

GUÍA PARA APOYAR LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS EN EL ESPECTRO DEL AUTISMO



2023

Contenidos

Autoría

Aida Lozano Pascual
Manuel María Rueda Díaz de Rábago
Eva Ribó Fenollós
Paloma Rodrigo Gutiérrez de la Cámara
Confederación Autismo España

Edita

Real Patronato sobre Discapacidad
www.rpdiscapacidad.gob.es

Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030
www.mdsocialesa2030.gob.es

Maquetación

Elia Mervi

Marzo 2023

NIPO: 132-23-017-1

Catálogo de Publicaciones Oficiales de la Administración General del Estado: <https://cpage.mpr.gob.es>

© PROHIBIDO SU USO COMERCIAL Y CUALQUIER MODIFICACIÓN NO AUTORIZADA. CENTRO PILOTO SOBRE TRASTORNO DEL ESPECTRO DEL AUTISMO.

Guía para apoyar la capacidad jurídica de las personas en el espectro del autismo por CENTRO PILOTO SOBRE TRASTORNO DEL ESPECTRO DEL AUTISMO, 2023.

Centro asesor del:



Gestionado por:



Introducción	9
CAPÍTULO 1: ¿Qué es la capacidad jurídica?	10
1. ¿Qué es la capacidad jurídica?	11
2. ¿La capacidad jurídica puede modificarse o limitarse?	11
3. ¿Qué son los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica?	11
4. ¿Quién los establece?	12
5. ¿Qué relación tiene la necesidad de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica con un grado de discapacidad o un grado de dependencia?	12
6. ¿Puede constituirse un apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica para un o una menor de edad?	12
7. ¿Puede casarse una persona con apoyos a su capacidad jurídica?	13
8. ¿Puede prestar consentimiento médico un persona con apoyos a su capacidad jurídica?	13

CAPÍTULO 2: ¿Qué supone la reforma? **14**

1. ¿Por qué es tan importante la Ley 8/2021? 15
2. ¿Cuales son los principios de esa ley? 15
3. ¿Qué es la accesibilidad y los ajustes razonables? 16
4. ¿Qué clases de medidas de apoyo a la capacidad jurídica hay? ¿Qué relación tienen entre ellas? 16
7. Las medidas voluntarias 17
8. La guarda de hecho 18
9. Las medidas judiciales: curatela y defensor judicial 25

CAPÍTULO 3: La revisión de la capacidad jurídica **34**

1. ¿Qué va a pasar con las antiguas curatelas, tutelas y las patrias potestades prorrogadas y rehabilitadas? 35
2. ¿Qué plazo hay? 35
3. Soy tutor o tengo la patria potestad prorrogada o rehabilitada, ¿qué tengo que hacer ahora con la nueva ley? 35
4. ¿Cómo es el proceso de revisión? 36
5. ¿Cómo acaba el expediente de revisión? 36
6. ¿Qué ocurre si no estoy de acuerdo con del resultado de la revisión? 37

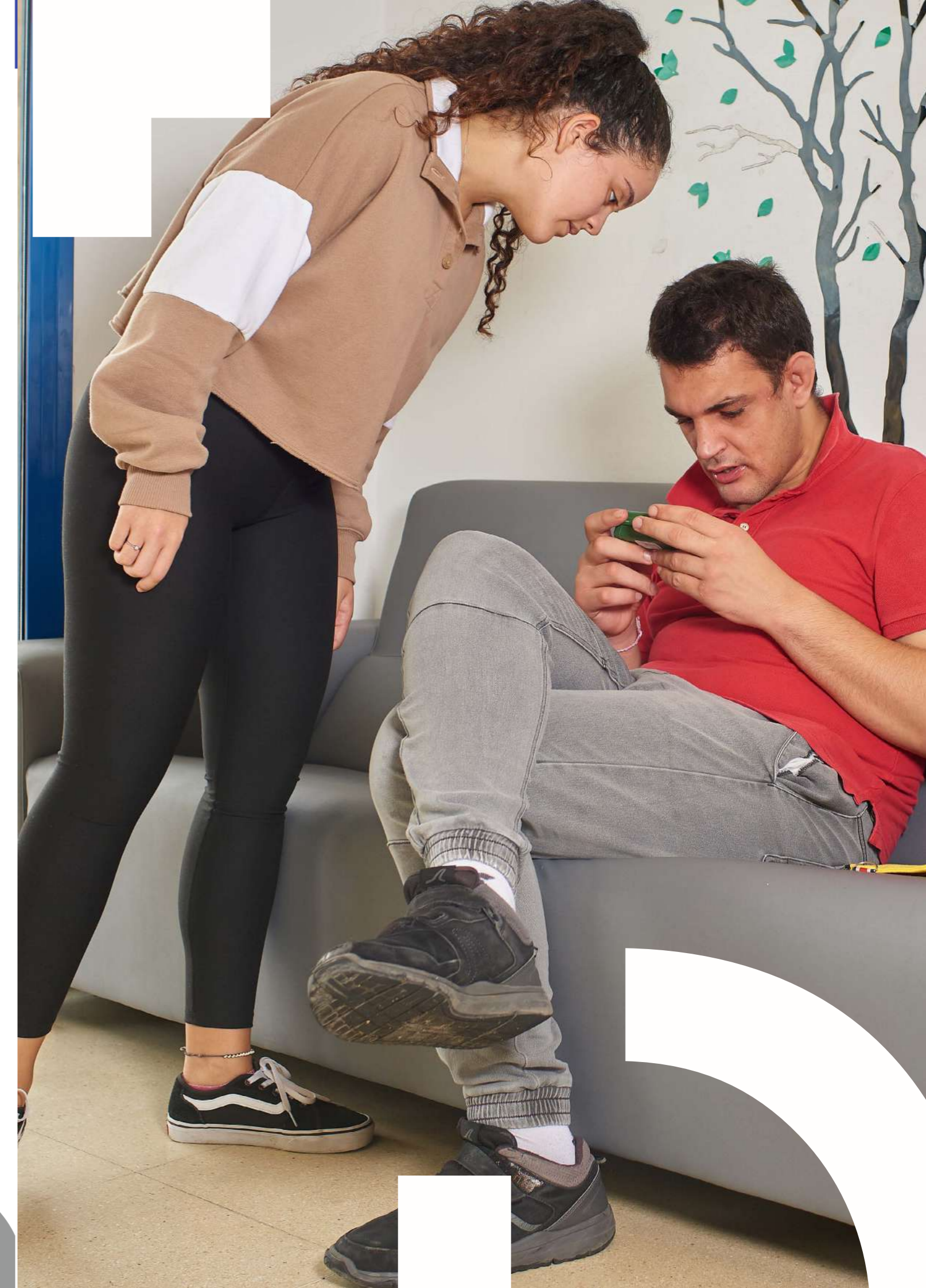
CAPÍTULO 4: Medidas de apoyo económico **38**

1. ¿Qué son y para qué sirven las medidas de apoyo económico en la discapacidad? 39
2. La persona con apoyos en su capacidad jurídica ¿puede hacer testamento? 39
3. ¿Cómo podemos ayudar a nuestro hijo o hija con apoyos a su capacidad jurídica con nuestros bienes? 40
4. ¿Podemos dejar todo nuestro patrimonio al hijo o hija con apoyos a su capacidad jurídica? 40
5. ¿Cómo permite la reforma dejar todo a nuestro hijo o hija? 41
6. ¿Podemos dejar lo más posible a un hijo o hija, a condición de que cuide al hermano o hermana con apoyos a su capacidad jurídica? 42
7. ¿Podemos encargar a un hijo o hija que administre lo de su hermano o hermana con apoyos a su capacidad jurídica? 43
8. ¿Podemos dejar al viudo o a la viuda que reparta cómo y cuándo quiera entre los hijos o hijas, y mientras tanto que los administre? 44
9. ¿Hay otras soluciones similares? 44

10. ¿Qué es el Patrimonio Protegido?	45
10.1 ¿Qué personas intervienen?	45
10.1.1 El que lo constituye	45
10.1.2 El que aporta los bienes	46
10.1.3 El beneficiario	46
10.2 ¿Qué puedo aportar al patrimonio protegido?	47
10.3 ¿Cómo se constituye el patrimonio protegido?	47
10.4 ¿Quién lo administra?	48
10.5 ¿Quién lo controla?	48
10.6 ¿Cuándo se extingue?	48
10.7 ¿Tiene algún beneficio de impuestos?	48

CAPÍTULO 5: Responsabilidad penal y civil de las personas en el espectro del autismo	50
--	-----------

CAPÍTULO 6: El papel de las personas especializadas y las familias en el apoyo a la toma de decisiones de las personas con apoyos en su capacidad jurídica	56
--	-----------





Introducción

La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad es un tratado internacional que protege los derechos de las personas con discapacidad en todo el mundo, aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York ha supuesto una revolución para muchos Estados parte que modificaron e introdujeron leyes en sus países para adaptarlas a los principios de la Convención.

Gracias a esto, en España se ha aprobado 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, que reconoce por primera vez en nuestro ordenamiento la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es decir, prima, por encima de todo, los deseos, preferencias y voluntades de la persona con discapacidad.

Esta ley es considerada por la doctrina como la más importante de derecho civil desde la Constitución.

Esta ley introduce una modificación en el lenguaje utilizado, pues ya no se habla de incapaz, incapacitado o discapacitado, sino que se sustituye por personas con discapacidad.

Se sustituye la tradicional protección de la persona con discapacidad por el apoyo a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a través de las medidas voluntarias, la guarda de hecho y las medidas judiciales.

El apoyo a la capacidad jurídica se refiere a los apoyos que necesita una persona para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás. Probablemente una persona que tenga reconocido un grado de discapacidad o dependencia pueda necesitar apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica pero no necesariamente, y de esto hablaremos en la presente guía, de las personas con discapacidad que necesitan apoyos en su capacidad jurídica.

CAPÍTULO 1

¿Qué es la capacidad jurídica?



¿Qué es la capacidad jurídica?

La **capacidad jurídica es la capacidad que tenemos todas las personas, por el hecho de serlo, de ser titulares de derechos y obligaciones**. Todos los seres humanos la tenemos desde que nacemos hasta que morimos.

La persona con discapacidad tiene plena capacidad jurídica y el derecho a tomar sus propias decisiones, y ejecutarlas, aunque pueda precisar apoyos para ello en algunos casos.

¿La capacidad jurídica puede modificarse o limitarse?

La capacidad jurídica **no puede modificarse ni limitarse**. Todos los seres humanos tenemos plena capacidad jurídica.

Esta afirmación no era una realidad en nuestro país hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 en la que se reconoce que todos tenemos los mismos derechos.

En la regulación anterior se hablaba de incapacitación o modificación de la capacidad. Esto ha desaparecido. Todas las personas pueden tomar las decisiones acerca de cómo quieren que sea su vida, desde el lugar de residencia, la posibilidad de contraer matrimonio, formar una familia recibir un determinado tratamiento médico, abrir una cuenta corriente, tener un empleo... aunque algunas personas necesiten un apoyo, más o menos intenso según sus circunstancias, para el ejercicio de esa capacidad jurídica.

¿Qué son los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica?

Los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica son aquellos medios o medidas que van a facilitar a la persona con discapacidad el ejercicio de estos derechos.

Cada persona con discapacidad requerirá unos apoyos diferentes en función de las necesidades que presente. Los apoyos permitirán que la persona con discapacidad se desenvuelva en su vida en igualdad de condiciones, respetando su dignidad.

Este apoyo puede limitarse a una mera asistencia, un acompañamiento o, puede que este apoyo tenga que ser representativo, es decir, contar que sea un tercero el que sustituya a la persona con discapacidad en la toma de decisiones ya que ésta no puede hacerlo ni siquiera con ayuda. Las medidas de apoyo se limitarán estrictamente a aquellos aspectos de la vida de la persona con discapacidad en los que la precisa, manteniendo su autonomía para todos aquellos aspectos en que se puede desenvolver de manera autónoma.

¿Quién los establece?

Los medios de apoyo **pueden establecerlos las propias personas con discapacidad a través de las medidas voluntarias acudiendo a una notaría.**

También pueden establecerlos los órganos judiciales después de un procedimiento judicial en el que se analizará la necesidad de apoyo y los ámbitos en los que la persona con discapacidad lo precisa, así como su intensidad.

