

ASPECTOS PROCESALES DEL NUEVO SISTEMA ESPAÑOL DE
PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO: DUDAS Y
POSIBLES SOLUCIONES PRÁCTICAS

*PROCEDURAL ASPECTS OF THE NEW SPANISH SYSTEM FOR THE
PROVISION OF JUDICIAL SUPPORT MEASURES: DOUBTS AND
POSSIBLE PRACTICAL SOLUTIONS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1798-1823

Rebeca
CASTRILLO
SANTAMARÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Una de las actuales fronteras del Derecho de familia español es la asimilación práctica del nuevo sistema de prestación de apoyos instaurado 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. La norma ha eliminado el tradicional procedimiento de modificación de la capacidad de las personas físicas sustituyéndolo por un nuevo sistema de provisión judicial de apoyos en el que se impone el expediente de jurisdicción voluntaria y solo en determinados supuestos el proceso contradictorio. Partiendo de lo anterior, el objetivo general de este trabajo es reflexionar sobre las dudas procesales que presenta la novísima regulación de la provisión y adopción judicial de medidas de apoyo intentando ofrecer soluciones a su aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE: Apoyos; discapacidad; expediente; judicial; provisión.

ABSTRACT: *One of the current frontiers of Spanish Family Law is the practical assimilation of the new support provision system established by Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation for the support of people with disabilities in the exercise of their legal capacity. The norm has eliminated the traditional procedure for modifying the capacity of natural persons, replacing it with a new system of judicial provision of support in which the voluntary jurisdiction file is imposed and only in certain cases the contradictory process. Based on the above, the general objective of this work is to reflect on the procedural doubts presented by the latest regulation of the provision and judicial adoption of support measures, trying to offer solutions to its practical application.*

KEY WORDS: *Props; disability; proceedings; judicial; provision.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. COMPARECENCIA EN JUICIO Y REPRESENTACIÓN.- III. AJUSTES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Adaptaciones y ajustes a los que se refiere el artículo 7 bis LEC y LJV.- 2. Competencia y capacidad para la decisión sobre las adaptaciones y ajustes.- 3. Adaptaciones y ajustes para los partícipes con discapacidad sin la condición de parte procesal.- 4. El profesional experto facilitador.- IV. PROCEDIMIENTOS PARA LA “PROVISIÓN” O “ADOPCIÓN” DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. El nuevo expediente de “provisión” de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. A) Ámbito de aplicación. B) Competencia. C) Legitimación. D) Defensa y representación procesal. E) Procedimiento. F) Oposición. G) Resolución del expediente y revisión de las medidas judicialmente acordadas.- 2. El proceso de “adopción” de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. A) Ámbito de aplicación. B) Competencia. C) Legitimación e intervención procesal. D) Procedimiento. E) Resolución del proceso y revisión de las medidas judicialmente adoptadas.- 3. Medidas cautelares.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Si bien hace ya algunos años que el legislador español inició la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, la Convención)¹, 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 (en adelante, la Ley 8/2021), constituye una de las reformas más notables e innovadoras de nuestro ordenamiento jurídico². Y no por la importantísima cantidad de preceptos y normas legales que han resultado afectados, sino porque material y procesalmente conlleva un cambio radical en el tratamiento -y entendimiento- del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

1 Esta adecuación comenzó con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, continuando con el posterior RD Legislativo 1/2003, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. A estas normas le sucedieron otras como la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, realizando ajustes terminológicos, la Ley 4/2017, de 24 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones, La LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que garantizaba la participación en el Tribunal del Jurado de las personas con discapacidad; o la LO 2/2018, de 5 de diciembre, por la que se modificó la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad.

2 En la doctrina civilista, GARCÍA RUBIO, M.P.: “La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, núm. 25, pp. 82, Vocal Permanente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, la ha calificado como la reforma más importante del derecho civil desde la publicación de las Constituciones Española.

• Rebeca Castrillo Santamaría

PAD Universidad del Atlántico Medio y Universidad Isabel I. Juez Sustituta del TSJ de Canarias. castrillo_santamaría_rebeca@hotmail.com

En el ámbito material, despojar a la persona con discapacidad³ del manto de la tutela que hasta ahora se le imponía para el ejercicio de su capacidad jurídica, olvidando que el fundamento de las restricciones de su capacidad de obrar no ha sido otro que el de su protección⁴ y orillando la figura del “interés superior de la persona con discapacidad”⁵ en aras de su libertad para la toma de sus decisiones y el respeto máximo a su autonomía, no es tarea sencilla. En el ámbito procesal, más fácil cabía suponer una nueva forma de proceder. Sin embargo, pese a las numerosas alabanzas y congratulaciones que ha recibido la reforma en general⁶, las críticas y dudas que suscita la nueva regulación procesal son muchas y de calado, habiendo llegado a ser calificada por la doctrina científica de ineficiente⁷.

II. COMPARECENCIA EN JUICIO Y REPRESENTACIÓN.

La adaptación de nuestro ordenamiento procesal civil a los postulados de la Convención y, en definitiva, al nuevo régimen de tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no podía limitarse a la eliminación del tradicional procedimiento de modificación de la capacidad de las personas físicas, sustituyéndolo por un nuevo sistema de provisión y, en su caso, adopción, judicial de apoyos. La propia y necesaria participación de las personas con discapacidad del sistema de Administración de Justicia y el derecho de acceso a la justicia que garantiza el artículo 24 de la Constitución española, exigía la eliminación de cuantas barreras –en el sentido más amplio de la palabra– hacían que tal participación no se diera en condiciones de igualdad respecto del resto de personas.

3 Especialmente, a las personas cuya discapacidad no es física sino mental, intelectual o sensorial, que se proyecta sobre la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad para realizar actos con eficacia jurídica.

4 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, 2022, núm. 10021, p. 4.

5 Tal y como expone ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 33, p. 554, el legislador español ha hecho desaparecer el “interés superior” de la persona con discapacidad, siguiendo, “al pie de la letra” la Observación general núm. I (2014) del Comité de las Personas con Discapacidad (párrafo 21), que no teniendo carácter de tratado internacional y, por tanto, tampoco carácter vinculante, exige la sustitución del “interés superior” de la persona con discapacidad por la “mejor interpretación de su voluntad y preferencias”. Sobre dicho principio, en la doctrina judicial española, véase la STS 18 julio 2018 (Roj: STS 2805/2018), que lo configura como “[...] rector de la actuación de los poderes públicos [...] como la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad [...]”. En cualquier caso, no debe perderse de vista la STS 8 septiembre 2021 (Roj: STS 3276/2021) que, aún sin traerlo a colación, evidencia que al fundamento de su decisión trasciende la prevalencia del “interés superior” de la persona con discapacidad.

