas medidas pueden ser, además de las voluntarias que promueva y acuerde el propio interesado, junto a las salvaguardas que considere necesarias (poderes, mandatos preventivos, etc.), las que se adopten judicialmente, teniendo en cuenta que, de conformidad con el principio de *subsidiariedad* que preside la aplicación estas medidas, estas últimas solo se acordarán en defecto o por insuficiencia de la voluntad de la persona y todas ellas deberán ajustarse a los principios de *necesidad y proporcionalidad* (art. 249 CC)<sup>5</sup>.

En función de ello, la ley concede a la persona con discapacidad, como criterio preferente, el derecho a adoptar las medidas de apoyo que libremente decida y con el alcance que expresamente haya manifestado, pudiendo acompañarlas de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento que se respeta su voluntad, deseos y preferencias y, solamente cuando no sea posible saber cuál es la voluntad de la persona, se podrá acudir a la autoridad judicial. Excepcionalmente, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no haya sido posible determinar su voluntad, deseos o preferencias, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas<sup>6</sup>.

Por eso, la ley hace bascular una buena parte de las decisiones relativas a la persona con discapacidad en una figura clave de esta ley, el *guardador de hecho*, para cuya designación no se requiere acudir a un trámite específico, salvo que, excepcionalmente, sea preciso asumir su representación en actuaciones puntuales, para lo cual requerirá autorización judicial, lo cual deberá llevarse a cabo a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, debiendo en todo caso recabarla para prestar el correspondiente

---

<sup>5</sup> El proceso de interdicción e incapacitación que predominaba en la mayoría de los países europeos a principios del siglo xx tenía un trasfondo muy poco respetuoso para con la dignidad de la persona discapacitada hasta el punto de que a menudo era considerada objeto del proceso más que sujeto del mismo. La doctrina procesal española de la época tampoco fue muy sensible a la problemática que suponía para la persona afectada el verse en la posición en la que le colocaba la ley en este proceso, pero es de justicia subrayar, como excepción, la postura defendida en su día por PÉREZ GORDO, *RDPIB*, 1980 (4), p. 723. Una visión más moderna y que incorpora los importantes avances habidos en esta materia hasta ese momento, se encuentra en el trabajo de GONZÁLEZ GRANDA, 2009.

<sup>6</sup> Según LANCHAS SÁNCHEZ, el ejercicio de dichas funciones representativas, junto a la modalidad menos restrictiva para la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en la curatela no representativa, constituye el primero de los niveles en los que se proyecta la protección jurisdiccional a las personas con discapacidad. En dicho primer nivel de protección, se suple o integra su capacidad a través del instituto de la representación legal; en un segundo nivel, se establecen excepciones al modelo general de actuación del citado representante al exigir en determinados casos la previa autorización judicial. En un tercer nivel, no sólo se limita dicha actuación representativa, sino que se elimina por completo, prohibiendo su actuación y sustituyéndola por la de un defensor judicial en los supuestos en que exista conflicto de intereses [LANCHAS SÁNCHEZ, 2021, p. 69].

consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil (art. 264 CC)<sup>7</sup>.

Así pues, es precisamente el ámbito familiar donde el propio legislador confía en que se adopten la mayoría de ellas, bien voluntariamente o, en su caso, a través de los cauces previstos en la ley, intentando conjugar con ello la voluntad de la persona con discapacidad, sus deseos y, en su caso, preferencias, con el interés de las personas encargadas de su cuidado (art. 249 CC)<sup>8</sup>.

En este aspecto, la reforma viene a *desjudicializar* una buena parte de los actos que se refieren a las medidas que afectan a las decisiones que la persona con discapacidad pueda adoptar en uso de su poder de autodeterminación; únicamente en defecto o insuficiencia de ellas, la persona con discapacidad, sus familiares o el Ministerio Fiscal, tienen, en función de las circunstancias personales y de cómo le afecte el grado de su discapacidad al ejercicio de sus derechos, abierta la posibilidad de recurrir al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria para solicitarlas o, en el caso de que mediara oposición o cuando no haya podido resolverse, a través del proceso contencioso establecido a tal efecto (art. 756 LEC).

«La realidad demuestra –señala la Exposición de Motivos–, que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea».

En este sentido, si bien es en el seno de la familia donde en principio la ley sitúa el centro de gravedad de gran parte de las medidas de apoyo, pues como institución de acogida sigue desempeñando esa importante función en nuestra sociedad, no podemos ignorar el fundamental papel que el Estado, a través de los tribunales, asume para velar sobre el modo en que aquéllas se aplican, confiando a la autoridad judicial, a través de los cauces específicos que la ley establece, la responsabilidad de verificar si se respeta la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, procurando evitar, con los elementos de juicio que le proporciona la ley, la

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *DLL*, n.º 9961, 26 de noviembre de 2021, p. 1.

<sup>8</sup> Esta idea de familia, más allá de las connotaciones autoritarias que la doctrina le ha podido asignar como medio para imponer una determinada clase de valores [VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho de Familia*, 2012, p. 20] ya estaba muy presente en el derecho romano y era bastante reveladora de la finalidad que en ese momento se le atribuía [IHERING, 2011, p. 120].

existencia de situaciones en las que se puedan producir un *conflicto de intereses* o para precaverse de una *influencia indebida* del entorno familiar que le rodea (art. 250 CC).

Desde un plano procesal, la nueva normativa, en coherencia con este nuevo enfoque, sustituye el antiguo proceso de incapacitación, por un sistema en el que la mayor parte de las medidas de apoyo se canalizan a través de los cauces reguladores en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria<sup>9</sup>, aunque reserva para determinados supuestos un proceso contencioso autónomo que es el que actualmente regula la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo la rúbrica que regula el Libro IV, Título I, Capítulo II de esta ley: *De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*.

El legislador, siguiendo en parte una tradición en el tratamiento de este tipo de asuntos, parece que ha optado por desdoblar el procedimiento a través de dos instancias claramente diferenciadas, intentando con ello que una buena parte de las decisiones se adopten a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, menos invasivo e informal, con el que se espera que el juez o la juez tenga mayores posibilidades para explorar las diversas alternativas de *carácter estable* que ofrece el Código Civil en cuanto a la elección de las medidas de apoyo que precise la persona con discapacidad (art. 42 *bis* LJ), y una segunda etapa, a través de un proceso netamente contencioso y autónomo, aplicable únicamente cuando en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición o cuando por cualquier causa no haya podido resolverse<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Esta forma de articular los medios de protección ha sufrido diversos cambios a lo largo de la historia. Nuestro país incorporó al Código Civil el sistema de la tutela que se ejercía a través del *Consejo de Familia* y que actuaba de manera preferente [CASTÁN TOBEÑAS, 1966, p. 286], si bien, con el tiempo, especialmente a raíz de la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el papel de la autoridad judicial fue ganando mayor protagonismo en ejercicio de su función de supervisión de la actividad de los tutores. Hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba un expediente cuya vigencia, tras la entrada en vigor del Código Civil, era más que dudosa y que permitía que la incapacidad se pudiera declarar de forma sumaria a través del *antejuicio* que a tal efecto regulaba el entonces artículo 1848 [PÉREZ GORDO, *RDPIB*, 1980, p. 723]. Con respecto a la situación procesal generada por esta dualidad procedimental, hay que recordar a propósito del llamado *juicio sumario de incapacitación* que la doctrina más autorizada le asignó en su día una naturaleza eminentemente cautelar [SERRA DOMÍNGUEZ, *RJ*, 1982, p. 40].