En ocasiones el apoyo no se establece ni se constituye, sino que existe de manera natural e informal en forma de guarda de hecho. La guarda de hecho es el apoyo a la capacidad que ejercen quienes se encargan de atender, cuidar y apoyar a su familiar con discapacidad y es la medida de apoyo más frecuente.

¿Qué relación tiene la necesidad de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica con un grado de discapacidad o un grado de dependencia?

No guardan relación directa. Un reconocimiento de un grado de discapacidad o un grado de dependencia son decisiones adoptadas por una Administración que permiten acceder a prestaciones y recursos públicos.

El apoyo a la capacidad jurídica se refiere a los apoyos que necesita una persona para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

Probablemente **una persona que tenga reconocido un grado de discapacidad o dependencia pueda necesitar apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica pero no necesariamente.**

Por ejemplo, una persona con un grado de discapacidad elevado por presentar una ceguera puede no necesitar ningún apoyo para el ejercicio de sus derechos más allá de que la información relevante que le afecte deba facilitarse en braille o por medios auditivos. Y en sentido contrario, una persona con un grado de discapacidad del 40% basado en una discapacidad intelectual puede precisar un apoyo intenso para tomar decisiones de contenido económico importantes (por ejemplo, comprar una casa o pedir un préstamo).

¿Puede constituirse un apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica para un menor de edad?

Los y las menores de edad están sujetos a la patria potestad de sus progenitores que son quienes ostentan su representación legal y les corresponde velar por ellos, alimentarlos, educarlos y atenderlos de manera que normalmente no será necesaria una medida de apoyo durante la minoría de edad.

En caso de que los padres hayan fallecido o no puedan ejercer la patria potestad o se les haya privado de ella, se constituirá una tutela para los y las menores de edad por la autoridad judicial siendo los tutores quienes ostenten la representación legal. Esto ocurre con todos los y las menores de edad, tengan discapacidad o no.

No obstante, **sí se puede solicitar al juez la constitución de una medida de apoyo a la capacidad jurídica a la persona con discapacidad cuando ésta alcance los 16 años si es previsible que necesitará medidas de apoyo cuando llegue a la mayoría de edad.** Podrá solicitarlo el propio menor, los padres, el tutor si lo hubiera o el Fiscal. No obstante, debe tenerse en cuenta que si existe una guarda de hecho eficaz no se constituirá una medida judicial de apoyo.

¿Puede casarse una persona con medidas de apoyo a su capacidad?

Las personas con medidas de apoyo a su capacidad pueden contraer matrimonio o constituir una unión de hecho en los mismos términos que las personas que no presentan una discapacidad.

Ninguna resolución judicial podrá prohibir con carácter previo a una persona con discapacidad contraer matrimonio.

Según nuestro ordenamiento jurídico, las únicas personas que no pueden casarse son los y las menores de 16 años y quienes estén ya casados por un vínculo matrimonial no disuelto por divorcio o nulidad matrimonial.

En cualquier tipo de matrimonio es preciso tramitar antes un expediente en que la persona competente (encargado del Registro Civil, notario letrado de la Administración de Justicia, funcionario...) deberá valorar si la persona que pretende contraer matrimonio comprende su significado y su alcance pudiendo recabar cualquier información al respecto. Asimismo, deberá facilitar la expresión del consentimiento por los medios técnicos, materiales o apoyos humanos que faciliten su emisión.

Solo cuando se acredite que la persona que pretende contraer matrimonio presenta una condición de salud o cognitiva que, de modo categórico, le impide prestar consentimiento matrimonial pese a medidas de apoyo, no se autorizará el matrimonio.

¿Puede prestar consentimiento médico una persona con apoyos a su capacidad jurídica?

Según la Ley de Autonomía de Paciente, serán los propios médicos que atienden a la persona con apoyos a su capacidad jurídica quienes decidirán si el/la paciente puede prestar consentimiento médico para un acto médico, tratamiento o intervención analizando el caso concreto. Si a juicio del médico, el/la paciente no puede prestarlo por sí mismo/a, ese consentimiento se prestará por los familiares o allegados de la persona con discapacidad. No es necesario, por tanto, acudir a una autorización judicial.

Si existiese un curador representativo designado judicialmente para ello de manera expresa, lo prestará el curador en nombre de la persona con discapacidad.

CAPÍTULO 2

¿Qué supone la reforma?



¿QUÉ SUPONE LA REFORMA?

¿Por qué es tan importante la Ley 8/2021?

Esta Ley reconoce por primera vez en España que todas las personas, por el mero hecho de serlas, tienen plena capacidad jurídica. Las personas con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que las personas que no presentan una discapacidad.

Se introduce un nuevo concepto de discapacidad que no gira ya en torno a la protección de la persona con discapacidad sino en el apoyo a la persona con discapacidad, respetando en todo momento su dignidad, su voluntad, deseos y preferencias.

¿Cuáles son los principios de esa Ley?

- Respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.
- En el caso de que ni siquiera haciendo un esfuerzo considerable, la persona pueda manifestar esa voluntad, deseos y preferencias, se representará a la persona con discapacidad valorando su trayectoria vital, creencias y valores, siendo esto excepcional.
- Promoción de la autonomía personal.
- Proporcionalidad de los apoyos.
- Se sustituye la protección a las personas con discapacidad por el apoyo a la persona con discapacidad.
- Accesibilidad entendida en sentido amplio.
- Se reconoce una concepción dinámica de la discapacidad, los apoyos varían a lo largo de la vida de la persona y los apoyos judiciales han de revisarse necesariamente transcurrido un tiempo.
- Promoción de las medidas voluntarias y de los apoyos informales.
- Consecuencia de lo anterior, se consigue una desjudicialización razonable del sistema de apoyos.

¿Qué es la accesibilidad y los ajustes razonables?

Las personas con discapacidad se encuentran con barreras físicas, sensoriales, cognitivas o de comunicación que pueden dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las personas que no presentan esa discapacidad.

La nueva ley pretende introducir mejoras para garantizar esta accesibilidad a todos los servicios públicos y privados de manera que la discapacidad de las personas o sea un impedimento para poder acceder a ellos. Esta accesibilidad se articula a través de varios recursos, desde utilización de lengua de signos, pictogramas, eliminación de barreras arquitectónicas, validación en lectura fácil de documentos jurídicos o administrativos, la figura del facilitador en las relaciones de las personas con discapacidad con la Administración de Justicia... Todas estas medidas requieren posterior desarrollo legislativo e inversiones económicas para su implantación, pero esta ley pone las bases para ello.

¿Qué clases de medidas de apoyo a la capacidad jurídica hay? ¿Qué relación tienen entre ellas?

Las medidas de apoyo son de tres clases: las medidas voluntarias, la guarda de hecho y las medidas judiciales (curatela y defensor judicial).

Solo ante la inexistencia de medidas voluntarias suficientes y de una guarda de hecho eficaz podrá el juez constituir una medida judicial. Es decir, las medidas judiciales son siempre subsidiarias.

Es posible que coexistan las distintas medidas de apoyo. Por ejemplo, puede existir un poder preventivo otorgado por la persona con discapacidad para gestionar su economía que coexista con una guarda de hecho de un familiar que se encargue de atender las necesidades de alojamiento, comida y sanitarias de la persona con discapacidad.

También es posible que exista una guarda de hecho en ese aspecto personal ejercida por un familiar, pero sea necesaria una curatela económica designada por la autoridad judicial para que un tercero distinto a ese familiar gestione el apoyo que precisa la persona con discapacidad en el ámbito económico.

Las medidas voluntarias

¿Qué son las medidas voluntarias? ¿Quién puede constituir las y cómo?

Todas las personas mayores de edad o menores emancipadas presenten ya una discapacidad o en previsión de que el día de mañana puedan presentarla, podrán otorgar medidas voluntarias en escritura pública ante notario en que establezca las medidas de apoyo en relación a su persona y bienes que consideren oportunas.

Esta figura trata de potenciar la voluntad de la persona a la hora de configurar el sistema de apoyos. La persona otorgante decide quién, cuándo, cómo, en qué condiciones y con qué controles o salvaguardas se va a prestar el apoyo que necesita hoy o que puede necesitar en el futuro.

El abanico de posibilidades es amplísimo, pudiendo referirse a la típica figura del poder, a la guarda de hecho o a la curatela judicial, o configurar un sistema de apoyos individualizado de acuerdo con las preferencias y necesidades de la persona, siempre con el asesoramiento del notario que adoptará las medidas necesarias para facilitar a la persona la expresión de su voluntad.

En estas medidas voluntarias se pondrá por escrito si quiere ir a una residencia o desea que se le atienda en casa, decidir la persona que quiere que tome las decisiones médicas, quién y cómo quiere que gestione su economía, o la persona y el modo en que desea que se tomen las decisiones sobre sus propiedades y posesiones, diseñar su programa de cuidados, etc.

Clases de medidas voluntarias: los poderes preventivos y la autocuratela

Aun cuando se puede diseñar un sistema totalmente individualizado de apoyos, el Código Civil desarrolla con más detalle dos tipos de medidas voluntarias: poderes preventivos y autocuratela.

Con los poderes preventivos la persona otorga un poder a favor de una o varias personas, ya sea un poder general o para actos concretos que entrará en vigor cuando se dé una determinada circunstancia que evidencie que la persona necesita un apoyo. Es decir, son poderes con entrada en vigor diferida. Puede establecerse que el poder entre en vigor cuando se le reconozca un grado de discapacidad, un grado de dependencia, cuando según informe médico tenga afectadas sus facultades cognitivas. Asimismo, se podrá disponer que ese poder subsista aun en el caso de nombrarse un curador por la autoridad judicial. Como hemos visto, estos poderes podrán referirse no solo a aspectos puramente patrimoniales o económicos, sino que podrán referirse a aspectos de carácter personal. Se podrá establecer que este poder subsista aun en el caso de que el día de mañana se nombre un curador.

Con la figura de la **autocuratela**, la persona con discapacidad diseña la medida judicial que puede ser necesario constituir en el futuro. Podrá determinar qué persona desea que sea nombrada curador o establecer quién no desea que sea nombrado. También se podrán establecer disposiciones acerca del funcionamiento de la curatela, normas de funcionamiento o mecanismos de control. Son, por tanto, disposiciones para regular la medida judicial de la curatela para el caso de que sea necesaria acudir a ella en el futuro.

Lo dispuesto en la autocuratela vinculará a la autoridad judicial a la hora de constituir la curatela y el poder subsistirá con algunas excepciones, por ejemplo, que se acreditasen circunstancias sobrevenidas que el poderdante desconocía en el momento de otorgar es poder y que se presuma que de haberlas conocido no las hubiese otorgado.

Además de la autocuratela se prevé también la posibilidad de **“heterocuratela” es decir, la posibilidad de designar en escritura pública la persona que deseamos que sea designado curador de nuestro cónyuge o nuestro hijo**. No obstante, esta designación no vincula totalmente a la autoridad judicial ya que tendrán preferencia la persona designada por la propia persona con discapacidad, su cónyuge o persona asimilada, después los hijos, hijas o descendientes y si fuesen varios a los que convivan con la persona a la que se refiere el apoyo, o a los progenitores o ascendientes y si fuesen varios al que conviva con la persona a la que se refiere el apoyo y solo después se valorará al designado por el cónyuge o progenitores en escritura pública.

La publicidad de las medidas voluntarias

Las medidas voluntarias se inscriben en el Registro Civil pero su publicidad está restringida y solo podrán acceder a esta información el propio interesado o interesada, o quien éste autorice, el apoderado preventivo, el designado o las autoridades o funcionarios públicos que precisasen conocer esta información para el ejercicio de sus funciones.

Así, por ejemplo, antes de constituir una medida judicial de apoyo se solicitará información al Registro Civil para constatar si la persona respecto de la que se va a constituir ese apoyo ha otorgado medidas voluntarias, y ello para respetar su voluntad, deseos y preferencias.

Si existen medidas voluntarias y son suficientes y cubren todas las necesidades de apoyo a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, no podrá constituirse una medida judicial de apoyo (curatela o defensor judicial).

La guarda de hecho

¿Qué es la guarda de hecho?

El guardador de hecho **es la persona que se preocupa y se ocupa, atiende, ayuda, apoya, cuida y vela por la persona con medidas de apoyo a su discapacidad y sus intereses sin que exista una autorización escrita** (un poder) **o una resolución judicial** (una curatela) que le habiliten para ello. Normalmente serán familiares, pero también pueden ser allegados. No se exige convivencia ya que es perfectamente posible ser guardador de hecho de una persona con discapacidad que se encuentra institucionalizado en un centro residencial o que convive incluso con otra persona.

