

RETOS QUE PLANTEA LA REFORMA DE LA CAPACIDAD Y TUTELA. PREVISIONES DE FUTURO PARA PERSONAS CON PARALISIS CEREBRAL Y SUS FAMILIAS

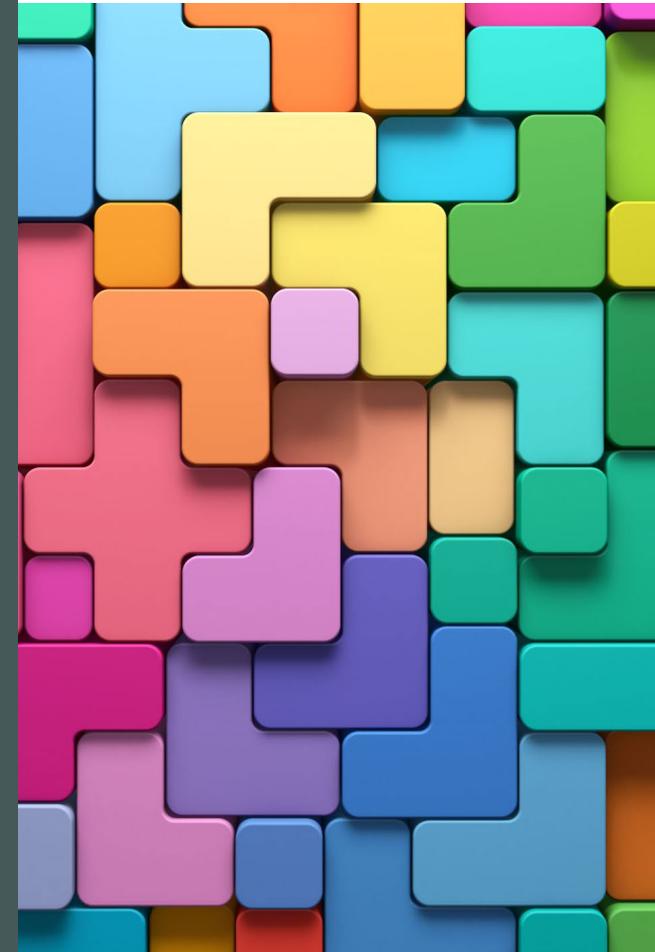
Bufete Gordóniz
Abogados

"En busca de la capacidad perdida"

Bilbao, 22 de junio de 2024

Rafael Armesto

Carlos Escribano



¿De dónde venimos?

- **Evolución social y legal.** Prioriza valores económicos en detrimento de los personales.
- Negación de derechos: INCAPACITACION. "No puede..."
- El cambio de modelo: la persona es el centro. ¿Antes no lo era? Importancia del movimiento asociativo. **"La vida va por delante del Derecho"**.
- **Buscando alternativas a la incapacitación: la guarda de hecho.**
- La lucha contra los estereotipos: voto, matrimonio, testamento...

La Convención de Nueva York (2006. Vigor: 2008)

Preámbulo:

*C)“La discapacidad es un concepto que **evoluciona** y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las **barreras** debidas a la actitud y al entorno que evitan su **participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás**”.*

Convención de Nueva York

PRIMER GRAN RETO: Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

4: ...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.”

Convención de Nueva York

SEGUNDO GRAN RETO: Artículo 13.

Acceso a la JUSTICIA en igualdad de condiciones que los demás.

¿A dónde vamos? Ley 8/2021, de 2 de junio (BOE 3-6-2021/vigor 3-9-2021)

Preámbulo.

*Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, 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 quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.***

***La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise**, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el **acompañamiento amistoso**, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.*

Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones.

¿A dónde vamos? Ley 8/2021, de 2 de junio (BOE 3-6-2021/vigor 3-9-2021) Preámbulo.

No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de **un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido**: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos.

La reforma normativa impulsada por esta ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de **aquellos profesionales del Derecho - jueces y magistrados, personal al servicio de la administración de justicia, notarios, registradores**- que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.