<sup>10</sup> Esta relajación en cuanto a las formalidades del procedimiento, que CARNELUTTI destacó en su día como una de las principales características de buena parte de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, no es algo que en su opinión supusiese rebajar la importancia de las decisiones que se adoptan en ellos, ni porque tuviera menor importancia social ni menos dificultad técnica los asuntos encomendados a estos procedimientos, sino por la distinta naturaleza de los mismos que, en modo alguno implica, que la autoridad judicial no deba prestar la debida atención a los diferentes intereses en juego [CARNELUTTI, *Instituciones*, p. 264].

Esta dualidad en cuanto al régimen de procedimientos, que evoca las dos fases en las que se componía el antiguo procedimiento<sup>11</sup>, ha sido valorada de manera muy desigual por parte de la doctrina. Para algunos autores es la manera más acertada de afrontar este tipo de situaciones ya que no obliga a los interesados a tener que acudir desde un primer momento a la vía jurisdiccional, que quedaría configurada como el último recurso al que habría que acudir después de que todas las posibilidades que esta ley ofrece para lograr este objetivo hayan *fracasado*<sup>12</sup>.

En este sentido, aunque obedecen a finalidades diferentes, da la impresión que el expediente de jurisdicción voluntaria viniera a constituir una fase previa al procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien como ya tuvo oportunidad de poner de relieve la doctrina, tan normal es que un expediente de jurisdicción voluntaria termine sin conseguir el objetivo que se propuso el promovente en el caso de que el juez deniegue su solicitud, como que se frustre o fracase porque se declare contencioso debido a la oposición de un tercero; solo en esta hipótesis, el proceso contencioso vendría a ser la continuación del expediente sobreseído<sup>13</sup>.

Por el contrario, hay otros autores que sí han cuestionado esta forma de proceder, bien por aplicar sin fundamento un nivel de garantías diferente entre uno y otro procedimiento<sup>14</sup>, o bien reprochando al legislador que no haya tomado en consideración la gran novedad que introdujo en su día la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme a la cual la oposición no debería provocar el cambio en la naturaleza del expediente hasta el punto de tener que transformarlo en contencioso<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Como se recordará, tras la reforma de 1983, la declaración de incapacidad exigía que se discutiese a través del antiguo juicio declarativo ordinario de menor cuantía en virtud del cual el juez debía dictar una sentencia de naturaleza constitutiva respecto de la situación de la persona a la que se sometía a tutela; véase, por ejemplo, PRIETO-CASTRO, 1985, II, p. 232 y GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, 1979, II, p. 128. Con posterioridad, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, estableció un proceso especial, igualmente contencioso, pero que se sustanciaba por los trámites del juicio verbal con idea que fuera más ágil, sencillo y menos costoso que el anterior [SANCHO GARGALLO, 2000, p. 61].

<sup>12</sup> MORENO CATENA, 2021, p. 53.

<sup>13</sup> CARRERAS LLANSANA, 1962, p. 669 (nota 10).

<sup>14</sup> GONZÁLEZ GRANDA y ARIZA COLMENAREJO, 2021, p. 291. También esta tesis fue defendida por SERRA DOMÍNGUEZ, quien llevó a cabo un análisis comparativo sobre la trascendencia de calificar el antiguo proceso de incapacidad como de jurisdicción contenciosa o voluntaria, obviamente sin tener en cuenta que el objeto del antiguo proceso de incapacidad y el actual de provisión de medidas de apoyo persiguen radicalmente finalidades diferentes [SERRA DOMÍNGUEZ, *RJ*, 1982, p. 49].

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *cit.*, p. 9. Esta circunstancia ha llevado precisamente a este autor a propugnar que la oposición a las medidas de apoyo, salvo que ésta proviniese de la propia persona con discapacidad, no conduzca inevitablemente al archivo del expediente.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO: EL PAPEL DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

En cualquier caso, este cambio de perspectiva supone, a la vez, un modo diferente de concebir el papel de la autoridad judicial en este tipo de decisiones y que, desde luego, tiene necesariamente su reflejo en el ámbito procesal<sup>16</sup>.

Como se acaba de indicar, para la adopción de las medidas judiciales de apoyo, la reforma que lleva a cabo la Ley 8/2021, de 2 de junio, configura un sistema procesal integrado por un cauce principal, que el legislador califica de preferente, y otro subsidiario, ambos revestidos de un acentuado carácter inquisitivo, de cuya combinación resulta esta peculiar forma de articular este sistema de provisión de apoyos<sup>17</sup>.

El primero estaría constituido por el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria y, para el supuesto de que se haya formulado oposición (o no haya concluido), otro que se materializaría a través del proceso contencioso que contempla el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunscrito en principio al nombramiento de un *curador* para que se encargue de asistirle conforme a las medidas de apoyo que precise y en su caso asumir su representación, una vez que, como se ha señalado, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona y no se hubiera encontrado otra solución para satisfacerlos (art. 249 CC).

En ambos casos, la nueva regulación asigna al juez un papel determinante para amparar a la persona con discapacidad garantizándole que las medidas de apoyo responden a la finalidad de la ley, que no es otra que el que todas las personas con discapacidad dispongan de los instrumentos legales adecuados para el ejercicio de su capacidad jurídica en sintonía con su voluntad, deseos y preferencias. En este sentido, la ley ha optado por que la mayor parte de la actividad de fiscalización y vigilancia que la legislación sustantiva le atribuye a la autoridad judicial se lleve a cabo a través de los cauces que proporciona la Ley de la Jurisdicción Voluntaria,

<sup>16</sup> GÓMEZ COLOMER, 2021, p. 636.