La realidad es que la mayoría de los apoyos y atenciones que precisan las personas con discapacidad se prestan de manera informal dentro del núcleo familiar. Se pretende que siga siendo así, y solo se acuda a otorgarle formalismo cuando sea estrictamente necesario.

Por ejemplo, son guardadores de hecho los padres que atienden a sus hijos e hijas con TEA ocupándose de la cobertura de sus necesidades. O los hermanos o hermanas de personas con discapacidad que continúan en esa atención cuando sus padres ya no son capaces o han fallecido.

¿Cuáles son las funciones de un guardador de hecho?

El guardador de hecho puede desempeñar sus funciones en aquellos aspectos en los que la persona con discapacidad pueda necesitar apoyo.

En el aspecto personal, puede encargarse de procurarle alojamiento, alimentos, asistencia sanitaria, educación, formación u ocio (campamentos, actividades formativas, talleres..., solicitar servicios o prestaciones sociales (centro de día, ayuda domiciliaria...), renovación de documentación u obtener información médica.

En el aspecto patrimonial la **ley le faculta expresamente a solicitar prestaciones públicas en nombre de la persona con apoyos a su capacidad jurídica** (reconocimiento de grado de discapacidad, solicitud de dependencia, tramitación de pensiones o prestaciones de hijo a cargo u orfandad...) y realizar actos jurídicos de escasa relevancia económica pudiendo realizar gastos ordinarios menores dirigidos siempre a atender las necesidades de la persona con apoyos a su capacidad jurídica (como domiciliaciones de suministros, por ejemplo), y tomar decisiones cotidianas que no supongan un cambio relevante en la vida de la persona con apoyos a su capacidad jurídica a la que apoyan.

La mayoría de la doctrina considera que también podrá realizar la administración ordinaria de los bienes de la persona con apoyos a su capacidad jurídica destinando los mismos a la cobertura de sus necesidades (por ejemplo, pagos de residencia o centros de día, gastos de alimentación ordinario, artículos de higiene, medicamentos o productos de farmacia...).

Las entidades bancarias están actualizando sus procedimientos para garantizar a los guardadores de hecho la posibilidad de ejercer estas funciones.

El guardador apoyará a la persona con discapacidad para que ésta, en la medida de lo posible, pueda manifestar su voluntad, deseos y preferencias y participar activamente en el ejercicio de sus derechos, acompañándole, asistiéndole y facilitando su comprensión.

En algunas ocasiones, el guardador de hecho deberá representar a la persona con apoyos a su capacidad jurídica porque ésta no puede expresar su voluntad, deseos y preferencias, y en ese caso deberá solicitar autorización judicial para hacerlo.

¿Para qué actos tiene que pedir autorización judicial un guardador de hecho?

El guardador de hecho tendrá que pedir autorización judicial para representar a la persona con apoyos a su capacidad jurídica salvo para esos actos de escasa relevancia económica o trascendencia personal.

En todo caso, **deberá pedirla en los mismos casos que el curador representativo tiene que solicitar autorización judicial.** Ya se sea guardador de hecho, ya se sea curador representativo, es necesario solicitar autorización judicial para realizar los siguientes actos en nombre de la persona con discapacidad a la que se apoya:

- Para realizar actos de trascendencia personal o familiar (salvo consentimientos médicos que ya hemos visto que se rigen por una norma especial).
- Para vender o hipotecar bienes inmuebles (pisos, fincas, casas, solares...), empresas, comercios o bienes de especial significado personal o familiar, objetos de extraordinario valor (un cuadro valioso, por ejemplo), joyas, o valores mobiliarios que no coticen en mercados regulados (acciones o participaciones sociales que no coticen en Bolsa), alquilar bienes inmuebles por más de seis años, o celebrar contratos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad.
- Donar o regalar bienes o derechos de la persona con apoyos a su capacidad jurídica, salvo de escasa entidad.
- Renunciar a derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones de la persona con apoyos a su capacidad jurídica.

- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiarla herencia. La partición de herencia o división de cosa común tiene que ser aprobada judicialmente después.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona con apoyos a su capacidad jurídica (grandes reformas de la vivienda propiedad de la persona con discapacidad, por ejemplo)
- Interponer demanda en nombre de la persona con apoyos a su capacidad jurídica salvo asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- Prestar dinero o pedir préstamo en nombre de la persona con apoyos a su capacidad jurídica, o dar avales o fianzas en su nombre.
- Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia o similares cuando requieran una aportación o inversión extraordinaria por su cuantía.

En cualquier caso, el guardador de hecho podrá acudir a la autoridad judicial para solicitarle autorización para representar en otros actos o negocios jurídicos distintos a los enumerados si tienen trascendencia importante o gran repercusión en la vida o patrimonio de la persona con discapacidad.



¿Cómo solicita un guardador de hecho autorización judicial para representar a la persona con apoyos a su capacidad jurídica?

Actualmente **no es necesario solicitarlo a través de abogado ni es preciso procurador**. No obstante, nada impide que se articule a través de un abogado que ofrecerá un asesoramiento jurídico especializado tanto antes como durante la tramitación del procedimiento a los interesados. **Solamente en casos excepcionales en que el juzgado considere** que por su entidad requiere asesoramiento profesional, **se podrá exigir que intervenga un abogado**.

Deberá solicitarlo en un escrito dirigido al juzgado del lugar donde vive la persona con apoyos a su capacidad jurídica indicando los datos de la persona con discapacidad y explicando en qué sentido no puede prestar por sí misma un consentimiento válido para el acto jurídico que se pretenda. Se aportará un informe médico que acredite cuál es la discapacidad que presenta.

Será necesario acreditar la guarda de hecho y exponer con detalle cuál es el acto jurídico para el que se pide autorización y en qué medida es necesario o conveniente para la persona con discapacidad.

Por ejemplo, si se pide autorización para representar a la persona con apoyos a su capacidad jurídica en la herencia de un familiar, deberá aportarse certificado de fallecimiento del familiar, el testamento si existiese, acreditar el parentesco y que la persona con discapacidad tiene la condición de heredero y cómo se repartiría.

Si se solicita autorización judicial para vender un bien inmueble (un piso, una finca...) del que la persona con discapacidad sea propietaria o copropietaria, deberá aportarse certificación del Registro de la Propiedad donde figure la titularidad, acreditar en qué medida es necesario o conveniente proceder a esa venta, y aportar siempre una tasación del bien inmueble realizada por un perito.

El juez o el fiscal podrán pedir que se aporte más documentación, o podrán recabar los informes que consideren necesarios tanto para acreditar la guarda de hecho como la conveniencia o necesidad del acto que se pretende.

Se oirá a la persona con apoyos a su capacidad jurídica acerca de esta cuestión, y se celebrará una comparecencia en la que se oirá al guardador de hecho, y a cualesquiera otras que se consideren necesarias. También se oirá al Ministerio Fiscal.

El juez dictará auto autorizando al guardador de hecho para realizar ese acto concreto, estableciendo en su caso los límites o controles que considere necesarios; o bien denegando esa autorización si considera que no ha quedado acreditada la guarda de hecho o que el guardador puede realizar ese acto sin necesidad de autorización judicial.

¿Cómo se acredita la guarda de hecho?

Hay muchas maneras que acreditar la guarda de hecho, no está regulado cómo debe acreditarse de manera que puede acudir a muy distintos medios para acreditar esta guarda. Algunos de ellos pueden ser un acta de notoriedad elaborada por un notario, un informe emitido por el trabajador social de referencia, un informe social emitido por el responsable del centro residencial o centro de día donde acuda la persona con discapacidad de la que se desprenda la existencia de ese apoyo, una declaración responsable ante la Administración o entidad bancaria, documentos administrativos que acrediten la persona de referencia de la persona con apoyos a su capacidad jurídica, la resolución judicial dictada en expediente de provisión de apoyos en que no se nombre curador por existir una guarda de hecho, el decreto del Fiscal en Diligencias Preprocesales en que acuerde no interponer solicitud de medida de apoyo judicial por entender que existe una guarda de hecho, mediante la audiencia de dos o más testigos que informen al juez quién actúa como guardador de hecho de la persona con discapacidad.

¿Cuándo se considera que una guarda de hecho no es eficaz o suficiente?

Es posible que la persona con apoyos a su capacidad cuente con apoyos informales a través de la guarda de hecho ejercida por familiares o allegados, pero sin embargo no se considere eficaz o suficiente estos apoyos y dé lugar a que se constituyan medidas judiciales de apoyo (curatela o defensor judicial)

No podemos perder de vista que la guarda de hecho solo será eficiente si existe una colaboración, o al menos no existe oposición, por parte de la persona con apoyos a su capacidad jurídica. Si la persona con discapacidad se opone a los apoyos que le brindan sus guardadores de hecho éstos no podrán llegar a ser eficaces por lo que será necesario acudir a una medida judicial.

Por ejemplo, la persona con discapacidad que precisa apoyos en el ámbito de la gestión económica por no ser capaz de gestionar sus ingresos de manera autónoma por incurrir en gastos excesivos e injustificados puede no aceptar que sus familiares le apoyen en esta gestión o se asesoren y supervisen sus gastos. En ocasiones, estas discrepancias afectan de manera relevante a la relación familiar por lo que puede considerarse que la guarda de hecho no es eficaz.

Otra situación habitual en que se considera que no es eficaz la guarda de hecho es cuando varios familiares se arrojan simultáneamente la condición de guardador de hecho tomando decisiones contradictorias o cuestionando la actuación de los otros familiares.

La guarda de hecho no será suficiente cuando la persona que precisa el apoyo en el ámbito económico cuenta con un patrimonio que precise numerosas actuaciones a lo largo del tiempo, o incluso una gestión profesional.

Pensemos por ejemplo en una persona con apoyos a su capacidad jurídica que cuente con empresas o establecimientos mercantiles que gestionar, o un patrimonio muy importante que requiera actuaciones reiteradas para su gestión o conservación.

Cuestión distinta son los supuestos en los que tengan que intervenir en el mismo acto o negocio jurídico la persona con discapacidad y su apoyo y exista conflicto de intereses. En estos casos, aun cuando se mantenga la guarda de hecho, se nombrará un defensor judicial para ese acto o negocio jurídico concreto.

¿Qué controles hay para el ejercicio de la guarda de hecho?

Cualquier persona interesada podrá solicitar al juez que el guardador de hecho informe a éste de su actuación a fin de conocer cómo se está desarrollando esa guarda de hecho y corregir posibles deficiencias. También se puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal para que éste lo solicite al juez.

En estos casos es posible que el juez establezca medidas de control al guardador de hecho, como que presente cuentas o informes anuales al Juzgado, que informe de su actuación a familiares o allegados, que facilite contactos o comunicación de familiares con la persona con discapacidad.

Es posible también tras esa petición de información se considere que la guarda de hecho no es eficaz y se inicie el procedimiento para constituir una medida judicial de apoyo.

¿Qué ocurre con los gastos derivados de la guarda de hecho?

El guardador podrá reembolsar con cargo al patrimonio del guardado los gastos en que hubiese incurrido en el ejercicio de la guarda. Y en su caso, rendir cuentas de ellos a la autoridad judicial.

Las medidas judiciales: curatela y defensor judicial

Las medidas judiciales de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica son dos: la curatela y el defensor judicial

Al contrario de lo que ocurría con anterioridad a la Ley 8/2021, cuando la mayoría de las personas con discapacidad eran sometidas a un procedimiento judicial en el que se le incapacitaba o se modificaba su capacidad jurídica, el nuevo sistema diseñado pretende una desjudicialización razonable de los apoyos.

Es decir, hoy el día estas medidas judiciales solo pueden adoptarse cuando no hay medidas voluntarias y el apoyo que la persona precisa no puede prestarse a través de la guarda de hecho. Son, por tanto, subsidiarias; el último recurso al que puede acudir, hasta el punto de que, si el juez constata que hay medidas voluntarias eficaces o una guarda de hecho eficiente, no constituirá la medida judicial de apoyo, aunque se lo soliciten.

¿Qué es una curatela y qué clases de curatela hay?

La curatela es la medida judicial de apoyo que se constituye a favor de una persona con discapacidad que precisa un apoyo continuado en el tiempo en el ejercicio de su capacidad jurídica. De acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad se limitará a aquellos aspectos recogidos en la resolución judicial que la constituya establezca que la persona con discapacidad precisa apoyo.

