

ELENA LÓPEZ BARBA (dir.)

**Estudios jurídicos  
sobre el bienestar social  
para una Andalucía más inclusiva**

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ    ELENA LÓPEZ BARBA  
M<sup>a</sup> DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO    LUCÍA PADILLA ESPINOSA  
M<sup>a</sup> DOLORES REGO BLANCO    M<sup>a</sup> FUENCISLA RUBIO VELASCO  
RAFAEL VERA TORRECILLAS    JOSÉ ZAMORANO WISNES

DYKINSON



ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL  
PARA UNA ANDALUCÍA MÁS INCLUSIVA



ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL  
PARA UNA ANDALUCÍA MÁS INCLUSIVA

Elena López Barba (dir.)

DYKINSON  
2023

Proyecto de Excelencia P18-RT-4629 «Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva» Financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Extravagantes, 14  
ISSN: 2660-8693

© 2023 Autores

Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1122-960-9  
Depósito legal: M-4334-2023

Versión electrónica disponible en e-Archivo  
<http://hdl.handle.net/10016/36469>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## ÍNDICE

- 9 Introducción. Elena López Barba
- 11 Sobre la necesidad de incrementar la tutela ante el despido improcedente: la viabilidad de una indemnización por daños y perjuicios. Juan Gorelli Hernández
- 57 El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Una (re)visión desde Andalucía. Elena López Barba
- 83 El régimen jurídico de autorización administrativa, declaración responsable, comunicación, acreditación y registro de entidades, centros y servicios sociales de Andalucía. María del Carmen Núñez Lozano
- 201 El acceso efectivo al procedimiento de protección internacional en España. Especial consideración a la situación de los menores solicitantes. Lucía Padilla Espinosa
- 253 Claves jurídicas de la educación inclusiva en las universidades públicas de Andalucía. M.<sup>a</sup> Dolores Rego Blanco
- 293 La protección social de colectivos vulnerables: especial atención a los inmigrantes. M.<sup>a</sup> Fuencisla Rubio Velasco
- 325 Aproximación histórica a las competencias de las diputaciones provinciales en materia de asistencia social: de la beneficencia a los servicios sociales. Rafael Jesús Vera Torrecillas
- 361 El derecho a la vivienda. Algunos elementos de su regulación en la legislación autonómica y estatal. José Zamorano Wisnes

EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD  
EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA  
Una (re)visión desde Andalucía

Elena López Barba  
Universidad de Huelva  
ORCID: 0000-0001-7973-4960

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La necesidad de un correcto enfoque del sujeto destinatario de las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica; 2.1. Falta de identidad entre la persona con discapacidad y la persona discapacitada; 2.2. Personas con discapacidad y medidas de apoyo; 3. La importancia de una adecuada correspondencia temporal; 4. El debido ajuste de contenidos.

### 1. Introducción<sup>1</sup>

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*<sup>2</sup> supone un revulsivo<sup>3</sup> en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad con discapacidad. Hasta el momento de la entrada en vigor de esta norma, el 3 de septiembre de 2021, las personas con discapacidad, en concreto, aquellas que padecían «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico» que les impidieran «gobernarse por sí misma»<sup>4</sup>, podían ser objeto de un proceso judicial de mo-

---

1 La presente publicación se corresponde con las conclusiones vertidas en los encuentros celebrados en el marco del Proyecto de Excelencia P18-RT-4629 «Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva» Financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

2 En adelante la Ley, BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021 <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

3 Para una visión conjunta de las novedades aportadas por la Ley 8/2021 puede consultarse Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.) y García Mayo, M. (dir.) (2021). *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. España: Wolters Kluwer.

4 Artículo 200 del Código civil redactado conforme a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela, en adelante (C.c.). BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983. <https://www.boe.es/eli/es/l/1983/10/24/13>

dificación de su capacidad, con la finalidad de declarar su incapacitación, total o parcial, de suerte que, en lo sucesivo, quedarían privadas del ejercicio de la capacidad para la toma de decisiones sobre su persona y sus bienes, ejercicio que quedaba sustituido o representado por la figura del tutor, o complementado a través del curador<sup>5</sup>.

En contraste con esta situación, la Convención de Naciones Unidas *sobre los derechos de las personas con discapacidad*<sup>6</sup>, ya en el año 2006, además de reconocer la titularidad de los derechos a todas las personas, también a quienes padecen una discapacidad –en sintonía con otras normas internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos) o nacionales (Constitución Española)– obliga a los Estados Partes<sup>7</sup> a desarrollar cuantas medidas fueran necesarias para garantizar el *ejercicio efectivo* de estos mismos derechos, sin distinción alguna, incluidos quienes padecen una discapacidad del tipo o de la intensidad que fuera<sup>8</sup>. Así el artículo 12.2 de la Convención, cuando expresa que «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», obliga, en paralelo, a los Estados, y a sus Administraciones, a adoptar cuantas medidas sean pertinentes para posibilitar el ejercicio pleno, sin discriminación.

Este mandato deviene Derecho interno, en virtud de lo previsto en el artículo 96.1 CE, tras la publicación en el BOE –21 de abril de 2008– del *Instrumento de Ratificación* –30 de marzo de 2007– de la *Convención* –13 de diciembre de 2006– en vigor desde el 3 de mayo de 2008<sup>9</sup>, pese a ello, la

---

5 Ramos Chaparro, E. (1995). *La persona y su capacidad civil*. Madrid: Tecnos.

6 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en adelante la Convención, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>

7 Artículo 4.1 de la Convención «Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad [...]».

8 Conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Convención, relativo a la igualdad y no discriminación. Para una mejor comprensión del significado del principio de no discriminación en orden al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, art. 12, se aconseja la lectura de la Observación General N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativa al igual reconocimiento como persona ante la ley.

9 Consúltense los artículos 96.1 de la Constitución Española y 45 de la Convención,

reforma de las normas sustantivas y procesales afectadas se demorará más de una década.

Sin que sea nuestra finalidad detenernos en estas páginas en las consideraciones que merecen esta falta de *diligencia* del legislador estatal, y, sobre todo, en las consecuencias que sobre la vida de las personas con discapacidad ha podido suponer el retraso en la adecuación normativa, lo cierto es que una vez reformadas las normas sustantivas y procesales, y de acuerdo con la organización de nuestro Estado, procede que desde cada Comunidad Autónoma, en nuestro caso, desde la Comunidad Autónoma de Andalucía (territorio de Derecho Común), se actúe eficazmente y, en la medida de lo posible, sin añadir mayores demoras. En esta tarea, entendemos que resulta vital que el legislador andaluz y los órganos de la Administración autonómica se replanteen algunas de las que, hasta ahora, han sido sus premisas en el tratamiento de estos asuntos, en el entendido de que con ello se avanzaría notablemente en la consecución del fin perseguido: facilitar, en su condición de Administración pública<sup>10</sup>, las medidas de apoyo que le sean exigibles para garantizar la accesibilidad universal<sup>11</sup> a quienes padecen alguna discapacidad que afecte

---

además de lo previsto en el artículo 5.1 C.c. y en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014 <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/27/25/con>

10 No olvidemos que los Estados firmantes están obligados a garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos por todas las personas, sin discriminación por razón de la discapacidad, de ahí que el Comité inste a la adopción de «medidas para reconocer explícitamente la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, y adoptar leyes y políticas que reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía de la voluntad y las preferencias de la persona», CRPD/ESP/CO/1, parr. 34, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fQPR%2f2-3&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fQPR%2f2-3&Lang=es)

11 Concepto que queda definido conforme al *III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía* (en adelante el Plan), páginas 88 y 89, aprobado por Acuerdo de 22 de marzo de 2022, del Consejo de Gobierno, BOJA núm 58, de 25 de marzo de 2022, <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2022/58/6>

En el citado Plan se refiere a la accesibilidad universal como «aquella condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para que las personas los puedan utilizar en condiciones de seguridad comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

La accesibilidad universal es algo que afecta a todas las personas. Sin embargo cobra especial importancia en el caso de las personas mayores o aquellas que tienen algún tipo

al normal desarrollo del ejercicio de la capacidad jurídica. Es a esta necesidad de reformulación previa, vital para alcanzar una resolución óptima, a la altura del reto planteado, a la que dedicaremos nuestro análisis.