6 Véase PEREA GONZÁLEZ, A., GARCÍA RUBIO, P., SEGARRA CRESPO, M.J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., FUSTER BLAY, M.: “Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil”, *Diario La Ley*, 2021, núm. 9980.

7 Al respecto, CALAZA LÓPEZ, S.: “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad (I)”, *LA LEY Derecho de Familia*, 2021, núm. 31, p. 2, cuando afirma que “[...] la reforma sustantiva -impactante, rupturista, disruptiva- no se cohonestaba con la reforma procesal -ineficiente, costumbrista, desfasada-”.

Para eliminar una de esas barreras se ha dado la reforma del artículo 7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), dedicado a la “Comparecencia en juicio y representación” y que, con anterioridad a la Ley 8/2021, determinaba que solo podrían comparecer en juicio quienes estuvieran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles para, a continuación, señalar que las personas que no estuvieran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles habrían de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. Se trataba de una norma en blanco⁸ que exigía acudir al Código Civil (en adelante, CC), para precisar que las personas físicas que tenían capacidad procesal eran los mayores de edad y los menores emancipados, exigiéndose en el resto de supuestos –que se entendían de capacidad de obrar limitada–, la intervención en el proceso a través de un representante, a los efectos de integrar la incompleta y, en su caso, total falta de capacidad. Conforme a lo anterior, los sujetos a tutela⁹ eran representados y los sujetos a curatela¹⁰ asistidos por su tutor o curador¹¹, respectivamente, de forma tal que la sentencia que declarara la incapacitación o la prodigalidad nombraba a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hubiera de representarlos o asistirlos y velar por ellos (art. 760.2 LEC, anterior a la reforma de la Ley 8/2021).

Así, de la misma manera que en el ámbito del derecho privado se exigía a los titulares de derechos la capacidad jurídica y de obrar, el ordenamiento procesal imponía la capacidad procesal, ligada al pleno ejercicio de los derechos civiles, de forma tal que solo quienes estuvieran en pleno ejercicio de los mismos gozarían de capacidad procesal y podrían comparecer válidamente en juicio.

En línea con el artículo 12 de la Convención, que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, la Ley 8/2021 elimina el régimen de capacidad procesal anterior proclamando la posibilidad de que todas las personas puedan comparecer en juicio y equiparando la capacidad para ser parte (art. 6.1.1º LEC) con la capacidad procesal (art. 7.1 LEC); sin desconocer la realidad y existencia de personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en cuyo caso deberá estarse al alcance y contenido de las que voluntariamente

8 GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil*, UNED-Colex, Madrid, 2012, p. 110.

9 Los menores no emancipados que no estuvieran bajo la patria potestad, los incapacitados, cuando la sentencia lo hubiera establecido, los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar esta, y salvo que procediera la curatela, y los menores en situación de desamparo (art. 222 CC, anterior a la reforma de la Ley 8/2021).

10 Los emancipados cuyos padres fallecieran o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley, los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad y los declarados pródigos (art. 286 CC, anterior a la reforma de la Ley 8/2021).

11 Como señala, MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *Derecho Jurisdiccional II*, 2016, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 65, en el caso de la tutela no nos encontramos ante un supuesto de representación sino de asistencia por lo que la voluntad del curador no sustituye la del incapacitado precisándose la concurrencia de las dos voluntades.

haya determinado la propia persona con discapacidad y/o, en su defecto, al de las judiciales, cuya extensión debe venir determinada en la correspondiente resolución judicial (arts. 7.2 LEC y 250 CC).

De lo anterior se desprende que en aquellos supuestos en los que ni las medidas voluntarias de apoyo ni las que pudieran haberse establecido judicialmente se pronuncien sobre el ejercicio del derecho a comparecer en juicio, habrá de suponerse que la persona, incluidas aquellas con discapacidad, puede comparecer en el proceso por sí misma y sin necesidad de asistencia alguna. Cuestión distinta es la posibilidad de nombrar un defensor judicial, cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, es decir, para un concreto procedimiento, verificando previamente que no se ha otorgado documento público que contenga las medidas de apoyo que haya podido establecer la persona (art. 255 CC) y/o la subsistencia de poder o mandato preventivo (art. 260 CC) inscritos en el registro individual del poderdante del Registro Civil.

III. ADAPTACIONES Y AJUSTES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El artículo 13 de la Convención impone a los Estados Partes la obligación de asegurar en todos los procedimientos judiciales “[...] que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con la demás, incluso mediante ajustes de procedimiento [...]”.

Al cumplimiento de esta obligación se dirige el nuevo artículo 7 bis LEC y de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), titulado “Ajustes para personas con discapacidad”, cuyo apartado 1º dispone que, a petición de las partes, del Ministerio Fiscal o de oficio por el Tribunal, en todas las fases y actuaciones de los procesos en los que participen personas con discapacidad “se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad”; declarando a continuación su apartado 2º el derecho que tienen las personas con discapacidad a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo, así como determinando las medidas que deberán adoptarse a tal fin.

I. Adaptaciones y ajustes a los que se refiere el artículo 7 bis.

Tal y como se desprende de la norma, la finalidad del artículo 7 bis no es otra que la de garantizar la participación en el proceso de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad respecto del resto de personas; finalidad esta que no será posible alcanzar sino mediante la remoción de todas aquellas barreras que condicionen tal participación.

Así, el artículo 7 bis impone la obligación de realizar las adaptaciones y ajustes que califica de “necesarios”, pero que no identifica exhaustivamente. Se trata de una ambigüedad más que justificada si se tienen en cuenta los diferentes tipos de discapacidad y, por ende, la diversa naturaleza de los apoyos que se pueden necesitar, requiriendo individualización en el caso concreto¹².

Por tanto, sin perjuicio de los concretos ajustes y/o adaptaciones a los que se refiere el apartado 2º del artículo 7 bis, y cuya enumeración no puede entenderse sino con el carácter de ejemplificativa, debe tenerse presente que nos encontramos ante una norma de carácter abierto que impone la obligación de realizar cuantas adaptaciones –referidas a la comunicación, comprensión e interacción con el entorno– y ajustes sean necesarios para realizar el derecho de las personas con discapacidad a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo y, en definitiva, para garantizar la participación en el proceso de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad respecto del resto de personas.