¿A dónde vamos? Ley 8/2021, de 2 de junio (BOE 3-6-2021/vigor 3-9-2021) Preámbulo.

El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. **Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado**, es decir, con la atención que requiera su situación concreta.

El proceso debe alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o **“de mesa redonda”**, con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

¿A dónde vamos? Ley 8/2021, de 2 de junio (BOE 3-6-2021/vigor 3-9-2021)

- **Desparece la incapacidad.**
- Desaparecen la patria potestad y la tutela de mayores de edad.
- Desaparecen las anteriores negaciones de derechos.
- Sustitución vs. Apoyos/Representación.
- **Deseo de desjudicializar la provisión de medidas de apoyo: la guarda de hecho.**
- Voluntad, deseos y preferencias.
- Derecho a equivocarse.



CRITICAS

- distintas situaciones de discapacidad y un único tratamiento.
- recelo del legislador sobre la institución familiar.
- a mayor protagonismo, menor protección. *¿qué es eso de la voluntad, deseos y preferencias?*
- la curatela representativa: difícil de llevar a la práctica.
- inadecuada denominación de "guarda de hecho" y escasa regulación.
- sustitución ejemplar: Derogación art.º 776 CC.
- revisión de resoluciones: nueva tramitación...

ELOGIOS

- Se celebran los contenidos de la Exposición de Motivos.
- Salimos del modelo médico rehabilitador, paternalista: desaparece la Patria Potestad Prorrogada/Rehabilitada, y la infantilización de las PDI.
- La persona es el centro: preferencia de las medidas voluntarias de apoyo.
- Pone en valor a las entidades del tercer sector. DA PRIMERA.
- Desaparecen las privaciones de derechos actualmente existentes. DT PRIMERA.
- Revisión de situaciones injustas: resoluciones antiguas y no tan antiguas. DT QUINTA.
- Se celebra la introducción del nuevo art.º 7-bis LEC y LJVOL, sobre ajustes de procedimiento y su extensión a todos los procesos de cualquier orden, dado su carácter supletorio (art.º 4 LEC) y el art.º 25 de la Ley del Notariado.

¿A dónde vamos?



¿A dónde vamos?



Voluntad, deseos y preferencias.

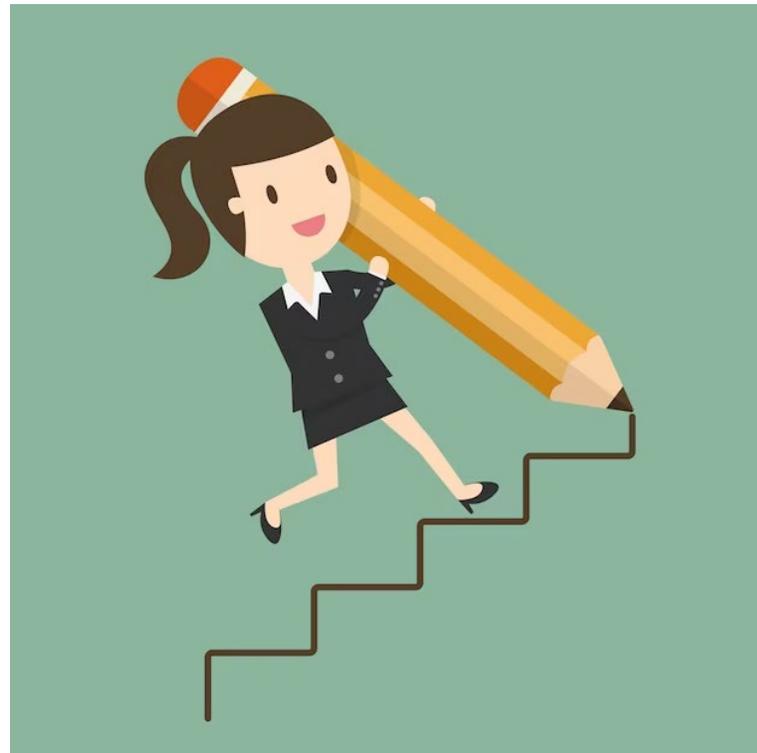
Voluntad, deseos y preferencias: NO ES POSIBLE DETERMINARLO.