<sup>17</sup> Tradicionalmente la actuación de normas de carácter imperativo se ha llevado a cabo a través de los llamados *procesos civiles inquisitivos* o *no dispositivos*, en donde predomina un interés público; de ahí que estén caracterizados por un aumento de los poderes de juez y una restricción de las facultades de disposición de las partes en relación con el objeto del proceso. Sobre los principios que informan este tipo de procesos, es imprescindible acudir al clásico trabajo de CALAMANDREI [CALAMANDREI: «Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio», 1961, p. 225].

precisamente para salvaguardar que aquéllos se llevan a cabo atendiendo a esa finalidad (art. 42 *bis* LJV).

No debemos olvidar que los actos de jurisdicción voluntaria no tienen por objeto declarar el derecho entre dos partes con pretensiones contrapuestas, ni dar la razón a una frente a la otra, sino la de verificar o, en su caso, crear, como sucede en este tipo de casos, las condiciones para permitir que los sujetos que los promueven puedan desarrollar plenamente su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad en el ámbito de sus relaciones jurídicas<sup>18</sup>.

Por eso, la ley no aspira a que el juzgado adopte la solución que buenamente resulte del acuerdo entre los distintos interesados, ni que se muestre compasivo con sus problemas, ni que busque la pacífica o la amigable composición entre los miembros de una misma familia, sino, lisa y llanamente, que ejerza una función de tutela, aunque sea a través del estrecho margen que le proporciona la Ley de la Jurisdicción Voluntaria<sup>19</sup>.

Pero la labor de la autoridad judicial no se contrae únicamente a realizar un control de contenido jurídico sobre sus actuaciones, sino que su papel va más allá y se extiende al ámbito material, pues es su responsabilidad asegurarse, con el auxilio del Ministerio Fiscal, que las medidas de apoyo que adopte respetan en lo posible la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera, criterio que, como ha señalado la doctrina, es de aplicación general a todas las medidas de apoyo, independientemente que sean de carácter voluntario o de origen legal o judicial<sup>20</sup>.

De ahí que, como ha puesto de relieve la STS 589/2021, de 8 de septiembre [RJ 3276/2021], el *principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado* y no ha tenido más remedio que reconocer que, si bien el artículo 268 del Código Civil

<sup>18</sup> DAMIÁN MORENO, 2016, p. 166; por esa razón, gran parte de la doctrina quiso ver en la jurisdicción voluntaria un *tertium genus*, equidistante y autónomo, respecto la actividad jurisdiccional propiamente dicha; de ahí que se haya dicho que forma parte de la *actividad administrativa pública* pero circunscrita al *derecho privado*.

<sup>19</sup> La jurisdicción voluntaria ha sido uno de los terrenos que han servido para poner a prueba las diversas concepciones en un momento en que empezaban a elaborarse las bases para la formación del derecho procesal moderno y en el que, entre otros aspectos, la doctrina comenzaba a delimitar dogmáticamente las características de la función jurisdiccional. Algunos autores, como CALAMANDREI, no compartían la función eminentemente preventiva que CARNELUTTI le asignaba a la jurisdicción voluntaria como medio de evitar un *conflicto potencial* de intereses entre particulares [CALAMANDREI, «Sobre el sistema y sobre el método de Francesco Carnelutti», 1959, p. 179].

<sup>20</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, cit., p. 512.

prescribe que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias, esto *no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado*<sup>21</sup>.

Por lo tanto, siendo conscientes de que no siempre va a ser posible llegar a tal extremo de fidelidad a la hora de tomar este tipo de decisiones, el verdadero protagonista de este tipo de procedimientos es la autoridad judicial quien, tras llevar a cabo un delicado ejercicio de ponderación, y una vez sopesadas todas las circunstancias concurrentes, va a tener, en muchos casos, *la última palabra* a la hora de adoptar la decisión que finalmente considere más conveniente pues en el fondo es el guardián de la tutela que la ley le encomiende que preste.

Hay que tener en cuenta que el objeto de la decisión y, por ende, del proceso contencioso, no se circunscribe únicamente al nombramiento de un curador, sino que su contenido es muy heterogéneo ya que se extiende a la determinación de todo un complejo entramado de actos que permitan a la persona con discapacidad actuar por sí misma, así como de aquellos otros para los cuales requiera excepcionalmente la representación del curador<sup>22</sup>.

En este aspecto, si la voluntad de la ley ha sido que esta decisión se adopte en el seno de un proceso, la función del juez en modo alguno puede ser la de un mediador cuya labor sea la de terciar en los conflictos familiares ni actuar como un árbitro procurando buscar el interés de la familia<sup>23</sup>.

Se trata además de normas de naturaleza no dispositiva en las que el Estado ejerce, a través de los jueces, una función de tutela mucho más intensa de la que se le asigna al resto de los procedimientos y en donde hay un claro predominio del interés público en que las decisiones sobre las relaciones jurídicas que son objeto de su conocimiento respondan a los principios establecidos por el legislador, por lo que, como se verá, estos procesos no están sometidos al principio de aportación<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Algo que, en el fondo, es lo que está detrás también de la STS 734/2021, de 2 de noviembre [RJ 4003/2021, cuando señala que en el caso sometido a su consideración no se apreciaban razones suficientes que permitiesen prescindir de su voluntad, lo que en realidad es coherente con el criterio legal que preside esta normativa.

<sup>22</sup> PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, n.º 3, p. 25.

<sup>23</sup> El principal inspirador de esta tendencia fue Antonio CICU, que ejerció una gran influencia en la doctrina a principios del siglo pasado, entre otras cosas porque puso de manifiesto la afinidad entre el derecho de familia y el derecho público y sostuvo que la función fundamental de la autoridad judicial en este tipo de procesos es la búsqueda del *interés de la familia*, el cual no debía confundirse con la suma de los intereses individuales de los integrantes de la misma [CICU, 1914, p. 106].

<sup>24</sup> CHIOVENDA, 1977, II, p. 813.

Es más, en los supuestos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad y a fin de amparar sus derechos, la nueva ley permite que la autoridad judicial pueda, previa solicitud de ésta y de forma excepcional, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (art. 759 LEC).

El propósito de tales disposiciones es que la autoridad judicial tenga los suficientes elementos de juicio para descubrir la verdad que está realmente tras cada petición, su *necesidad y proporcionalidad*; de ahí que el procedimiento se encuentre configurado de forma tal que se le permita al tribunal hacerse una idea sobre las preferencias del propio interesado a las que pueden añadirse las alternativas que la autoridad judicial considere más adecuadas.

Así pues, la finalización del expediente por la existencia de oposición a cualquier tipo de apoyo por parte de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o la de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas o, en su caso, cuando el expediente no haya podido resolverse, se erige en un verdadero *presupuesto procesal de procedibilidad*, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la autoridad judicial responsable del procedimiento de jurisdicción voluntaria de adoptar provisionalmente las medidas que considere convenientes (arts. 42 *bis* b.5 LJV y 756 LEC).

