

# Psiquiatría Legal 3

para el psiquiatra clínico

CURSO ONLINE

MÓDULO 2

“Medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”



# Psiquiatría Legal 3

para el psiquiatra clínico

# MÓDULO 2

---

## 1. Medidas de apoyo

## 2. La desaparición de las declaraciones de incapacitación

## 3. La casi desaparición de la tutela

- 3.1. El papel de los progenitores
- 3.2. Qué se exige a la persona para ser tutor
- 3.3. ¿A quién puede nombrarse tutor?
- 3.4. Quiénes no pueden ser tutores
- 3.5. ¿Se puede nombrar a más de un tutor?
- 3.6. Cuál es exactamente el papel del tutor como representante del menor

## 4. La desaparición de la patria potestad prorrogada

- 4.1. Alcance del cambio
- 4.2. Cuestiones prácticas
- 4.3. Consecuencia directa en las familias con hijos mayores con discapacidad

## 5. La desaparición de la patria potestad rehabilitada

## 6. La curatela

- 6.1. Reglas que rigen la curatela
- 6.2. Quién es el curador
- 6.3. La autcuratela
- 6.4. Obligaciones del curador
- 6.5. La revisión de las medidas de apoyo en lo referente al curador
- 6.6. Cómo se extingue el mandato del curador

## 7. El defensor judicial

## 8. La guarda de hecho

## 9. Prohibiciones de las personas que desempeñan medidas de apoyo

## 10. Cómo se conjuga la Ley de Autonomía del Paciente con la reforma en materia de capacidad

- 10.1. Marco legal
- 10.2. En qué casos se otorga consentimiento por representación
- 10.3. Consecuencias prácticas en materia médica

## 11. Inquietudes de aplicación. Un caso real

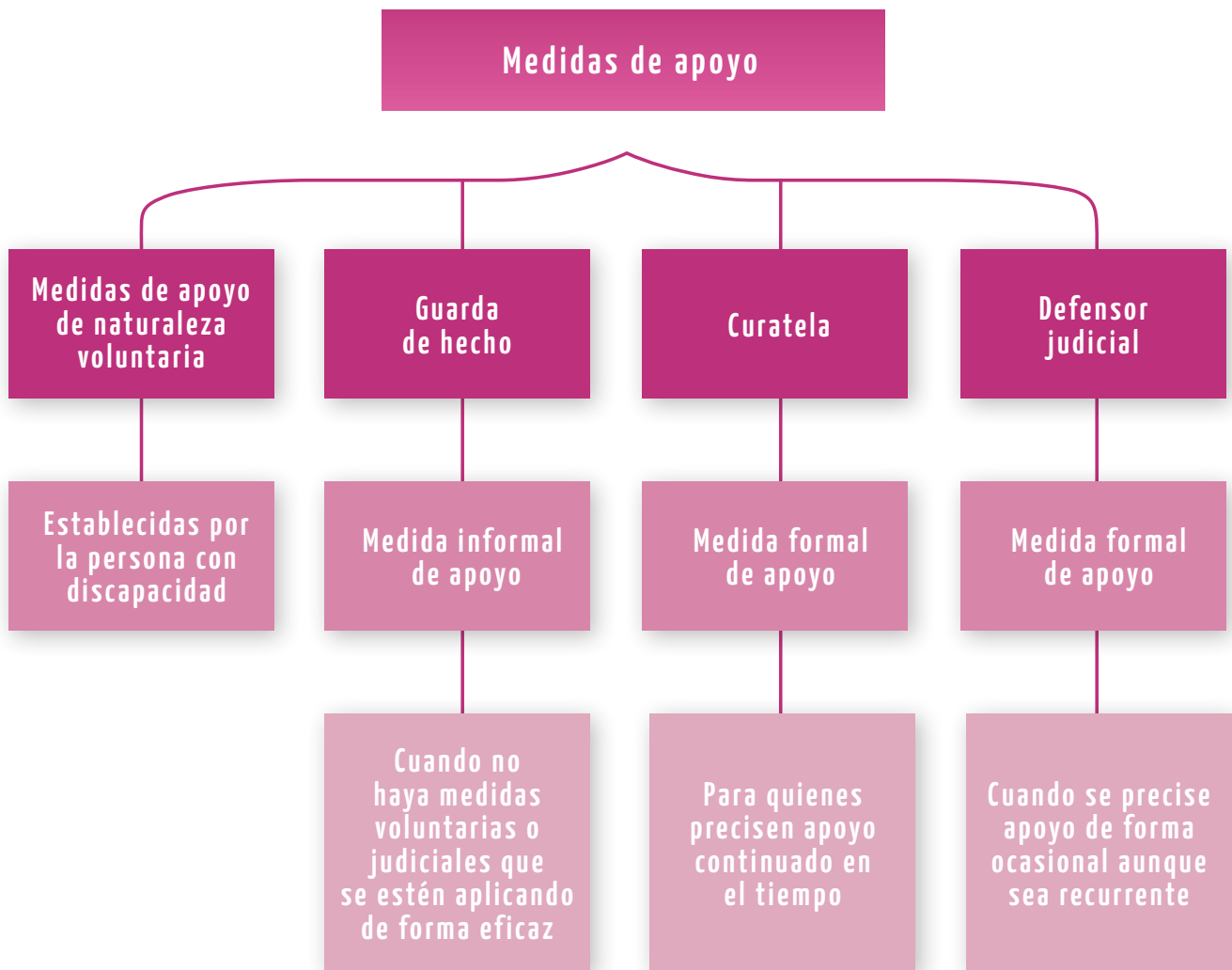
- 11.1. Caso de curatela resuelto por el Tribunal Supremo con la nueva normativa

