

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2022, 117 páginas*

MARÍA SERRANO FERNÁNDEZ
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (España)

mserfer@upo.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8384-3115>

La ratificación por España el 23 de noviembre de 2007 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante Convención) exigía que el legislador español adaptara nuestro ordenamiento jurídico en lo relativo a la persona con discapacidad intelectual a los principios que informaban dicha Convención. Dicha exigencia se ha cumplido con la aprobación de 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.

Siguiendo las directrices de la Convención, la nueva ley impone un cambio en el sistema hasta ahora vigente en nuestro Derecho, en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada quién, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones (art. 249.2 CC) en todos

Recepción: 12/07/2022

Aceptación: 27/09/2022

Cómo citar este trabajo: SERRANO FERNÁNDEZ, María, “LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2022, 117 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 317-320, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.12>

* Esta obra se enmarca en el Proyecto de Investigación “Sujetos, e Instrumentos del tráfico privado VII. Reforma del Derecho de Sucesiones”, (PID2020-11811GB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Investigación.

aquellos asuntos que le afecten. Como se reconoce en el Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise; apoyo que, tal como la Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. En tal sentido, y a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de ésta, la nueva regulación trata de atender no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc.

A la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación refuerza la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al nivel de la curatela o del defensor judicial, y deja de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La razón de este cambio es que la realidad demuestra que, en muchos supuestos, la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho – generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias. La guarda de hecho se configura, pues, como una medida informal de apoyo prioritaria a las medidas judiciales, que serán subsidiarias no solo a las voluntarias, sino a la propia guarda de hecho (art. 263 CC), que adquiere una especial relevancia en la Ley 8/2021.

La monografía que hoy comentamos tiene el propósito fundamental de analizar todos los aspectos relevantes en la nueva regulación, dedicando una especial atención a aquellas cuestiones que han suscitado un mayor debate en la doctrina y que, como la propia autora reconoce, en muchos casos habrá que esperar a las resoluciones judiciales para, a través de sus pronunciamientos, obtener una interpretación unívoca de algunos de sus preceptos más cuestionados; entre ellos destaca el análisis de la guarda de hecho con labores de representación, la acreditación y publicidad de la guarda de hecho, dado que su carácter fáctico dificulta constatar su existencia, o las medidas de control y vigilancia cuyo objetivo es evitar que exista conflicto de intereses e influencias indebidas sobre la persona objeto de protección.

Desde estos planteamientos, la monografía de la profesora LÓPEZ SAN LUIS se desarrolla en cinco capítulos cuyo contenido pasamos a exponer.

El capítulo I, denominado Introducción comienza con una sucinta exposición de las principales novedades de la Convención, para exponer los hitos más relevantes de la nueva regulación, así como los principales aspectos que se van a analizar en relación con la figura de la guarda de hecho. La finalidad que persigue la autora con este capítulo es ofrecer al lector un panorama del contenido de su obra, advirtiéndole que con ella no pretende acotar todos los temas derivados del nuevo régimen jurídico de la guarda de hecho de las personas con discapacidad sino sólo, como ya se ha apuntado, abordar aquellas cuestiones que se han considerado más relevantes.

El capítulo II está dedicado íntegramente a la Convención, en el cual se vuelve a hacer hincapié en el cambio radical que este texto ha supuesto en el tratamiento de las personas con discapacidad. En tal sentido, los discapacitados dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o programas sanitarios para ser consideradas sujetos de derechos humanos. Acorde con este planteamiento, la Convención veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones e instaura un sistema de apoyo y asistencia que fomente su participación e integración social en igualdad de condiciones con los demás. En este capítulo LÓPEZ SANLUIS analiza las características más relevantes de dicho texto, para luego dedicarle un apartado al estudio del principio del 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.