2. La necesidad de un correcto enfoque del sujeto destinatario de las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica

*2.1. Falta de identidad entre la persona con discapacidad y la persona discapacitada*

De la lectura de las normas, así como de su posterior desarrollo y aplicación en el ámbito de las personas con discapacidad en Andalucía, en concreto, y en la materia que nos ocupa, las medidas de apoyo necesarias para la accesibilidad universal en el ejercicio de la capacidad jurídica, sorprende la persistente redirección *del total hacia una parte*. Insistentemente el legislador y el ejecutivo andaluz desvían el centro de atención hacia las personas discapacitadas (*una parte*) relegando o desdibujando a las personas con discapacidad (*el total*).

Si la finalidad es, o debería ser, dar solución y cobertura a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que a la Administración autonómica afectan, el sujeto receptor de las mismas no puede ser otro que el previsto en la Convención, por cuanto norma marco en la materia. Con total claridad, el artículo primero de la norma internacional, en su párrafo segundo, señala que «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»<sup>12</sup>. Esta podría valer como definición de persona con discapacidad. A efectos del artículo 12.2, se trataría de la discapacidad que haga precisa una medida de

---

de discapacidad y que todas las personas podemos, de forma temporal, ver disminuidas nuestras capacidades sensoriales, motoras, etc ya sea por enfermedad, accidente, etc. Con lo que es una cuestión esencial para toda la sociedad. Es un derecho de la persona como tal, que debe ser tratado para conseguir la equiparación de oportunidades».

<sup>12</sup> Así parece haberlo entendido también el legislador andaluz, cuando en el punto III de la Exposición de Motivos de la norma establece que «El título preliminar recoge las disposiciones generales que se refieren al objeto de la ley y sus personas destinatarias, asumiendo el nuevo concepto de la discapacidad que considera la misma como una situación que es fruto de la interacción de las condiciones personales y las diversas barreras que pueden impedir o limitar la participación social».

apoyo para el ejercicio, en condiciones de igualdad, de la capacidad jurídica –aunque no sea la finalidad el artículo 1 de la Convención ofrecer definiciones, como sí corresponde al artículo 2 de la misma norma–. Premisa que se mantiene en la reforma introducida por la Ley estatal 8/2021.

En este mismo sentido, respetuoso con la Convención, se expresa el legislador andaluz, cuando al inicio de la Exposición de Motivos de la Ley 4/2017<sup>13</sup> afirma:

Esta Ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía obedece a la necesaria adecuación de la normativa autonómica a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo [...] que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo [...] un cambio fundamental de las políticas públicas, que han de dirigir sus objetivos a lograr la accesibilidad universal, proporcionando los apoyos necesarios para alcanzarla con criterios de equidad y sostenibilidad a fin de avanzar hacia la vida independiente y hacia una sociedad plenamente inclusiva.

La Ley 8/2021 da cumplimiento, como ya anticipáramos, al mandato previsto en el artículo 12.2 de la Convención, en concreto el relativo al ejercicio efectivo de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad. En esta ocasión, se trata de aquellas discapacidades que afectan, de algún modo, a la formación del querer y entender<sup>14</sup>, tanto en la creación y manifestación del consentimiento, como en el conocimiento de las verdaderas consecuencias del mismo. No solo en la norma internacional referida, sino también en la estatal, el sujeto destinatario de las medidas de apoyo resulta ser la persona con discapacidad (el total) y no solo la persona con discapacidad discapacitada (una parte).

---

13 Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, BOJA núm. 191, de 4 de septiembre de 2017, BOE núm. 250, de 17 de octubre de 2017. <https://www.boe.es/eli/es-an/l/2017/09/25/4/con>

14 Pareciera que el legislador andaluz en la exposición de motivos de la Ley 4/2017 se adelantara a los desigños del legislador estatal de 2021, cuando expresa que «Paralelamente, también supone otorgar el protagonismo a las personas con discapacidad en el libre desarrollo de su personalidad y en la toma de decisiones sobre todos los aspectos de su vida, así como en la configuración de una sociedad inclusiva [...] subrayando la necesidad del respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad esencial a la condición humana; proclamando su autonomía e independencia individual así como su derecho a decidir por sí mismas, y destacando la necesidad de actuar sobre los diferentes entornos a través del principio de accesibilidad universal».

No queremos decir con esto que el reconocimiento de la discapacidad y su grado resulten irrelevantes, o carentes de significado, por el contrario, es una práctica que hasta el momento se ha revelado necesaria, por cuanto útil y válida. Pero eso no significa que cuando nos enfrentemos desde nuestra CCAA a la materialización práctica de lo previsto en las normas relativas a las personas con discapacidad, y su necesidad de medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, debamos de tener como punto de partida única, o esencialmente, a las personas que tengan reconocido previamente el grado de discapacidad, obviando el derecho a la accesibilidad universal que asiste a quienes simplemente encuentran las barreras en el ejercicio de su capacidad jurídica, y precisan de medidas de apoyo, incluso cuando no tuvieran reconocido el grado de discapacidad.

Volviendo sobre la Ley andaluza 4/2017, en su artículo 1, en consonancia con lo manifestado en la Exposición de Motivos, ordena que «La presente ley tiene por objeto: a) Promover y garantizar los derechos de las personas con discapacidad y de sus familiares en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...]», marcando en el artículo siguiente que «Se consideran personas con discapacidad las definidas en los apartados 1 y 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre».

De acuerdo con la norma citada<sup>15</sup>, y según lo previsto en el número 1 del artículo 4, en sintonía con la Convención: «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás», el número 2, del mismo artículo ordena que «Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento [...]».

Resulta de interés la solución prevista en la nueva disposición adicional cuarta del Código civil, cuando advierte que:

La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de

---

<sup>15</sup> BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013 <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con>

noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Pese a todo lo expuesto y la intención inicial expresada en las normas, en nuestra opinión, destaca la tendencia a equiparar, como si de una misma cosa se tratara, persona con discapacidad, con persona con discapacidad discapacitada, probablemente por la utilidad que esta segunda figura supone en la prestación de servicios por los poderes públicos.