Art.º 249: CASOS EXCEPCIONALES. Esfuerzo considerable: no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias.

Trayectoria vital de la persona: sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de **tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.**

Salvaguardas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios señalados y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera

¿A dónde vamos? Niveles.



¿A dónde vamos? Niveles:

Cambio de modelo: los apoyos.

- Medidas voluntarias de apoyo. Notariales.
- Apoyos informales: guarda de hecho. Entorno.
- Apoyos judiciales: - curatela:
 - asistencial
 - representativa.
 - mixta
- defensor judicial.

Medidas voluntarias: notariales.

- Medidas voluntarias: auto regulación.
- Poderes.
- Auto-curatela.

- **Documentos informales.**



Medidas voluntarias: notariales

- Medidas voluntarias de apoyo.

Artículo 255 del Código civil.

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.

Medidas voluntarias: notariales

- Auto curatela:

Artículo 271 del Código civil.

*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 proponer en escritura pública **el nombramiento o la exclusión** de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.*

Apoyos informales: guarda de hecho.



Apoyos informales: guarda de hecho.

- Deseo de no judicializar las situaciones y resolver dentro de entornos cercanos, generalmente familiares. Valor del "cuidado". Preámbulo de la Ley.
- **Artículo 263:**
- ***Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función.***

Apoyos informales: guarda de hecho.

Artículo 264.

Cuando, **excepcionalmente**, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la **autorización** para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad

Apoyos informales: guarda de hecho

Necesaria autorización judicial: Actuaciones de cierta relevancia personal o económica.

- 1.º Realizar actos de transcendencia personal.
- 2.º Enajenar o gravar **bienes inmuebles**, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales, dar inmuebles en **arrendamiento** por término inicial que exceda de seis años
- 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.
- 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.
- 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

Apoyos informales: guarda de hecho

Necesaria autorización judicial: Actuaciones de cierta relevancia personal o económica.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

Apoyos informales: guarda de hecho.

No será necesaria autorización judicial: Actuaciones de escasa trascendencia.

Cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar

Apoyos informales: guarda de hecho.

Dificultad de su prueba:

Bancos, aseguradoras, administraciones, comunidades de propietarios...

