

LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y LA PATRIA POTESTAD
REHABILITADA EN EL NUEVO PROYECTO DE LEY DE REFORMA
DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD (ACTUAL LEY 8/2021)

*EXTENSION OF PARENTAL AUTHORITY AND PARENTAL AUTHORITY
REHABILITATED IN THE NEW DRAFT LAW TO REFORM CIVIL AND
PROCEDURAL LEGISLATION FOR SUPPORTING PEOPLE WITH DISABILITIES
(CURRENT LAW 8/2021)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 236-251

Pablo
TORTAJADA
CHARDÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Se pretende analizar y reflexionar en el presente trabajo acerca de la institución de la prórroga de la patria potestad y la patria potestad rehabilitada en la nueva regulación en el Proyecto de Ley 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 dicho proyecto se elimina del ámbito de la discapacidad la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, siguiendo un criterio que demanda el tratamiento de las personas con discapacidad con la atención que requiere su situación concreta, eliminando un régimen que parece contrario al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. Se enlaza y aborda este estudio, con las características y necesidades de las personas con una severa discapacidad intelectual, pues se verán afectadas por la reforma y por el efecto de las insuficiencias estructurales que padece el sistema de Justicia de nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Prórroga; rehabilitación; patria potestad; proyecto; eliminación.

ABSTRACT: *It is intended to analyze and reflect in the present work about the institution of the extension of parental authority and parental authority rehabilitated in the new regulation in the Draft Law that reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. In this project, the extended parental authority and the rehabilitated parental authority are eliminated from the scope of disability, following a criterion that demands the treatment of people with disabilities with the attention that their specific situation requires, eliminating a regime that seems contrary to the system of promoting the autonomy of adults with disabilities. This study is linked and addressed, with the characteristics and needs of people with a severe intellectual disability, as they will be affected by the reform and by the effect of the structural deficiencies suffered by the Justice system of our country. the present work about the institution of the extension of parental authority and parental authority rehabilitated in the new regulation in the Bill of Law that reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of its legal capacity. In this project, the extended parental authority and the rehabilitated parental authority are eliminated from the scope of disability, following a criterion that demands the treatment of people with disabilities with the attention that their specific situation requires, eliminating a regime that seems contrary to the system of promoting the autonomy of adults with disabilities. This study is linked and addressed, with the characteristics and needs of people with a severe intellectual disability, as they will be affected by the reform and by the effect of the structural insufficiencies suffered by the Justice system of our country*

KEY WORDS: *Extension; rehabilitation; parental authority; project; elimination.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA.- I. Antecedentes.- 2. Situación actual.- 3. Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.- III. NUEVO PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LEY 8/2021.- I. Líneas fundamentales del nuevo proyecto con relación a la patria potestad rehabilitada o prorrogada. Eliminación.- 2. Tránsito de Régimen Jurídico.- 3. Personas con una severa discapacidad intelectual.- IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El pasado mes de marzo, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales la aprobación por la comisión con competencia legislativa plena, el Proyecto de Ley 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, dicho texto finalmente aprobado ha cristalizado en 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 jurídicas, publicado en Boletín Oficial del Estado Núm. 132, de fecha 3 de junio de 2021. Es una reforma necesaria, que de nuevo, cuenta con el contrastado retraso del legislador español en su aprobación, pues basta recordar brevemente que la misma, viene auspiciada por la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2007), surgiendo un cambio ineludible de paradigma, en un nuevo siglo de forzoso avance, y de cambio de sistema; donde es necesario modificar esa “sustitución” que se produce sobre la persona con discapacidad en la toma de decisiones, avanzando hacia un nuevo sistema que se basa en el respeto de su voluntad y preferencias, y donde sitúa a la persona en el centro, con la adquisición del protagonismo que merece, y del que se le había desplazado y anulado.