2. Competencia y capacidad para la decisión sobre las adaptaciones y ajustes.

La misma ambigüedad, aunque no de la misma naturaleza, se aprecia en la identificación de la persona competente y capacitada para decidir si, en el caso concreto, deben realizarse adaptaciones y ajustes, y cuáles. En efecto, el artículo 7 bis no identifica la persona competente para resolver sobre la solicitud de adaptaciones y ajustes, limitándose a señalar que tales “adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal”¹³. No obstante, la anterior afirmación debe ser considerada a la luz del contenido de los artículos 42 bis a).5 LJV, en el ámbito del expediente de jurisdicción voluntaria, y 758.2 LEC, en el del proceso contencioso, que establecen que el/la Letrado/a de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) “realizará las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el artículo 7 bis de esta Ley” o “llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis”, respectivamente.

Sin embargo, una cosa es la persona que debe realizar o llevar a cabo las adaptaciones y ajustes que sean necesarios y otra muy distinta es a quien le

12 DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I)”, *Práctica de Tribunales*, 2021, núm. 151, p. 14.

13 En el sentido más amplio del término “Tribunal” y, por tanto, referido tanto a la persona del juzgador como del Letrado de la Administración de Justicia.

corresponde decidir si se llevan a cabo y cuáles, sobre lo que no se pronuncia la norma. Esta omisión no parece ser fruto de la casualidad sino de la estrechez de miras con las que el legislador, pese a los términos del apartado 1º del artículo 7 bis, ha concebido las adaptaciones y ajustes necesarios, en la enumeración de su apartado 2º, con una relación de medidas cuya realización o bien no requiere una previa y expresa resolución judicial o bien dicha resolución ya se encuentra prevista, cual es el caso de la habilitación del intérprete de lengua de signos (art. 143 LEC).

Con todo, lo que no dejar de llamar la atención es que el legislador presuponga e, incluso, exija la capacidad del Tribunal -o del LAJ- tanto para determinar la concurrencia de la necesidad de realizar adaptaciones y ajustes como para identificar cuáles deben prestarse para alcanzar la garantía enunciada en el artículo 7 bis -la participación en el expediente/proceso en condiciones de igualdad-; identificando correctamente las barreras que se les presentan a las personas con discapacidad al interactuar con el entorno jurídico y disponiendo de las medidas, adaptaciones y ajustes necesarios y pertinentes para superarlas.

Así, sin dejar de reconocer la necesidad de que la formación de los operadores jurídicos profundice en aspectos esenciales y básicos relativos al trato, comunicación y expresión con las personas con discapacidad así como en la comprensión adecuada de sus necesidades¹⁴, en la correcta identificación y superación de las barreras a las que antes se ha aludido, el criterio, evaluación e intervención de otros profesionales, unos mayores medios de los que en la actualidad se disponen para la Administración de Justicia¹⁵ y la planificación de las adaptaciones y ajustes a las necesidades variables de las personas con discapacidad se hacen imprescindibles. Especialmente, ante la multiplicidad de tipos de discapacidad que pueden darse y la diversidad de adaptaciones y ajustes que pueden requerirse, más allá de la utilización de un lenguaje claro y accesible, medios de lectura fácil y la habilitación de un intérprete; singularmente, en los supuestos de discapacidad intelectual no visibles para el ciudadano o profesional común y que pueden dar lugar a supuestos de falta de detección y, por tanto, de vulnerabilidad de la persona por falta de apoyos.

14 Como pudieran ser los que atañen a la determinación del tiempo necesario que habrá que proporcionarse para que una persona con discapacidad procese o elabore la información, o exprese al respecto lo que quiera, tener la habilidad de no requerir de la persona la repetición de sus manifestaciones o para comunicarse con quien no sabe leer o escribir o con un bajo nivel de comprensión lectora, la comprensión de las conductas desafiantes (gritos, conducta agresiva hacia otros, etc.) o de la falta de credibilidad de la que en ocasiones adolecen sus testimonios, o saber gestionar el impacto en su mirada de los prejuicios y estereotipos de la persona con la que actúan.

15 En dicho sentido, téngase en cuenta que, a los fines de la Convención, y conforme a su artículo 2: “La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”.

3. Adaptaciones y ajustes para los partícipes con discapacidad sin la condición de parte procesal.

El artículo 7 bis, cuya ubicación sistemática permite afirmar su aplicación a todo tipo de procesos y expedientes y cualquiera que sea la fase en la que los mismos se encuentren, dispone que se realizarán las adaptaciones y ajustes que sean necesarios para garantizar la participación en los procesos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad; sin distinguir la condición o calidad con la que intervengan en dichos procesos las personas con discapacidad.

Sin embargo, el artículo 7 bis no reconoce legitimación para solicitar las adaptaciones y ajustes que resulten necesarios a cualquier persona que participe en el proceso, pese a no ser este el espíritu de la Ley 8/2021 que, en el apartado V de su Exposición de Motivos, señala que en dicho precepto legal “[...] se regulan las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, con independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta”.

Por tanto, debe afirmarse que, a pesar de que el artículo 7 bis no reconoce expresa legitimación para solicitar las adaptaciones y ajustes a las personas con discapacidad que participando en el proceso no ostenten la condición de parte, como pudiera ser el caso de un testigo, ello no supone que no tengan esa legitimación¹⁶ que el legislador no ha sabido contemplar debidamente en la norma y cuyos efectos perniciosos, en cualquier caso, se podrían evitar mediante la mera puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal o del Tribunal de la necesidad de adaptaciones y ajustes, procediendo los mismos a solicitar o a acordar los que resulten pertinentes y necesarios para garantizar la participación en el proceso de la persona con discapacidad en condiciones de igualdad.

4. El profesional experto facilitador.

Una de las previsiones que mayor atención y crítica de la doctrina científica ha concitado¹⁷ es la de ese “profesional experto facilitador” al que se refiere el apartado d) del artículo 7 bis, que puede realizar las tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida en el proceso.

16 A pesar del tenor de la norma y favor de la legitimación de las personas con discapacidad, se expresa FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad”, *LA LEY Derecho de familia*, 2022, núm. 33, p. 6.

17 En dicho sentido, DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: “Ajustes procedimentales”, cit., p. 16, cuando, destacando la esencialidad de la figura en la Administración de Justicia, afirma que “la regulación que de ella ha realizado la LEC desvirtúa la eficacia de la misma”.

La norma no aclara a qué profesional se refiere, ni que capacitación profesional y experta debe poseer¹⁸. Sin embargo, no es esta cuestión la que ha suscitado las críticas actuales de la doctrina científica que no ha tardado en evidenciar que, pese al silencio de la disposición normativa, la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 afirma que la intervención de dicho profesional –a todas luces necesaria– será a costa de la persona con discapacidad, lo que resulta contrario al mandato del artículo 13 de la Convención, conforme al cual son los Estados parte los que deben garantizar los ajustes de procedimiento y no las personas con discapacidad¹⁹.