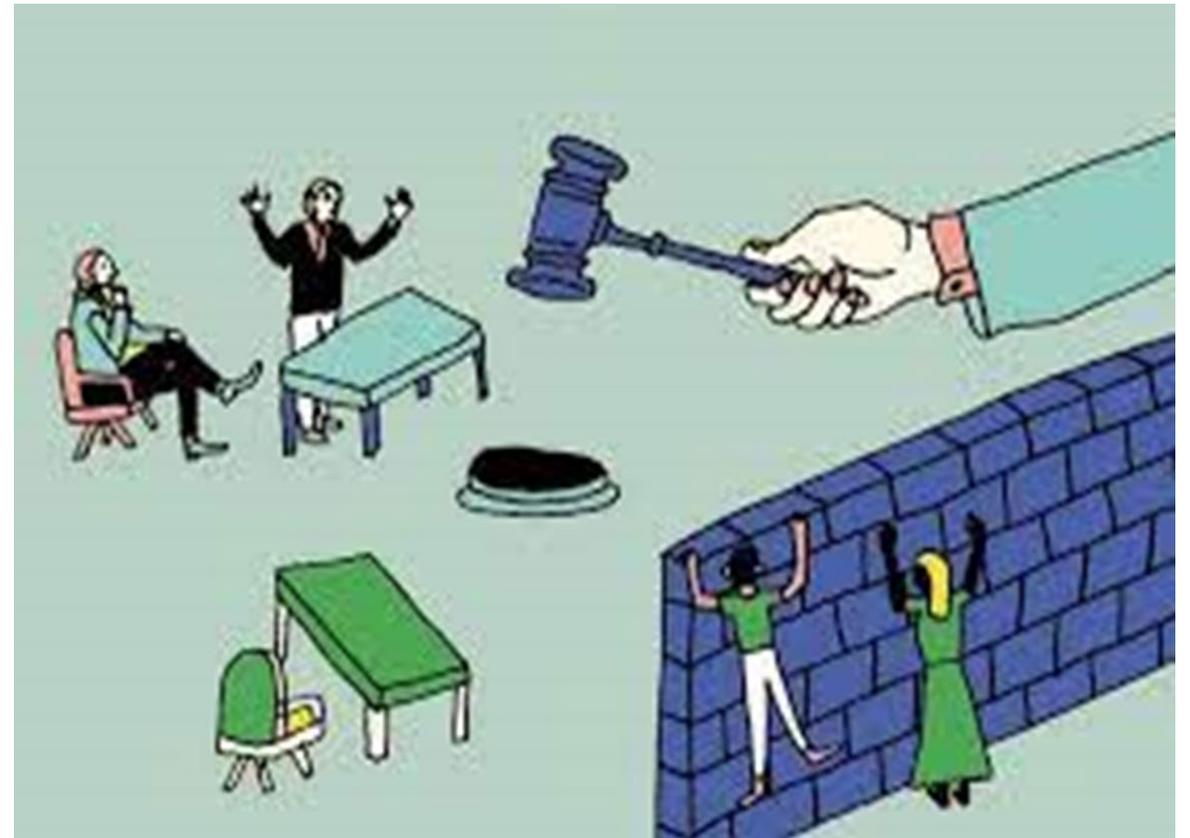
Seguridad Social.

Medios de prueba.

Libro de familia; empadronamiento/residencia/convivencia; declaración responsable; acta notarial de guarda de hecho.

Apoyos judiciales.

- **Curatela: asistencial, representativa o mixta**
 - **Defensa judicial.**
-
- **Art.º 7-bis LEC y LJVol: accesibilidad.**
 - **Importancia de los profesionales y de las Entidades en el trámite judicial.**



Apoyos judiciales: curatela.

CUANDO NO EXISTA OTRA MEDIDA DE APOYO SUFICIENTE. Compatible con GUARDA DE HECHO. Posición de Fiscalías y Juzgados.

- 1.- Medida formal de apoyo continuado.
- 2.- Procedimiento judicial de provisión de apoyos.
- 3.- Proporcionadas a las necesidades.
- 4.- Respeto a su autonomía; en todo caso, voluntad, deseos y preferencias.
- 5.- Revisión periódica (3/6 años, a criterio judicial) o cambio de situación.
- 6.- Determinación judicial de manera precisa. Informes....
- 7.- La excepción: curatela representativa. Resolución motivada.
- 8.- NUNCA mera privación de derechos.
- 9.- Medidas de control. Información en cualquier momento, tanto Juez como Fiscal.

Apoyos judiciales: curatela

EJERCICIO:

1. Obligación de contacto personal.
2. Diligencia debida.
3. Asistencia: voluntad, deseos y preferencias.
4. Impulsar el proceso de toma de decisiones.
5. Fomentar capacidades: menos apoyos en el futuro.
6. Inventario: sólo curador representativo.
7. Rendición periódica de cuentas: criterio judicial.
8. Sólo rendición final de cuentas (art.º 292).

Apoyos judiciales: curatela representativa.

Anterior modelo: REGLA GENERAL (TUTELA)

CURATELA REPRESENTATIVA: excepción.

Artº 249: Esfuerzo considerable: no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias.

Trayectoria vital de la persona: sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Salvaguardas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios señalados y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera

Apoyos judiciales: curatela representativa. Autorización judicial.