Un ejemplo práctico de lo que queremos decir se evidencia si consultamos la páginas web oficiales de la Junta de Andalucía<sup>16</sup>, cuyo contenido informativo en el punto relativo a *las personas con discapacidad* se reduce a dos apartados, el primero, referido a la acreditación del grado de discapacidad y, el segundo, destinado a detallar la percepción de ayudas y prestaciones, supeditadas al reconocimiento previo del grado de discapacidad conforme a lo previsto en el apartado primero.

Pero el ejemplo más llamativo de esta identidad, por la relevancia del texto donde se recoge, y por la fecha en la que se adopta (posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021), se materializa en el texto aprobado por virtud del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 22 de marzo de 2022, en concreto, el III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía. Así, en este último texto, como punto de partida se afirma que «Se considera persona con discapacidad aquella con un porcentaje reconocido igual o superior al 33 %, situación que le da acceso a un conjunto de recursos, beneficios y prestaciones a los que se hace mención a lo largo del presente documento». Tras esta afirmación resulta equiparada, a efectos de un plan con pretensiones de actuación integral, la persona con discapacidad con la persona discapacitada, cuando lo cierto es que una persona discapacitada es una persona con discapacidad, pero no toda persona con discapacidad tiene por qué estar discapacitada, sin perder por ello su derecho

---

16 <https://www.juntadeandalucia.es/temas/familias-igualdad/discapacidad.html> (última consulta finales de 2022).

a la accesibilidad universal, de acuerdo con lo previsto en la Convención y en las Leyes. Es una obviedad, como ya sucediera con la anterior regulación, toda persona incapacitada resultaba ser una persona con discapacidad, pero no todas las personas con discapacidad, aunque reflejaran la misma patología, resultaban estar incapacitadas y no por ello estaban exentas del derecho a la protección.

En cualquier caso, la utilización inadecuada de la terminología conduce a la aplicación inadecuada de las consecuencias jurídicas que a cada concreto supuesto de hecho corresponde, toda vez que se ha cometido un error en la identificación de los sujetos. Así las cosas, y como efecto de sostener la coincidencia entre personas con discapacidad y discapacitadas, resulta que solo a estas últimas les podría corresponder, a modo de ejemplo, el derecho a recibir las medidas de apoyo necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica de la mano de una institución, persona jurídica de apoyo (anteriormente conocidas como instituciones tutelares). De acuerdo con la normas sustantivas y procesales aprobadas en 2021, estas personas jurídicas, en atención al contenido de la sentencia emitida por el órgano judicial, entrarían en juego, como prestadores de apoyo, en el caso de falta, insuficiencia o ineficacia de la previsión realizada por el sujeto interesado de medidas voluntarias o meramente de hecho. En estos casos, la autoridad judicial podrá resolver que preste este servicio una persona jurídica que tenga entre sus fines dar apoyo a las personas con discapacidad (incluidas las participadas por la Administración pública andaluza), sin que eso signifique, en modo alguno, que sea necesario, ni excluyente, el reconocimiento previo de un grado de discapacidad. Incluso, entendemos, que pueda ser la propia persona física y no solo un juez, la que pueda determinar mediante escritura pública que, en caso de necesidad, las medidas de apoyo sean ofrecidas por una determinada persona jurídica sin ánimo de lucro que tenga entre sus fines este servicio. Sujetar la actuación solo a los casos de personas con un reconocimiento de discapacidad previo, como si esa fuese la única población con discapacidad necesitada de medidas de apoyo para el desarrollo de su capacidad jurídica, no es un criterio acertado. Para tener acceso a las instituciones de apoyo, en cuanto mecanismo de prestación de las medidas de apoyo necesarias en el ejercicio de la capacidad jurídica, no es preceptivo, según la Ley 8/2021, que la persona con discapacidad tenga reconocido el grado de discapacidad, simplemente que en la resolución judicial en la que se establezca la medida de apoyo (curatela o defensor judicial), ante la falta de medidas de apoyo voluntarias y/o de hecho, se concrete que debe ser

prestada por una institución de apoyo, anteriormente conocida como institución tutelar<sup>17</sup>. Las Administraciones públicas, en virtud del mandato contenido en el artículo 12.3 de la Convención, quedan obligadas a ofrecer las medidas de apoyo que en cada caso precise una persona con discapacidad al tiempo de la toma de decisiones con trascendencia jurídica en el ámbito personal o patrimonial, de suerte que puedan ejercitar la autonomía de su voluntad en igualdad de condiciones con los demás mayores de edad.

La misma situación se produciría, por ejemplo, en la materialización de las cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la utilización de servicios como los facilitadores [artículo 7 bis, 2, c)] previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en estos casos, flaco favor se haría si el uso de esta medida se hiciera identificando la persona con discapacidad, únicamente, con la persona con discapacidad discapacitada<sup>18</sup>.

El Plan menciona la necesidad de diferenciar entre los conceptos de discapacidad y dependencia, de la misma manera que debió haber diferenciado entre los conceptos de personas con discapacidad y de discapacitados, de ahí lo inadecuado de titular un Plan como de apoyo a las personas con discapacidad, cuando luego esta se identifica únicamente con la persona que tiene reconocido un determinado porcentaje de discapacidad.

Redundando en la misma idea, en el desarrollo del Plan de Acción Integral, en el apartado relativo al conocimiento de la población destinataria, el cálculo de las personas con discapacidad se refiera solo a las personas con discapacidad a las que se les ha reconocido un grado concreto de discapacidad<sup>19</sup>, ¿quedan fuera de esta atención integral a las personas con discapaci-

---

17 Así en el propio Plan, página 68, se reconoce que «A 31 de diciembre de 2020, en las 8 Fundaciones Tutelares anteriormente citadas junto con otras entidades privadas de prestación de apoyos, había 2.325 personas con apoyos establecidos judicialmente. De ellas, la mayoría bajo la figura de la Tutela (2.034) y el resto (291) bajo la Curatela [...]».

18 Precisamente la falta de accesibilidad a la información y a los derechos que asisten a las personas con discapacidad pudiera estar detrás, como el propio Plan reconoce, del «bajo porcentaje de denuncias puede estar vinculado al hecho de que, como señalan las asociaciones, la información sobre el acceso a la justicia no se encuentra fácilmente accesible a las personas con discapacidad», p. 98.

19 Expresa el Plan «El número de personas con discapacidad en Andalucía, a 31 de diciembre de 2021, es de 578.509 personas, según cifras del Sistema Integrado de Servicios Sociales (SISS). Este número se corresponde con el total de personas valoradas en los Centros de Valoración y Orientación de Andalucía con un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Esto es, un 6,8% de la población andaluza en el año 2021».

dad todas las demás personas con discapacidad, bien porque no alcancen ese grado de discapacidad mínimo, bien porque, por el motivo que fuera, no se hubiesen sometido al correspondiente proceso administrativo? Esta decisión resulta llamativa, si como expresa la Consejera de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en la Introducción que acompaña al Plan, el éxito del mismo dependerá, entre otras variables, del acierto del diagnóstico, que debería comenzar, a nuestro entender, por la irrefutable determinación de los sujetos destinatarios.