Cierto es que la doctrina constitucional representada, entre otras, por la STC 20 abril 2009²⁰, ha negado el valor jurídico de las exposiciones de motivos, pero también es cierto que la eficacia que se atribuye a las mismas es la de un criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan, para la búsqueda de la voluntad del legislador que, en el caso, es meridianamente clara: la de no asumir el coste de los profesionales expertos que, a modo de facilitadores, realicen tareas de adaptación y ajuste necesarios.

Por tanto, en relación con la figura del profesional experto facilitador, lo que se puede afirmar es que será la propia persona con discapacidad, o sus allegados, quienes deberán procurarse ese profesional experto cuyo coste, además, deberán asumir. Circunstancia esta que, final y probablemente, dará lugar a la sustitución de dicho profesional por cualquier otra persona a la que la propia persona con discapacidad elija para su acompañamiento, tal y como así permite el apartado c) del artículo 7 bis.

IV. PROCEDIMIENTOS PARA LA “PROVISIÓN” O “ADOPCIÓN” DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La reforma operada por la Ley 8/2021 apuesta por la desjudicialización de la discapacidad, imponiendo la guarda de hecho como medida de apoyo ordinaria del nuevo sistema. Y, para el caso de no ser posible tal desjudicialización, ante la necesidad de proveer a la persona con discapacidad de medidas judiciales de

18 Logopedas, trabajadores sociales, psicólogos forenses, etc., cuya función, como expone PLENA INCLUSIÓN: “Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo”, *Plena Inclusión España*, Madrid, 2018, pp. 76-77, serán las de preparar emocionalmente a la persona para el proceso, proporcionándole información sobre el propio proceso, duración, fases, eventualidades que se pueden producir, evaluación de su capacidad testifical, acompañamiento, aseguramiento del derecho a la información, asegurando que esta le resulte comprensible y pueda ejercer sus derechos y participación en el proceso, activación de recursos de apoyo terapéutico, etc.

19 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción voluntaria”, cit., p. 7, afirma que la asunción del coste del facilitador por la persona con discapacidad no sólo contradice lo establecido por la Convención sino que “podría ser considerado como una discriminación por razón de discapacidad en la medida en que deje sin efecto, ante la posible insuficiencia de recursos, el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás personas”.

20 STC 90/2009, de 20 de abril (ECLI:ES:TC:2009:90).

apoyo, suprime el proceso de incapacitación sustituyéndolo por un expediente de “provisión” de medidas judiciales de apoyo que la persona con discapacidad pueda necesitar y que supedita a la ausencia o insuficiencia de medidas voluntarias de apoyo, previstas o no por el propio interesado, y, para el caso de oposición en dicho expediente, por el de “adopción” de medidas judiciales de apoyo, en un proceso contradictorio.

I. El nuevo procedimiento de “provisión” de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 incorpora al Título II (“De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas”) de la LJV un nuevo Capítulo III bis que se ocupa “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad” y que comprende los artículos 42 bis a) a c). Según disposición del Preámbulo de la Ley 8/2021, para los supuestos en los que, de acuerdo con las normas civiles, sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable y no exista oposición.

A) Ámbito de aplicación.

Tal y como dispone el apartado 1º del artículo 42 bis a) LJV, se seguirán los trámites del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: “Cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad [...]”. La redacción del precepto legal nos obliga a determinar dos cuestiones fundamentales para acotar el ámbito de aplicación del expediente en cuestión: cuáles son las medidas de apoyo de carácter estable y cuando será pertinente la provisión de una medida de tal naturaleza.

En dicho sentido, debemos comenzar señalando que, de conformidad con el artículo 250 CC, son medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, además de las que con carácter voluntario estas hayan señalado: (1) la guarda de hecho, de carácter informal y que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales o estas no se estén aplicando eficazmente; (2) la curatela, de carácter formal y que se aplicará a quienes precisen apoyo de modo continuado; y, (3) el defensor judicial, de carácter formal y para cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional.

Conforme a lo anterior, en el expediente de provisión de apoyos regulado en los artículos 42 bis LJV la única medida judicial que podrá adoptarse es la curatela, precisándose los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, conforme a sus concretas necesidades de

apoyo, que solo excepcionalmente tendrán carácter representativo (art. 269 CC) y, si las hubiera, a las disposiciones voluntarias (arts. 271 y 272 CC).

No obstante, para terminar de acotar el ámbito de aplicación de los artículos 42 bis LJV, habrá de determinarse cuando será pertinente proveer a la persona con discapacidad de una medida judicial de apoyo como la curatela, a lo que puede responderse, volviendo sobre la argumentación anterior, que ello podrá tener lugar “cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad” (art. 269 CC), es decir, cuando no existan o no resulten eficaces otras medidas como las de naturaleza voluntaria o la guarda de hecho y la persona en cuestión precise de esas medidas o las necesite, lo que deberá verificarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 bis b) LJV²¹.

B) Competencia.

Pocas dudas merece la previsión relativa a la competencia del órgano judicial que se establece en el artículo 42 bis a).2 LJV) y que atiende a la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo²², atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad, por ser este criterio competencial más acorde con el principio de protección del incapaz y la necesidad de posibilitar el acceso efectivo de la persona con discapacidad a la justicia; incluso, previendo, para el supuesto de producirse un cambio de residencia habitual antes de la celebración de la comparecencia [del art. 42 bis b) LJV], la remisión de las actuaciones al Juzgado de la nueva residencia, en el estado en que se hallen.

No obstante, ha lamentado la doctrina que no se haya alterado el artículo 98 LOPJ para la creación de juzgados especializados a los que pudiera atribuirse, en exclusiva, el conocimiento de los procedimientos propios de la materia que nos ocupa²³.

C) Legitimación.

De conformidad con el artículo 42 bis a).3 LJV, las únicas personas legitimadas para promover el expediente son el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad²⁴, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se

21 Como precisa FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción voluntaria”, cit., p. 3, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo o judicial.

22 Expresada al hilo de numerosos conflictos negativos de competencia territorial de los que ha conocido el Tribunal Supremo, entre otros y más recientemente, los resueltos en los ATS 29 septiembre 2020 (Roj: ATS 10124/2020) y 4 octubre 2017 (Roj: ATS 9113/2017).

23 En dicho sentido, PESQUEIRA ZAMORA, M.J.: “Aspectos procesales de la capacidad a partir de la nueva regulación”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2022, núm. 57, pp. 19-20.

24 Llama poderosamente la atención como a lo largo de la regulación de este procedimiento de jurisdicción voluntaria y, como veremos más adelante, del proceso contencioso, para referirse a la persona que puede necesitar los apoyos, sin un criterio claro y, en no pocas ocasiones, presumiendo la discapacidad, el

encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos.