## Bibliografía y enlaces de interés

# 1. Medidas de apoyo

## 1.1. Marco legal y bibliográfico

La Ley 8/2021 cambia cómo se va a gestionar la capacidad de las personas con discapacidad. Frente a las incapacitaciones judiciales se establecen medidas de apoyo que se estructuran de la siguiente manera:



## 2. La desaparición de las declaraciones de incapacitación

Una de las novedades que incluye la ley 8/2021 es la supresión de las declaraciones judiciales de incapacitación.

<b>Derogado: Declaración judicial de incapacitación</b>	<b>Vigente: Medidas de apoyo</b>
<p>Equivalía a la muerte civil: sustitución en la toma de las decisiones de las personas con discapacidad. Presumía la incapacitación de una persona como consecuencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico.</p>	<p>La persona con discapacidad va a tener medidas de apoyo. Se respeta la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad a fin de que tome sus decisiones. Se pueden instaurar medidas de apoyo a la persona con discapacidad.</p>
<p>La persona debía no ser capaz de autogobernarse, no era capaz de tomar decisiones de forma libre y consciente. La incapacitación la acordaba el juez.</p>	<p>Se deben respetar los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas. Las medidas de apoyo podrán ser previstas por la propia persona (autocuratela). Quedan definidas y actualizadas por resolución judicial.</p>

Nótese que el procedimiento de incapacitación ya se había cambiado de nombre en 2009 pasando a llamarse procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.

# 3. La casi desaparición de la tutela

Antes (derogado)	Ahora (vigente)
<p>Estarán sujetos a tutela:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.</li><li>2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.</li><li>3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.</li><li>4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo.</li></ol>	<p>Quedan sujetos a tutela:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo.</li><li>2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.</li></ol>

Por tanto, desaparece la tutela respecto de los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido (básicamente porque ya no habrá incapacitados judiciales) y la tutela de los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela (porque también desaparece la patria potestad prorrogada).

**Recuerda:** La tutela queda solo para menores no emancipados y solo en el caso de que los progenitores o uno de ellos no tengan la patria potestad.

El tutor entra en juego cuando los progenitores (o uno de ellos) no tienen la patria potestad sobre el menor o no tienen progenitores.

### 3.1. El papel de los progenitores

Aunque los progenitores no tengan la patria potestad tienen su papel en la tutela porque:

- Podrán designar tutor en testamento o documento público notarial.
- Establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos.
- Ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores.

La voluntad de los progenitores vinculará a la autoridad judicial al constituir la tutela, salvo que el interés superior del menor exija otra cosa, en cuyo caso la autoridad judicial dictará resolución motivada y lo mismo ocurrirá en caso de que existan disposiciones de los progenitores hechas en testamento o documento público notarial cuando éstas fueran incompatibles, será la autoridad judicial en decisión motivada quien adopte las más convenientes para el interés superior del menor.

**Importante:** La designación del tutor depende de lo que los progenitores quieran salvo que el interés superior del menor exija otra cosa.