En el capítulo III se titula antecedentes legislativos e incompatibilidades de la regulación de la discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español con la Convención de Nueva York (2006). Ciertamente, la Constitución española recogía los derechos y garantías básicas de las personas con discapacidad en diversos preceptos; por ejemplo, en los artículos 9, 10, 14 o el 49. A partir de la publicación de la Constitución en 1978, se aprobaron diversas leyes cuyo objetivo fue desarrollar los preceptos constitucionales citados. No obstante, era evidente que dichos textos normativos eran insuficientes, y por ello se consideraba imprescindible una revisión de toda la legislación vigente, fin de modificar y/o derogar las normas de Derecho interno que estaban en contradicción con dicho texto internacional. Ese es precisamente el propósito que inspira la Ley 8/2021 con la cual se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York. Sin embargo, desde mi punto de vista, el título del capítulo es más amplio que su contenido, pues tras su lectura se echa en falta un análisis o, al menos, una breve exposición de aquellos aspectos concretos en los que de una manera más clara se apreciaba la contradicción entre ambos textos normativos.

El capítulo IV se denomina medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal. En dicho capítulo la autora analiza las principales reformas llevada a cabo por la Ley 8/2021, deteniéndose especialmente en aquellas que han generado un mayor debate en la doctrina, como sucede con la supresión de la tradicional distinción entre las nociones de capacidad jurídica y capacidad de obrar, o de las figuras de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La segunda parte de dicho capítulo, de gran interés para el lector, está destinado a comentar los principios de la Ley 8/2021, de 2 de junio, aplicables a la guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con

discapacidad. Se trata sin duda de una aportación importante porque, más allá de la regulación sobre la guarda de hecho prevista en el Código Civil, dichos principios constituyen el marco general dentro del cual debe actuar el guardador de hecho. Como ya se ha apuntado, destaca como principio fundamental de la nueva ley el respeto a la voluntad, deseos y preferencia de la persona, el cual debe prevalecer sobre el principio según el cual se debe de actuar conforme al “mejor interés de la persona con discapacidad”. Al respecto, la profesora LÓPEZ SAN LUIS recoge los recientes pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que consideran que el principio de la voluntad, deseos y preferencias no puede ser el único a tener en cuenta a la hora de determinar la medida de apoyo que mejor se adapte a las necesidades de la persona necesitada de ella. Claros ejemplos de esta opinión son las polémicas Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 y del TEDH de 23 de marzo de 2017. Otros principios a tener en cuenta por el guardador de hecho son los de subsidiariedad y los de necesidad y proporcionalidad los cuales están destinados a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro.

Finalmente, el capítulo V del libro está específicamente destinado al estudio de la guarda de hecho como medida de apoyo; capítulo que comienza con los antecedentes de la guarda de hecho en el ordenamiento jurídico español cuya regulación la autora no duda en calificar como escasa e incorrecta. Se trataba además de una situación transitoria ya que la regulación de nuestro Código estaba basada en la idea de aplicar mecanismos de control, regularizar la tutela y terminar con la situación de hecho. Todo ello originaba una serie de problemas en la práctica, tales como las reglas que le eran aplicables, la validez de los actos realizados por el guardador de hecho, o su posible responsabilidad, que son abordados con detalle por LÓPEZ SAN LUIS. Ya en la segunda parte del capítulo se aborda el estudio de esta figura tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, que ha otorgado un protagonismo a la guarda de hecho que no tenía en la anterior regulación. La tercera parte del capítulo V se destina al estudio del régimen jurídico de esta figura, comenzando por su concepto y naturaleza jurídica, para continuar con el análisis de las facultades y deberes del guardador de hecho. Dentro de estos apartados se detallan los actos que puede llevar a cabo con o sin autorización judicial y el mecanismo de impugnación de tales actos, cuestionando si el tipo de ineficacia es el de la nulidad o la anulabilidad. Concluye el capítulo con el estudio de la acreditación y publicidad de la guarda de hecho, las medidas de control y las causas de extinción.

Nos encontramos ante una interesante monografía en la que la autora realiza un estudio detallado de la guarda de hecho, a la que la nueva ley ha dotado de la importancia que merecía pues, como se ha dicho, era la gran cenicienta que no tenía el protagonismo legal que sí alcanzaba en la práctica social.

La autora es profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Almería y una reconocida investigadora especializada en Derecho de Familia, como lo demuestran las numerosas publicaciones sobre esta materia. Esperamos y deseamos que la profesora LÓPEZ SAN LUIS continúe investigando sobre la Ley 8/2021, de 2 de junio que tan profundamente ha modificado nuestro ordenamiento jurídico y que seguro que continuará provocando encendidos debates en la doctrina y polémicos pronunciamientos judiciales.