Los sucesivos cambios políticos, las reiteradas elecciones, re-elecciones y el devenir social, han producido de nuevo una quiebra y desplazamiento en las prioridades legislativas, entre las cuales, no se encuentra el pretendido impulso y empoderamiento que cabe otorgar a las personas con discapacidad, pues el retraso en la aprobación de la normativa que definitivamente produzca ese hito y cambio de sistema, no se ha producido hasta la fecha y no se atisba una inmediata

• Pablo Tortajada Chardí

Abogado. Mediador. Árbitro del Tribunal Arbitral del ICAV. Máster en Mediación y Gestión de Conflictos (CEU Cardenal Herrera). MBA y Máster en Comercio Internacional por la Universidad Internacional Isabel I de Castilla. Máster Oficial Universitario en Derecho Constitucional por la Universitat de València. Doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universitat de València. Correo electrónico: pablo.tortajada-chardi@uv.es

aprobación y aplicación, lo cual produce un incuestionable perjuicio y ausencia de respeto al derecho a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica¹.

Ante este nuevo paradigma, centraremos nuestro trabajo en la prórroga de la patria potestad y la rehabilitación de la misma, analizando la regulación actual, así como la modificación prevista en el Nuevo Proyecto de Ley 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 Nuevo Proyecto, 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), donde se eliminan del ámbito de la discapacidad ambas figuras, por resultar junto con la tutela, tal y como se dispone en el numeral III del Preámbulo, “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad”. Se propone una revisión e individualización, tal y como se pretende en la reforma legislativa, si bien entendemos, que la reforma carece de una atención especial, al tipo de intensidad de discapacidad, por lo que nos centraremos en las necesidades de las personas con discapacidad intelectual severa.

En conexión con nuestro estudio, resulta ineludible con el fin de implementar la nueva reforma, abordar las consecuencias que padece nuestro sistema judicial, y que soporta desde hace décadas de insuficiencias estructurales², lo que va a resultar un gran obstáculo para la nueva reforma que se pretende implantar.

II. REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA.

I. Antecedentes.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio introdujo la

1 La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, establece en su art. 12 el igual reconocimiento como persona ante la ley. El cual ha sido objeto, ante el examen llevado a cabo a través de diversos informes de distintos Estados parte donde se suscitaba un malentendido acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes, de la Observación general N° 1 (2014), reiterando la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, negada históricamente a diversos grupos. En suma, la Observación, reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona.

2 Viene recogido en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, numeral I, reconociendo que el sistema de Justicia de nuestro país, desde hace “décadas” padece de insuficiencias estructurales, con un problema de déficit de recursos, pero con problemas crónicos, ante la ineficiencia de las soluciones implantadas. Precizando de legitimidad social tanto como de eficiencia. Legitimidad como grado de confianza y credibilidad que el sistema de Justicia debe tener para nuestra ciudadanía; y eficiencia como capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas.

patria potestad prorrogada en su doble vertiente, prorrogada y rehabilitada, estableciendo que “La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por, sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado por alguna de las causas indicadas, no se constituirá la tutela, sino que se rehabilitara la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título”, estableciendo las causas de terminación de la misma. De forma previa, es necesario recordar y conceptualizar la patria potestad, la cual “se configura como una función dual del padre y de la madre que el ordenamiento jurídico reconoce y califica como responsabilidad parental, otorgándoles una serie de facultades y obligándoles al cumplimiento de una serie de deberes y funciones”³. Con posterioridad se producen varias modificaciones y en concreto se modifica el párrafo primero por el art. 4 de la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, añade la frase “no se constituirá tutela”⁴, procediendo por último a modificarse de nuevo el primer párrafo y último por la disposición final 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, eliminando las palabras “no se constituirá la tutela, sino que”. en el primer párrafo del art. 171 y agregando al final del último párrafo la frase “o curatela, según proceda”. Se establece por tanto la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad, medidas tendentes a la protección del hijo declarado incapacitado, al llegar a la mayoría de edad, o en forma de rehabilitación en el supuesto de ser soltero y que conviva con sus padres o cualquiera de ellos fuere incapacitado.

Ha sido numerosa la normativa publicada al respecto, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, la Ley 39/2006, de 14 diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el

3 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV. (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 317.