La oposición ha de referirse *a cualquier tipo de apoyo*, sin que tenga esta consideración a estos efectos la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta, teniendo en cuenta que el expediente puede concluir si la persona con discapacidad opta por cualquier medida alternativa de apoyo que se le ofrezca (art. 42 *bis* LJV)<sup>25</sup>.

En este sentido, y aunque cualquier parecido con la realidad pueda ser pura coincidencia, sigue siendo útil el planteamiento que en su día defendió algún prestigioso autor quien, con ocasión de las discusiones acerca de la naturaleza jurídica del antiguo proceso de incapacitación, sostuvo que la relación entre el procedimiento de nombramiento de un tutor, claramente de jurisdicción voluntaria, y el entonces proceso de incapacitación, existía una relación de dependencia, de manera que este último vendría a ser únicamente el medio a través del cual se alcanza una finalidad, como es el nombramiento de un tercero que eventualmente pudiera suplir la capacidad del sujeto en cuestión; no la finalidad en sí misma. De ahí

---

<sup>25</sup> A nadie se le oculta que esta posibilidad que la ley pone en manos de la autoridad judicial en el expediente de jurisdicción voluntaria pondrá a prueba su capacidad de *persuasión* o de *negociación*, algo cuya trascendencia suponemos que habrá valorado el legislador en su justa medida a la hora de incorporarlo al texto de esta ley.

que considerase que ambos son de jurisdicción voluntaria pues con dar forma contenciosa a un procedimiento no lo convierte sin más en contencioso<sup>26</sup>.

Por eso, si tradicionalmente ha seguido siendo muy controvertida en la doctrina la cuestión acerca de la naturaleza jurídica del antiguo proceso de incapacitación<sup>27</sup>, ahora puede que lo sea mucho más, pues conforme a la reforma, con la acción ya no se ejercita un derecho a obtener un cambio jurídico sobre el estado de la persona con discapacidad, sino que tiene por único objeto la decisión sobre cuáles son los apoyos que, en función de su voluntad, deseos o preferencias, precisa para el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>28</sup>.

Sin embargo, aunque la doctrina sigue inclinándose por continuar atribuyendo al nuevo proceso una naturaleza contenciosa<sup>29</sup>, a nuestro modo de ver, el hecho de que estemos ante un cauce que comparte una finalidad común, unido al hecho de que no existan propiamente pretensiones enfrentadas (aunque sí intereses contrapuestos)<sup>30</sup>, al menos nos hace dudar de tal naturaleza y, desde luego, nos permite no descartar la idea de que, a pesar de la naturaleza que la ley le atribuya, este nuevo proceso tiene algunos rasgos como para poder ser caracterizado como un procedimiento de jurisdicción voluntaria si bien revestido aparentemente de una forma contradictoria.

### III. LAS PARTES EN EL PROCESO DE PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO. EL SENTIDO DE LA LEGITIMACIÓN CONFERIDA A CADA UNA DE LAS PARTES

Naturalmente, todo ello nos debería llevar a preguntarnos cuál es el papel que la ley reserva a los distintos sujetos que intervienen en este tipo de procedimientos. En general, aunque hemos descartado que las partes ejercitan un derecho propio a promover un cambio en la capacidad de la persona con discapacidad, la ley asigna a una variedad de sujetos la legitimación para instar la provisión de las distintas medidas de apoyo.

El tema de las partes está estrechamente vinculado a la noción de la legitimación, un concepto que actúa en función del derecho material que es objeto de la controversia. Esta especial distribución

<sup>26</sup> WACH, 1977, p. 95.

<sup>27</sup> PÉREZ GORDO, *RDPIb*, 1980, p. 738.

<sup>28</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, *RDPIb*, 1974, p. 644.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, en las ediciones más recientes [MORENO CATENA, *cit.*, p. 53 y GÓMEZ COLOMER, *cit.*, p. 636]; y con referencia al anterior sistema, SERRA DOMÍNGUEZ, *RJ*, 1982, p. 39.

<sup>30</sup> MANDRIOLI, 1993, p. 256.

de funciones entre los sujetos legitimados para instar estas medidas es típica de lo que se conoce como procesos civiles no dispositivos o inquisitivos en que el efecto jurídico pretendido no puede conseguirse fuera del proceso<sup>31</sup>.

Como ha señalado la doctrina, el objeto del proceso no es decidir si un sujeto tiene un derecho contra otro, sino si existe o no el derecho a pedirle al juez que, por obra de la ley, modifique o extinga determinadas relaciones o constituya nuevas situaciones jurídicas entre particulares<sup>32</sup>. Por eso, es razonable que el legislador tenga la potestad de elegir quiénes están autorizados a ejercitar ese derecho; de ahí que el papel de las partes sea muy diferente al que desempeñan en otro tipo de procesos, aunque siguen siendo imprescindibles ya que condicionan la existencia misma del proceso y su resultado.

Así pues, refiriéndonos específicamente al proceso previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como sabemos, tiene por objeto fundamental la constitución de una curatela y el consiguiente nombramiento de un curador cuando en el procedimiento de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, la *legitimación activa* se encuentra atribuida a una pluralidad de sujetos: al propio interesado o a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, a sus descendientes, ascendientes o hermanos (art. 756 LEC).

También al Ministerio Fiscal se le concede legitimación activa para promover este proceso si las personas anteriormente mencionadas no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las cuales la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa, en cuyo caso deberá oponerse a la demanda cuando considere que existen otras medidas de apoyo para la persona con discapacidad (art. 269 CC).

A diferencia de lo que sucede con la legitimación pasiva, la legitimación activa no viene atribuida a toda esta pluralidad de sujetos por el hecho de ser titulares de un derecho frente a la persona con discapacidad, sino por razones de oportunidad. El legislador ha debido pensar que quienes integran el núcleo familiar más cercano, son los más indicados para promover la solicitud<sup>33</sup>. Esto no significa que las partes y los demás intervinientes sean solamente una mera ocasión para que la autoridad judicial imponga las medi-

<sup>31</sup> CALAMANDREI, 1961, p. 248.

<sup>32</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1974, p. 645.

<sup>33</sup> IANNIRUBERTO, *RDP*, 1988, 4, p. 1037.

das que considere oportunas. Por lo tanto, no basta con que los demandantes se limiten a poner en conocimiento del juez una determinada situación de hecho para que aquella decida por su cuenta qué hacer<sup>34</sup>.