No se reconoce legitimación para la promoción del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las asociaciones o fundaciones que trabajan con personas con discapacidad y que, en muchos casos, son las realmente conocedoras de sus necesidades²⁵. Más ello no impide que las mismas puedan y deban poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo, para que promueva el expediente.

D) Defensa y representación procesal.

También se ocupa el artículo 42 bis a).4 LJV de la defensa y representación de la persona con discapacidad, disponiendo que podrá actuar con su propia defensa y representación; y que, para el caso de no ser previsible que la misma proceda a realizar tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, que actuará por medio de Abogado y Procurador. Los demás legitimados, a diferencia de la persona con discapacidad, podrán promover el expediente sin necesidad de asistencia legal y representación procesal (art. 3.2 LJV).

Pues bien, si ya resulta extraordinariamente llamativo que la norma afirme que la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación, como si ello fuera una excepción frente a la regla general que permite a cualquier persona comparecer con defensa y representación procesal de su elección, lo que no se acaba de entender es que el legislador (1) requiera del resto de legitimados para promover el expediente que prevean si la persona con discapacidad procederá o no a designar defensa legal y representación procesal de elección, como si tal cuestión fuera de fácil previsión; (2) les imponga la obligación de pedir con la solicitud de promoción del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo el nombramiento de un defensor judicial, aún cuando la persona con discapacidad comparezca pero sin designar profesionales; (3) exija que dicho defensor judicial actúe por medio de abogado y procurador, por supuesto, sin aclarar de cargo de quien correrá el gasto de dichos profesionales e, incluso, y en su caso, el del propio defensor judicial; y (4) no prevea la designación de defensor judicial alguno, y la actuación del mismo con defensa y representación procesal, cuando aquel no se pida con la solicitud inicial y la persona con discapacidad no comparezca o lo haga sin tales profesionales de su elección.

legislador utiliza indistintamente las expresiones "persona con discapacidad" [arts. 42 bis a).1, 3, 4 y 5, 42 bis b).2, 3, 4 y 5, 42 bis c).2 y 3 LJV y 759.1.1º, 2, 3 LEC], "persona a la que se refiera el expediente" [art. 42 bis a).2 LJV], "persona a la que se refiera la solicitud" [art. 756.2 LEC], "persona a la que se refiera el proceso" [art. 756.3 LEC] o "persona interesada" [art. 757.1 y 2 y 758.2 LEC].

25 Y a las que el artículo 275.1 CC les reconoce la posibilidad de ser curadores.

Nos preguntamos si lo que persigue el legislador es garantizar que la participación en el expediente de la persona con discapacidad se produzca con plenas garantías solo cuando el resto de legitimados así lo pida en la solicitud inicial promoviendo el expediente y, por supuesto, asumiendo los costes correspondientes. Por supuesto, también en ese caso, imponiendo la sustitución de la voluntad y deseos de la persona con discapacidad²⁶. Es esta una de las muchas muestras de incongruencia de una norma que, ensalzando la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, sin cuestionarse si dicha voluntad y deseos son libres y no viciados, no es capaz de respetarla sino que actúa en contra de la misma, imponiendo la designación de una defensa legal y representación procesal y, a mayores, obviando a la persona con discapacidad, al nombrar un defensor judicial para que actúe en su nombre.

Con todo, la cuestión está en dilucidar a qué supuestos de no previsibilidad de la designación de abogado y procurador por parte de la persona con discapacidad se refiere la norma. A nuestro juicio, se trata de una previsión cuya operatividad queda ceñida a los supuestos de promoción del expediente por legitimado distinto a la propia persona con discapacidad y, además, con carácter provisorio, es decir, para el caso de que llegado el momento procesal oportuno, por ejemplo, el de la comparecencia del artículo 42 bis b) LJV, no se proceda a tal designación por parte de la persona con discapacidad, la que en todo caso debe tener carácter preferente. En otro caso, podría darse un supuesto de duplicidad de designaciones, puesto que la solicitud de legitimado distinto de la persona con discapacidad precederá al conocimiento que esta pueda tener de la solicitud del expediente y no estableciendo la norma un plazo preclusivo para la designación de abogado y procurador por parte de la persona con discapacidad, es perfectamente posible que al tiempo de la comparecencia del artículo 42 bis b) LJV, con defensa legal y representación procesal de elección, ya se haya nombrado tanto un defensor judicial, como por este último, un abogado y representación procesal.

He aquí como la supuesta agilidad y flexibilidad del expediente de jurisdicción voluntaria no es tal, se torna en confusión y dilación y se aprovecha para, en definitiva, hacer lo contrario de lo que se predica, negándole a la persona la posibilidad de decidir, conforme a su voluntad y deseos, si quiere comparecer o no en el procedimiento y, además, en qué términos quiere o debe hacerlo.

26 Y es que nuestro legislador no ha querido contemplar la posibilidad de renuncia, expresa o tácita, de la persona con discapacidad a la provisión o adopción de medidas de apoyo, a pesar de la regulación que de la misma solicitó expresamente el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (Observación general nº 1, 29 g: "la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o a cambiarla en cualquier momento"). En contra de la opinión de la doctrina más autorizada en la materia, que sostiene que solo las personas con discapacidad son las que pueden decidir cuál es su interés, incluso con el derecho a equivocarse, como todas las demás personas. En dicho sentido, GARCÍA RUBIO, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, núm. 3, pp. 32-33.

E) Procedimiento.

Tal y como se depende del artículo 42 bis) b LJV, el expediente de provisión judicial de apoyos se inicia con una solicitud a la que deben acompañarse (1) los documentos acreditativos de la necesidad de adopción de medidas de apoyo y (2) un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconseje las medidas de apoyo que, en el caso, resulten idóneas. En dicha solicitud habrán de proponerse las pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia²⁷ y que no tendrán otra finalidad que la de determinar los apoyos que necesite la persona²⁸.

Es decir, el expediente para la provisión de medidas judiciales de apoyo comienza con unos requerimientos mucho más exigentes que los del antiguo y único proceso –contencioso– sobre la capacidad de la persona (arts. 756 y ss. LEC) que, en modo alguno, imponía la obligación de acompañar a la demanda un dictamen pericial que, si bien era necesario, se realizaba por el médico-forense adscrito al juzgado, acordándose de oficio y sin coste alguno para la persona con discapacidad o los intervinientes en el proceso. Así, nos encontramos ante una norma que desconoce la realidad de las personas con discapacidad que necesitan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica –y de las de su red social–, y cuya dificultad para formular y promover una solicitud como la que se ha relatado es más que evidente. Al respecto, también llama poderosamente la atención que no se haya previsto que ocurrirá cuando, de llegarse a formular la solicitud, no se aporte la documentación indicada.