4 Artículo cuarto. El párrafo primero del art. 171 del Código Civil quedará redactado como sigue: “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado no se constituirá tutela sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título”.

Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la reforma producida en 2015, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que pueden verse recopiladas en el Código de la Discapacidad⁵ donde se atestigua, la incidencia de un nuevo paradigma y donde en un periodo corto de tiempo, se vislumbra la tendencia, de una sociedad más sensible, más inclusiva, y por tanto más digna e igualitaria.

Ha sido en aplicación de lo establecido en el 49 CE⁶, donde se ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social⁷.

2. Situación actual.

Con esperanza del próximo cambio que se vislumbra y se considerará más adelante, abundando en los progresos producidos, cabe celebrar que hoy en día se ha dejado de esconder a las personas con discapacidad, las cuales se les venía considerando durante mucho tiempo seres inferiores o ciudadanos de segunda clase; ahora son visibles como plenos sujetos de derecho.

Hay que indicar que hoy se contempla (art. 49 CE⁸) la discapacidad, como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de tratamiento individualizado prestado por profesionales⁹.

En este momento, tal y como recogen diversos autores y constata la realidad, para realizar el más mínimo acto representativo -aunque este fuese un trámite en una ventanilla de la administración- venía siendo necesaria la previa incapacitación,

5 Puede consultarse la versión en línea, Edición actualizada a 5 de abril de 2021 en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=125¬a=1&tab=2 [Fecha de consulta 10/04/2021].

6 Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

7 Así viene reflejado en la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), referente en la materia donde se analizan las reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación, centrandolo el caso determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

8 Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

9 CORERA IZU. M.: *Discapacidad: Nuevos Horizontes*. R.E.D.S. núm. 15, julio-diciembre 2019, p. 183.

(95% de casos), la cual el Juez declara total y definitiva, lo que resulta manifiestamente desproporcionado con una situación familiar que se desarrolla con normalidad¹⁰.

Actualmente la jurisprudencia ha entendido que el régimen legal de incapacitación y tutela es compatible con la Convención de Nueva York siempre que se interprete como un sistema de protección de la persona afectada por una discapacidad y en función de sus necesidades e intereses, afirmando que el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona debe ser “un traje a medida”, de manera que es necesario que el tribunal adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda¹¹.

Se dispone de un ámbito muy amplio del arbitrio judicial, logrando ser posible cuando estemos ante un mayor grado de autogobierno colmar el contenido de la patria potestad con una curatela ampliada¹².

Y en relación con la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, objeto del presente estudio, se revela que sin perjuicio de las mejoras que pueden hacerse, es una herramienta útil para resolver los conflictos que puede plantear la relación paternofamiliar, se comparte que “el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada”, no siendo algo rígido la incapacitación, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacitación, subrayando la diversidad y las diferentes situaciones que se pueden dar.

La STS 3 diciembre 2020¹³, recuerda que la jurisprudencia de la sala en los últimos tiempos descarta que el “procedimiento de modificación de la capacidad” y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención. Hecho que viene abordándose en reciente jurisprudencia de nuestras Audiencias y se refrenda nuestro Tribunal Supremo, aspirando al interés superior de la persona con discapacidad, bajo la suma de varios factores, los cuales pretenden mantenerla en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve, protegiendo en un segundo ámbito lógico el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de

10 PAU PEDRÓN, A.: *De la incapacitación al apoyo: El Nuevo Régimen de la discapacidad intelectual en el código civil*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, 2018, p. 18.

11 STS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518), y STS 11 octubre de 2017 (RJ 2017, 4290).

12 ROVIRA SUEIRO, M. E.: *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 60.

13 STS 3 diciembre 2020 (RJ 2020, 4815).

supervisión, para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado¹⁴.

3. Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Supone un avance ingente la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, texto ratificado por España el 3 de diciembre de 2007, y que se resalta y asume el compromiso por parte de los firmantes de reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad con las demás en todos los aspectos de la vida. Resaltando la posterior Observación General N° 1 que hemos mencionado, donde se reitera el nuevo sistema que debe regir “para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás”. Estamos ante una nueva realidad social, legal y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Resalta el art. 12.4 de la Convención que se deberá asegurar al llevar a cabo las salvaguardias adecuadas y efectivas para evitar e impedir los abusos en materia de derechos humanos, y que se deberá asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica lleva a cabo el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, circunstancia que se aplica y reitera de forma escrupulosa en el Nuevo Proyecto, matizando que deben ser “proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona”, esto es como se viene manifestando “un traje a medida”¹⁵.

Se debe por tanto luchar por alcanzar el propósito de la Convención, en suma “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

14 Así se dispone la STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3095), que pone en el centro el interés superior de la persona con discapacidad, motor y base de la actuación de los poderes públicos enunciado expresamente en el art. 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad, STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2311), STS 19 noviembre 2015 (RJ 2015, 4973).

15 La STS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518), STS 13 mayo de 2015 (RJ 2015, 2023), STS 20 de octubre 2015 (RJ 2015, 4900), donde se detalla ser preciso de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones.

III. NUEVO PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (LEY 8/2021).

I. Líneas fundamentales del nuevo proyecto con relación a la patria potestad rehabilitada o prorrogada. Eliminación.

El Nuevo Proyecto, materializado en 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, elimina del ámbito de la discapacidad, la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, tal y como hemos mencionado, asimismo se cuestiona la figura de los progenitores como personas más adecuadas para favorecer que el hijo o hija adulto con discapacidad logre el mayor grado de independencia y autonomía posible, o si estos mismos progenitores al llegar a una avanzada edad, o estado de salud, pueden acarrear con la responsabilidad de una patria potestad prorrogada o rehabilitada, prestando al menor de edad con discapacidad las medidas de apoyo que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier otro adulto que los requiera.

Debemos resaltar lo desproporcionado de la medida, pues ya se establecía en atención a las circunstancias personales, un apoyo con menor intensidad, sin llegar a sustituir a la persona con discapacidad. De hecho, en apoyo de nuestra argumentación, no se contempla en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil¹⁶ esta eliminación de las instituciones objeto del presente estudio, más bien reiteran los autores que “en ningún caso hablar de tutela puede suponer un menor respeto a la dignidad de la persona”, distinguir entre la curatela, en la que debe contarse con la voluntad del curatelado, que el curador complementa, y la tutela, en la que no cabe contar con la voluntad, ni siquiera con la opinión, del tutelado cuando la misma no existe, contribuye a clarificar la diferencia entre situaciones sustancialmente diferentes. Por ello, lo que se propone, no es una eliminación sino la introducción de una graduación del contenido de la tutela o curatela en virtud de las necesidades de la persona protegida.

16 Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se contempla en el art. 255-3. Patria potestad prorrogada o constitución de curatela. 1. La patria potestad queda automáticamente prorrogada al alcanzar el hijo la mayoría de edad si con anterioridad se hubiera dispuesto judicialmente esta medida de apoyo permanente.

Es evidente nuestro interés y queremos compartir la satisfacción del avance que se viene formalizando en nuestra legislación¹⁷ y jurisprudencia¹⁸, aplaudiendo la próxima entrada en vigor del Nuevo Proyecto, donde incluso a partir de la misma, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto, tal y como establece la nueva modificación, si bien se echa en falta esa introducción de graduación que avanzamos.

2. Tránsito de Régimen Jurídico.

El Proyecto de Ley, actualmente Ley 8/2021, 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, establece en su parte final la ordenación que ha de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse la modificación y cambio legislativo, concretamente, y ante el cambio sustancial que se produce en las medidas de apoyo, y la situación de tutores, curadores, defensores judiciales, guardadores de hecho, la situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la situación de las declaraciones de prodigalidad, los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la anterior legislación, ejercerán su cargo conforme a las disposiciones del nuevo proyecto, a partir de la entrada en vigor del mismo, que recordemos actualmente se encuentra en el Senado.