Puede ser de dos clases, asistencial o representativa siendo esta última excepcional.

En cualquier caso, el curador solo podrá desempeñar su labor en relación con los aspectos concretos que se hayan señalado en la sentencia.

Por ejemplo, es posible que la curatela se limite exclusivamente al aspecto sanitario (toma de decisiones de carácter médico o seguimiento de tratamientos), o a la gestión ordinaria de las cuentas corrientes, o a la enajenación de bienes inmuebles o celebrar contratos de préstamo...



¿Qué es la curatela asistencial?

La curatela asistencial es la medida judicial de apoyo en virtud de la cual el curador asiste, asesora, acompaña, informa, facilita, acompaña a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones y la ejecución de esa decisión.

El curador asistencial no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, ni le representa en ningún caso.

Ayuda a la persona con discapacidad para que ésta pueda tomar su propia decisión explicándole, informándole, haciéndole más sencilla la comprensión de la información, acompañándole en la expresión de su voluntad.

Por ejemplo, es posible que una persona con autismo necesite la ayuda de un curador asistencial para comprender cómo funciona una cuenta corriente o una tarjeta de débito, o para entender cómo se ahorra dinero, o cómo organizar los gastos mensuales para que no superen sus ingresos. En este caso, puede nombrarse un curador asistencial que acompañará a la persona con discapacidad en la gestión de su economía, asesorándole, explicándole, pero recayendo en la persona con discapacidad la decisión última sobre esas cuestiones. En otras ocasiones, es posible que una persona con autismo pueda requerir apoyo para la comprensión de trámites o solicitudes administrativas como pueden ser las solicitudes de dependencia, inscripciones en cursos o talleres, de solicitud de recursos asistenciales. La decisión la tomará la persona con discapacidad, pero el curador asistencial designado para apoyarle en trámites administrativos deberá facilitarle la comprensión de la información y acompañarle en la tramitación de las mismas.

¿Qué es la curatela representativa?

La curatela representativa es la medida judicial de apoyo en virtud de la cual el curador representa a la persona con discapacidad porque ésta no es capaz de formar o expresar una voluntad consciente y libre en relación con el acto concreto en que va a representarle.

Es decir, el curador sustituye a la persona con discapacidad en la toma de decisiones. El curador siempre deberá tomar la decisión que la persona con discapacidad habría tomado valorando para ello su trayectoria vital, sus valores y sus creencias.

Tiene carácter excepcional y solo se constituirá cuando la afectación de facultades de la persona es tan intensa que para el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica no es suficiente la mera asistencia.

En cualquier caso, el curador representativo necesitará solicitar autorización judicial para realizar algunos actos en nombre de la persona con discapacidad.

¿Puede existir una curatela asistencial y representativa?

Es posible que el juez designe a un curador atribuyéndole la representación de la persona con discapacidad en algunos aspectos de su vida, y la mera asistencia en otros. Es habitual, por ejemplo, que se designe a una persona como curador representativo en la gestión patrimonial de una persona con discapacidad y como curador asistencial en la cobertura de las necesidades de alojamiento, alimentación y/o salud.

¿Quién puede ser curador?

Cualquier persona mayor de edad, las fundaciones o entidades públicas cuyo fin sea la promoción y asistencia de las personas con discapacidad pueden ser curadores.

No pueden ser curadores quienes hayan sido excluidos por la persona con apoyos expresamente, quien haya sido privado o suspendido de la patria potestad o de la guarda de la persona con discapacidad, o quien haya sido removido por el juez de una tutela o curatela anterior.

Si la persona con apoyos a su capacidad designó a una persona concreta en documento notarial de autotutela se nombrará siempre a ésta, salvo que existan circunstancias graves desconocidas por la persona con discapacidad cuando otorgó el documento, y hubiesen cambiado gravemente las circunstancias.

Si no hay medida voluntaria, se preferirá por este orden al cónyuge de la persona con discapacidad o pareja sentimental asimilada, al hijo/a o descendiente, si fueran varios al que convive con la persona con discapacidad, al progenitor o ascendiente y si fueran varios al que convive con la persona con discapacidad, a la persona que el cónyuge o los progenitores hubiesen designado ante notario, al guardador de hecho si no es ninguno de los anteriores, al hermano o pariente o allegado que conviva con la persona con discapacidad, o a una persona jurídica (entidad pública o fundación).

Se oirá siempre a la persona con apoyos acerca de este nombramiento y si es posible, se respetará su voluntad, deseos y preferencias.

¿Qué obligaciones tiene?

El curador representativo deberá presentar siempre inventario inicial al comenzar su gestión.

Asimismo, lo habitual es que la resolución judicial que lo constituya acuerde la **rendición periódica de su gestión**, pudiendo ser anual o con otra periodicidad. De esta rendición se dará traslado a la persona con discapacidad, al fiscal y a los interesados que lo hubiesen solicitado. El juez podrá solicitarle aclaraciones.

Una vez finalizada la curatela, por fallecimiento de la persona con apoyos a su capacidad, por constitución de otra medida de apoyo, por remoción o excusa, **deberá presentar también rendición final**.

El curador deberá mantener contacto con la persona con apoyos a su capacidad, fomentar su autonomía, apoyarle en los términos establecidos en la sentencia respetando siempre su voluntad, preferencias y deseos; y cuando la persona con discapacidad no puede manifestar éstos y su actuación sea representativa siempre deberá actuar en nombre de la persona con apoyos a su capacidad teniendo en cuenta su trayectoria vital, creencias y valores de la persona con apoyos a su capacidad para tomar la decisión que ésta hubiese tomado.

¿Cuándo finaliza la curatela?

La curatela puede finalizar por varios motivos. Por resolución judicial que la deje sin efecto en expediente de revisión, porque la persona con discapacidad ya no necesite apoyos o porque existen medidas voluntarias adecuadas o incluso una guarda de hecho.

El curador puede excusarse ante el juez del cargo cuando concurren razones de edad o salud que le impidan prestar el apoyo o éste resulte muy gravoso. También podrá ser removido de la curatela por incumplimiento de los deberes del cargo constatados en un procedimiento judicial.

¿Tiene el curador derecho a una retribución?

Los curadores podrán tener derecho a una retribución con cargo al patrimonio de la persona con apoyos a su capacidad, pero ésta deberá ser autorizada por el juez que valorará la entidad del apoyo y la capacidad económica de la persona con apoyos a su capacidad.

¿En qué casos necesita autorización judicial el curador representativo?

El curador asistencial nunca necesitará autorización judicial para representar a la persona con apoyos a su capacidad, porque su labor se limita a asistirle, acompañarla, asesorarla, apoyarla en determinados aspectos de su vida.

El curador representativo solo podrá actuar en aquellos casos en los que expresamente la sentencia o el auto le hubiese habilitado.

En cualquier caso, precisará autorización judicial para los actos de artículo 287 del Código Civil que podemos resumir así:

- Para realizar actos de trascendencia personal o familiar (salvo consentimientos médicos que ya hemos visto que se rigen por una norma especial).
- Para vender o hipotecar bienes inmuebles (pisos, fincas, casas, solares...), empresas, comercios o bienes de especial significado personal o familiar, objetos de extraordinario valor (un cuadro valioso, por ejemplo), joyas, o valores mobiliarios que no coticen en mercados regulados (acciones o participaciones sociales que no coticen en Bolsa), alquilar bienes inmuebles por más de seis años, o celebrar contratos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad.
- Donar o regalar bienes o derechos de la persona con discapacidad, salvo de escasa entidad.
- Renunciar a derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones de la persona con discapacidad.
- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiarla herencia. La partición de herencia o división de cosa común tiene que ser aprobada judicialmente después.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona con discapacidad (grandes reformas de la vivienda propiedad de la persona con discapacidad, por ejemplo)
- Interponer demanda en nombre de la persona con discapacidad salvo asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- Prestar dinero o pedir préstamo en nombre de la persona con discapacidad, o dar avales o fianzas en su nombre.
- Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia o similares cuando requieran una aportación o inversión extraordinaria por su cuantía.



¿QUÉ SUPONE LA REFORMA?

También se oirá a los familiares y se podrán recabar los informes o documentación que se consideren pertinentes.

Tras oír a todas las partes el juez decidirá si es preciso constituir un apoyo judicial y si alcance (es decir, nombrará curador asistencial o representativo y fijará los aspectos concretos de la vida de la persona con discapacidad en los que debe prestar ese apoyo). Es posible que el juez considere que existe una guarda de hecho eficaz o unas medidas voluntarias eficientes, y declare que no procede el establecimiento de medidas de apoyo judiciales.

Si la persona con discapacidad se opusiese a cualquier apoyo, o se opusiere el Fiscal o los demás interesados, se pondrá fin al expediente sin la adopción de ninguna medida.

En este caso **habrá que acudir a un procedimiento contencioso** de provisión de apoyos donde todas las partes tendrán que intervenir con abogado y procurador. Si hubo oposición al nombramiento de la medida judicial de apoyo, será necesario acudir a un procedimiento más complejo, un “procedimiento contencioso de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica” que exige siempre abogado y procurador. En este caso se practicarán las mismas pruebas que en el anterior, pero se celebrará una vista y se dictará sentencia

Una vez que se acuerda una medida judicial, ¿puede revisarse?

La resolución que constituya una medida judicial de apoyo, una curatela, establecerá necesariamente el plazo en que deba revisarse que no podrá ser superior a 3 años o excepcionalmente 6 si se estima que las circunstancias de la persona con apoyos a su capacidad jurídica no van a experimentar cambios. Esta revisión debería iniciarla el propio juzgado de oficio.

En cualquier caso, **antes de ese plazo cualquier persona con discapacidad, su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, el fiscal o el curador, podrá solicitar la revisión al juez si existiesen motivos para ello.**

En ese expediente de revisión, se oirá de nuevo a la persona con discapacidad, a quien esté prestando el apoyo, a cualquier otra persona interesada, se recabarán informes médicos, sociales o de otro tipo que se consideren necesarios y se decidirá si la persona con discapacidad ya no precisa apoyo, si precisa apoyo en los mismos términos en que fue acordado, o si ese apoyo debe revisarse para dotarle de mayor o menor intensidad o referirse a aspectos distintos de la vida de la persona con discapacidad.

¿Qué ocurre si la persona con apoyos a su capacidad realiza algún acto sin el apoyo que precisa?

El contrato podrá ser anulado acudiendo a un procedimiento judicial para ello, siempre a instancia de la propia persona con apoyos a su capacidad, pero también a instancia de la persona que debió haber ejercido el apoyo en el caso concreto si el otro contratante conocía esa circunstancia o se aprovechó de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta.

¿Cuál es el procedimiento para nombrar un curador a una persona con discapacidad?

Cuando ni la persona con apoyos a su capacidad ni ninguno de los interesados (familiares) ni el fiscal se oponen a la adopción de una medida judicial de apoyo, el procedimiento es más sencillo y se llama “**Expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica**”.

No es necesario abogado ni procurador y podrán solicitarlo tanto la propia persona con discapacidad, como su cónyuge o persona asimilada, sus descendientes, ascendientes o hermanos. Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal hechos que pudieran ser determinantes de una situación que pudiera requerir medidas de apoyo para que el fiscal así lo solicite.

Se iniciará mediante un escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con apoyos a su capacidad y deberán acompañarse documentos que acrediten la necesidad de la adopción de la medida, informes médicos y, en su caso informes sociales que aconsejen las medidas. No será necesario actuar con abogado y procurador.

En el expediente el juez se entrevistará con la persona con discapacidad. Cuando la solicitud la haya presentado el fiscal y sea previsible que la persona con discapacidad no actúe con abogado y procurador, se le nombrará defensor judicial.

El defensor judicial, ¿Qué es?

Tiene un carácter transitorio o provisional y está previsto para aquellos casos en los que sea necesario un apoyo puntual a la persona con discapacidad ya sea porque quien está llamado a prestarlo aún no ha sido nombrado, no puede prestarlo de manera transitoria o existe conflicto de intereses entre quien presta el apoyo y la persona con discapacidad.

Se nombra defensor judicial cuando la persona con apoyos a su capacidad jurídica y la persona que le apoya concurren al mismo acto o negocio jurídico, es decir, pueden tener intereses contrapuestos (conflicto de intereses) en ese concreto acto o negocio jurídico. Por ejemplo, cuando ambos son herederos de una misma herencia, o cuando ambos son copropietarios del bien inmueble que se pretende vender es necesario solicitar previamente el nombramiento de defensor judicial. Estos son los casos más habituales de nombramiento de defensor judicial.