**Nota que podría tener consecuencias jurídicas en el futuro:** La reforma no habla de padres sino de progenitores. La diferencia es importante ya que el progenitor es sólo el padre o madre biológicos de una persona (RAE).

### 3.2. Qué se exige a la persona para ser tutor

El tutor puede ser una persona física o una persona jurídica.

Personas físicas	Personas jurídicas
Que cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función.	Deben ser fundaciones o personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas.
Que no concurra alguna de las causas de inhabilidad.	Entre sus fines ha de figurar la protección y asistencia de menores.

### 3.3. ¿A quién puede nombrarse tutor?

El Código Civil hace una enumeración de preferencias, que ha de aplicarse por orden.

1º A la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial.

2º Al ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial.

3º A un tercero que, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior de éste, considere el juez más idóneo.

Excepcionalmente, en resolución motivada, se podrá alterar el orden entre 1º y 2º o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el interés superior del menor así lo exigiere.

#### Qué ha de valorarse también por el juez:

La integración en la vida de familia del tutor, que se considera beneficioso para el tutelado.

Mantener unidos a los hermanos, para lo que se procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona.

### 3.4. Quiénes no pueden ser tutores

El Código Civil hace una enumeración de preferencias, que ha de aplicarse por orden.

#### No pueden ser tutores:

Los progenitores a quienes se haya privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. En este caso debe haber resolución judicial.

Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. Se busca así preservar el derecho del menor.

Además, la autoridad judicial tiene también límites a la hora de nombrar tutores.

### La autoridad judicial no podrá nombrar:

A quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado.

A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela.

Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona.

A quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela.

**Importante:** La legislación vela por el menor y su bienestar. Por ello no podrá ser o se podrá nombrar a quien no pudiera ejercer correctamente su función de tutor.

### 3.5. ¿Se puede nombrar a más de un tutor?

Sí, se puede nombrar a más de un tutor, lo que puede generar conflictos en la práctica diaria.

Es posible en los siguientes casos:

- 1º Cuando, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o en su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

Tutor de la persona

Tutor de los bienes

2º Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que ejerza también la tutela el cónyuge del tutor o la persona que se halle en análoga relación de afectividad.

Tutor de los hijos de su hermano + cónyuge del tutor o relación análoga

3º Cuando los progenitores del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial más de un tutor para que ejerzan la tutela conjuntamente pero valdrá el acuerdo del mayor número.

Decisión de los progenitores en testamento o documento público

En caso de desacuerdo entre ellos, la autoridad judicial, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente madurez, resolverá lo que estime conveniente.

Si los desacuerdos fueren reiterados con entorpecimiento grave al ejercicio de la tutela, podrá la autoridad judicial reorganizar el funcionamiento, pudiendo incluso nombra nuevo tutor.

Si existiera incompatibilidad u oposición de intereses de un tutor para un acto o contrato, se realizará por el otro y, sin son varios, por los demás en forma conjunta.

### 3.6. Cuál es exactamente el papel del tutor como representante del menor

Se considera que, mientras la persona sea menor de edad, el tutor será su representante y, por tanto, será quien actúe y decida en su nombre. Sin embargo, no siempre será así, existiendo límites que debe respetar el tutor y que deberán ser tenidos en cuenta por aquellos que interactúen con estos, como pueden ser los médicos.

**Regla general:** El tutor es el representante del menor.

**Pero, el tutor no actúa como representante cuando se trata de actos que el menor:**

- pueda realizar por sí solo
- para los que únicamente precise asistencia.

La dificultad, por tanto, radica en saber qué actos puede hacer el menor por sí mismo y para cuáles precisa sólo asistencia.

## Qué debe tener en cuenta el tutor:

### El tutor debe ejercer su cargo:

- en interés del menor,
- de acuerdo con la personalidad del menor y
- con respeto a los derechos del menor.

Una de las obligaciones nuevas del tutor es que debe oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten, si bien el tutor está obligado a velar por el tutelado. Esta cuestión estaba ya prevista en el ámbito médico.

Esto implica a efectos prácticos que:

- Se intenta desde la norma fomentar la autonomía del menor.
- Se busca que el menor sea copartícipe de las decisiones que se adoptan por el tutor.
- Oír no significa que se tenga que dar por bueno lo que el menor quiera.