De ahí que, como ha señalado la doctrina, en esta clase de procesos, la noción de carga procesal, esencial en los procesos donde se ventilan cuestiones en que predomina la autonomía de la voluntad de las partes, está muy desdibujada; la carga en estos procesos deja de serlo para convertirse en facultad, de manera que la actividad del juez no depende de las partes si con aquella no se obtiene lo pretendido por la ley. Las partes podrán alegar hechos y proponer la práctica de las pruebas que consideren oportunas, pero ni lo uno ni lo otro condiciona el resultado de la actuación judicial<sup>35</sup>; es más, en estos procesos, la inactividad de las partes no impedirá que se practiquen los medios de prueba que el tribunal estime oportuno y aquellos otros que vienen impuestas por la ley<sup>36</sup>. Y como se verá, tampoco condiciona su contenido desde el punto de vista de su congruencia, al que en modo alguno le vinculan las medidas que aquellas hayan podido solicitar<sup>37</sup>.

El presupuesto procesal para poder recurrir al cauce previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil es que el expediente de jurisdicción voluntaria no haya dado el resultado esperado. La oposición de la persona con discapacidad, negando la necesidad de cualquier tipo de apoyo, la del Ministerio Fiscal o la de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas, pone fin al expediente, lo cual es bastante revelador de que, si no existen partes, sí al menos existen sujetos con intereses contrapuestos<sup>38</sup>.

Por eso la ley admite incluso, que, una vez iniciado el proceso, puedan comparecer e intervenir en él en calidad de parte tanto las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo como quienes acrediten un interés legítimo.

A diferencia de lo que ocurría con la legislación derogada, donde era ilógico pensar que la propia persona con discapacidad

<sup>34</sup> GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *cit.*, p. 473. No obstante, autores de la talla de CARNELUTTI han considerado que la técnica de encomendar la defensa de determinados intereses a sujetos que no son titulares de los derechos subjetivos puestos en juego es la manera más adecuada para alcanzar determinadas finalidades; de ahí que distinga entre partes *materiales* y partes *instrumentales* [CARNELUTTI, 1955, p. 163].

<sup>35</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, *RDPIB*, 1974, p. 646.

<sup>36</sup> SANCHO GARGALLO, 2000, p. 66.

<sup>37</sup> ORTELLS RAMOS, *DLL*, 1986, p. 1058.

<sup>38</sup> CALAMANDREI, *cit.*, p. 249, refiriéndose a los antiguos procedimientos de incapacitación e interdicción, fue especialmente crítico con quienes como Cicu sostuvieron, en sintonía con la concepción pública del derecho de familia, que el contradictorio era simplemente formal porque todas las partes, en el fondo, vienen a defender un mismo interés, aunque con una forma diversa de verlo o de afrontarlo [Cicu, 1914, p. 196].

podiera entablar una demanda para pretender su propia incapacitación, en coherencia con los principios que informan la nueva regulación, la ley también le atribuye al interesado legitimación activa para promover directamente el proceso de provisión de medidas de apoyo.

Así pues, aunque se trataría de una legitimación extraordinariamente poco frecuente, esta posibilidad se le concede en su propio beneficio a fin de que pueda lograr los apoyos que se le hayan podido negar en el expediente previo de jurisdicción voluntaria<sup>39</sup>. En este caso, cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento junto con las medidas de apoyo correspondientes y la petición de designación de un curador determinado, a este último se le deberá dar traslado de aquélla a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión (art. 757 LEC).

Lógicamente, que el legislador haya optado por mantener el criterio de atribuir este tipo de decisiones a un proceso contencioso, le ha situado ante la tesitura de tener que colocar a un sujeto al otro lado y, de esa manera, garantizar el principio de dualidad de posiciones, lo que le ha abocado a tener que asegurar el contradictorio, llamando a una parte para que actúe como demandado, que bien podría ser el propio interesado, el Ministerio Fiscal o un defensor judicial nombrado al efecto<sup>40</sup>.

En principio, la *legitimación pasiva* se atribuye a la persona respecto a la que se soliciten los apoyos cuando no sea quien los haya promovido en el previo expediente. El legislador no ha dejado de ser consciente de que en este tipo de situaciones a veces se entrecruzan intereses contrapuestos y sentimientos no siempre coincidentes e, incluso, *influencias indebidas*, de manera que la ley viene a reconocer de manera expresa el derecho de la persona a rechazar las medidas solicitadas (art. 42 *bis* b.5 LJV), algo que para la doctrina vendría a ser la máxima expresión de la prevalencia de su voluntad sobre cualquier otra consideración<sup>41</sup>.

Por eso, y salvo el supuesto especialísimo al que nos acabamos de referir, sería desenfocar el problema si no se entendiera que, por mucho que se quiera ignorar, aunque materialmente el sistema esté concebido en beneficio del interesado, procesalmente hablando, es una decisión que se pronuncia frente a la persona con discapacidad, que por medio de esta acción asume la cualidad de demanda-

<sup>39</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, *cit.*, p. 518.

<sup>40</sup> Conforme al planteamiento de WACH que, como hemos visto, defiende la naturaleza de jurisdicción voluntaria del este procedimiento, esta forma de construir el contradictorio resultaría excesivamente *artificial* pues en definitiva ambas partes perseguirían el mismo interés que, trasladando la cuestión a nuestros días, no podría ser otro que el de actuar el interés de la persona con discapacidad [WACH, 1977, p. 97].

<sup>41</sup> GARCÍA RUBIO, *cit.*, p. 48 y GUILARTE MARTÍN-CALERO, *cit.*, p. 519.

do y a quien por ese motivo se le debe ofrecer la posibilidad de contestar a la demanda formulada en su contra<sup>42</sup>.

En el supuesto de que la persona que haya de verse afectada por las medidas no hubiera comparecido con su propia defensa y representación, el tribunal procedería entonces a asignarle un defensor judicial que, lógicamente, y a pesar de la equívoca denominación, es parte material y no puede dejar de comparecer, como el resto de las partes, por medio de abogado y procurador.

Por lo que se concierne a la competencia, salvo que se haya producido un cambio de la residencia de la persona objeto de estas medidas que implique una alteración de las reglas generales establecidas para este procedimiento, la competencia para conocer de esta segunda fase se atribuirá al mismo tribunal al que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria (art. 756 LEC).

#### IV. LA SENTENCIA DE PROVISIÓN DE APOYOS Y SU COMPLEJIDAD. ALCANCE DE SUS EFECTOS CONSTITUTIVOS: SIN CURATELA NO HAY MEDIDAS

El objeto de la *sentencia* se contraerá a decidir en primer término si constituye o no la curatela, así como las medidas de apoyo solicitadas y en qué medida lo hace, lo cual deberá hacer el juez en función de si concurren o no los presupuestos materiales que, a tal efecto, establece la legislación civil, especialmente en lo que se refiere al régimen de aquélla, que el legislador quiso en un primer momento que tuvieran *naturaleza asistencial*, pero que puede, como sabemos, tener funciones de representación (art. 287 CC).