Será por tanto de aplicación a los tutores de las personas con discapacidad, que recordemos queda prácticamente eliminada la figura¹⁹, las normas dispuestas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad, se les aplicarán las normas dispuestas para el defensor judicial. Las personas que se hallen interviniendo como guardadores de hecho, sujetarán su actuación a lo dispuesto en el nuevo proyecto de ley.

En el análisis de la institución que nos ocupa, en el presente artículo establece la Disposición Transitoria Segunda, en relación con la situación de la patria potestad

17 La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, refunde en un texto La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, es una muestra más de la voluntad del legislador en avanzar y dignificar la igualdad de las personas.

18 La STS I julio 2014 (RJ 2014, 4518) en este sentido, recogiendo la denominada "teoría del traje a medida" que ha servido de modelo a tantas y tantas resoluciones posteriores de distintas jurisdicciones y que ha supuesto un cambio de mentalidad sobre la apreciación de la discapacidad en el mundo jurídico.

19 TÍTULO IX. De la tutela y de la guarda de los menores, en su CAPÍTULO I, De la tutela, Sección 1.ª Disposiciones generales. Artículo 199. Quedan sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

prorrogada o rehabilitada que: “Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.”, estableciendo la Disposición Transitoria quinta, en cuanto a la Revisión de las medidas ya acordadas, que las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada 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, para que sean adaptadas a la misma, y se añade que en el caso de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la revisión de dichas medidas.

Señalar que cabe la revisión de las medidas acordadas y establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, y dicha revisión de medidas 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 último, en cuanto a los procesos que se encuentran en tramitación en el momento que entre en vigor la nueva legislación, se regirán por lo que dispone la misma, haciendo hincapié en que el contenido de la sentencia deberá regirse por la nueva regulación, conservando la validez de las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento, lo cual, es un acierto del legislador, pues de lo contrario, se produciría un nuevo retraso y dilación del procedimiento, con el consecuente perjuicio y perturbación para la persona con discapacidad y su entorno.

3. Personas con una severa discapacidad intelectual.

Debemos hacer especial mención, a la situación de las personas con una severa discapacidad intelectual, pues la reforma se vuelca en atender a la voluntad, deseos y preferencias, para el desarrollo del propio proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, pero no atendiendo expresamente a las personas que desde su nacimiento padecen una severa discapacidad intelectual, o dicho, a modo de ejemplo con uno de tantos casos clínicos; “descripción de la situación severa/ grave afectación desde el punto de vista de su autonomía, siendo absolutamente dependiente para cualquier actividad, y con un pronóstico de la enfermedad desfavorable” o en otro ejemplo presentando “retraso severo psicomotor severo irreversible, con dependencia completa para las AVD (actividades de vida diaria), y con diagnóstico de retraso severo psicomotor severo”. Tal y como hemos venido desarrollando, compartimos el espíritu de la Reforma y el avance de la Convención de Nueva York, que sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano, integrando a la persona con discapacidad en igualdad de condiciones.

No obstante, en personas con una severa discapacidad, se rebaja esa atención, pues esa protección también implica que “no sean engañados por terceros”²⁰, y no cabe efectuar máximas en este aspecto, debiendo analizar el caso y la situación concreta²¹, atribuyendo la importancia a una visión social de la discapacidad pero no “en detrimento del modelo médico que parece ser minusvalorado en la actualidad”²². Incluso se advierte, que se amplían las obligaciones respecto los progenitores en relación al sistema actual de prorroga y/o rehabilitación de patria potestad, puesto que el curador con facultades representativas, debe tal y como se dispone en el nuevo art. 285 del CC, realizar inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se establece el apoyo en un plazo de sesenta días, desde el que se adquiere y toma posesión, y la consecuente rendición de cuentas, generando con ello más obligaciones si cabe a los progenitores. A nuestro entender, se debe interpretar y dar preferencia a la voluntad deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pero en esa implementación del Nuevo Proyecto a lo dispuesto por la Convención, no debe caerse en el desconocimiento de los diversos niveles de discapacidad, puesto que existen situaciones en que no será posible conocer la voluntad de la persona o ésta sea contradictoria, o incluso perjudicial para ella misma, ejerciendo por tanto la medida de apoyo en detrimento del interés superior de la persona con discapacidad.²³