Todo lo anterior podría llevarnos a la conclusión, errónea, de enfocar el sistema público de atención a las personas con discapacidad, en su obligación de ofrecer medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás mayores de edad, solo si se cumple con la premisa de que la persona con discapacidad esté provista, además, de un reconocimiento de un determinado porcentaje de discapacidad. Insistimos, aunque el reconocimiento de la discapacidad es un instrumento útil para según qué prestaciones o medidas, no puede ser, porque es contrario a la normativa internacional y a la estatal, el único instrumento, ni para todos los casos, para determinar si la persona es merecedora o no de una medida de apoyo. Además, el contenido del acuerdo publicado en el BOJA, por el que se aprueba el Plan, señala como finalidad del mismo «dar respuesta a las necesidades actuales de las personas con discapacidad y sus familias en Andalucía», que marca entre sus prioridades la *desintitucionalización*, lo que no deja de ser una paradoja toda vez que para estar sujeto a los beneficios del Plan parece, en todo caso, necesario haberse sometido a un proceso de reconocimiento administrativo del grado de discapacidad<sup>20</sup>.

## 2.2. *Personas con discapacidad y medidas de apoyo*

Tomando en este apartado como referente el texto aprobado en Andalucía como respuesta integral a las necesidades de las personas con discapacidad en nuestro territorio, y atendiendo a los trascendentes cambios producidos por la Ley estatal 8/2021, nos centraremos, de nuevo, sobre una cuestión ter-

---

<sup>20</sup> El propio Plan define el grado de discapacidad como «la valoración de la discapacidad expresada en porcentaje. Los criterios de valoración clínica se definen en virtud de las restricciones o limitaciones que las deficiencias imponen a la capacidad de la persona para llevar a cabo las actividades de la vida diaria (ABVD) y no en función de diagnósticos específicos».

minológica. El Plan aprobado en 2022 se hace eco del malestar de los colectivos afectados sobre la falta de precisión, que bien puede ser la evidencia de una falta de interés o de un exacto conocimiento de su situación, toda vez que denuncian la confusión entre las enfermedades mentales y la discapacidad intelectual.

Tradicionalmente el legislador venía distinguiendo entre la discapacidad física, psíquica y sensorial. Clasificación que se ha mantenido, pese a la reforma introducida por la Ley 8/2021, en leyes como la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*<sup>21</sup>. En contraste, el cuerpo de la Convención, en el número 2 del artículo primero, anteriormente transcrito, ya no aparece la referencia a la discapacidad psíquica y, en su lugar, se habla de las deficiencias mentales y de las deficiencias intelectuales. Entendemos que las asociaciones, en la denuncia recogida en el Plan Andaluz, lo que pretende es que en lo sucesivo las normas y las medidas previstas desde la Administración sean respetuosas con esta distinción.

Pese a evidenciar este deseo, sin embargo, el propio desarrollo del Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía no nos parece un buen ejemplo, al menos, de uniformidad y corrección, en cuanto a la utilización de los términos y las categorías que encierran. Prueba de ello es que en la página 38 comienza advirtiendo de que «las asociaciones consultadas ponen de manifiesto la confusión frecuente que, a todos los niveles se da entre “enfermedad mental” y “discapacidad psíquica” y subrayan la importancia de delimitar de forma adecuada ambas situaciones», para, a continuación, relatar una sucesión, casi interminable, de variaciones-confusiones terminológicas, lo que resulta muy llamativo en un texto de estas características al que se le debería exigir un trato y un cuidado especial, mayor, si cabe, que en otros textos previstos para otros destinatarios. Así, en la página 110, refiriéndose a la misma problemática afirma que «Existe una confusión extendida entre discapacidad psíquica, intelectual y la enfermedad mental que dificulta la mejor comprensión y el tratamiento de los datos», vuelve a insistir en esta idea en la página 248: «la confusión extendida entre discapacidad psíquica, intelectual y la enfermedad mental [...]».

Pero pese a recoger el sentir del colectivo asociativo, en la página 35 cuan-

---

21 BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41/con>

do realiza la clasificación general de los tipos de discapacidad se refiere a las física y orgánicas; a las sensoriales; y a las psíquicas, definiendo a estas últimas como: «Las personas con discapacidad psíquica presentan alteraciones de tipo conductual y del comportamiento adaptativo, generalmente derivadas del padecimiento de algún trastorno o enfermedad mental».

En atención a la rama de nuestro conocimiento científico, circunscrito al área del Derecho, en concreto, del Derecho civil, no nos consideramos aptos para entablar categorías en atención al tipo de discapacidad que afecte a cada persona, no obstante, esto no nos impide detectar la falta de un criterio uniforme y adecuado en el Plan, justo lo contrario de lo solicitado por las asociaciones afectadas. Pese a la sensibilidad demostrada al recoger la denuncia de los colectivos implicados, el Plan trasluce un *totum revolutum* de situaciones relativas a deficiencias mentales y a deficiencias intelectuales, como mínimo, poco clara.

Sirva como ejemplo la siguiente relación: en algunos de sus apartados parece diferenciar la discapacidad psíquica, de la enfermedad mental, página 38, de suerte que pareciera que en la discapacidad psíquica se englobaría la intelectual, para luego en la página 111 referirse a «Las personas con discapacidad de tipo intelectual y psíquica» o página 112 «Son escasos los programas de accesibilidad cognitiva destinados a la población con discapacidad psíquica e intelectual», también así en las tablas presentadas en las páginas 39 y 74, por lo que parece que ahora sería la enfermedad mental la que estaría incluida en la categoría de la discapacidad psíquica (así también en las páginas 98 y 107). O bien, entender que son tres: psíquicas, mentales e intelectuales, como en la página 110. O bien, recuperar la fórmula clásica, incluidos todos los supuestos bajo el paraguas de la discapacidad psíquica, así la tabla publicada en la página 57, que diferencia entre personas con discapacidad física, psíquica y sensorial (en la misma línea, las tablas contenidas en las páginas 58 y 59). O bien, cuando trata de conformar el colectivo de personas que con anterioridad a la reforma de 2021 podían ser incapacitadas judicialmente se refiere de manera diferenciada a la discapacidad intelectual, a la enfermedad mental, además de a la demencia senil, así página 68. O bien, en la tabla de la página 71, en cuanto a los tipos de discapacidad enumera: físicas y otras; donde incluye en este último grupo, como un todo, a intelectual, mental y sensorial.

Expresamente define la discapacidad intelectual como la que «se caracteriza por un funcionamiento intelectual inferior a la media, que coexiste junto a limitaciones en dos o más de las siguientes áreas de habilidades de adap-

tación: comunicación, cuidado propio, vida en el hogar, habilidades sociales, uso de la comunidad, autodirección, salud y seguridad, contenidos escolares funcionales, ocio y trabajo. Esta discapacidad origina durante el periodo de desarrollo neurológico (entre 0 y 18 años de edad)».

Huelga recordar la importancia de las cuestiones terminológicas en los textos jurídicos, su adecuada utilización es esencial, además de la configuración de las categorías, por lo que no es aconsejable que un texto con la importancia que se pretende desprender del III Plan de Acción Integral sea el que siembre de duda y confusión. La mera lectura atestigua un uso confuso, diríamos que inadecuado e irreflexivo, de los términos. Quizás, el origen de esta confusión esté en que para la elaboración de esta Plan se han manejado datos y fuentes provenientes de diferentes organismos, en el deseo, precisamente, de ofrecer una visión integral de la situación de las personas con discapacidad, pero eso no le exime de hacer una depuración previa y un tratamiento adecuado y uniforme de la terminología y las categorías que encierran, pues se pudiera dar el caso, como en el texto analizado, que la información aportada en cada uno de los apartados no guarde relación entre sí, debido a la disparidad de nomenclatura utilizada y la diferentes categorías referidas.