La sentencia sigue teniendo efectos constitutivos, aunque limitados a las condiciones jurídicas en las que deben desarrollarse los apoyos, ya que, como se ha señalado, conforme a la nueva regulación, la resolución no afecta al estado de la persona con discapacidad. Así, pues, su contenido vendrá determinado especialmente por la extensión de la curatela que, en su caso, se acuerde, que será adoptada en armonía con la situación y circunstancias de la persona y sus necesidades de apoyo (art. 250 CC). También podrá incluir

---

<sup>42</sup> Esta contradicción ya fue en su día advertida por la doctrina y es una buena muestra de la escasa consideración que se tenía hacia la persona a quien se pretendían aplicar las medidas derivadas de la incapacitación [PÉREZ GORDO, *RDPIb*, p. 735]. La doctrina precisa que esta situación únicamente podría darse respecto de la constitución de una curatela solicitada a instancias de terceros en el expediente, de modo que la oposición del interesado determinaría que la autoridad judicial pusiera fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria instado con esta finalidad, lo que no excluiría, tal como se ha subrayado, que el juez, si lo considerara procedente acordara dicha medida en el proceso contencioso correspondiente [GUILARTE MARTÍN-CALERO, *cit.*, p. 519].

las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que las medidas se ajustan a lo establecido en la ley y a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (art. 249 CC).

Es tal la trascendencia que la ley concede a la voluntad de la persona con discapacidad, que a fin de que el juez pueda formarse un juicio lo más adecuado posible sobre la procedencia de las medidas, además de practicar las pruebas que le proponga el Ministerio Fiscal y las partes personadas (art. 752 LEC), es inexcusable que mantenga una *entrevista* con ella, un acto que se erige en uno de los más importantes del proceso<sup>43</sup>.

También es preceptivo dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad. Así mismo, deberá acordar los dictámenes periciales que estime oportunos o los que le soliciten las partes, si los considera pertinentes, pero sin que pueda tomar una decisión definitiva sin el previo dictamen pericial acordado de oficio, para el cual deberá contar en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contar también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso (art. 759 LEC)<sup>44</sup>.

A los efectos de su decisión, el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece dar a entender que no rige en su plenitud el principio de *congruencia*, lo cual es lógico. Por lo tanto, los jueces están facultados para adoptar, dentro del margen de discrecionalidad que le concede el artículo 268 del Código Civil, cuantas medidas estimen oportunas en función de las circunstancias que hayan resultado acreditadas tras la prueba practicada, especialmente en lo que se refiere a los poderes del curador, cuya extensión vendrá determinada, en atención al principio de proporcionalidad, por la situación en que se encuentre la persona que las requiera<sup>45</sup>.

Así pues, resulta evidente que la curatela es una medida judicial destinada a quienes precisen medidas de apoyo *de modo continuado*

---

<sup>43</sup> Tanto es así que el Tribunal Supremo acaba de subrayar que para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado se requiere una motivación especial en la que se expliciten en su caso las concretas razones por las que se hace (STS 899/2021, de 21 de diciembre, RJ 4879).

<sup>44</sup> Está muy extendida la idea de que sería muy útil la implantación de una jurisdicción específica de Familia con personal técnico especializado que auxilie a los jueces en el ejercicio de sus funciones técnicas. El *Anteproyecto de Ley orgánica de eficiencia organizativa del servicio de la justicia*, contempla la creación de secciones de *Infancia, Familia y Capacidad* dentro de los proyectados Tribunales de Instancia.

<sup>45</sup> Ya en su momento la doctrina ya reconoció en este tipo de procesos la existencia de un derecho configuración material de carácter *discrecional* que le facultaba al juez a desvincularse procesalmente de las pretensiones de las partes [ORTELLS RAMOS, *DLL*, 1986, p. 1058].

y, por lo tanto, en nuestra opinión, sin curatela no procede la adopción de medidas en este tipo de procesos (art. 250 CC); a nuestro modo de ver, existe una dependencia funcional entre su constitución y las medidas que se adopten, pues, de acuerdo con la ley, la curatela se establecerá cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269 CC), de manera que, dado que estas medidas están vinculadas al nombramiento de un curador, la constitución de la curatela actúa como presupuesto procesal de todas las que se hayan de adoptar a través de este proceso.

Además, la autoridad judicial viene obligada a determinar *de manera precisa* los actos para los que la persona requiera asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo; solo excepcionalmente podrá atribuirse al curador funciones representativas (arts. 269 CC)<sup>46</sup>.

En la resolución que constituya la curatela, el juez podrá igualmente establecer las medidas de control que considere oportunas para garantizar que se respeta la voluntad, deseos y preferencias de la persona que precise este tipo de apoyo, así como aquellas otras dirigidas a evitar los eventuales abusos, conflicto de intereses e influencia indebida (art. 270 CC).

Por lo tanto, estamos ante una sentencia objetivamente compleja y de una gran laboriosidad técnica en cuanto a su gestación procesal, que exigirá un enorme esfuerzo intelectual por parte de la autoridad judicial; hay que tener en cuenta además que el recurso a criterios sujetos a tanta indeterminación, de los que inevitablemente tiene que hacer uso para adoptar esta decisión, hará aún más difícil si cabe su labor, unos retos a los que va a tener que enfrentarse en cada caso particular ante la necesidad de dotar de concreción jurídica a normas con una textura tan abierta<sup>47</sup>.

El artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, retocado con ocasión de esta reforma para adaptarlo a las nuevas previsiones legales, dispone que, en este tipo de procesos, la *cosa juzgada* tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil, todo ello sin perjuicio de que una resolución judicial posterior se pueda pronunciar sobre las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la

<sup>46</sup> En nuestra opinión, la expresión *traje a medida* que utiliza la jurisprudencia para aludir a este fenómeno, no nos parece muy afortunada desde el punto de vista del respeto que se merecen las personas con discapacidad a quienes se aplican, pero es el tópico al que usualmente se acude para referirse a la adecuación de las medidas de apoyo a tales criterios.

<sup>47</sup> El concepto de *textura abierta* fue utilizado por primera vez por HART, quien puso de manifiesto que hay reglas, refiriéndose fundamentalmente a lo que hoy conocemos como conceptos jurídicos indeterminados, donde parte de su contenido normativo queda en manos de los tribunales en lugar en el legislador [HART, 1980, p. 159].

voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo o, en su caso, eventualmente para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida que aprecie (art. 270 CC).