En la actividad médica esto supone que:

- Ante cualquier actividad profesional (intervención, medicación, revisión, etc.) el médico deberá primero cerciorarse de si la persona que acompaña al menor es el tutor y si éste puede tomar decisiones por él.
- El médico deberá informar al tutor quien deberá, a su vez, oír al menor.
- La firma del consentimiento o decisiones últimas será del tutor, salvo para aquellas actuaciones en las que el menor tenga por sí mismo derecho a pronunciarse por razón de su edad (por ejemplo, en casos de aborto).

# 4 • La desaparición de la patria potestad prorrogada

## 4.1. Alcance del cambio

### Antes: Patria potestad prorrogada (art. 171 CC)

#### El tutor debe ejercer su cargo

- La patria potestad prorrogada era una responsabilidad del padre y la madre, que asumían deberes y funciones.
- Era automática, sin necesidad de que hubiera pronunciamiento judicial.
- En algunos casos podría no ser lo más idóneo para el discapacitado, pero en ese caso cabía la posibilidad de acudir solicitando tutela al juzgado correspondiente.
- La finalidad de esta figura era la protección del hijo declarado incapacitado, al llegar a la mayoría de edad.
- En estos casos, los padres asumían toda la responsabilidad de la patria potestad. No había opciones intermedias. O había patria potestad prorrogada o el incapacitado tenía capacidad jurídica y de obrar.

Por consiguiente, hasta el cambio normativo de la ley 8/2021, la figura de la patria potestad prorrogada recaía sobre los padres, que la asumían como un deber. No se preguntaba al incapacitado ni había escalas en el grado de la patria potestad. Por consiguiente hasta el cambio normativo de la ley 8/2021, la figura de la patria potestad prorrogada recaía sobre los padres, que la asumían como un deber. No se preguntaba al incapacitado ni había escalas en el grado de la patria potestad.

**Ahora: Se suprime, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.20 de la Ley 8/2021, de 2 de junio.**

El cambio se realiza porque se considera una institución no conforme con los principios de la Convención de Nueva York dado su automatismo y falta de flexibilidad.

**Qué se persigue:** la promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad ya que puede haber distintos grados.

**Qué se cuestiona en la norma:** que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para velar por los intereses del hijo adulto con discapacidad.

**Se considera que los progenitores no son los más adecuados porque:**

- Deben impulsar el mayor grado de independencia y autonomía posible del discapacitado, no sobreproteger o sustituir (cuestiones que se realizan por bondad).
- El hijo tenga a los padres puede favorecer que no haga por ser más independiente al sentirse protegidos.
- Deben ser conscientes de que el hijo puede sobrevivir a los padres. Por ello se busca que consigan el máximo grado de independencia posible.
- Puede ser una carga muy alta para los padres, tanto física como mental.
- Los padres pueden ser enfermos y podría resultarles difícil asistir de forma constante al hijo discapacitado.

### **Importante:**

Desaparece la patria potestad prorrogada, que operaba de forma automática con los hijos con discapacidad mayores de edad.

Se sustituye por un régimen de apoyos que se fijará en función de su situación. Por tanto, estos apoyos responden a lo que el hijo precisa, pudiendo haber muchas diferencias en función del alcance de la discapacidad.

La definición de los apoyos se hará en vía judicial. Entre esos apoyos se puede nombrar un curador.

## 4.2. Cuestiones prácticas

### Preguntas

¿Entonces los progenitores no tienen nada que hacer una vez su hijo cumple los 18 años?

Sí, los progenitores pueden solicitar las medidas y ser ellos los curadores, pero se preguntará al hijo con discapacidad previamente, quien podrá elegir previamente a ellos o a otra persona, teniendo preferencia el cónyuge que conviva con el tutelado a los padres.

Los progenitores deben velar por el bienestar de su hijo, respetando plenamente su voluntad y las opciones personales.

En estos casos, lo importante será la valoración que realicen los jueces sobre la capacidad de los progenitores y si con sus actos promueven la autonomía de la persona con discapacidad.

¿Cómo lo tienen que hacer?

Los progenitores podrán presentar una demanda en los juzgados de primera instancia del lugar de residencia del hijo con discapacidad. Es imprescindible designar un abogado y un procurador.