### 3. La importancia de una adecuada correspondencia temporal

Otra de las cuestiones a reconsiderar es si los textos publicados desde Andalucía resultan respetuosos con los cambios normativos que le preceden y resultan acordes con los mismos.

Un ejemplo muy llamativo, sobre el que volveremos en el siguiente apartado, relativo a las cuestiones de fondo, es lo que sucede en la Ley 11/2021 de 28 de diciembre, *por la que se regulan los perros de asistencia a personas con discapacidad en Andalucía*<sup>22</sup>. De acuerdo con esta Ley, posterior a la aprobación y entrada en vigor de la Ley estatal 8/2021, en su artículo 2, referido a las definiciones, en concreto, en la letra e) define a la persona destinataria de la norma como la propietaria del animal y la identifica como «la persona física o jurídica con capacidad de obrar a quien pertenece legalmente el perro de asistencia». Una de las claves de la modificación del Código civil, en su reforma de 2021, es la definitiva desaparición para las personas mayores de edad de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar ¿cómo es posible que

---

<sup>22</sup> BOJA núm. 1, de 3 de enero de 2022, BOE núm. 15, de 18 de enero de 2022 <https://www.boe.es/eli/es-an/l/2021/12/28/11/con>

un texto posterior haga alusión a la capacidad de obrar como elemento clave en la determinación del sujeto destinatario de la norma<sup>23</sup>?

También el III Plan andaluz nos va a servir como ejemplo, en esta ocasión, de la falta de cuidado sobre cuestiones de lógica temporal. Según el propio Plan especifica: este texto ve la luz con retraso, pues estaba prevista su aprobación y publicación con anterioridad, pero la situación producida con la pandemia en el año 2020, y sus devastadoras consecuencias, supusieron el aplazamiento de su publicación. Esta puede ser, y es, sin duda, la explicación, pero en modo alguno puede servir como justificación ante la más que evidente apariencia de descuido que desprende el texto por la falta de coherencia temporal.

Sin ser la cuestión más grave, no deja de ser significativa de esa falta de correspondencia temporal que en el Plan que se aprueba por acuerdo de 22 de marzo de 2022, publicado en el BOJA del día 25 del mismo mes y año, en la redacción del marco jurídico autonómico, se refiera como norma concerniente a la accesibilidad a la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, *relativa al uso en Andalucía de perros guía por personas con disfunciones visuales*, norma que, sin embargo, al tiempo de aprobación del Plan estaba ya expresamente derogada por la Ley 11/2021, de 28 de diciembre, *por la que se regulan los perros de asistencia a personas con discapacidad en Andalucía*.

La aprobación de la Ley 8/2021, no cabe duda, tal y como ya hemos expresado, marca un hito en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la necesidad de desarrollar medidas de apoyo adecuadas en garantía de la accesibilidad universal, pues se produce un cambio esencial, por cuanto el sujeto con discapacidad se sitúa en primer plano, actuando en lo sucesivo en primera persona en la toma de decisiones sobre su persona y sus bienes, sin ser relegado, como hasta ahora sucedía, a un segundo plano merced a las figuras interpuestas con el fin de sustituirlo o representarlo.

Lo primero que llama la atención es la falta de adecuación en las referencias normativas, la situación «de colapso» a la que el texto hace referencia, y que produjo la paralización de su publicación, no puede ser el argumento que todo lo justifique. A lo largo de la lectura del Plan, lo mismo pareciera que la norma 8/2021 no se hubiera aprobado aún<sup>24</sup>, o que estuviera en trámi-

---

23 Aunque llama, también, la atención la referencia hecha a la *capacidad de obrar* de las personas jurídicas.

24 Así en la página 53 del Plan, en relación a la protección jurídica, se alude a que

te<sup>25</sup>, o que se hubiera aprobado pero, aún no se hubiera producido su entrada en vigor, como si permaneciera todavía en un periodo de *vacatio legis*<sup>26</sup>.

La aparición de la Ley 8/2021, inesperada al tiempo de elaboración real del Plan, anterior al año 2020, sumado a la importancia de los cambios que incorpora, no se corresponde con los simples «retoques estéticos» con los que se pretendió salvar el texto del Plan ya elaborado (cerrado). La magnitud de los cambios normativos sobrevenidos bien mereció un mayor esfuerzo de adaptación a los nuevos tiempos.

#### 4. El debido ajuste de contenidos

A la luz de todo lo señalado, resulta urgente que el legislativo y el ejecutivo andaluz (re)planteen su regulación y su actuación desde el máximo respeto a cuantas novedades ha introducido la Ley 8/2021.

Desde la entrada en vigor de esta norma, que recordemos se produjo el 3 de septiembre de 2021, ajustándose –tardíamente– a lo prevenido en el artículo 12.2 de la Convención de 2006, desaparece en España toda posibilidad de establecer distinción alguna, en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica entre los mayores de edad, sobre la base de padecer una discapacidad, sea del tipo o de la intensidad que sea. Directamente relacionada con esta premisa, se concluye la desaparición de la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sin embargo, normas como la Ley 11/2021, de 28 de diciembre, *por la*

---

esta protección será prestada «por las entidades tutelares en los supuestos de incapacitación judicial (tutela, curatela, defensa judicial, administración de bienes)», o cuando en la página 140, entre las medidas a desarrollar, establece la necesidad de «Protocolizar la organización interna y funcionamiento de las entidades de apoyo tutelares de Andalucía».

25 Cuando en la página 140 del Plan se refiere *al Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil y legislación procesal*, como si la Ley no hubiese sido ya aprobada.

26 O en el caso de la página 67 del Plan: «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, ha supuesto un cambio en el sistema de apoyos a estas personas, que se encuentra en plena adaptación en nuestra Comunidad Autónoma, conviviendo con el modelo anterior con un predominio de las tutelas y la situación actual en las que las tutelas deben desaparecer en favor del sistema de apoyos». Es cierto que las sentencias judiciales por las que se declara la incapacitación y se nombra un tutor aún están en fase de revisión al tiempo de la publicación del Plan, pero no es el caso, en lo relativo a las instituciones, personas jurídicas, prestadoras de servicios de apoyo que, como tales, ya debieran estar adaptadas a la nueva norma en vigor.

que se regulan los perros de asistencia a personas con discapacidad en Andalucía, continúan recurriendo, como ya vimos, a la categoría de la capacidad de obrar al tiempo de la determinación del sujeto titular de los perros de asistencia, que habrá de ser una persona física o jurídica con capacidad de obrar.