Una vez admitida a trámite la solicitud, el/la LAJ debe convocar a una comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos (interesados)²⁹ que, a diferencia del régimen anterior, podrán proponer prueba, se entiende que en relación con las medidas judiciales de apoyo que, en el caso, consideren más o menos pertinentes.

Resulta novedoso, pero necesario, la obtención del Registro Civil y otros Registros de certificación relativa a las medidas de apoyo inscritas, al igual que la obtención del informe, de la entidad pública territorial que tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad

27 El régimen de proposición de prueba recuerda al de las medidas cautelares en relación con las que el artículo 732.2 LEC dispone la preclusión para el actor de la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de medidas cautelares.

28 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Jurisdicción voluntaria", cit., p. 11.

29 El antiguo artículo 759 LEC preveía las audiencias preceptivas de los parientes más próximos del presunto incapaz.

o de una entidad del tercer sector de acción social³⁰, sobre las eventuales alternativas de apoyo y las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial, amén de la posibilidad de que esta, antes de la comparecencia, acuerde realizar un dictamen pericial.

Asimismo, al igual que la anterior, la nueva regulación requiere la entrevista de la autoridad judicial con la persona con discapacidad, si bien no aclara si para el examen de esta o con cualquier otro fin, limitándose a señalar que, con ocasión de la misma y a la vista de su situación –la de la persona con discapacidad– la autoridad judicial podrá informarle acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precise, mediante su entorno social o comunitario, o a través del otorgamiento de naturaleza voluntaria; de forma tal que, si tras la información ofrecida, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente³¹. No sin antes haberse practicado aquellas pruebas que hubieran sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, no sin antes haberse oído a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas.

Llegados a este punto, quizá pueda generar extrañeza el hecho de que a lo largo del expediente de provisión de apoyos no se prevea un trámite de audiencia de la persona que se proponga para el cargo del curador. Efectivamente, causa extrañeza, sino perplejidad, que se pueda llegar a acordar una medida de apoyo como la curatela, que recaerá en una persona física o jurídica, sin oír a esta, pero ello podría tener su explicación en el propio artículo 42 bis b).5, *in fine*, LJV, que excluye como motivo de oposición la designación como curador de una persona concreta. No obstante y, en cualquier caso, se impone asumir la postura de quienes consideran necesario que el futuro curador intervenga activamente en la tramitación de todo el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo y aún cuando la oposición a la designación del mismo no permita poner fin al expediente, ni tampoco abrir el proceso contencioso³².

En cualquier caso, se intuye que lo querido por el legislador es que la oposición a la designación como curador de una persona concreta, en su caso, se resuelva en el propio expediente de jurisdicción voluntaria.

30 Las entidades del Tercer Sector de Acción Social se encuentran reguladas en la Ley 43/2015, de 9 de octubre, de Tercer Sector de Acción Social, y son organizaciones privadas que impulsan el reconocimiento y ejercicio de los derechos civiles, económicos, sociales o culturales de las personas y grupos vulnerables o en riesgo de exclusión social (art. 3).

31 Según la doctrina científica, representada por CALAZA LÓPEZ, S.: "Monitorización de una Justicia civil de Familia en construcción", *LA LEY Derecho de familia*, 2022, núm. 33, p. 3, se trata de una disposición que evidencia la intensidad de la opción prioritaria de desjudicialización y externalización de la provisión de apoyos hacia medias voluntarias.

32 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Jurisdicción voluntaria", cit., pp. 8 y 12.

F) Oposición.

Pondrá fin al expediente de provisión judicial de medidas de apoyo (1) la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, (2) la oposición del Ministerio Fiscal, o (3) la de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas. Ahora bien, debe precisarse que tales circunstancias no provocan la conversión automática del expediente de jurisdicción voluntaria, de provisión, en el proceso contencioso, de adopción, de medidas judiciales de apoyo, debiendo en todo caso interponerse la demanda que de lugar a este último.

Sin embargo, la oposición que se formule no constituirá obstáculo a la adopción provisional por la autoridad judicial de las medidas de apoyo de la persona o de su patrimonio que considere convenientes y que podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso en el que, ya avanzamos, puede solicitarse la adopción de medidas cautelares (art. 762 LEC).

G) Resolución del expediente y revisión de las medidas judicialmente acordadas.

Nos dice el artículo 42 bis c) LJV que el expediente terminará por medio de auto en el que se expresarán las medidas adoptadas. Ahora bien, como ya se ha precisado, la única medida de apoyo que cabe adoptar en este expediente es la curatela, por ser la única de carácter judicial que con el carácter de estable cabe identificar. Además, determinándose en la resolución en cuestión los actos para los que la persona con discapacidad requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica y que solo excepcionalmente, y para actos concretos, podrá ser de carácter representativo (art. 269 CC). La duda que a continuación se plantea es cómo la autoridad judicial podrá determinar, con precisión, la diversidad de actos para los que una concreta persona con discapacidad, y no otra, puede necesitar la asistencia del curador³³. La respuesta es que no podrá hacerlo más allá de aquellos a los que se refiera de forma expresa la solicitud de provisión de medidas judiciales de apoyo o de los que el juzgador alcance a imaginar, obligando a la revisión de la medida acordada y, más concretamente, a la del alcance y carácter de la curatela, en tantas ocasiones como así lo precise la adecuada asistencia del curador.

Al hilo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la medida de apoyo que se adopte quedará sujeta al régimen de revisión periódica que se establezca en la resolución que la acuerde –auto–, siguiéndose a tal efecto el cauce del

³³ Al margen de los supuestos que requieren autorización judicial, bien por determinación de la resolución que provea la curatela, bien por así disponerlo el artículo 287 CC.

procedimiento de jurisdicción voluntaria. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 268 CC, las medidas adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, cuando la autoridad lo acuerde, de manera excepcional y motivada, en un plazo que no podrá exceder de seis años.

La revisión también podrá ser solicitada por los mismos legitimados para promover el expediente de provisión de medidas judiciales, antes de que transcurra el plazo previsto en el auto que haya acordado la medida judicial de apoyo y ante el mismo Juzgado de Primera Instancia que la dictó, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción, o ante el Juzgado de Primera Instancia de la nueva residencia, que habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

2. El proceso de “adopción” de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

No obstante todo lo anterior, el legislador también ha contemplado la posibilidad de un procedimiento de “adopción” de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, de carácter contencioso y, en todo caso, subsidiario del procedimiento de jurisdicción voluntaria, de “provisión” de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, regulado en los artículos 756 a 762 LEC.

A) Ámbito de aplicación.