-
- 20 RABANETE MARTINEZ, 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-las-personas-discapacidad/> Fecha consulta 09/04/2021], analiza la Reforma, manifestando en el mismo sentido que “protección también implica ayudarles para que no sean engañados por terceros; para que su patrimonio no sea malgastado en su perjuicio; para que no tomen decisiones que puedan suponer una violación de sus derechos fundamentales. Esto podría suceder si dejamos que personas que, por ejemplo, padezcan un grave desequilibrio mental, tomen las decisiones libre e independientemente”, y entiendo con una acertada visión de lo que podrá producirse, equiparando la curatela representativa prevista en el nuevo proyecto con una tutela con algunas diferencias y novedades, pero augura la autora, en caso de discapacidades graves, sobre todo mentales, que se instaure la curatela representativa.
- 21 Por eso entiende VIVAS TESÓN, I.: como otros autores y el que suscribe defiende, un cambio de modelo, no un mero cambio de denominación o término de “incapacitación” por el de “modificación judicial de la capacidad”, interesando un desplazamiento del centro de gravedad a la autonomía individual y autodeterminación de la persona con apoyos y no de mantener a la persona en el ámbito de la incapacidad, manifestando la autora, en nuestra opinión, de forma incorrecta por no analizar el ejemplo que traemos a colación, que el procedimiento de modificación de la capacidad no se ajusta a la Convención. En *La Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad en la práctica judicial española: una década de aciertos y desaciertos*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, volumen 18 oct/dic 2018. Belo Horizonte. En este sentido puede pensarse que habrá problemas al aplicar o continuar en la aplicación de la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, dado que muchos padres al llegar a cierta edad o padecer ciertas dolencias previas, no podrán hacerse cargo de sus hijos con discapacidad, pero lo bien cierto es que, si cabe esa revisión de circunstancias, esa preocupación habitual (“no sabemos que será de ella cuando nosotros no estemos,” en <https://www.diariodehuelva.es/2021/04/07/alba-luz-enfermedad-rara/> [Fecha de consulta 11/04/2021]), se diluye ante la posibilidad de instar apoyos institucionales, hecho que sí se reclama y se solicita, pues no existiría ese miedo, si realmente se viera una política social cierta y sólida, acorde con nuestro estado de derecho, y no desplazada hacia la “solidaridad familiar” como se viene haciendo.
- 22 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad*, *Revista de Derecho Civil*, v. vii, núm. 5, 2020, p. 394.
- 23 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Hacia un*, cit., p. 420.

IV. CONCLUSIONES.

Es muy significativa la evolución que se ha producido en pocos años en el ámbito de la discapacidad; la legislación al efecto y las intenciones de toda la sociedad, han promovido un cambio y nuevo paradigma en nuestra legislación de gran calado e intensidad, no obstante, la aplicación de las sucesivas reformas legislativas, no vienen acompañadas de verdaderas reformas que puedan solucionar los problemas estructurales que impiden el desarrollo de la normativa al efecto.

Es necesario la implementación de nuevas políticas, que desarrollen y favorezcan la inclusión plena, tanto en zonas rurales como urbanas, y así se viene advirtiendo desde diversos ámbitos y se llega a recoger en las recomendaciones²⁴ que se llevan a cabo.