Otra opción es poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la necesidad de modificación de la capacidad o de la provisión del apoyo que se solicita, explicando los hechos. En este caso, los progenitores podrán ir a la fiscalía del lugar de residencia del hijo con discapacidad. No es necesario ni abogado, ni procurador.

¿Cuál es la importancia del médico en estos casos?

En los procedimientos de establecimiento de medidas, el informe del médico forense adscrito al juzgado será fundamental para determinar el ámbito y alcance de las medidas sobre la persona con discapacidad y, por otro lado, la capacidad de los progenitores para asumir la responsabilidad. También pueden ser valorados por el juez los informes médicos, como de psiquiatras en su caso, que se aporten por quien inicia el procedimiento.

¿Tiene obligación del Juez de aceptar y dar por bueno el informe del médico?

El juez a la vista de los informes tiene libertad para decidir qué es lo que considera mejor para la persona con discapacidad. Los informes médicos no son vinculantes para el juez.

¿Con la entrada en vigor de la ley desaparece de forma automática la patria potestad prorrogada o queda en un limbo?

Se establece un tiempo transitorio. Quienes ostenten la patria potestad prorrogada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.

¿Cuándo se pide la revisión de la situación para adaptarla a la nueva ley?

Los progenitores podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 8/2021.

¿Qué plazo existe?

La revisión de medidas que hubieran antes de entrar en vigor la ley deberá producirse en un plazo de un año desde la solicitud, si bien en el supuesto de no solicitar la revisión, ésta se llevará a cabo por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

Por lo tanto, la revisión se va a hacer en todo caso.

### 4.3. Consecuencia directa en las familias con hijos mayores con discapacidad

Quienes tengan la patria potestad prorrogada tendrán que iniciar un procedimiento judicial en el que recaerá una sentencia diciendo, por un lado, quién es el curador (que puede o no recaer en los progenitores) y, por otro, qué medidas específicas se definen que pueden ser de diferente alcance, pudiendo o no asumir el curador la función de representante.

# 5 • La desaparición de la patria potestad rehabilitada

## Antes: art. 171 CC (derogado)

La patria potestad rehabilitada se contemplaba para el caso en que el hijo soltero, mayor de edad, que vive con sus padres, resultara incapacitado. Era preciso la concurrencia de ser soltero, mayor de edad y vivir con los padres.

En estos casos la patria potestad la ejercían los padres de acuerdo a lo establecido en la resolución judicial de incapacitación, y subsidiariamente, ateniéndose a las reglas que rigen las relaciones padres-hijos.

## Ahora. Se suprime, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.20 de la Ley 8/2021, de 2 de junio (vigente)

Las razones son las mismas que las que justifican la eliminación de la figura de la patria potestad prorrogada que ya se ha analizado previamente.

La persona con discapacidad tendrá medidas de apoyo, conforme a lo que se establezca por la autoridad judicial.

La medida de apoyo generalmente será la curatela (con uno o más curadores) cuyas funciones dependerán de las condiciones que tenga la persona con discapacidad.

# 6. La curatela

La curatela se configura en el Código Civil como una medida de apoyo continuado para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que lo precisen. De esta forma, el curador asiste a las personas con discapacidad en los ámbitos que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Excepcionalmente tendrá funciones representativas. La extensión del apoyo que presta dependerá de la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y ello según conste en la correspondiente resolución judicial. La resolución judicial deberá determinar de forma clara los actos para los que la persona requiere la asistencia del curador, ya sean asistenciales o representativos.

La autoridad judicial es quien deberá determinar si la persona con discapacidad sólo precisa del curador para prestar funciones asistenciales o también para asumir su representación. Además, podrá establecer otras medidas de control para garantizar el respeto de los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, así como para evitar abusos, conflictos de intereses o la influencia indebida. Podrá también exigir que el curador informe sobre extremos referentes a la persona con discapacidad, tanto en materia personal como patrimonial.

El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas (STS).

## 6.1. Reglas que rigen la curatela

**Finalidad:** permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico de la persona con discapacidad en condiciones de igualdad. Deberá fomentarse que la persona cada vez precise menos apoyos.

**Principios rectores:**

- Principio de intervención mínima, respeto de la autonomía de la persona y su dignidad.
- Principio de necesidad y proporcionalidad.

No podrá incluir la mera privación de derechos a la persona con discapacidad.