Esto no quiere decir que la ley esté supeditando la eficacia de la sentencia a la inscripción en el Registro. La sentencia es válida desde el mismo instante en que se dicta y despliega todos sus efectos desde que haya adquirido firmeza, algo que nada tiene que ver con la cosa juzgada, entre otras cosas porque no tienen por objeto una pretensión de carácter material, siendo así que, tratándose de sentencias estimatorias, lo único que hace la ley es establecer el momento a partir del cual la sentencia empieza a producir efectos *erga omnes*, lo cual no es sino el efecto característico que este tipo de sentencias producen en el ordenamiento jurídico.

Los efectos de la cosa juzgada se refieren obviamente a la decisión resultante del proceso contencioso, no a la resolución del expediente, por mucho que con demasiado énfasis se haya querido ver un efecto parecido a estos expedientes en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (art. 19 LJV). Las resoluciones dictadas en este tipo de expedientes, en cuanto sean definitivas y firmes, son desde luego vinculantes e imperativas, de manera que las medidas de apoyo que se adopten despliegan sus efectos en el orden jurídico material ya que afectan a la persona sobre la que recaen, pero no producen efecto de cosa juzgada<sup>48</sup>.

En este caso, la cosa juzgada únicamente se produciría cuando la sentencia fuera desestimatoria, que es cuando el tribunal niega el derecho a la constitución de la curatela y a medidas que como consecuencia de ella se adopten, al menos en las condiciones en que se han solicitado. Contrariamente, cuando la sentencia sea estimatoria, lo que hace el juez es reconocer o declarar como existente el hecho que justifica la constitución de la curatela y la adopción de las medidas y, por supuesto, la imposición de las mismas y el alcance que éstas deban tener<sup>49</sup>.

No obstante, hay que tener en cuenta que, bien por haber desaparecido las causas que las motivaron, o bien porque se hayan agravado las circunstancias de la persona con discapacidad, el artículo 268 del Código Civil impone su revisión en el plazo máximo de tres años desde que se acordaron las medidas de apoyo, si bien permite que, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, en el de modificación de apoyos, pueda el juez establecer un plazo de revisión superior, que en todo caso no podría exceder de seis años (art. 761 LEC).

---

<sup>48</sup> CARRERAS LLANSANA, 1962, p. 679.

<sup>49</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2000, p. 94.

## V. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de estas líneas hemos tratado de analizar el grado de incidencia que la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha tenido en el ámbito procesal, intentando poner de relieve que el carácter instrumental que se asigna al derecho procesal hace que no podamos ignorar el enorme impacto que aquella reforma ha tenido en relación con esta importante materia.

Como ya mencionamos en algún otro lugar, el derecho procesal, especialmente el derecho procesal civil, pasa a menudo demasiado desapercibido: *existe, pero no se ve* y, sin embargo, tiene una trascendencia esencial ya que, una vez que la controversia traspasa el umbral del ámbito de las relaciones entre particulares y llega a lo jurisdiccional, las reglas son otras y, por lo tanto, luego de cruzar esa frontera, la existencia del derecho ya no dependerá solo de las condiciones materiales en que se haya desenvuelto hasta ese momento, sino de la estrategia que se siga en el proceso, de las normas procesales y, en último extremo, de la decisión que finalmente adopte el juez<sup>50</sup>.

Este fenómeno tiene una especial incidencia en el tema que ha sido objeto de nuestro análisis, al menos desde el punto de vista de cómo se ha tratado de trasladar la reforma a la legislación procesal. En mi opinión, el legislador ha sabido incorporar con bastante fidelidad al Código Civil los principios de la Convención de Nueva York y desde luego no son nada exagerados los calificativos tan elogiosos que se le han dedicado.

Sin embargo, a pesar de que los propósitos de la reforma han quedado muy bien reflejados en la Exposición de Motivos que precede a esta ley, no creemos que haya sucedido lo mismo en relación con la reforma de la legislación procesal. Nos imaginamos que no le habrá resultado fácil al legislador articular un sistema que procesalmente sirviera de correa de transmisión a todo este entramado de normas de derecho sustantivo; es posible que en parte los redactores de la ley se hayan dejado llevar por la manera en que tradicionalmente se han tratado procesalmente este tipo de asuntos, especialmente en relación con el precedente del antiguo proceso de incapacitación y que respondía a una manera de dar una solución procesal a un situación que ahora evidentemente no lo necesita<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> DAMIÁN MORENO, 2021, p. 32.

<sup>51</sup> Como ha descrito GARCÍA RUBIO, por un cúmulo de circunstancias, el proceso de elaboración de la ley ha sido bastante largo y complejo, lo que claramente ha podido influir en el resultado final, alterando incluso los objetivos que se habían marcado inicialmente los redactores de la propuesta legislativa [GARCÍA RUBIO, *CJ*, 2021, n.º 136, p. 46].

El cambio de perspectiva ha sido tan radical que no sabemos si el proceso elegido, prácticamente construido a imagen y semejanza del anterior, va a servir a los propósitos perseguidos por el legislador y no sabemos aún si realmente reflejan la idea que se pretendió a la hora de diseñarlo a fin de dar la adecuada respuesta a dichas exigencias de la nueva ley.

Tal como hemos intentado explicar, a diferencia de lo que sucedía con la legislación derogada, con la acción que el demandante entabla ya no se ejercita una pretensión derivada del ejercicio del derecho reconocido a determinados sujetos a obtener un cambio jurídico sobre el estado de la persona con discapacidad, sino que únicamente tiene por objeto la decisión sobre cuáles son los apoyos que, en función de sus circunstancias personales, precisa para el ejercicio de su capacidad jurídica para lo cual ha debido preceder además una decisión negativa adoptada previamente a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria.

Desde luego, aunque puede haber causado extrañeza la forma tan peculiar de articular las distintas decisiones que es posible adoptar en relación con esta materia, remitiendo una parte de ellas, especialmente las de carácter estable, al cauce correspondiente que a tal efecto regula la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y reservando el proceso contencioso previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución de las pretensiones que vengan determinadas por la existencia de oposición, la solución es coherente con la finalidad perseguida, quizás pensando que el expediente de jurisdicción voluntaria va a ser lo suficientemente eficaz como para que, en virtud de ese principio de subsidiariedad al hemos aludido, el número de asuntos que al final lleguen al proceso contencioso sea el más reducido posible.

Así pues, el proceso al que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil está concebido como la *última* garantía jurisdiccional de la que dispone la persona con discapacidad para que se respete su voluntad, deseos o preferencias frente a las decisiones que se pretendan adoptar en relación con el ejercicio de su capacidad.

Y todo esto es lo que a duras penas cabe deducir de las disposiciones del nuevo *proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*, cuya ambigüedad en algunos extremos es verdad que a veces dificulta la labor del intérprete respecto a los principios procesales que normalmente rigen en este tipo de procesos.