Teniendo en cuenta las novedades tanto legislativas como sociales, es importante igualmente, adecuarse a la realidad vigente, por lo que será necesario una verdadera cooperación entre administraciones, con una necesaria actuación de estas, inquiriendo un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos, como incluso previene la norma. Resaltar la necesidad de promover medidas reales y efectivas con el fin de respetar y promover la dignidad de la persona, carece de sentido desarrollar una prolija y abundante normativa y no dotarla de recursos, no instrumentalizar medios para que se formalice y lleve al efecto el cambio. Es necesaria igualmente una especialización en el orden jurisdiccional civil, pero además en la totalidad de los operadores jurídicos colaboradores, que incluya la sensibilización de la materia a tratar por los profesionales, con el fin de apoyar y aportar soluciones en beneficio del interés de la persona con discapacidad, con el fin de empoderar el modelo de apoyo, de cambio de mentalidad, con un “traje a medida” para cada situación, para cada “persona”, y todas esas medidas reales y normativa, caen en saco roto cuando no existe celeridad y se vulneran derechos en el procedimiento, pues la lentitud que acarrea desde hace décadas el sistema judicial, juega en contra del paradigma que se pretende alcanzar, no podemos comenzar la construcción de la casa desde el tejado, ni comenzar sin herramientas y materiales, pues es inalcanzable la pretensión de respeto y defensa de la dignidad e igualdad, con un sistema extenuado y colapsado. Nos cuestionamos cómo se pueden establecer medidas de apoyo adoptadas judicialmente y una revisión periódica en un plazo máximo de tres años, cuando en algunos partidos judiciales se tarda años en resolver un procedimiento de prórroga de patria potestad, o qué ocurre cuando no son Juzgados Especializados, cuando son Juzgados mixtos, o cuando el Ministerio Fiscal debe atender varias poblaciones, o cómo y con qué celeridad se llevará a cabo el dictamen pericial necesario o pertinente en

24 Observaciones Finales de Naciones Unidas Sobre los Informes Periódicos Segundo y Tercero combinados de España. 48. El Comité está preocupado por la disponibilidad limitada de: a) Servicios de atención de la salud para las personas con discapacidad, especialmente en las zonas rurales.

los procesos sobre adopción de medidas de apoyo, si además de contar con el profesional sanitario se amplía al dictamen preceptivo del profesional especializado del ámbito social²⁵ esperemos la aplicación del nuevo art. 753.3 de la LEC del nuevo proyecto donde dispone que "serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal", pues sin esa preferencia, se desvanecerá el espíritu de la reforma proyectada.

En suma, es necesaria una voluntad de cambio y aporte de las herramientas necesarias para que se produzca el mismo, con el fin de reconocer la dignidad de las personas con discapacidad y el derecho a la igualdad de trato de la totalidad de la ciudadanía.

Es precisa una implicación clara de las administraciones, y necesaria una transformación y modificación social, justificada en un "interés superior de la persona con discapacidad", avanzando en el camino recorrido y en apoyo y asistencia a las personas con discapacidad, pues si bien ahora podemos ser quienes demos ese apoyo, a buen seguro que, en un futuro, seremos quienes lo necesitemos.

25 Artículo Dieciséis de la Ley 8/2021, donde se redacta el art. 759 de la LEC. Pruebas preceptivas en primera y segunda instancia, donde "en todo caso" para dicho dictamen preceptivo se contará con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario y podrá contarse también con "otros profesionales" especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, 2018.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La patria potestad prorrogada o rehabilitada", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, julio-agosto 2011.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J.: "Reformas de la patria potestad", *Diario La Ley*, núm. 9549, Sección Tribuna, 9 de enero de 2020.

CORERA IZU. M.: *Discapacidad: Nuevos Horizontes*. R.E.D.S. núm. 15, julio-diciembre 2019.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV. (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la sala primera*, en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *La Patria Potestad Prórroga y Rehabilitación*, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos* (coord. por LINACERO DE LA FUENTE, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

PAU PEDRÓN, A.: *De la incapacitación al apoyo: El Nuevo Régimen de la discapacidad intelectual en el código civil*, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

RABANETE MARTÍNEZ, I.: *La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad*. *Tribuna en Idibe*, mayo 2019.

ROVIRA SUEIRO, M. E.: *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad*, *Revista de Derecho Civil*, v. vii, n° 5, 2020.

VIVAS TESÓN, I.: "La Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad en la práctica judicial española: una década de aciertos y desaciertos", *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 18 oct/dic 2018.