También se nombrará defensor judicial cuando por cualquiera causa, quien deba prestar el apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese esa causa o se nombre a un tercero. Por ejemplo, el caso de enfermedad grave del guardador de hecho o curador, o residencia temporal en el extranjero.

El defensor judicial **también podrá ser nombrado para administrar los bienes de la persona** con apoyos a su capacidad jurídica **si se considera necesario como medida cautelar mientras se tramite el procedimiento de provisión de apoyos.**

Se nombrará también durante la tramitación de la excusa del curador si fuese necesario.

Y cuando la persona requiera medidas de apoyo ocasional pero recurrentes.

También será nombrado defensor judicial de la persona con discapacidad cuando se presuma razonablemente que ésta no realizará designación de abogado y procurador en el expediente de provisión de apoyos siempre que lo haya solicitado alguien distinto del Ministerio Fiscal. Asimismo, se designará defensor judicial en el procedimiento contencioso de provisión de apoyos si la persona con discapacidad demandada no se personase con abogado y procurador. En estos casos, el defensor judicial deberá personarse con abogado y procurador. Si la persona con discapacidad es beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la designación de estos profesionales será sin coste.

¿Cómo se nombra defensor judicial?

Siempre **requerirá resolución judicial** y el procedimiento se inicia por solicitud, sin necesidad de abogado y procurador, exponiendo la necesidad de nombramiento de defensor judicial, proponiendo a la persona que se considera que puede asumir la defensa de los intereses de la persona con discapacidad, y al menos dos testigos que puedan declarar en este sentido. Se oirá a la persona con discapacidad y, tras oír al Ministerio Fiscal, se designará defensor judicial para actuar en el acto o negocio jurídico concreto.

Si se tratase de nombramiento de defensor judicial para el expediente o procedimiento de provisión de apoyos, estos trámites los iniciará el letrado de la Administración de Justicia.

CAPÍTULO 3

La revisión de la capacidad jurídica



¿Qué va a pasar con las antiguas curatelas, tutelas y las patrias potestades prorrogadas y rehabilitadas?

La ley 8/2021 obliga a que los órganos judiciales revisen todas y cada una de las tutelas, curatelas y patrias prorrogadas y rehabilitadas para poder adaptarlas a la nueva regulación.

En tanto no se produzca esa revisión, la Ley dice que a los tutores se les aplicarán las normas de la curatela representativa, y que los padres que ostentasen la patria potestad rehabilitada o prorrogada seguirán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión.

¿Qué plazo hay?

Los juzgados tienen que revisar todas esas sentencias antes del 3 de septiembre de 2024.

Los juzgados, con coordinación con la fiscalía, ya han comenzado a tramitar los expedientes de revisión para resolverlos todos antes de esa fecha, aunque es posible que en algunos territorios no se alcance el objetivo por el volumen de sentencias a revisar.

En cualquier caso, **si no quieren esperar a que el Juzgado inicie el expediente de revisión tanto la persona con discapacidad, como los tutores, los curadores o los padres con la patria potestad rehabilitada o los apoderados preventivos pueden pedir al juzgado que revise su medida judicial para adaptarla a la nueva ley sin necesidad de esperar a que su juzgado inicie el expediente de revisión.**

Se solicitará en el mismo juzgado que dictó la sentencia que acordó la incapacitación salvo que la persona con discapacidad ya no resida en ese partido judicial. En ese caso, la revisión corresponderá a los Juzgados del partido judicial donde resida actualmente.

Soy tutor o tengo la patria potestad prorrogada o rehabilitada, ¿qué tengo que hacer ahora con la nueva ley?

Hasta que se resuelva la revisión, deberán continuar actuando como representantes legales de las personas con discapacidad en los mismos términos que estableció la sentencia. Tendrán que presentar rendición de cuentas anual si venían obligados hasta ahora y tendrán que solicitar autorización judicial para los mismos actos que la necesitaban hasta ahora.

Los curadores constituidos de acuerdo con la anterior regulación continuarán prestando la asistencia a la persona con discapacidad en los mismos términos que estableció la sentencia.

¿Cómo es el proceso de revisión?

Se inicia por el propio juzgado, a petición del fiscal o de las personas que hemos indicado anteriormente mediante un sencillo escrito indicando que se solicita la revisión de la medida judicial constituida con la regulación anterior.

En el procedimiento de revisión el/la juez se entrevistará personalmente con la persona con discapacidad para oírle en relación con la revisión de su medida y constatar la necesidad de apoyo concreta que pueda tener a día de hoy.

No es necesario contar con abogado y procurador en este procedimiento.

También se oír a los hasta ahora tutores, curadores o padres, así como a otros familiares o allegados que el juez pudiera considerar necesario. Esta audiencia puede ser presencial mediante una comparecencia en el Juzgado, o bien por escrito, dependiendo de lo que decida cada Juzgado.

También se **recabarán los informes que se consideren necesarios**, o que los interesados propongan, para poder conocer las circunstancias de la persona con discapacidad, si necesita apoyos, de qué intensidad, en qué ámbitos de su vida, y para valorar si estos apoyos pueden ser prestados por una guarda de hecho, si pueden adoptarse medidas voluntarias o si se precisa una medida judicial, es decir, una curatela, y con qué alcance. Estos informes serán informes médicos y/o sociales fundamentalmente pudiendo recabarlos de su médico de cabecera, de trabajadores sociales, de asociaciones a las que acuda, de centros residenciales donde resida la persona con discapacidad...También podrá acordarse un informe médico por parte del médico forense de los juzgados si se considera necesario.

¿Cómo acaba el expediente de revisión?

Después de practicar todas estas pruebas, y de oír al Ministerio Fiscal, **el juez revisará la sentencia y dejará sin efecto la incapacitación y la tutela, curatela o patria potestad prorrogada y rehabilitada ya que estas figuras no pueden existir con la nueva ley.**

Además, el juez puede decidir que no es necesario la adopción de medidas judiciales bien porque la persona con discapacidad no precisa de apoyos a día de hoy, o porque el apoyo que precisa puede ser prestado de manera informal por sus familiares o allegados que actúan como guardadores de hecho, o porque existe ya una medida voluntaria notarial suficiente.

Si el juez considera que es necesario establecer una medida judicial porque la persona con discapacidad no puede ser apoyada de otra manera, la misma resolución judicial que deje sin efecto la incapacitación constituirá una curatela. Esta curatela podrá ser asistencial – si la persona con discapacidad solo precisa un apoyo, asistencia, asesoramiento para tomar sus propias decisiones – o representativa – si la persona con discapacidad no puede formar su voluntad y expresarla libremente. En esa resolución se detallarán los aspectos concretos de la vida de la persona con discapacidad para los que precisa apoyos y de qué intensidad. Y se establecerán los controles que se consideren necesarios.

Si se constituyese una medida judicial (curatela), se establecerá asimismo un plazo tras el cual volverá a revisarse la situación de la persona con discapacidad para valorar si continúa precisando ese apoyo. Este plazo será como máximo de 3 años, o excepcionalmente 6 años si la discapacidad que presenta la persona permite deducir que no existirán cambios relevantes en ese plazo. Antes de ese plazo puede revisarse igualmente a solicitud de persona interesada.

Esta resolución tiene forma de auto.

¿Qué ocurre si no estoy de acuerdo con el auto de revisión?

Esta resolución **puede recurrirse** por las personas interesadas si no están conformes (para recurrir sí será necesario abogado y procurador).

CAPÍTULO 4

Medidas de apoyo económico



¿Qué son y para qué sirven las medidas de apoyo económico en las personas con apoyos en su capacidad jurídica?

Las medidas de apoyo se aplican para solucionar la situación de una persona que no puede actuar en igualdad de condiciones que la demás en su vida ordinaria.

En su aspecto económico, todos tenemos gastos que se sufragan con ingresos.

Las personas con apoyos a su capacidad tienen normalmente más gastos que los demás (tratamientos, isioterapeutas, vehículos adaptados, sillas de ruedas, asistentes ...). Además, muchas de ellas no tienen ingresos, y si los tienen son inferiores a los demás porque no llegan a acceder a puestos cualificados.

En consecuencia, son convenientes medidas de apoyo económico para que puedan sufragar sus gastos. Estas medidas proceden del Derecho de Sucesiones y de algunos contratos, como el de alimentos y el patrimonio protegido.

Por otro lado, pueden tener un patrimonio. Tradicionalmente se ha limitado la posibilidad de decidir su destino al fallecer.

Todas estas situaciones han variado en los últimos años. Empezaremos por la posibilidad de disponer de sus bienes.

La persona con apoyos a su capacidad jurídica, ¿puede hacer testamento?

En el testamento una persona dice a quién irán sus bienes cuando se muera.

Hasta ahora, la sentencia de incapacitación podía decir que el incapacitado/a no podía hacer testamento. Si no decía nada, tenía que hacerlo con dos médicos. Si los médicos y el notario establecían que sabía lo que estaba haciendo y lo comprendía, podía hacer testamento.

Con la reforma ya no se puede prohibir a nadie hacer testamento. Ahora, para que cualquier persona pueda hacer testamento, deberá poder conformar y expresar su voluntad.

Para ello podrá utilizar medios de apoyo. En primer lugar, el notario. Además, los apoyos que tenga, incluso no formalizados. No podrá utilizar apoyos de representación, es decir, no puede hacerlo un representante en su lugar.

El notario es quien determinará si le ha comunicado su voluntad, usando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados que utilice la persona. También, si conoce y entiende el contenido del testamento, que el notario le explicará.

¿Cómo podemos ayudar a nuestro hijo o hija con apoyos a su capacidad con nuestros bienes?

Imaginemos una familia formada por una pareja y tres hijos, uno de ellos con apoyos a su capacidad. Los padres verán que dos de sus hijos tendrán unos ingresos que les permitirán vivir de una forma normal, y que el tercero no tendrá menos ingresos y necesitará ayuda económica. También verán que probablemente este hijo o hija tenga dificultades para administrar su patrimonio. Mientras vivan, le ayudarán como quieran, pagando sus gastos, por ejemplo. ¿Cómo pueden ayudarlo con los bienes que los padres hayan reunido, cuando estos fallezcan?

Pueden ocurrírseles varias soluciones:

- Dejar todo al hijo o hija con apoyos a su capacidad jurídica
- Dejar lo más posible a un hijo o hija, a condición de que cuide al que tiene apoyos en su capacidad jurídica
- Encargar a un hijo o hija que administre lo de su hermano o hermana con apoyos a su capacidad
- Dejar al viudo/a que reparta cómo y cuándo quiera entre los hijos o hijas, y mientras tanto que los administre
- Fuera del Derecho de Sucesiones, el Patrimonio Protegido

¿Podemos dejar todo nuestro patrimonio al hijo o hija con apoyos a su capacidad jurídica?

En testamentos rige la voluntad del testador, pero con un límite: las legítimas.

La legítima es una parte de herencia que hay que dejar a unos parientes, en este caso los hijos o hijas. En consecuencia, en la legítima del Código Civil en principio no se puede dejar todo a uno. Sus hermanos y hermanas tienen derecho a una parte.

Para solucionarlo debemos comprender una figura del derecho de sucesiones que se llama 'la sustitución'. Hay dos tipos. En el primero, se nombran varios herederos, pero no suceden a la vez, sino unos a falta de otros. Es muy habitual: dejo heredero a mi hijo o hija, sustituido por sus descendientes. Significa que, a falta del hijo o hija, heredan los nietos o nietas. Esta sustitución no nos interesa ahora.

En el otro tipo de sustitución hay varios herederos, y suceden uno después del otro.

- La primera de este tipo se refiere a nombrar sustituto si nuestro hijo o hija fallece antes de los catorce años (edad mínima para hacer testamento).
- La segunda, era parecida, pero respecto de nuestro hijo o hija con apoyos a su capacidad. Al morir éste, decíamos a quién iban sus bienes. Se interpretó que afectaba a todos sus bienes, se hacía testamento en nombre del hijo con apoyos a su capacidad. Con la reforma se ha suprimido, y las que hay puestas en testamentos se convierten en la próxima, que es la que nos interesa
- **La tercera se llama fideicomisaria o fideicomiso. Consiste en que decimos a quién pasan nuestros bienes después del primer heredero.**

¿Cómo permite la reforma dejar todo a nuestro hijo o hija con apoyos a su capacidad jurídica?