Esta ambigüedad nos ha llevado, entre otros aspectos, a plantearnos si realmente la adopción de medidas de apoyo a través del proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil estaba vincula-

das a la constitución de la curatela; finalmente hemos llegado a la conclusión de que sí, pues es la pieza fundamental sobre la que se sustenta el resto de las medidas judiciales de apoyo, por mucho que el artículo 756 de dicha ley no lo exprese de manera clara.

Su objeto no es, como antes lo era, una pretensión tendente a privar a una persona de su capacidad, esencial para el desarrollo de su personalidad, sino sobre la procedencia de adoptar en su beneficio toda una serie de medidas judiciales que, según hemos podido deducir, requieren como presupuesto previo para su adopción la necesaria constitución de una curatela, a partir de la cual el juez está autorizado a fijar en el seno de este proceso todo ese conjunto de medidas legales y asistenciales que considere más convenientes para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por ello, queremos insistir en que, aunque existan ciertas similitudes entre ambos procesos y que procesalmente respondan los mismos principios, pues no dejan de ser procesos no dispositivos, sin embargo, el objeto del mismo y la tutela que el juez debe ofrecer es radicalmente diferente.

Y aunque, en efecto, la sentencia estimatoria siga teniendo efectos constitutivos, limitados en esta ocasión exclusivamente a las condiciones jurídicas en que desde el punto de vista del derecho sustantivo deben desarrollarse los apoyos, y aunque haya que seguir subrayando que en ningún momento el juez está en este proceso para actuar como un pacificador ni como mediador en un conflicto familiar sino como responsable de la tutela jurisdiccional que el Estado, a través del tribunal, viene obligado a prestar, alguna de estas habilidades parece que la ley espera que lleve a cabo.

Porque es tal la complejidad de la decisión que se le obliga a adoptar al juez o a la juez en el marco de un proceso contencioso como el que ha diseñado el legislador, que para ellos va a suponer un reto intelectual enorme, no sólo para quien en último término haya de tomarla, sino para el resto de profesionales e integrantes del Ministerio Fiscal que hayan de intervenir, una dificultad, que unida a las carencias por las que atraviesa nuestra administración de justicia, nos hace dudar si, al asignarle tan importantes funciones, el legislador ha sido consciente del impacto que esta normativa va a tener sobre el funcionamiento de nuestros tribunales<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Algo que en su momento ya tuvo ocasión de poner de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial al informar el Anteproyecto de Ley. Según afirmó el Pleno del CGPJ el 29 de noviembre de 2018, «la implantación del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad y el desarrollo del sistema de apoyos que se diseña, con las incidencias y trámites correspondientes –con especial virtualidad del trámite de audiencia a parientes y allegados y al Ministerio Fiscal, así como el examen de la persona con discapacidad y los informes y dictámenes facultativos y de quienes ejercen las medidas de apoyo, en un régimen procedimental en el que no rigen con su dimensión habitual los

En fin, nos gustaría terminar estas reflexiones recordando, como ya tuvo ocasión de expresar Emilio Gómez Orbaneja refiriéndose al valor de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que las normas de una ley, una vez que se promulgan, valen por lo que son y no por lo que el legislador piense que deben ser, de manera que una cosa es la intención que haya tenido al redactar cada norma y otra muy distinta lo que realmente establezca o cómo finalmente se aplique tal o cual precepto por el juzgador<sup>53</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- CALAMANDREI, Piero: «Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio» en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 225.
- «Sobre el sistema y sobre el método de Francesco Carnelutti», en *Estudios de Derecho Procesal en Italia*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, p. 157.
- CARNELUTTI, Francesco: *Teoría general del Derecho*, trad. Francisco Javier Osset, Madrid, 1955.
- *Instituciones del proceso civil*, III, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge: «Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal* (con Miguel Fenech), Barcelona, 1962, p. 661.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral* (con la colaboración de José M.<sup>a</sup> Castán Vázquez), Tomo V, Derecho de Familia, Madrid, 1966.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Principios del Derecho Procesal Civil*, trad. José Casáis Santaló, Tomo II, Madrid, 1977.
- CICU, Antonio: *Il Diritto di Famiglia*, Roma, 1914.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «El proceso, la demanda y el derecho material», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1974 (3), p. 639.
- «Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades», en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coords: Cortés Domínguez/Moreno Catena), Tomo V, Madrid, 2000, p. 91.
- DAMIÁN MORENO, Juan: *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria* (Dir: Antonio Fernández de Buján), Pamplona, 2016.
- *El proceso civil: ese gran desconocido*, Madrid, 2020.

---

principios dispositivo y de aportación de parte, modulados por las facultades de investigación y actuación de oficio que se confieren al tribunal-, lejos de producir una disminución de la carga jurisdiccional y, en general, de la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente».

<sup>53</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Barcelona, 1947, p. XXXI.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», en *Diario La Ley*, n.º 9961, 26 de noviembre de 2021.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», en *Cuadernos Jurídicos. Familia y Sucesiones*, editorial Sepín, 2021, n.º 136, p. 45.
- «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», en *El derecho de las sociedades envejecidas* (Beatriz Gregoraci y Francisco Velasco), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 25, 2021, p. 81.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia: *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Valencia, 2021.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1979.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad y ARIZA COLMENAREJO, M.ª Jesús: «El apoyo a las personas con discapacidad en el marco de la Constitución» en *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Madrid, 2021, p. 291.
- *Régimen jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental*, Madrid, 2009.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Pamplona, 2021.
- HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, México, 1980.
- IANNIRUBERTO, Giuseppe: «Natura giuridica e parti del proceso d'interdizione e d'inabilitazione», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1988, n.º 4, p. 1022.
- IHERING, Rudolf: *El Espíritu del derecho romano*, Granada, 2011.
- KISCH, Wilhelm: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto-Castro, Madrid, 1932.
- LANCHAS SÁNCHEZ, José Javier: *La intervención judicial en la formación de los negocios patrimoniales*, Madrid, 2021.
- MANDRIOLI, Crisanto: *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 1993.
- MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Valencia, 2021.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio», en *Diario La Ley*, 1986 (2), p. 1049.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», en *Revista de Derecho Civil*, 2018, n.º 3, p. 5.
- PÉREZ GORDO, Alfonso: «El juicio de incapacitación de las personas físicas», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980 (4), p. 723.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Pamplona, 1985, p. 232.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacidad y tutela* (conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), Valencia, 2000.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del juicio sumario de incapacitación», en *Justicia*, 1982, n.º 2, p. 37.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: *Derecho de Familia* (dirs.: Gema Díez-Picazo Giménez-Luis Díez-Picazo), Pamplona, 2012.
- WACH, Adolf: *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1977.