De acuerdo con lo expresado, ninguna norma, ni ninguna actuación de la Administración, debiera perder de vista en la toma de sus decisiones que en el trato con los mayores de edad ha desaparecido la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. En adelante, únicamente nos referiremos a la capacidad jurídica (artículo 249 C.c.), que engloba la titularidad y el ejercicio de los derechos. Superar esta distinción no ha sido fácil, y muchos autores con anterioridad a la aprobación de la norma, también con posterioridad a la misma, manifestaron con contundencia su oposición al cambio<sup>27</sup>. Sin perjuicio de lo enraizado que resulte en nuestra tradición jurídica la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y las dificultades que esto entraña en orden a su definitiva superación, la erradicación de esta distinción de los cuerpos normativos de los Estados firmantes supone un notable avance en la consecución de los objetivos de la Convención, y como tal deberíamos aplaudir el paso dado por el legislador estatal en 2021. Decisión que, a todas luces, marca la forma de interpretación y aplicación de las normas precedentes que no queden expresa o tácitamente derogadas, pero desde luego, determina, qué duda cabe, el contenido de las posteriores a su entrada en vigor. En este nuevo orden, la discapacidad no puede convertirse, por inercia, en un elemento diferenciador entre sujetos iguales, mayores de edad, de suerte que padecer una enfermedad mental o padecer una discapacidad intelectual o

---

27 Álvarez Lata, N. y Seoane, J. A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Revista Derecho Privado y Constitución*, 24, 11-66 (23). Pérez de Ontiveros Baquero, C. (2009). La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 23, 335-368. Sánchez-Ventura Morer, I. (2015). Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En E. Alcaín Martínez (dir.). *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Valencia: Tirant lo Blanch. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, *ad exemplum*, Serrano Chamorro, M. E. (2022). Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales, *Actualidad Civil*, 2, febrero.

psicosocial se convierta en la clave para hacer desaparecer o restringir el ejercicio de los derechos que le son inherentes, entre otros, el poder de decidir, estrechamente ligado al libre desarrollo de la personalidad.

Los procesos judiciales de modificación de la capacidad celebrados hasta entonces no suponían más que una negación o una limitación de la capacidad del sujeto sobre la base del tipo y el grado de la discapacidad padecida, en consecuencia, sustentaban una restricción del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad para determinadas personas mayores de edad, apoyada en la presencia de un determinado tipo de discapacidad. Precisamente, estos procesos judiciales que concluían con el nombramiento de un tutor o un curador que sustituía o complementaba la falta de capacidad de obrar de las personas con discapacidad se convirtieron en uno de los puntos más conflictivos entre el Estado español y el Comité, órgano creado *ex profeso* por los artículos 34 y siguientes de la Convención para conocer de las medidas adoptadas por cada uno de los Estados Partes. Este organismo en más de una ocasión reprochó a nuestro país la permanencia de estos procedimientos, pese a su condición de Estado Parte de la Convención. Así puede comprobarse en la respuesta otorgada por el Comité en el año 2019 al informe presentado por nuestro país. Especialmente contundente resulta el párrafo 22 del mismo, cuando afirma que: «Al Comité le preocupa que el Código civil del Estado permita privar de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución en la adopción de decisiones».

Por lo que en el párrafo siguiente insta al Estado español a «que derogue todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduzca mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad»<sup>28</sup>.

---

28 Insistiendo así con la observación realizada en el año 2011, núm. 34 «El comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes». Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 19 de octubre de 2011. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2fi&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2fi&Lang=es)

Y todo ello pese a los notables esfuerzos seguidos desde todos los entes afectados, especialmente revelador resulta el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 cuya ponente fue la ilustre civilista Roca y Trías.

Consecuencia de la plena titularidad y ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, desaparecen los procedimientos judiciales destinados a modificar la capacidad del sujeto en atención a la discapacidad padecida (antiguos procedimientos de incapacitación judicial). Tan solo es posible ahora la distinción legal, que no judicial, entre capaz e incapaz entre los mayores y los menores de edad. Los menores de edad son incapaces, pues, pese a ser plenos titulares de sus bienes, derechos, obligaciones y deudas no tienen, sin embargo, poder, o pleno poder, de decisión sobre su persona y sus bienes, toda vez que el ejercicio de su capacidad jurídica corresponde a sus padres o tutores.

Siendo este el nuevo escenario sustantivo, la vía judicial es ahora el mecanismo residual, a falta de medidas voluntarias o de hecho, que sirve solo para la determinación de medidas de apoyo, entendidas estas como el instrumento que facilita a la persona con discapacidad la toma de decisiones en primera persona, actuando de acuerdo a su voluntad, deseos y preferencias. La vía judicial no puede ser ya el camino para determinar la modificación en el ejercicio de la capacidad del sujeto sobre la base de la discapacidad, pues tal determinación deviene discriminatoria y contraria a Derecho (artículo 5 de la Convención). La vía judicial será solo un instrumento más, y ni siquiera el preferente, para dotar de medidas de apoyo al sujeto que las precise. La medida de apoyo, también la adoptada judicialmente, no supone, como antaño, la previa declaración de la pérdida total o parcial de la capacidad, solo puede ser entendida como el instrumento del que se sirve la persona con discapacidad para poder ejercitar su plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. La función principal de la medida de apoyo ha de ser garantizar que en la toma de decisiones se cumpla con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, toda vez que el apoyo, sirve de instrumento para salvar la barrera con la que se encuentra la persona con discapacidad, porque solo una vez superada la barrera con la adecuada intervención de la medida de apoyo, podrá formarse y exteriorizarse, con todas sus consecuencias, su voluntad.

La intervención del poder judicial en la determinación de medidas de apoyo, corresponde, como ya hemos dicho, solo en el caso de que falten o se de-

muestren insuficientes o ineficaces las medidas voluntarias de apoyo adoptadas antes o durante la situación de discapacidad, y toda vez que se acredite la falta de un guardador de hecho.

Todo lo dicho, no es más que de la materialización del mandato incluido en el apartado 3 del artículo 12 de la Convención, cuando ordena a los Estados a adoptar todas las medidas de apoyo que sean pertinentes para hacer real el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en concreto, para facilitar el acceso a las personas con discapacidad al *apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*.

En la nueva regulación se apuesta de manera decidida por las medidas de apoyo de carácter voluntario (artículos 254 a 262 C.c.), que son las que en primer término deben tenerse en consideración. Se trata de medidas adoptadas con carácter previo o coetáneo a la situación de discapacidad, conforme al artículo 255 C.c. «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 los demás (...)» podrá recurrir a ellas, dando respuesta de acuerdo con su voluntad, a cuestiones tales como: la persona o personas que deberán prestar el apoyo, los asuntos o materias sobre los que se prestará el apoyo, la forma en el que se efectuará el mismo, los controles a los que serán sometidos, entre otras muchas cuestiones, y todo ello se recogerá en escritura pública otorgada ante notario. Nada impide, por ejemplo, que el sujeto en la escritura pública manifieste su deseo de que las medidas de apoyo, llegado el caso, presten su labor a través de la sustitución o representación. Pero esto es posible, porque es así como el propio sujeto ha ideado que sea la prestación de sus medidas de apoyo en el caso de que se precise. En este ejercicio de la autonomía de la voluntad para la libre determinación de las medidas de apoyo, puede valorarse, también, la posibilidad de que las medidas de apoyo sean prestadas por una persona jurídica con conexión con la Administración Pública, de ahí la importancia de que las reglas por las que estas se rijan, se encuentren debidamente adaptadas a la nueva normativa general. Todo ello, sin perjuicio del papel que les pueda corresponder jugar como resultado de las sentencias dictadas en el caso del establecimiento judicial de medidas de apoyo.