## 6.2. Quién es el curador

El curador será el propuesto por la persona que precisa el apoyo o por la persona en quien ésta hubiera delegado. La autoridad judicial será quien lo nombre y valorará las circunstancias que concurran. Podrá nombrarse más de un curador, en cuyo caso la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento respetando en todo caso la voluntad de la persona que necesita apoyo.

En caso de no existir propuesta por la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará como curador a los siguientes:

- Al cónyuge o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.
- Al hijo o descendiente, prefiriéndose aquel que conviva con la persona que necesita apoyo.
- A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente, o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.
- A quien estuviera actuando como guardador de hecho.
- Al hermano pariente o allegado que conviva con la persona que precisa curatela.
- A una persona jurídica sin ánimo de lucro, pública o privada, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

Existen causas tasadas en la ley que regula prohibiciones para ser curador, entre las que se encuentran, ser excluido por la persona que precise el apoyo, estar privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, ser legalmente removido...

Rigen los mismos derechos y obligaciones que en la tutela añadiendo que se puede “excusar” de ejercer el cargo si resultase excesivamente gravoso o entrañase grave dificultad.

## 6.3. La autocuratela

Cuando una persona mayor de edad o menor emancipada prevé que van a concurrir en su persona circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, puede designar un curador.

La autocuratela consiste en nombrar por el que será persona incapacitada un curador en previsión de su necesidad. De esta manera se respeta la voluntad de la persona.

Además de nombrar uno o más curadores podrá definir quiénes en ningún caso lo serán, así como sustitutos.

La forma de realizar la autoguardatela es la escritura pública. En ésta, además de disponer sobre quién será el curador (o no) puede dar instrucciones al curador sobre cuestiones variadas: el cuidado de su persona, administración, retribución... y también, sobre cuestiones que puedan afectar a su salud. Tanto la designación del curador como las instrucciones vinculan a la autoridad judicial que sólo podrá prescindir total o parcialmente mediante resolución motivada si "existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones".

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

#### 6.4. Obligaciones del curador

<b>El curador está obligado a:</b>
Respetar las funciones que se le encomiendan por resolución judicial y desempeñarlas con la diligencia debida.
Solicitar asistencia cuando no sea posible la prestación de la medida prevista judicialmente y, en su caso, solicitar las modificaciones que correspondan cuando haya cambios en la situación de la persona.
Mantener contacto personal con la persona necesitada de apoyo y dar los informes que se le soliciten en su caso por la autoridad judicial o servicios sociales.
Asistir a la persona con discapacidad respetando su voluntad, deseos y preferencias, con las limitaciones que pudiera establecer la sentencia judicial.
Facilitar que la persona con discapacidad pueda tomar decisiones de forma autónoma.
Fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

## 6.5. La revisión de las medidas de apoyo en lo referente al curador

Las medidas de apoyo a la persona con discapacidad que se hayan designado judicialmente para las que se ha nombrado un curador no son indefinidas.

### Operará la revisión:

Ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir la modificación de las medidas.

Cada tres años, salvo que la autoridad judicial, de forma excepcional, establezca un plazo mayor de hasta seis años.

## 6.6. Cómo se extingue el mandato del curador

Una vez se nombra un curador por la autoridad judicial, éste podrá ser removido de su cargo cuando incurra en alguna causa legal de inhabilidad o no cumpla con sus obligaciones e incumpla los deberes propios del cargo:

- Por notoria ineptitud o
- Cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que presta apoyo.

Mientras se tramita el procedimiento para remover al curador, la autoridad judicial podrá suspenderlo de sus funciones y acordar, si lo considera necesario, el nombramiento de un defensor judicial. Una vez removido de su cargo se nombrará un nuevo curador por la autoridad judicial.

# 7 • El defensor judicial

## Características

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

Procede cuando se precise el apoyo de forma ocasional, aunque puede ser recurrente.

El defensor judicial se nombra por la autoridad judicial una vez se oye a la persona con discapacidad y teniendo en cuenta qué persona puede ser la más idónea para respetar sus deseos e intereses.

## Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad cuando:

Por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

Exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

Durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

Se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

La persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

# 8

## La desaparición de la patria potestad rehabilitada

Antes	Ahora
<p>Provisional.</p> <p>Situación de hecho en la que una persona o institución asiste a otra que tiene dificultades para llevar a cabo su día a día.</p> <p>Se justificaba ante casos en que a la persona que precisaba asistencia no era necesario declararla incapaz sino sólo asistirla.</p>	<p>Institución jurídica de apoyo.</p> <p>No precisa formalidad específica: la persona con discapacidad recibe el apoyo de quien sea su guardador de hecho.</p> <p>Sí se necesita autorización judicial cuando vaya a ejercer funciones representativas, previo examen de las circunstancias o cuando vaya a dar consentimiento en materias previstas expresamente para el curador (art. 287 CC).</p>

La guarda de hecho se extingue en los siguientes casos:

- Cuando se establezcan otras medidas de apoyo a la persona con discapacidad.
- Cuando desaparezcan las causas que lo motivaron.
- Cuando el guardador desista de su actuación.
- Cuando la autoridad judicial lo determine a instancia del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo a la persona bajo guarda.

# 9 • Prohibiciones de las personas que desempeñan medidas de apoyo

---

El Código Civil establece en el art. 251 las prohibiciones que se aplican a las personas que desempeñan medidas de apoyo, salvo que el otorgante las haya excluído expresamente en su documento de constitución de dichas medidas (de nuevo la voluntad de la persona con discapacidad).

Las prohibiciones son las siguientes:

No recibir liberalidades de la persona que precisa apoyo o de sus causahabientes.

Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitir por su parte bienes por igual título.

# 10. Cómo se conjuga la Ley de Autonomía del Paciente con la reforma en materia de capacidad

## 10.1. Marco legal

En primer lugar, la Ley de Autonomía del Paciente dice que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.

Por tanto, ante cualquier actuación médica se precisa consentimiento previo e informado y será por escrito cuando lo determine la ley. Además, el paciente tiene libertad para elegir lo que considere, no viniendo obligado a firmar el consentimiento. En estos casos se presume que el paciente tiene capacidad de obrar.

Hasta la entrada en vigor de la ley 8/2021 o se tenía capacidad de obrar o se estaba legalmente incapacitado, en cuyo caso el tutor o curador actuaba como representante. No había nada intermedio. Ahora sí, están las medidas que pueden ser muy dispares.

**Consentimiento informado:** la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

## 10.2. En qué casos se otorga consentimiento por representación

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Esta forma de dar el consentimiento se impide para los menores emancipados o mayores de 16 años, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, en cuyo caso el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

- b) Cuando el paciente tenga medidas de apoyo que determinen que precisa de un curador que será quien vele por su interés.

Habrá que tener claro que son necesarias las medidas de apoyo al caso concreto (por ejemplo, es diferente una persona que tenga enfermedad mental, a otra que sea invidente). En esos casos, al invidente valdrá con facilitarle la información de forma que pueda leerla o entenderla, y para eso se le pondrá el curador, que no podrá tomar las decisiones por ella. Mientras que en el caso de una persona con Alzheimer, por ejemplo, el curador deberá implicarse en la toma de la decisión que mejor le convenga a su representado.

Las medidas de apoyo las contempla la Ley de Autonomía del Paciente al decir que:

“Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí mismo su consentimiento.”

La dificultad para los médicos será conocer cuáles son las medidas de apoyo que se han acordado en vía judicial.

- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y tal y como consta en la actual Ley 8/2021. El representante podrá ser quien ostente la patria potestad o el tutor legalmente designado. Existen especialidades en torno a la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, así como a la interrupción voluntaria del embarazo.

En todo caso, la Ley de Autonomía del Paciente considera que el representante debe actuar siempre atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente (cuestión que mantiene también la ley 8/2021), de modo que en caso de que el facultativo considere que las decisiones son contrarias a dichos intereses, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Por ello, la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

### 10.3. Consecuencias prácticas en materia médica

#### Comprobar si la persona tiene curador

Si no se hubiera solicitado seguirán siendo los padres con potestad prorrogada pero con un máximo de 3 años, sin perjuicio de cambios legislativos posteriores.

#### Las medidas de apoyo específicas

Si tiene curador, el médico deberá comprobar si el curador solo acompaña (función asistencial) o bien asume funciones representativas, sobre todo en la toma de decisiones y consentimiento.

Antes se era o no persona incapacitada, era blanco o negro; ahora hay una escala muy grande de grises.

