

**Rocío LÓPEZ SAN LUIS**

***La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*<sup>1</sup>**

*M<sup>a</sup> Belén Sainz-Cantero Caparrós*

Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Almería

La firma de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante Convención) ha determinado la adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico a sus principios con 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. Este concepto reconocido en el artículo 12 de la Convención, supone la aptitud tanto para la titularidad como para el ejercicio de sus derechos, y significa un verdadero cambio de paradigma en el régimen jurídico dedicado a las personas en dicha situación de discapacidad.

La nueva regulación sienta las bases de un nuevo sistema fundamentado en el principio de respeto a la voluntad, y las preferencias de la persona con discapacidad, que adquiere total protagonismo en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten. Este principio, que informa toda la Convención, se proyecta en nuestro ordenamiento a través de diversas modificaciones a la legislación civil y procesal, y se acompaña en el sistema con la previsión y desarrollo del del apoyo a la persona que lo precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido cualquier tipo de reconocimiento administrativo.

Desde este cambio de paradigma, un pilar de la reforma de la normativa española ha sido la supresión de la tutela como medida de apoyo a las personas con discapacidad, limitando su ámbito de aplicación subjetivo a los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a la patria potestad, pues tal y como estaba constituida la institución tutelar, difícilmente encaja con los principios inspiradores de la Convención. No obstante, su contenido ha quedado absorbido por la curatela, enfocada al cuidado y

<sup>1</sup> LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, 117 pp.

a la asistencia, y no a la sustitución o representación de la persona objeto de protección, sin perjuicio de que en casos específicos pueda abarcar esta última (art. 249. 3.º CC).

De suma importancia ha sido la decisión alcanzada por el legislador a la hora de concretar los apoyos a las personas con discapacidad, otorgando preferencia a las medidas voluntarias frente a las legales o judiciales, es decir, aquellas que puede tomar la propia persona con discapacidad (art. 255 CC); y solo en defecto o insuficiencia de las medidas voluntarias, y a falta de una guarda de hecho suficiente o que funcione bien, se prevé que la autoridad judicial adopte otras medidas supletorias o complementarias.

Y así, en la nueva regulación, el legislador le otorga a la guarda de hecho un protagonismo que no tenía, transformándola en una medida de apoyo al nivel de la curatela o del defensor judicial, por lo que deja de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. Esto es, con la reforma, la guarda de hecho es concebida como una medida informal de apoyo, prioritaria a las medidas judiciales, que serán subsidiarias no solo a las voluntarias, sino también a la propia guarda de hecho (art. 263 del CC).

A lo largo de los cinco capítulos de su monografía, la profesora LÓPEZ SAN LUIS, reconocida especialista en Derecho de Familia, analiza los elementos más relevantes en la nueva regulación, dedicando una especial atención a aquellas cuestiones que han suscitado un mayor debate en la doctrina.

Parte el primer capítulo, poniendo de manifiesto las principales novedades de la Convención y considerando aquellos temas que están siendo objeto de debate por parte de la doctrina; para centrarse el segundo capítulo, en exclusiva, en el estudio de la Convención, pues, tal y como destaca la autora, es este instrumento internacional el responsable del cambio radical de la regulación de la discapacidad, introduciendo un nuevo concepto sobre la misma, contemplando medidas de no discriminación y de acción positiva, y logrando la efectiva tutela de las personas con discapacidad.

Por ello, y teniendo en cuenta el objetivo final de la promoción, defensa y garantía “del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad”, así como “el respeto de su dignidad” la Convención veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones y establece un modelo social e integrador en el que se promueva la participación e

integración social en igualdad de condiciones con los demás, fomentando la plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo la importancia que para dichas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad en la toma de sus propias decisiones.

Tras citar las características más relevantes de la Convención, LÓPEZ SAN LUIS aborda el análisis del principio de respeto a la voluntad, preferencias y deseos de las personas con discapacidad, en la medida que dicho principio constituye el eje vertebrador de la Convención, al considerar que la autonomía y la libertad para tomar decisiones están intrínsecamente vinculadas a la proclamación de la dignidad inherente de las personas con discapacidad. Consecuencia de ello, señala la autora, todas las medidas de apoyo tiene que ser entendidas como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad, tratando de potenciar al máximo la posibilidad de ejercicio de los derechos por parte de la persona con discapacidad.