En principio no podemos dejar todo a un hijo o hija, a los otros habrá que darles su legítima.

En 2003 se indicó que se podía dejar todo a un hijo o hija con discapacidad acreditada, pero con sustitución fideicomisaria a favor de sus hermanos o hermanas. Es decir, recibe todo, pero al fallecer pasa a sus hermanos o hermanas.

En la reforma de 2021 se transforma en sustitución fideicomisaria de residuo, que un tipo de fideicomiso en que el titular puede gastárselo o venderlo, y sus hermanos reciben lo que quede al morir éste.

Es decir, le dejamos todo al hijo o hija con apoyos a su capacidad acreditada, pudiendo usarlo, gastarlo o venderlo, y lo que quede al fallecer pasará a sus hermanos o hermanas.

¿Qué obligaciones tiene?

El curador representativo deberá presentar siempre inventario inicial al comenzar su gestión.

Asimismo, lo habitual es que la resolución judicial que lo constituya acuerde la **rendición periódica de su gestión**, pudiendo ser anual o con otra periodicidad. De esta rendición se dará traslado a la persona con discapacidad, al fiscal y a los interesados que lo hubiesen solicitado. El juez podrá solicitarle aclaraciones.

Una vez finalizada la curatela, por fallecimiento de la persona con apoyos a su capacidad, por constitución de otra medida de apoyo, por remoción o excusa, **deberá presentar también rendición final**.

El curador deberá mantener contacto con la persona con apoyos a su capacidad, fomentar su autonomía, apoyarle en los términos establecidos en la sentencia respetando siempre su voluntad, preferencias y deseos; y cuando la persona con discapacidad no puede manifestar éstos y su actuación sea representativa siempre deberá actuar en nombre de la persona con apoyos a su capacidad teniendo en cuenta su trayectoria vital, creencias y valores de la persona con apoyos a su capacidad para tomar la decisión que ésta hubiese tomado.

¿Cuándo finaliza la curatela?

La curatela puede finalizar por varios motivos. Por resolución judicial que la deje sin efecto en expediente de revisión, porque la persona con discapacidad ya no necesite apoyos o porque existen medidas voluntarias adecuadas o incluso una guarda de hecho.

El curador puede excusarse ante el juez del cargo cuando concurren razones de edad o salud que le impidan prestar el apoyo o éste resulte muy gravoso. También podrá ser removido de la curatela por incumplimiento de los deberes del cargo constatados en un procedimiento judicial.

¿Tiene el curador derecho a una retribución?

Los curadores podrán tener derecho a una retribución con cargo al patrimonio de la persona con apoyos a su capacidad, pero ésta deberá ser autorizada por el juez que valorará la entidad del apoyo y la capacidad económica de la persona con apoyos a su capacidad.

¿En qué casos necesita autorización judicial el curador representativo?

El curador asistencial nunca necesitará autorización judicial para representar a la persona con apoyos a su capacidad porque su labor se limita a asistirle, acompañarle, asesorarle, apoyarle en determinados aspectos de su vida.

El curador representativo solo podrá actuar en aquellos casos en los que expresamente la sentencia o el auto le hubiese habilitado.

En cualquier caso, precisará autorización judicial para los actos de artículo 287 del Código Civil que podemos resumir así:

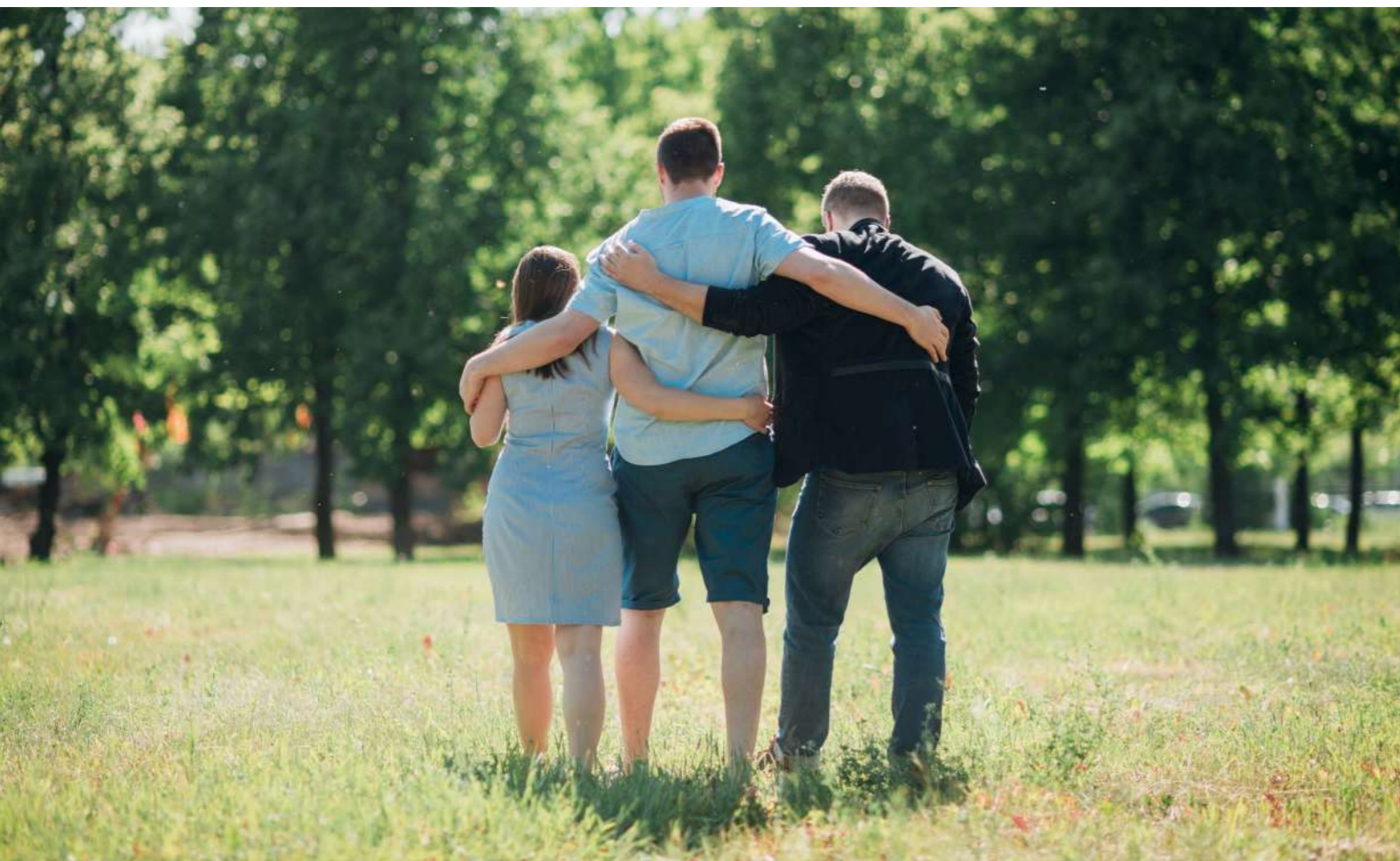
- Para realizar actos de trascendencia personal o familiar (salvo consentimientos médicos que ya hemos visto que se rigen por una norma especial).
- Para vender o hipotecar bienes inmuebles (pisos, fincas, casas, solares...), empresas, comercios o bienes de especial significado personal o familiar, objetos de extraordinario valor (un cuadro valioso, por ejemplo), joyas, o valores mobiliarios que no coticen en mercados regulados (acciones o participaciones sociales que no coticen en Bolsa), alquilar bienes inmuebles por más de seis años, o celebrar contratos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad.
- Donar o regalar bienes o derechos de la persona con discapacidad, salvo de escasa entidad.
- Renunciar a derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones de la persona con discapacidad.
- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiarla herencia. La partición de herencia o división de cosa común tiene que ser aprobada judicialmente después.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona con discapacidad (grandes reformas de la vivienda propiedad de la persona con discapacidad, por ejemplo)
- Interponer demanda en nombre de la persona con discapacidad salvo asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- Prestar dinero o pedir préstamo en nombre de la persona con discapacidad, o dar avales o fianzas en su nombre.
- Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia o similares cuando requieran una aportación o inversión extraordinaria por su cuantía.

¿Podemos dejarle la máxima herencia posible a un hijo o hija, con la condición de que cuide al hermano/a con discapacidad?

Supongamos que nuestro hijo o hija con apoyos a su capacidad no podrá manejar su propio patrimonio y que necesitará una atención, sea con asistentes o en una residencia. Entonces podemos dejar lo posible de nuestro patrimonio a alguien que le cuide y sufrague sus gastos, en este caso uno de sus hermanos o hermanas. **Aquí no hay una norma que permita no dejarle la legítima al tercer hermano o hermana, pero se le puede mejorar** (dejar más de la parte que en principio le correspondería, un tercio en este caso) **a cambio de que se ocupe del hermano o hermana con apoyos a su capacidad.**

Para ello, **utilizaremos un contrato llamado de alimentos.** Consiste en que una persona transmite, ahora unos bienes a otra a cambio de que este preste “alimentos”, es decir, vivienda, manutención, asistencia vitalicia, en la cuantía, forma o condiciones que se pacte, al propio transmitente o a otro. Adaptándolo a la situación sucesoria, recibe los bienes a nuestro fallecimiento, para prestar los alimentos a su hermano o hermana de forma vitalicia.

Entre contrato se regula en la parte del Código Civil referente a contratos, y cuenta con un capítulo entero donde se desarrolla, con las consecuencias de incumplimiento, posibles garantías, es decir, tiene protección jurídica suficiente.



Es distinto del contrato de renta vitalicia, en que se pacta una cantidad fija. Aquí lo que se debe prestar es lo que necesite el alimentista (el hijo o hija con apoyos a su capacidad), que puede ser variable.

En consecuencia, en nuestro testamento mejoraríamos a un hijo o hija, con la carga de prestar alimentos a su hermano con apoyos a su capacidad en la forma y cuantía que determinemos.

¿Podemos encargar a un hijo o hija que administre lo de su hermano o hermana con discapacidad?

Prevedamos que nuestro hijo o hija con apoyos a su capacidad no será capaz de administrar lo que le dejamos. Por ejemplo, si le dejamos una empresa, un depósito de fondos o acciones. Ahora tenemos facultades muy amplias para organizarlo. Analicemos la norma, artículo 252 del Código Civil (entre las medidas de apoyo):

- *El que disponga de bienes a título gratuito (por donación o testamento) en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos.*

Es decir, puedo regular qué actos hará el hermano o hermana o administrador y en qué condiciones, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades.

A qué hermano o hermana se lo encargo, o unas cosas a uno y otras a otro, o que las hagan entre los dos.

- *Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda.*

Lo que no se indique lo hará el hijo o hija propietario de los bienes, que usará sus apoyos si hace falta.

- *Igualmente podrán establecer los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas.*

Como en todas las medidas de apoyo, es conveniente **establecer salvaguardas, aquí control o supervisión.**

También en este grupo podemos usar el Patrimonio Protegido, al que haremos referencia al final.

¿Podemos dejar al viudo o a la viuda que reparta cómo y cuándo quiera entre los hijos o hijas, y mientras tanto que los administre?

Estamos suponiendo que ambos cónyuges fallecen en poco espacio de tiempo. Pero supongamos que fallece uno y el otro puede seguir protegiendo al hijo o hija, y además que no está claro lo que va a necesitar y las posibilidades de los hermanos o hermanas para cuidar al hijo con apoyos. Tenemos la posibilidad de que **el que primero que fallezca ordene que no se reparta su herencia, que quede en administración por el segundo, y que éste sea quién se encargue en el futuro de repartirla.**

En el derecho común (el Código Civil, que se aplica en la mayor parte de España) **esto se llama fiducia**, y se regula en un largo artículo (831).

Permite esta norma dejar al otro progenitor (se fija en los padres de hijos comunes, sean pareja, matrimonio o nada) la posibilidad de ir adjudicando, cuando lo considere conveniente, los bienes a los hijos comunes, incluso mezclando los bienes del fallecido con los gananciales sin repartir o los suyos propios, incluso en su propio testamento para cuando fallezca. Eso sí, tendrá que respetar la legítima de todos.

¿Hay otras soluciones similares?