#### Consulta de contenido de medidas

El médico deberá, antes de recoger consentimientos expresos directamente de la persona con discapacidad, tener conocimiento de la existencia de los apoyos que se hayan fijado de forma individualizada a ese paciente en concreto. A falta de que se entreguen por el curador, se podrá solicitar la sentencia o consultar al contenido del Registro Civil, donde habrán de inscribirse obligatoriamente todas las medidas de apoyo, sea de la naturaleza que sean. Esto obviamente generará conflictos en materia sanitaria.

**Importante:** El consentimiento informado lo debe prestar quien esté en pleno uso de sus facultades cognitivas después de recibir la información adecuada.

Una persona con discapacidad no siempre tendrá problemas para entender y evaluar el impacto de una actuación que afecte a su salud, por ello que es relevante conocer las medidas de apoyo que se han acordado judicialmente.

Pero, en cualquier caso, la persona discapacitada deberá ser informada, aunque quien firme sea el tutor o el curador.

# 11. Inquietudes de aplicación. ● Un caso real

---

Delegar en las personas con discapacidad la decisión sobre las medidas de apoyo que deben aplicárseles y la elección de quienes estarán al frente, se puede antojar en muchos casos difícil; sobre todo en los casos de personas con una severa discapacidad intelectual.

Precisamente la nueva ley obliga a revisiones periódicas cada tres años con el fin de velar por la persona con discapacidad, momento en el que podrá valorarse si las decisiones que toma el curador son a favor suyo.

En la esfera médica los apoyos deberán hacer referencia a temas variados entre los que debe estar la toma de decisiones y otorgamiento de consentimiento informado para cualquier intervención o tratamiento médico, con especial atención a los tratamientos psiquiátricos, psicológicos y/o farmacológicos.

Lo que está claro es que, mientras exista una uniformidad de actuación, posiblemente en base a la experiencia, habrá muchos casos conflictivos, en los que habrá que acudir a la autoridad judicial.

## 1.1. Caso de curatela resuelto por el Tribunal Supremo con la nueva normativa

Persona con síndrome de Diógenes que vive solo y es incapaz de cuidar su salud e higiene con riesgo para los vecinos por motivos de salubridad. No tiene alteraciones sensorio-perceptivas ni deterioro cognitivo (informes médicos) y es capaz de contestar preguntas de manera cabal y con coherencia. Se niega a cualquier tipo de medida de apoyo.

El Tribunal Supremo (sentencia de 8 de septiembre de 2021, rec. 4187/2019) resuelve que no cabe la modificación de la capacidad jurídica ya que tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse al desaparecer cualquier declaración judicial de modificación de capacidad; y, añade que, mientras perdure la falta de conciencia de la situación de la persona para la que se piden medidas y su rechazo a la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir su voluntad solo en esa parte, concretando el apoyo de la siguiente manera: “a la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Damaso, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias”.

El Tribunal Supremo incide en el respeto a la voluntad de la persona, pero añade que existen casos en los que por trastornos psiquiátricos el paciente no es capaz de ver la realidad y las consecuencias de sus actos. Concluye así que “no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.”

## Bibliografía

---

Sánchez Gómez, A.: Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, v. vii, núm. 5, 2020, p. 394.

Rabanete Martínez, I.: La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad. *Tribuna en Idibe*, Mayo 2019 [<https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-laspersonas-discapacidad/> Fecha consulta 09/04/2021]

Alventosa del Río, Josefina: “La tutela, la curatela y la guardia de hecho”, *Derecho civil IV.: Derecho de familia* / coord. por José Ramón de Verda y Beamonte, 2020, Tirant Lo Blach, págs. 325-340

Páramo y de Santiago, Casto: “Tutela o curatela (Comentario a la STS de 19 de febrero de 2020)” *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Nº. 232, 2020, págs. 67-72.

De la Iglesia Monje, María Isabel: “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* / coord. por Esther Muñiz Espada, 2020, págs. 141-174.

Cabanas Trejo, Ricardo: “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/>

Muñoz Calvo, Alberto: “Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad: breve acercamiento”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-breve-acercamiento/>

Ripoll Jaen, Antonio: “Ineficacia de los actos de la persona con discapacidad”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/ineficacia-de-los-actos-de-la-persona-con-discapacidad/>

Ruf i Aixàs, Josep: “Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia” <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-NuevasMedidasDeProteccionLegalDePersonasConDiscapa-5151746.pdf>

Lora-Tamayo Villacieros, Manuel y Pérez Ramos, Carlos: La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021, <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>