En el capítulo tercero la autora realiza un exhaustivo análisis de los antecedentes legislativos e incompatibilidades de la regulación de la discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español con la Convención de Nueva York (2006); pues a pesar de que la Constitución Española recoge los derechos y garantías básicas de las personas con discapacidad en diversos preceptos (Cfr. 9, 10, 14 y 49 CE), así como otras leyes de desarrollo de los citados preceptos constitucionales, es necesario un completo proceso de revisión y modificación para la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a los parámetros y la ideología del citado instrumento internacional. Fruto de la labor revisionista del legislador es 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 el capítulo cuarto sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica previstas en la Ley 8/2021, de 2 de junio, presenta la autora en su análisis las reformas más relevantes, algunas de ellas cuestionadas por parte de doctrina, pues no todos comparten la supresión esencial de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, ni la desaparición de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

Señala LÓPEZ SAN LUIS como uno de los ejes de la reforma la supresión de la tutela como medida de apoyo a las personas con discapacidad, quedando su función limitada a los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a la patria potestad, pues la institución tutelar, tal y como está regulada en el Código civil, se traduce fundamentalmente en funciones representativas, difícilmente aplicables a las personas

con discapacidad, a la luz de los principios inspiradores de la Convención y la Observación General, n.º 1 (2014).

La autora se detiene minuciosamente en este capítulo en los principios jurídicos inspiradores de la Ley 8/2021, de 2 de junio, ya que no solo son de aplicación a todas las medidas de apoyo, sino porque es imprescindible para la comprensión en especial de la guarda de hecho.

Finalmente, el capítulo quinto lo dedica la autora, en su integridad, al estudio de la guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad.

Para su análisis parte de los antecedentes de esta figura jurídica, configurada como una situación transitoria, con medidas dirigidas a la aplicación de mecanismos de control de carácter provisional tendentes a regularizar la tutela y terminar con la situación de hecho. Aunque, tras la reforma del artículo 303 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio y el artículo 52 de la LJV se atribuyó a la guarda de hecho cierto carácter de posible continuidad en el tiempo, cuando el juez lo considerase oportuno y siempre controlando su desenvolvimiento. No obstante, y pesar de esa reforma, algunos aspectos en torno a la guarda de hecho seguían siendo objeto de debate por parte de la doctrina, destacando entre ellos la validez de los actos realizados por el guardador de hecho, su impugnación y la responsabilidad del guardador de hecho.

Con la Ley 8/2021 observa LÓPEZ SAN LUIS que esta figura jurídica tiene un mejor encaje en los criterios de la Convención, pues como medida de apoyo, fundamentalmente asistencial, persigue la autonomía de la persona con discapacidad intentado que, con la ayuda de su guardador, tome sus propias decisiones, ya no solo en la configuración de la guarda sino también en el ejercicio de la misma. Y, todo ello, para dar cumplimiento a los principios de necesidad y de proporcionalidad en la adaptación de las medidas de apoyo, procurando la mínima intervención por parte del guardador. Así, el artículo 263 del CC viene a recoger la situación fáctica que caracteriza a la guarda de hecho, aunque ahora con carácter de permanencia; y el artículo 264.1.º CC viene a conferir al guardador de hecho, de manera excepcional, facultades representativas con autorización judicial sin necesidad de iniciar un procedimiento de prestación de apoyos.

Muy interesante resulta el apartado dedicado al concepto y naturaleza jurídica de la (guarda de hecho vs derecho), teniendo en cuenta su relevancia práctica. Y tras un análisis detenido de las diferentes opiniones doctrinales que se están formulando al respecto, para LÓPEZ SAN LUIS no es posible concluir que nos encontremos ante un verdadero cambio de naturaleza jurídica.

Desde esta perspectiva entra en el estudio del régimen jurídico de la guarda de hecho de las personas con discapacidad, analizando la cuestión de su acreditación y publicidad (el «talón de Aquiles» de la guarda de hecho, en palabras de la autora), las facultades y deberes del guardador de hecho, los actos que puede llevar a cabo con o sin autorización judicial, así como la impugnación de los mismos, y las salvaguardias a las que están sometidas las medidas de apoyo; vinculando dicho análisis a los principios vertebradores de la reforma, fundamentalmente el de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, y los de necesidad y proporcionalidad. Y finaliza este estudio con las causas de extinción, al presentarse como novedad frente a la anterior regulación, consecuencia de su anterior carácter transitorio.

Nos ofrece así Rocío LÓPEZ SAN LUIS en esta monografía, un análisis en profundidad de una institución, la guarda de hecho, siempre interesante y discutible en su configuración normativa y jurisprudencial, pero de gran presencia práctica, que ha debido someterse a revisión forzosamente, tras la desaparición del estado civil de «incapacitado» o «persona con la capacidad modificada judicialmente».

La nueva regulación de esta figura solo puede comprenderse desde la perspectiva global del verdadero cambio de paradigma que implica un nuevo estatus jurídico para las personas con discapacidad, y que compromete transversalmente toda la legislación civil sustantiva y procesal. Un estatus jurídico en cuya definición concreta las personas discapacitadas están llamadas a participar ya, como sujetos activos, y no solo como sujetos objeto de protección.

Esta justa y acertada perspectiva es también la de Rocío LÓPEZ SAN LUIS, al acercarnos, con verdadero acierto y claridad en su exposición, al complejo tema que ha elegido tratar en su investigación.

Fecha de recepción: 12.12.2022

Fecha de aceptación: 21.03.2023