Actos de trascendencia personal o familiar: cuando no pueda hacerlo por sí misma.

Bienes inmuebles y otros bienes especiales y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales.

Arrendamiento de inmuebles: más de seis años, y otros contratos .

Disponer a título gratuito de bienes o derechos, salvo los que tengan escasa relevancia y significado.

Renunciar derechos y otras actuaciones similares, salvo arbitraje de consumo.

Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

Gastos extraordinarios en los bienes.

Interponer demanda, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos

Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria

Nombramiento de curador

Personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado ejercicio de su función.

Las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a personas con discapacidad.

Imposibilidad: prestadores de servicios (art. 250 CC)

Exclusiones.

Auto curatela.

Llamamientos, preferentemente a familiares. Criterio judicial.

Otras medidas judiciales: defensor judicial.

Artículo 250. Cuando la necesidad de apoyo se precise de forma **ocasional**, aunque sea recurrente.

Artículo 295. Contenido más amplio:

1.º Cuando quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo temporalmente.

2.º Cuando exista conflicto de intereses.

3.º Cuando se tramite la excusa por el curador.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo y se considere necesario la administración de los bienes hasta que recaiga resolución.

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

- ventas, hipotecas, alquileres, herencias, administraciones patrimoniales de valores mobiliarios...

Objetivo inmediato: hasta la revisión de las resoluciones anteriores.

1.- Privaciones de derechos actualmente existentes: se tienen por no puestas.

- NO matrimonio, NO testamento, NO conducción vehículos de motor... DESAPARECEN.

2.- Situación de cargos anteriores:

- Tutores: curadores representativos de la nueva ley.
- Curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho: nueva ley.
- Patria potestad: igual, conforme a la vieja ley.

Objetivo inmediato: revisar todas las sentencias.

Revisión de medidas ya acordadas:

- se puede solicitar en cualquier momento. Un año para resolver.
- si no hay solicitud, revisión "de oficio" o a instancia del Fiscal en TRES AÑOS.
- ***Tramitación.***
- ***Consecuencias del cambio de modelo. ¿Más guardas de hecho?. Problemas sobrevenidos: prestaciones de seguridad social, IRPF...***

El día de mañana... nombramiento de curador.

- 1.- Por la propia persona: AUTOCURATELA.
- 2.- En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador a la persona o personas que los progenitores hubieren dispuesto:
 - en testamento.
 - en documento público.

El día de mañana... testamento de la persona con discapacidad por sí misma

- TESTAMENTO de la persona con discapacidad: artº 665 del Código Civil.
- La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, **a juicio del Notario**, pueda 1) comprender y 2) manifestar el alcance de sus disposiciones.

El notario procurará que la persona otorgante:

- desarrolle su propio proceso de toma de decisiones.
- apoyándole en su comprensión y razonamiento.
- y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

El día de mañana: testamento.

Testamento vasco: libertad.

Comisario foral, normalmente el cónyuge:

- facultades de reparto.
- disfrute mientras no se reparta.

El día de mañana: testamento de la persona con discapacidad por sus padres

IMPORTANTE NOVEDAD: Se deroga el artº 776 del Código Civil, que permitía a los padres "hacer el testamento" de sus hijos con discapacidad.

Al desaparecer la incapacitación, desaparece esta posibilidad, salvo respecto de los bienes dejados por los padres a los hijos. Los padres no podrán hacer testamento respecto de otros bienes que tengan los hijos por otro título (p.ej.: heredados de tíos, abuelos, ... ahorros obtenidos de su trabajo...)

Testamentos anteriores:

Válidos, en cuanto a los bienes heredados de los padres, no en cuanto a los demás.

Patrimonio protegido.

Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Poco conocida y de escasa aplicación.

Objetivo.

Formalización notarial y aportaciones futuras.

Mecanismos de control.

Ventajas fiscales.

En busca de la capacidad perdida...



Eskerrik asko! ¡Muchas gracias!