En los derechos forales o especiales (los propios de determinadas regiones de España, por motivos históricos) hay otra figura como la anterior, con siglos de antigüedad, pero con una regulación bastante más detallada, con muchas más facultades y una regulación jurídica más detallada, llamada **el comisario (fiduciario en Aragón)**. Como las normas se integran unas con otras, normalmente se combina con otros tipos de legítima, llamadas colectiva y formal. La colectiva consiste en que la parte que hay que dejar a los descendientes se puede repartir como se quiera (por ejemplo, todo al hijo o hija con apoyos a su capacidad y nada a los demás). La formal es que basta con nombrar a los legitimarios, sin contenido económico alguno (la finalidad es asegurarse de que sabe si tiene descendientes o no).

Así, se dan estas figuras en Galicia, Aragón, País Vasco, Cataluña, Ibiza y Formentera, y en Navarra con una legítima formal que permite dejar todo a quien se quiera, en nuestro caso al viudo o al hijo o hija con apoyos a su capacidad jurídica.

¿Qué es el Patrimonio Protegido?

El patrimonio protegido es un conjunto de bienes o dinero que se destina, exclusivamente, a satisfacer los gastos de una persona con apoyos a su capacidad jurídica. Se forma con las aportaciones que hacen otros, normalmente sus parientes más cercanos. De este modo se dispone de una forma de pagar, con fondos ajenos, gastos a los que normalmente no puede hacer frente la propia persona con apoyos a su capacidad. Para fomentarlo, en la ley que lo creó en 2003 se regularon unos beneficios fiscales para el aportante. Además, es una forma de fomentar la autonomía personal del beneficiario, ordenar varias aportaciones para sus gastos y contribuir a organizar el destino final del patrimonio familiar.

¿Qué personas intervienen?

Intervienen varios papeles en la vida de un patrimonio protegido: el que lo constituye, el que aporta los bienes, el beneficiario y el administrador. Pueden coincidir en la misma persona varios de estos papeles, incluso todos (yo lo constituyo aportando al menos parte de mis bienes, designando un administrador para el futuro porque preveo perder mis facultades: yo soy constituyente, aportante, beneficiario y primer administrador, pero no puedo utilizar la deducción fiscal que veremos).

El que lo constituye

1. El patrimonio protegido se crea, en primer lugar, por el beneficiario, si lo necesita con sus apoyos.
2. En segundo lugar, sólo por lo que le prestan apoyo.
3. En tercer lugar, pueden hacerlo el fiduciario y el comisario de la herencia, con los bienes heredados por el beneficiario.
4. Y en cuarto lugar, por cualquier otra persona con interés legítimo, que deberá solicitar a los anteriores que lo hagan. Si no lo hacen, puede pedirlo al juez.

Al crearlo, se incluirá un inventario de lo que se aporta, y se crearán las normas de administración del patrimonio. **Se pueden incluir las salvaguardas** o controles que se considere por el que lo crea, y cualquier otra disposición oportuna (por ejemplo, que dedique a una atención concreta, como pagar unos estudios).

El que aporta los bienes.

Es el que aporta los bienes o el dinero para crearlo. Pueden ser las mismas personas que en el apartado anterior, pero en este caso su papel es aportar bienes. Por ejemplo, un curador asistencial que le pide a su curatelado que constituya un patrimonio con los bienes que aquel aporta.

El aportante puede disponer el destino de lo que no se haya gastado al extinguirse el patrimonio protegido.

El beneficiario.

Es la persona cuyos gastos se van a pagar con el patrimonio protegido. En la ley que creó el patrimonio, la Ley 41/2003, se introdujo por primera vez la discapacidad con absoluta independencia de si había incapacitación o no. Para ello se fijaron los requisitos de que el beneficiario tuviese una discapacidad mínima del 33% psíquica o del 65% física o sensorial. Esto es completamente independiente de la antigua incapacitación o de que tenga o no medidas de apoyo de algún tipo.

La discapacidad se acreditará con el correspondiente certificado de la entidad competente en cada Comunidad Autónoma o, si su resolución se recurre y lo admiten los tribunales, con la correspondiente sentencia.

Por otro lado, los bienes son propiedad del beneficiario, no hay otra persona jurídica que tenga el patrimonio, por lo que se comunican las responsabilidades: se pueden embargar bienes del patrimonio por deudas y bienes personales por deudas del patrimonio.

Rige el principio de un beneficiario por cada patrimonio. No se puede hacer un patrimonio para varias personas (por ejemplo, para dos hermanos). Ha de haber un patrimonio para cada uno.

¿Qué puedo aportar al patrimonio protegido?

Se pueden aportar toda clase de bienes o derechos: dinero, inversiones, un coche, un inmueble, la nuda propiedad o el usufructo, etcétera.

Por su contenido, hay dos tipos de patrimonio protegido:

De ahorro. Se aportan bienes de alto valor para que con sus rendimientos o con su futura venta o su uso contribuyan a los gastos del beneficiario o beneficiaria. El problema es que no hay mucha gente que pueda regalar bienes de alto valor, como un piso.

De gasto. Se aportan bienes proporcionados al consumo de bienes y servicios que hace el beneficiario o la beneficiaria en un corto periodo de tiempo, por ejemplo, en un año. Son gastos que de todas formas van a salir del patrimonio del que los paga, por ejemplo, los padres. La norma fiscal que obliga a conservarlos el año de la aportación y cuatro más constituye un serio obstáculo para este tipo, salvo en el País Vasco, cuyas normas fiscales no incluyen esta obligación de conservarlos este tiempo; se pueden gastar en cuanto de aportan (por ejemplo, aporto un dinero e inmediatamente compro una silla de ruedas). Este tipo de patrimonio está al alcance de todas las clases sociales, salvo las bastante bajas.

¿Cómo se constituye el patrimonio protegido?

Cuando se quiere que un contrato afecte no sólo a los que lo firman sino a otros o a la sociedad en general, ésta establece controles. En el caso del patrimonio protegido, va a afectar al destino de lo aportado; a Hacienda a través de beneficios fiscales, al sistema bancario y en general los miembros de la sociedad que van a contratar con el administrador sobre bienes ajenos. Por ello, la ley estableció el nivel máximo de controles, salvo la intervención judicial para autorizarlo.

Por lo tanto, **al crearlo o realizar aportaciones debe intervenir un funcionario competente para ello, el notario**; excepcionalmente, en el caso de oferta de una aportación que los que pueden constituirlo no aceptan, el juez.

Además, **se inscribirá en el Registro Civil** la administración del patrimonio. Se comunicarán la creación y las aportaciones al fiscal, que es quien veremos que lo controlará. Si hay inmuebles, se inscribirá en el registro de la propiedad, y si se trata de valores, se comunicará a la entidad tenedora de los títulos.



¿Quién lo administra?

La cuarta persona que intervenía era el administrador del patrimonio. La regulación es un tanto confusa, por los cambios que tuvo en la tramitación de la ley, pero establece:

- Si lo constituye el beneficiario, se estará a lo que disponga en la escritura.
- Si no lo constituye el beneficiario, lo mismo, haciéndose énfasis en la conveniencia de establecer salvaguardas (por ejemplo, que para vender tenga que firmar con el administrador otra persona). Este es uno de los supuestos en que se puede regular que para actos que decidamos sea necesaria autorización judicial.

¿Quién lo controla?

El control corresponde al fiscal, que podrá solicitar del juez una serie de medidas en caso de que no se esté utilizando de forma adecuada, pudiendo llegar al cambio de administrador o a la extinción del patrimonio.

¿Cuándo se extingue?

Se regulan dos motivos: el allecimiento del beneficiario y la pérdida de su condición de persona con apoyos a su capacidad jurídica. En el primero de los casos, se integra en su herencia y pasa, con sus otros bienes, a sus herederos. En el segundo, pasa a administrarlo sin ningún límite. Pero en ambos casos se atenderá antes al destino que hubiere fijado el aportante al hacer su aportación.

¿Tiene algún beneficio de impuestos?

En la legislación común (toda España salvo el País Vasco; Navarra, también con competencias en estos impuestos, lo regula como el sistema central):

El beneficiario deberá declarar lo aportado como renta del trabajo, pero exenta hasta unos límites, y con estos límites no está sujeto al impuesto de donaciones o está exento de transmisiones patrimoniales.

El aportante no tributará por incremento patrimonial (pero el periodo desde que adquirió hasta que aporta se suma en su caso al del beneficiario si este lo transmite), y, **la más importante, tiene derecho a deducir de su base imponible el importe aportado, hasta un límite de 10.000 euros por**

persona y 24.250 entre todos los aportantes. Es decir, se deduce estos importes al tipo máximo de su cuota (en el País Vasco se deduce de su cuota el 30% de lo aportado, con los mismos límites).

No obstante, si se gasta, sale del patrimonio, en el año de la aportación o los cuatro siguientes, debe devolver lo deducido con intereses de demora, y el beneficiario debe tributar por la parte que tenía exenta. Esta norma no se contiene en la regulación de las Diputaciones Forales Vascas.



CAPÍTULO 5

Responsabilidad penal y civil de las personas en el espectro del autismo



¿Cuándo puedo ser responsable penal o criminal de un hecho?

El Código Penal es el único texto normativo que establece todos los hechos que constituyen un delito.

Cuando la autoridad policial o judicial tiene conocimiento de que se ha podido cometer un delito, tiene la obligación de investigarlo, acordando toda una serie de diligencias de prueba. Esta fase se llama “instrucción”.

Si del resultado de las pruebas practicadas se desprende que existen indicios racionales de que el hecho investigado ha ocurrido, de que éste es delictivo, y, además, está identificada la persona que supuestamente lo ha cometido, debe celebrarse un juicio.

La responsabilidad penal o criminal sólo la puede determinar un juez o magistrado tras la celebración del juicio, a través de la sentencia condenatoria, en la que debe fundamentar los motivos por los que considera probada la comisión del delito y su autoría.

¿Puedo estar exento o exenta de responsabilidad criminal? ¿En qué tipo de casos?

Sí, existe la posibilidad de que, durante la instrucción, se acredite que la persona que ha cometido ese delito está exenta de responsabilidad criminal.

Desde el punto de vista de las personas con autismo, en función del grado de afectación y otras discapacidades simultáneas, y sin entrar en otras casuísticas (intoxicación plena por consumo de alcohol o drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras análogas, o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de la dependencia de tales sustancias; legítima defensa; o estado de necesidad), la exención de la responsabilidad criminal requeriría la acreditación de que el presunto autor de los hechos presente anomalías o alteraciones psíquicas que le impida comprender que estaba cometiendo un delito o que le impida actuar conforme a esa comprensión. O que **por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.**

Es necesario adjuntar los informes médicos, psicológicos y asistenciales de que dispongamos para que el Juzgado disponga de toda la información necesaria para configurar el alcance de las capacidades de la persona investigada.

En cualquier caso, no es imprescindible contar con una previa declaración judicial de lo que anteriormente llamábamos “incapacidad” o “capacidad modificada”, ya derogado, o de resolución de provisión de apoyos.

En esta fase de instrucción, esta acreditación requiere de pruebas médico-forenses que concluyan sin ningún tipo de dudas que la capacidad cognitiva (la comprensión de la comisión del delito) y/o volitiva (la capacidad de actuar en coherencia con la comprensión de que está cometiendo un delito) son inexistentes.

En este caso, se podría poner fin a la instrucción mediante el sobreseimiento libre y a rchivo de las actuaciones.

¿Qué ocurre si no se considera suficientemente acreditada la exención de la responsabilidad criminal?

En el supuesto de que el juez instructor no apreciara la plena inimputabilidad y por tanto no archivara el expediente, **sería necesaria la celebración de un juicio.**

En este juicio, **se podrá volver a someter a la valoración del juzgador la concurrencia de la circunstancia eximente**, o bien su consideración como circunstancia atenuante de la de responsabilidad criminal, de manera que la pena a imponer sería inferior a la que correspondería a un autor que mantuviera intacta la capacidad cognitiva y volitiva.

Para las personas con autismo resulta fundamental evaluar su capacidad para entender las emociones y las intenciones de los demás, que pueden llegar a ser la causa de comportamientos disruptivos y reacciones desmesuradas no controlables, que no incorporan una verdadera intención de lesionar o dañar un bien jurídico.

¿Tengo derecho a algún ajuste o apoyo si me veo implicado o implicada en un proceso penal?

Si. La reforma introducida por 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, adecua nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional de las personas con discapacidad.