Aunque inicialmente las medidas de apoyo son lo que su propio nombre indica, un apoyo, un auxilio, un instrumento que permite que sea la propia persona con discapacidad, valiéndose de ellos, quien tome sus propias decisiones, eso no ha evitado que el legislador español, aun en contra de lo que se

desprende de la Observación nº 1 del año 2014, en ocasiones, admita la figura del curador como una medida de apoyo, además de *prevista, precisa* (art. 1301, nº 4 C.c.). En estos casos, la toma de decisiones será conjunta, entre el curador y la persona con discapacidad. Incluso en las situaciones más complejas, y de manera excepcional, puede establecerse que el curador adopte la decisión sustituyendo o representando a la persona con discapacidad, pero sin perder de vista cuál habría sido la voluntad manifestada por la persona con discapacidad si hubiese sido ella la que hubiese actuado, esto es, conforme a lo que entienda el curador hubiese sido su voluntad, deseos y preferencias (art.249, prf. 3º), anteponiéndose estas a la idea de actuación en interés de la persona con discapacidad. Todo ello, sin perjuicio de los casos en los que la aparición de la discapacidad se produjera a una edad tan temprana que impidiera al curador recurrir en la toma de decisiones a la trayectoria vital del sujeto, sus creencias y valores.

En consecuencia, desaparece el tradicional principio de actuación en interés de la persona con discapacidad, que resulta sustituido por el de la toma de decisiones por la propia persona con discapacidad, asistido de la medida de apoyo, si fuera necesaria, pero siempre conforme a su voluntad, deseos y preferencias. De ahí la importancia de la configuración adecuada de las medidas de apoyo a cada persona, en cada momento y para cada circunstancia. La clave está en su proporcionalidad, pues un apoyo insuficiente puede hacer que la persona con discapacidad actúe en el mercado desprotegida, sin que se garantice una posición de igualdad con los demás sujetos con quienes participa; mientras que una medida de protección excesiva resulta igualmente inadecuada, por cuanto obstaculiza el efectivo ejercicio de la capacidad jurídica por el sujeto, provocando el riesgo de actuaciones más próximas a la sustitución o a la representación.

Las medidas de apoyo judiciales (curador y defensor judicial) habrán de ir acompañadas de los mecanismos de salvaguarda que se consideren necesarios en cada caso, intentando que en todo momento prevalezca la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, impidiendo actos de representación o sustitución involuntarios, y evitando conflictos de intereses e influencia indebida.

Resultado de todo lo expuesto, en adelante, para el mayor de edad, la figura del tutor, persona física o jurídica, resulta inservible, como también lo es, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

La desaparición de la figura del tutor supone, inevitablemente, la revisión

de las normas de constitución y funcionamiento de aquellas personas jurídicas que tuvieran entre sus fines el desarrollo de acciones tutelares. Sobre este particular, obsérvese un dato que trasciende lo meramente terminológico, el III Plan andaluz, pese a ser posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, sigue refiriéndose a *las instituciones tutelares*, aunque aclarando, entre paréntesis, *ahora de apoyos*. Lo cierto es que de haberse interiorizado debidamente el cambio y de haberse llevado a buen término la reforma, dado que la norma ya estaba en vigor, no procedería hablar de instituciones tutelares (ahora de apoyos), sino de instituciones de prestación de apoyos, sin más.

No solo es que no se ha enfrentado el cambio de nomenclatura, es que no se ha enfrentado, y esto es lo importante, el cambio de los estatutos de constitución y funcionamiento de estas instituciones, pese a haberse superado el periodo de *vacatio legis* previsto por la norma<sup>29</sup>. Es cierto que la Ley 8/2021 marcó un periodo muy breve para su entrada en vigor, tan solo tres meses. Periodo que se antoja muy corto para una reforma de tal envergadura, máxime, si ese plazo resulta coincidir con los meses estivales (junio, julio y agosto de 2021). Recuérdese que la norma se publica en el BOE de 3 de junio de 2021 y entra en vigor el 3 de septiembre del mismo año. En su descargo puede decirse que esta reforma no hace más que materializar, con más de una década de retraso, el mandato previsto en el artículo 12.2 de la Convención de 2006, en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008, merced a la publicación en el BOE de 21 de abril de 2008 del Instrumento de ratificación de fecha 30 de marzo de 2007.

De acuerdo con el Plan, aprobado en virtud del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 22 de marzo de 2022, en su página 67 sostiene que la

---

29 Para algunos el periodo de *vacatio legis* de tan solo tres meses se entiende muy escueto, ante la importancia cualitativa y cuantitativa del cambio, pero lo cierto es que los representantes de los diferentes sectores afectados manifestaron su deseo de una pronta entrada en vigor de la norma que se aprobase, probablemente temerosos de que una excesiva *vacatio legis* contribuyese a una mayor demora en la puesta en marcha de los cambios previstos en la Convención de 2006 no sabemos, si asustados ante el que podíamos llamar rocambolesco antecedente de la demora en la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil. Sea por lo que fuera se apostó por la rápida entrada en vigor de la norma y a esa petición accedió el legislador, no solo porque marcó un periodo de adaptación, por ejemplo, en ámbitos como el judicial, el notarial, la administración de tan solo tres meses, sino que además, estos tres meses coincidieron con el periodo estival tan poco propicio para llevar a cabo transformaciones en estos entornos.

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, ha supuesto un cambio en el sistema de apoyos a estas personas, que se encuentra en plena adaptación en nuestra Comunidad Autónoma, conviviendo el modelo anterior con un predominio de las tutelas y la situación actual en las que las tutelas deben desaparecer en favor de apoyos.

Existen 22 entidades hasta ahora llamadas tutelares funcionando en Andalucía, 8 de ellas son Fundaciones en cuyos Patronatos participa la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, junto a otras entidades públicas y privadas. [...].

No sabríamos concluir con certeza de esta redacción, si lo que en marzo de 2022 se encuentra pendiente de adaptación es la situación de las personas con la capacidad modificada judicialmente conforme a la anterior Ley, a las que se les hubiese nombrado como tutor a una de estas *entidades tutelares*, en cuyo caso, la situación es acorde con lo establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley, relativa a la Revisión de las medidas ya acordadas.

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, 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.

O si a lo que se refiere, como el segundo de los párrafos transcritos hace pensar, es a la falta de adaptación de la forma de organización de las propias Fundaciones en las que participa la Consejería de Igualdad que, aún, en ese momento se siguen sujetando a sus estatutos originales, ideados como instituciones tutelares. Y ello a pesar de que a esa fecha ya debieron haberse adaptado a la nueva realidad normativa (en vigor desde primeros de septiembre de 2021), debiendo ser entidades sin ánimo de lucro que, entre sus fines, se encuentra la prestación de medidas de apoyo. Solamente, y con carácter residual y temporal, habrían de seguir respondiendo ante aquellos usuarios a quienes no se les hubiera revisado aún la anterior sentencia de modificación de capacidad, de acuerdo con los plazos señalados en la disposición transitoria anteriormente transcrita. En todos estos casos, las entidades afectadas deberán actuar conforme a lo previsto en la disposición transitoria segunda,

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

Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta 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, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor.

Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley.

Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.

Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior.

Y por encima de todo, sin olvidar lo previsto en la primera de las disposiciones transitorias, por cuanto establece que «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».

¿Podría decirse que esta tarea en todas las personas jurídicas en las que participa la Junta de Andalucía estuvieron lista a 3 de septiembre de 2021? ¿y lo están a finales de 2022? No es una tarea fácil de afrontar, pero sí una tarea pertinente y necesaria, en la que la iniciativa de los órganos de la Administración resulta fundamental, porque el colectivo afectado no siempre va a ser conocedor de los derechos que le asiste, ni de la forma de llevarlos a término.

Otra cuestión destacada, es el protagonismo que compete a las entidades del Tercer Sector, en su contribución a la defensa de los intereses de las personas con discapacidad, de suerte que la Junta de Andalucía debiera apostar decididamente porque todas las Entidades de Tercer Sector que tengan una directa participación en el ámbito de la discapacidad, domiciliadas en Andalucía, con actuación en nuestro territorio y que estén debidamente constituidas e inscritas, adopten el protagonismo que la nueva norma les concede, en

aras a servir efectivamente de puente de conexión entre los sujetos a quienes aglutinan y la Administración General del Estado, especialmente, y he ahí la novedad, con la Administración de Justicia, toda vez que el legislador ha señalado a las entidades del Tercer Sector como las propicias para participar en los expedientes de provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad, para lo que es preciso que cada una de las entidades del Tercer Sector de acción social esté «debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia», según lo previsto en el artículo 42 bis b) 2, párrafo 2º de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*. La función encomendada es muy importante, materializándose en el desarrollo del expediente seguido para la provisión de medidas de apoyo, con el fin de cumplir con el principio de subsidiariedad de las medidas de origen judicial,

La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del Tercer Sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial.

En este sentido, la primera de las disposiciones adicionales prevé el régimen de colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector en Acción Social.

1. El Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas que tengan transferidos los servicios en materia de administración de justicia podrán reconocer como entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras de la Administración de Justicia a aquellas organizaciones o entidades que reúnan los siguientes requisitos:

a) Estar legalmente constituidas como entidades de ámbito estatal o autonómico y, cuando proceda, debidamente inscritas en el correspondiente Registro administrativo de ámbito estatal o autonómico en función del tipo de entidad de que se trate.

b) Carecer de fines de lucro o invertir la totalidad de sus beneficios en el cumplimiento de sus fines institucionales no comerciales.

c) Desarrollar actividades de interés general, considerando como tales, a estos efectos, el impulso del reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.

d) Cualquier otro que se disponga legal o reglamentariamente.

2. Las entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras con la Administración de Justicia podrán desempeñar las siguientes actuaciones:

a) Informar, auxiliar, asistir, aportar conocimiento experto y, en general, cooperar con la Administración de Justicia en las materias propias de su ámbito, en los términos que se determine reglamentariamente.

b) Actuar como interlocutores ante el departamento ministerial o autonómico responsable de la Justicia a través de sus órganos de participación y consulta, en los términos previstos en la normativa que resulte de aplicación.

c) Colaborar con la Administración de Justicia en el diseño, desarrollo y aplicación de todo tipo de iniciativas, programas, medidas y acciones que redunden en la mejora del servicio público de la Justicia y de la percepción que la ciudadanía tiene del mismo.

d) Cualquier otra que se determine reglamentariamente.

3. El procedimiento para el reconocimiento como entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras de la Administración de Justicia y la concreción de los derechos y obligaciones que dicho reconocimiento comporta se regulará reglamentariamente.

En todo caso, la resolución de reconocimiento como entidad del Tercer Sector de Acción Social colaboradora con la Administración de Justicia, así como su revocación serán objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

En atención a este nuevo planteamiento legal, además de su consideración como interlocutoras, colaboradoras, cooperadoras ante la Administración General del Estado, de acuerdo con la Ley 43/2015<sup>30</sup>, se avanza ahora en la dirección de estrechar lazos de conexión con la Administración de Justicia, lo que, sin duda, redundará en beneficio de aquellos sectores de la población que encuentran más dificultad para el ejercicio de sus derechos ante la misma. El propio Plan andaluz pone de manifiesto la escasez de asuntos en la vía judicial relacionados con daños padecidos por las personas con discapacidad, circunstancia que fácilmente se responde en el caso de la discapacidad intelectual, la enfermedad mental y psicosocial, por tratarse de colectivos que encuentran una mayor dificultad de comprensión y valoración, ante posibles ataques, sobre el alcance de los derechos que le asisten. Por lo que se abre un periodo muy esperanzador, una vez que las entidades centradas en las personas con discapacidad, que formen parte del elenco de entidades del Tercer Sector, se conviertan, además, en instrumentos de colaboración con la Administración de Justicia.

Todo ello se suma al esfuerzo general por facilitar a las personas con disca-

---

<sup>30</sup> Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2015, <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/09/43/con>

pacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica, su participación en los procedimientos que les compete, ya sea en calidad de parte o cualquier otra. En este sentido se modifican la Ley de Enjuiciamiento civil y la Ley de la Jurisdicción voluntaria. En esta última, en su artículo 7 bis, en sí mismo destacable, por cuanto prevé *los ajustes para personas con discapacidad*, nos interesa resaltar ahora la letra c) del número 2, cuando prevé que «Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida».

Es, por tanto, la figura del facilitador un instrumento sobre el que se debe trabajar e incidir a todos los niveles, y uno de ellos debiera ser como esta figura, tal y como queda expresado desde la propia Exposición de Motivos de la Ley, puede actuar, siempre que lo desee la persona con discapacidad, pero *a su costa*. Circunstancia especialmente relevante si tenemos en cuenta que el nuevo modelo apuesta, fundamentalmente por la desjudicialización y, en su caso, el predominio de los expedientes de jurisdicción voluntaria, en los que, como sabemos, no siempre es preceptiva la intervención de letrado ni procurador, lo que evita en estos casos el acceso al servicio de abogado a través del sistema de asistencia jurídica gratuita. Todo ello puede suponer que, en ocasiones, una persona con discapacidad, sin los suficientes recursos, no solo no cuente con un letrado, porque al no ser preceptivo, como hemos dicho, no se correspondería con su derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino que podría no contar, tampoco, con la figura del facilitador, porque esta solo interviene a su costa.

Son estos, algunos de los asuntos que entendemos deben ser reflexionados por las autoridades competentes en el territorio andaluz, con el ánimo de seguir avanzando y mejorando la situación de las personas con discapacidad en el ámbito del ejercicio de su capacidad jurídica, de suerte que pronto podamos entender el acceso a las medidas de apoyo necesarias para la toma de decisiones como algo tan natural, permítasenos el ejemplo, como una rampa a la entrada de un edificio, que es el instrumento que hace efectivo el acceso a la persona con discapacidad física, y esto es así, porque la sociedad ya ha entendido que la dificultad no radica en el sujeto, ni en su discapacidad, sino en la barrera con la que se encuentra, por lo que es compromiso de todos, y de la Administración a la cabeza, dotar de medidas de apoyo adecuadas a cada caso.



**Unión Europea**

Fondo Europeo  
de Desarrollo Regional  
"Una manera de hacer Europa"