Señala el artículo 756.1 LEC que, en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo dispuesto en el Capítulo II (“De las disposiciones generales”) del Título I (“De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”) del Libro I (“De los procesos especiales”) de la LEC

Por tanto, dos son las circunstancias que tienen que concurrir, no cumulativamente, para que se active el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: que, siendo pertinente el nombramiento de curador, se haya formulado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria³⁴ o que el expediente de jurisdicción voluntaria no haya podido resolverse, se entiende, con el nombramiento de un curador.

³⁴ En los casos previstos en el artículo 42 bis b).5, *in fine*, LJV.

B) Competencia.

La competencia para conocer de este proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 756.2 y 3 LEC, es de naturaleza funcional por conexión y corresponde al Juzgado de Primera Instancia que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo cambio posterior de residencia de la persona a la que se refiera la solicitud, en cuyo caso le corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que resida, al igual que cuando el cambio de residencia se produzca una vez iniciado el proceso, pero antes de la celebración de la vista.

C) Legitimación e intervención procesal.

La legitimación activa para promover el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad le corresponde a la persona interesada³⁵, es decir, a la persona con discapacidad o necesitada de apoyos, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente o hermano (art. 757.1 LEC). Y cuando estas personas no existan o no hubieran presentado la correspondiente demanda, al Ministerio Fiscal, salvo que concluya que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa (art. 757.2 LEC).

A diferencia de lo que ocurre en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, en el de adopción de dichas medidas sí que se prevé la intervención de la persona propuesta como curador, dándole traslado para realizar las alegaciones que estime oportunas sobre la propuesta de su designación (art. 757.3 LEC). Además, las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir en el proceso ya iniciado, a su costa, y con los efectos previstos en el artículo 13 LEC³⁶ (art. 757.4 LEC).

D) Procedimiento.

Admitida a trámite la demanda, al igual que en el expediente de jurisdicción voluntaria, se recabará certificación del Registro Civil y otros Registros que se considere pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas (art. 758.1 LEC).

35 Debe llamarse la atención sobre los diferentes términos utilizados por el legislador al configurar la legitimación para promover el expediente de provisión judicial de apoyos, refiriéndose a la "persona con discapacidad", y para promover el proceso de adopción judicial de tales apoyos, refiriéndose a la "persona interesada". Resulta curioso que, en el primer caso, el del expediente de jurisdicción voluntaria, se presuponga la discapacidad de la persona.

36 Es decir, sin que proceda la suspensión del curso del procedimiento, sin retroacción de las actuaciones, pero con la consideración del interviniente como parte, a todos los efectos, y con la posibilidad de realizar cuantas alegaciones considere necesarias y no hayan sido posible realizar por ser procesalmente propias de un momento anterior al de su admisión en el proceso. Asimismo, con la posibilidad de utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés.

Se prevé la notificación de la demanda a la persona con discapacidad por medio de remisión (art. 160 LEC), entrega (art. 161 LEC), o por edictos (art. 164 LEC). En este último caso, para el supuesto de que la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente; previéndose, si transcurre el plazo previsto para la contestación a la demanda por la persona interesada sin que esta comparezca en el proceso con su propia defensa y representación, la designación de un defensor judicial, a no ser que estuviera ya nombrado –se entiende que en el previo expediente de provisión judicial de medidas– o la defensa por el Ministerio Fiscal, “por no ser el promotor del expediente”. De procederse a la designación de un defensor judicial, se le dará traslado para que conteste a la demanda, en el plazo de veinte días, si lo considera procedente. Por supuesto, y aun cuando no lo diga la norma en cuestión, con defensa legal y representación procesal, cuyo coste será de cargo del defensor judicial o, en última instancia, de la persona con discapacidad.

Las pruebas que, obligatoriamente, deberán llevarse a cabo son: (1) la entrevista de la autoridad judicial con la persona con discapacidad; (2) la audiencia del cónyuge no separado de hecho o legalmente o de quien se encuentre en situación asimilable, así como de los parientes más próximos de la persona con discapacidad, audiencias estas que, excepcionalmente, podrán no practicarse si el tribunal así lo acuerda previa solicitud de la propia persona con discapacidad y por considerar que ello resulta más conveniente para la preservación de su intimidad; (3) los dictámenes periciales necesarios, realizados por profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario u otros que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas, en relación con las pretensiones de la demanda, y que no pueden ser otras que la del nombramiento de un curador; (4) cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto, la audiencia de la persona con discapacidad, el cónyuge no separado de hecho o legalmente o de quien se encuentre en situación de hecho asimilable, de sus parientes más próximos y de las demás personas que el Tribunal considere oportuno.

E) Resolución del proceso y revisión de las medidas judicialmente adoptadas.

El proceso finalizará con el dictado de una sentencia (art. 760 LEC) que decidirá sobre las medidas de apoyo, concretamente, sobre la necesidad de adoptar o no la curatela y, al igual que en la resolución del expediente de jurisdicción voluntaria, con determinación de la persona que ejercerá la curatela y de los actos para los que la persona con discapacidad requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica y que solo excepcionalmente, y para actos concretos, podrá ser de carácter representativo (artículo 269 CC). Surgen en relación con esta resolución las mismas dudas ya expresadas al hilo de la resolución del expediente de provisión de medidas de apoyo.

Esta resolución será susceptible de ser recurrida en apelación, ordenándose de oficio en tal caso y en la segunda instancia, o por el tribunal de apelación, la práctica de las pruebas preceptivas (art. 759.I LEC).

Por otro lado, no debe perderse de vista la necesidad de que el LAJ acuerde que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos de adopción de medidas judiciales de apoyo se comuniquen, de oficio, a los Registros Civiles, para la práctica de los asientos que correspondan, y, a petición de parte, al Registro de la Propiedad, al Mercantil, al de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público, a los efectos que en cada caso correspondan. Con la precisión que se hace en el artículo 755 LEC, consistente en que, en el caso de medidas de apoyo, la comunicación al Registro de la Propiedad, al Mercantil, al de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público se hará, únicamente, a petición de la persona a favor de la cual el apoyo se haya constituido, previsión esta última que genera preocupación entre la doctrina civilista, por la merma del principio de la fe pública registral que conlleva, al no figurar que la persona necesita apoyo, lo que podría dar lugar a la celebración de un contrato nulo³⁷.

Las medidas contenidas en la sentencia serán revisadas por los trámites previstos a tal efecto en la LJV (art. 761 LEC), y en los plazos señalados en el artículo 268 CC. De producirse oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria de revisión o si tal procedimiento de revisión no hubiera podido resolverse, cualquiera de los legitimados para promover el proceso contencioso de adopción de medidas de apoyo (art. 757.I LEC) deberá instarlo.