Toda persona con discapacidad tiene derecho al acceso a la justicia y no discriminación, en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

Para ello es imprescindible que se apliquen todos los apoyos que sean necesarios para superar las barreras comunicativas y de comprensión, y también para la toma de decisiones cuando sea necesario. Y ello desde el mismo momento de la detención o declaración en calidad de investigado en sede policial.

Estos apoyos no pueden generalizarse, sino que **deben establecerse en función de las concretas necesidades de la persona de que se trate.**

Como pautas comunicativas, debemos utilizar frases sencillas, concretas y cortas, palabras fáciles, referirnos a una idea cada vez, no hablar rápido ni utilizar conceptos técnicos, escuchar lo que la persona quiera decir y darle el tiempo suficiente para que se exprese sin interrupciones..., en definitiva, adecuar la comunicación a las características comunicativas de la persona, asegurándonos de que están comprendiendo las preguntas y respondiendo a lo que les es preguntado.

Sin embargo, hay personas que necesitan un plus en los apoyos a la comprensión, y la adaptación de los textos o las preguntas a "lectura fácil" es una herramienta que les permite procesar adecuadamente la información y superar la propia incapacidad de comunicación de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados...).

Otro apoyo importante es el de poder contar con la presencia de la confianza de la persona con discapacidad en todas las diligencias en las que deba intervenir, de manera que se sienta segura.

En especial para las personas con autismo, también podría ser fundamental la amplitud y luminosidad de la sala, puesto que pueden presentar necesidades de adaptación al entorno. Es importante valorar sus habilidades de interacción, las barreras para relacionarse con los demás y sus habilidades comunicativas, que pueden ser diversas, lo que puede dificultar el mantenimiento de una conversación recíproca funcional; la manifestación de conductas que pueden ser percibidas como desafiantes; o por ejemplo detectar si la utilización de la toga puede generar una percepción hostil del juez, fiscal o abogado, y puede constituir una traba para la comunicación.

En cualquier caso, reiteramos, siempre se debe prestar atención a las necesidades específicas de cada persona, evitando los prejuicios o estereotipos que podamos tener sobre el autismo.

La reforma exige formación y conocimiento de los operadores jurídicos, pero también introduce la **figura del "facilitador"**. El facilitador es el especialista en discapacidad que debe evaluar las habilidades de comunicación y los apoyos que precise, y debe solicitarse su intervención desde la primera intervención en sede policial o en cualquier momento del proceso en que observemos que no se garantiza correctamente el derecho de acceso a la justicia de la persona con discapacidad de que se trate.

Esta figura, sin embargo, **no tiene facultades en lo que se refiere a la toma de decisiones**, para lo que resulta imprescindible la asistencia letrada. La dirección técnica y estratégica del asunto corresponde al abogado o la abogada designados, que ejercerán el derecho de defensa de la persona investigada o acusada. Por tanto, es imprescindible trasladar todos los apoyos en la comunicación y la comprensión a la esfera del trato con la defensa.

¿Qué es la responsabilidad civil que deriva de la responsabilidad penal?

La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por la comisión de un hecho, en este caso, delictivo. La obligación de resarcir a la víctima no se establece de forma proporcional a la gravedad del delito, sino que se cuantifica a partir de los efectos producidos por el mismo.

El Código penal establece que la exención de responsabilidad criminal no comporta la exención de la responsabilidad civil.

Por tanto, el art. 118 del Código Penal estipula que también deben responder las personas que ejerzan su apoyo legal o de hecho siempre que los hechos se hayan producido mediante culpa o negligencia de estas últimas.

Así, en el supuesto de que la persona con discapacidad exenta de responsabilidad criminal carezca de bienes propios con los que asumir la indemnización que pueda fijarse, responderán las personas encargadas de su guarda que no hayan actuado con la debida diligencia.

¿Qué derechos tienen las víctimas de un delito?

En primer lugar, es necesario insistir en que es necesaria una labor de detección y denuncia de cualquier abuso sexual sufrido por una persona con discapacidad intelectual, puesto que las estadísticas nos dicen que no sólo son más vulnerables a sufrir estos ataques, sino que en muchas ocasiones pasan desapercibidas por las personas que les prestan apoyos o la sociedad. Aun así, éste es el delito que se denuncia con mayor frecuencia, y ello no es óbice para bajar la guardia respecto de otros tipos de delitos violentos, psicológicos, económicos, o relacionados con el uso de tecnologías -entre ellas, las llamadas estafas del amor-, discriminación y odio.

El autismo no implica necesariamente discapacidad intelectual, pero en su gran mayoría se engloba dentro del concepto de discapacidad establecido por la Convención Internacional de Personas con Discapacidad: “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 que las demás”.

Tras la detección, la primera barrera con la que nos encontramos se centra en el sistema y el momento de la denuncia.

La inexistencia de rasgos físicos que identifiquen la discapacidad obliga a presentarse en las dependencias policiales con toda la documentación de la que se disponga para acreditarla y conseguir que se activen los protocolos necesarios para una correcta toma de declaración a través de profesionales especializados y en presencia del referente o persona de confianza de la persona denunciante. Entre las herramientas de apoyo a adoptar, es posible la utilización de formularios en lectura fácil, pictogramas o fotografías para la comprensión del acto de la denuncia, así como permitir que la víctima dibuje o escriba las respuestas a las preguntas formuladas.

En este punto, es necesario insistir en que, dado el riesgo (objetivo, por mero porcentaje) de que personalmente o como familiares o proveedores de apoyos de personas con TEA nos veamos inmersos en un proceso judicial penal (ya sea en calidad de detenido, investigado o víctima), resulta conveniente tener siempre documentada y actualizada la información acreditativa del trastorno, pues la rapidez en la aportación de la misma en las instancias policiales, puede variar sustancialmente el trato recibido y el enfoque del asunto, por la creciente sensibilidad que por fin está imperando en esta materia.

Iniciada la fase de instrucción, la víctima con autismo tiene derecho a la adopción de todos los ajustes de procedimiento antes referidos, incluida la intervención del facilitador, en función de los apoyos que precise.

La ley tiende a evitar situaciones de revictimización en la toma de declaración, de manera que **la víctima no tenga que repetir la explicación de los hechos más allá de lo indispensable.** Para ello establece la **prueba preconstituida**, que consiste en una declaración grabada en que, a través de una cámara Gesell, están presentes todas las partes (juez, fiscal, defensa, acusación particular en su caso y la persona investigada) y formulan las preguntas a través de los profesionales especializados que están con la víctima -quienes las adaptan a sus necesidades comprensivas y comunicativas-. La víctima no tiene contacto visual con ninguno de los operadores jurídicos.

No obstante, no siempre es posible evitar una posterior declaración el mismo día del juicio, en aras al derecho de defensa del acusado.

En cualquier caso, es necesario analizar el riesgo de sugestión, manipulación y vulnerabilidad de la víctima, y conocer sus características psíquicas para interpretar correctamente su relato y evitar que las contradicciones en que pueda caer finalicen con una sentencia absolutoria.

Finalmente, recordar que la víctima tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios sufridos (responsabilidad civil) dentro del propio procedimiento penal.

CAPÍTULO 6

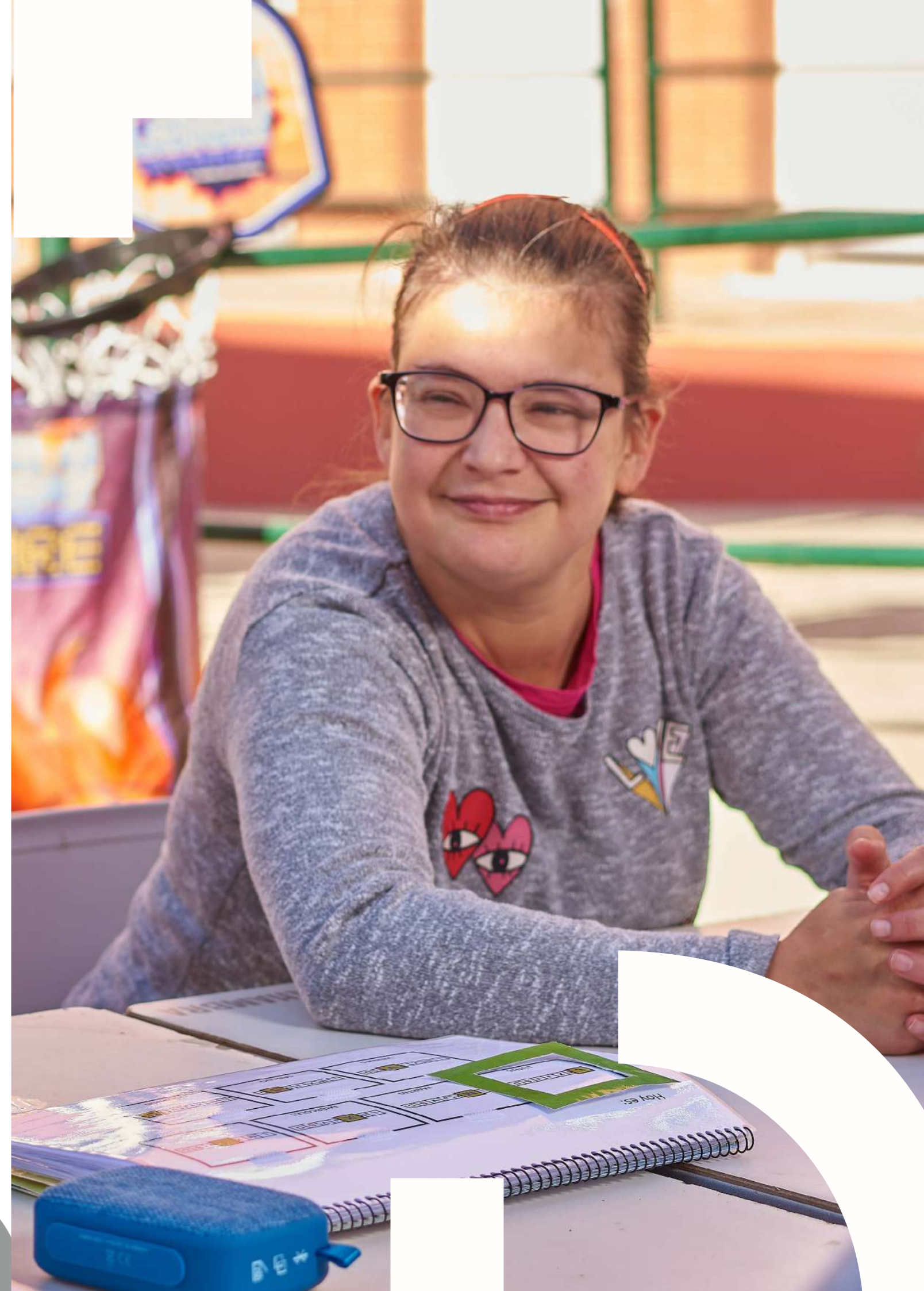
El papel de las entidades especializadas y las familias en el apoyo a la toma de decisiones de las personas con apoyos en su capacidad jurídica

Al tener en cuenta los apoyos que precisa la persona con discapacidad, resulta imprescindible considerar el papel de la familia y profesionales que apoyan y acompañan cada día a la persona con necesidades de apoyo a su capacidad jurídica, desde distintas perspectivas.

Los familiares son la principal fuente de apoyo directo a la persona con discapacidad y también quien mejor representa sus intereses y defiende sus derechos. Además, las familias desempeñan una función muy relevante en la propia prestación de los apoyos.

Por su parte, las entidades que acompañan y conocen a las personas con apoyos a su capacidad jurídica son, quienes, en muchas ocasiones, los conocen y pueden brindar su apoyo para que se cumplan sus deseos, preferencias y voluntades en cada una de sus decisiones.

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 incluye el art.7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reconoce que la persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, por esto es fundamental reconocer el papel de las familias y entidades como apoyo de las personas con discapacidad en los diferentes procedimientos en los que se encuentre.





www.centroautismo.es

C/ Pajaritos 12, Bajo - Oficina 1. 28007 - Madrid



Financiado por
la Unión Europea
NextGenerationEU



Plan de
Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



GOBIERNO
DE ESPAÑA
MINISTERIO
DE DERECHOS SOCIALES
Y AGENDA 2030



REAL
PATRONATO SOBRE
DISCAPACIDAD



CENTRO PILOTO SOBRE
TRASTORNO DEL
ESPECTRO DEL AUTISMO