3. Medidas cautelares.

Al margen de la posibilidad prevista en el artículo 42 bis b).5 LJV, el artículo 762 LEC prevé la posibilidad de adopción, a instancia de parte y en cualquier estado del procedimiento, de las medidas de apoyo necesarias para la adecuada protección de la persona o de su patrimonio; siempre que la urgencia no lo impida, previa audiencia de la persona con discapacidad y de conformidad con lo previsto en los artículos 734, 735 y 736 LEC. Similar posibilidad se reconoce al Ministerio Fiscal, permitiéndole solicitar del Tribunal competente a inmediata adopción de las medidas antes referidas, así como también a este último, cuando tenga conocimiento de la existencia de una persona en situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, para acordar, de oficio, las mismas medidas señaladas anteriormente, poniendo al tiempo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, de estimarlo procedente, el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo.

37 En dicho sentido, SERRANO CHAMORRO, M.E.: Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: "criterios jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, 2022, núm. 2, pp. 9-10.

V. CONCLUSIONES.

PRIMERA. La Ley 8/2021 constituye una de las reformas más notables e innovadoras de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente disruptiva en la materia de la que se ocupa. Constituyendo un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, impone un cambio radical en el tratamiento y entendimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, cuya autonomía y libertad para la toma de decisiones se erige –al menos en apariencia– en el criterio rector del sistema; incluso, llegando a orillar el principio del “interés superior” de la persona con discapacidad, cuyo rastro en el CC y LEC ha desaparecido.

SEGUNDA. En el ámbito procesal, la adaptación de nuestro ordenamiento procesal civil a los postulados de la Convención exigía, en primer lugar, garantizar la participación de las personas con discapacidad en todo tipo de procesos y en condiciones de igualdad respecto del resto, eliminando cuantas barreras hacían que no se cumplieran tales exigencias. El primer paso en dicho sentido ha sido la eliminación del régimen de capacidad procesal anterior, proclamando la posibilidad de que todas las personas puedan comparecer en juicio y equiparando la capacidad para ser parte con la capacidad procesal; sin desconocer la realidad y existencia de personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en cuyo caso deberá estarse al alcance y contenido de las que voluntariamente haya determinado la propia persona con discapacidad y/o, en su defecto, al de las judiciales (art. 7 LEC). El siguiente paso ha sido la contemplación de las previsiones legales oportunas para, con toda la flexibilidad que resulte pertinente, realizar las adaptaciones y ajustes necesarios que procuren la participación en todos los procesos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad y, en definitiva, garantizar su derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que se lleva a cabo (arts. 7 bis LEC y LJV).

TERCERA. Buscando sentar las bases de un nuevo sistema fundado en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, la Ley 8/2021 deroga el tradicional procedimiento de modificación de la capacidad de las personas físicas y apuesta por la desjudicialización de la discapacidad, intentando procurar que las medidas de apoyo que pueda necesitar la persona con discapacidad le sean prestadas al margen del sistema judicial. No obstante lo anterior, la nueva regulación no desconoce la necesidad de arbitrar un procedimiento judicial a través del cual proveer a la persona con discapacidad de una medida judicial de apoyo de carácter estable, como es la curatela. Con carácter preferente, dicho procedimiento será el expediente de jurisdicción voluntaria de los artículos 42 bis LJV, siempre que no exista oposición, y que conlleva la verificación de unos

requerimientos, necesarios o facultativos, que le convierten en un trabajoso, penoso y dificultoso medio de “provisión” del apoyo necesario. Asimismo, para el supuesto de oposición a la medida de apoyo propuesta en dicho procedimiento, que dará lugar a la finalización del expediente de jurisdicción voluntaria, o en caso de imposibilidad de resolución de este, la Ley 8/2021 ha creado un nuevo procedimiento contencioso de “adopción” de medidas judiciales de apoyo (arts. 756 a 762 LEC) cuya finalidad también resulta ser la de proveer a la persona de los apoyos que precise.

CUARTA. El estudio de la nueva regulación procesal permite concluir que lejos de humanizar el procedimiento, el legislador ha dispuesto una regulación procedimental idónea para enredar a las personas con discapacidad y sus familiares en un confuso, tortuoso y costoso procedimiento de provisión y, en su caso, adopción de medidas judiciales de apoyo; a mayores, una regulación procesal que, de no llegar a la fase contenciosa, puede dar lugar al establecimiento de una curatela en la que la persona designada para el ejercicio de la misma siquiera haya sido oída. En cualquier caso, bastará que en el expediente de jurisdicción voluntaria se formule oposición al establecimiento de la medida de apoyo para que todo salte por los aires y haya que volver a empezar, con el subsiguiente proceso contencioso de adopción de medidas judiciales de apoyo. Esta situación nos lleva a concluir que, con las adaptaciones necesarias a la nueva realidad del derecho material en materia de capacidad de las personas, bien podía haberse mantenido la regulación procesal anterior, mucho más liviana y sencilla que la actual que, a la vista de la cantidad de dudas y lagunas que presenta, requerirá una buena dosis de interpretación y práctica judicial. Así es como, la asimilación práctica del nuevo sistema de prestación de apoyos instaurado por la Ley 8/2021 se convierte en una de las actuales fronteras el Derecho de familia español.

BIBLIOGRAFÍA.

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 33, pp. 534-573.

CALAZA LÓPEZ, S.: "La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad (I)", *LA LEY Derecho de Familia*, 2021, núm. 31, pp. 1-26, LA LEY 9531/2021.

CALAZA LÓPEZ, S.: "Monitorización de una Justicia civil de Familia en construcción", *LA LEY Derecho de familia*, 2022, núm. 33, pp. 1-24, LA LEY 952/2022.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, núm. 25, pp. 81-109.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, núm. 3, pp. 29-60.

De LUCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: "Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I)", *Práctica de Tribunales*, 2021, núm. 151, pp. 1-28, LA LEY 8312/2021.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, 2022, nº 10021, pp. 1-20, LA LEY 1336/2022.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *LA LEY Derecho de familia*, 2022, núm. 33, pp. 1-30, LA LEY 951/2022.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil*, UNED-Colex, Madrid, 2012.

PÉREA GONZÁLEZ, A., GARCÍA RUBIO, P., SEGARRA CRESPO, M.J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9980, pp. 1-21, LA LEY 13548/2021.

PESQUEIRA ZAMORA, M.J.: "Aspectos procesales de la capacidad a partir de la nueva regulación", *Revista General de Derecho Procesal*, 2022, núm. 57, pp. 1-27.

PLENA INCLUSIÓN: “Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo”, *Plena Inclusión España*, Madrid, 2018.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SERRANO CHAMORRO, M.E.: “Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales”, *Actualidad Civil*, 2022, núm. 2, pp. 1-23.

