



**TRABAJO FIN DE MÁSTER DEL MÁSTER EN ABOGACÍA
Y DERECHO PÚBLICO.**

**TÍTULO: El Procedimiento de Adopción de Medidas de Apoyo a la
Capacidad Jurídica de los Ancianos.**

**The Procedure Adopting Measures to Support the Legal Capacity of the
Elderly.**

AUTORA: María José Gamero Lucena

TUTORA: Prof^a María Paula Díaz Pita.

CURSO: 2022-2023

Vº Bº del tutor/a	Sello de la Secretaría del Centro
Fdo.	

ABREVIATURAS

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

CC: Código Civil.

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia.

LJCA: Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

Objetivos y metodología.

El tema elegido para el análisis del Trabajo de Fin de Máster, el procedimiento de adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica de los ancianos, fue propuesto por la tutora, entre otros temas de Derecho Procesal civil y penal, y su elección se debe por una lado a que es un tema que desde el primer momento me llamó la atención a medida que la profesora iba exponiendo las principales líneas del trabajo y poco hablado hasta el momento, a pesar de la presente reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, a la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y por otro lado porque me gustaría seguir con mi línea de investigación comenzada en mi Trabajo Fin de Grado “ La oposición de resoluciones administrativas en materia de protección de menores” de cómo el legislador español protege a través del derecho procesal a las personas especialmente “vulnerables”.

El objeto del presente trabajo es el desarrollo del procedimiento de adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica de los ancianos, sus antecedentes, características, análisis de distintas fases y procedimientos, destacando aquellas “especialidades” procesales orientadas a garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de los ancianos a través del establecimiento de medidas de apoyo.

Para la elaboración de este trabajo se ha acudido a libros de Derecho Procesal Civil relativos al Expediente de Jurisdicción de Voluntaria y procedimiento civil en general, así como de Derecho Contencioso-Administrativo, ya que se aborda el tema desde diversos ámbitos. Se ha recabado información de artículos de revista, de Convenios en los que España forma parte y leyes Españolas.

INTRODUCCIÓN.

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	2
	1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD CELEBRADA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006.....	2
	2. LA LEY 26/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA A LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	5
	3. LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: LEY DE DEPENDENCIA.....	6
	4. EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	10
	5. 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 LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	11
	6. LAS REGLAS DE BRASILIA.....	13
III.	BREVE CRÍTICA A LA UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO DISCAPACIDAD... 	14
IV.	PROTECCIÓN DE LA ANCIANIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL.....	16
V.	PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE APOYO A LOS ANCIANOS.....	19
	1. EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	20
	1.1 REGULACIÓN.....	20
	1.2 NATURALEZA.....	20
	1.3 OBJETO.....	22
	1.3.1. CURATELA.....	24
	1.3.2. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL.....	26
	1.3.3. EXTINCIÓN DE PODERES PREVENTIVOS.....	28

1.3.4. GUARDA DE HECHO.....	28
1.4. ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE.....	31
1.5. LEGITIMACIÓN.....	33
1.5.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	33
1.5.2. LEGITIMACIÓN PASIVA.....	36
1.6 INTERVENCIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR.....	36
1.7 FIGURA DEL FACILITADOR JUDICIAL.....	37
1.7.1. NATURALEZA JURÍDICA.....	39
1.7.2. FUNCIONES DEL FACILITADOR JUDICIAL.....	42
1.8. PROCEDIMIENTO.....	46
1.8.1. INICIO.....	46
1.8.2. ADMISIÓN A TRÁMITE.....	47
1.8.3. COMPARECENCIA.....	50
1.8.4. FORMAS DE TERMINACIÓN DEL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	58
A) MEDIANTE AUTO.....	58
B) TERMINACIÓN DEL EXPEDIENTE MEDIANTE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS.....	60
C) TERMINACIÓN DEL EXPEDIENTE POR OPOSICIÓN...	60
2. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....	61
2.1.OBJETO.....	61
2.2. TRIBUNAL COMPETENTE.....	62
2.3. LEGITIMACIÓN.....	64
2.4. PROCEDIMIENTO.....	67
2.4.1. INICIO DEL PROCEDIMIENTO.....	68
2.4.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.....	69
2.4.3. VISTA.....	70
2.4.4. SENTENCIA.....	73
3. MEDIDAS CAUTELARES.....	74

4. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE ADOPTADAS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	75
CONCLUSIÓN.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	80
LEGISLACIÓN ANALIZADA.....	83
RELACIÓN DE SENTENCIAS.....	84

I. Introducción.

El procedimiento de adopción de medidas de apoyo, surge de la necesidad de favorecer y proteger el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con diversidad.

A raíz de ello, nos surgen las siguientes cuestiones, ¿Dónde surge la necesidad de reconocer capacidad jurídica a las personas con diversidad? ¿Cuáles son sus orígenes? El reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con diversidad como “germen del sistema” surge a mediados siglo XXI, donde una serie de Estados abogaban por un cambio legislativo, ideológico y doctrinal, basado en la concepción de la capacidad jurídica como algo que subsiste en las personas por el mero hecho de serlo al margen de las circunstancias objetivas y subjetivas que convergen en ellos. Todo ello desembocó en la promulgación de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Tras la celebración de la Convención, en España se ha promulgado de forma tardía 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, con la finalidad de adaptar la normativa interna a los principios y garantías contenidos en la Convención.

Dentro del colectivo de las personas con diversidad, se encuentran los ancianos que pueden experimentar enfermedades psíquicas durante la vejez que pueden afectar de forma negativa al ejercicio de su capacidad jurídica surgiendo la necesidad de adopción de medidas de apoyo, aflorando a raíz de ello la obligación de los poderes públicos de proteger al anciano no solo frente a factores externos que pueden afectar al ejercicio de su capacidad jurídica, sino que también respecto a su núcleo familiar más cercano que puede aprovechar tal situación para actuar en interés propio en el tráfico jurídico en nombre del anciano o doblegando su voluntad a su libre arbitrio.

La razón de la inclusión del anciano dentro del colectivo de las personas con diversidad, es que no existe un procedimiento específico de adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica de los ancianos, dado que el legislador considera debido a su avanzada edad que estos no requieren atención y protección por parte del ordenamiento jurídico.

En coherencia con lo anterior, es necesario la reforma de nuestro ordenamiento jurídico, a través de la creación de un procedimiento específico en materia de protección de los ancianos en el ejercicio de su capacidad jurídica, superando las barreras jurídicas que el legislador indirectamente impone a través de la poca importancia que le otorga a este colectivo impidiendo la protección a través de la adopción de medidas de apoyo adecuadas e

idóneas . Para ello es necesario que los ancianos sean considerados como un colectivo autónomo e independiente, titular de una serie de garantías y derechos subjetivos, que deben ser garantizados por medio de un procedimiento específico dotado de una serie de especialidades a la que haremos alusión a lo largo de nuestro estudio.

I. Evolución Legislativa

1. Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

A principios del siglo XXI surgió un movimiento legislativo orientado a garantizar el “interés superior de las personas con diversidad” a través de la promoción, protección y aseguramiento de los derechos fundamentales y libertades públicas de estas personas, basado en el respeto de su dignidad.

Surgiendo una especie de proceso progresivo y dinámico orientado a otorgar un cambio radical al enfoque social y jurídico de las personas con diversidad, inspirado por los principios recogidos en la Carta de Naciones Unidas.

La Convención constituye una especie de llamada de atención a los Estados para que regulen una serie de medidas que impidan la exclusión o marginación de las persona con diversidad que cada día se hacía más latente en la sociedad, proporcionándoles determinado apoyo no en el sentido objetivo del término sino de un modo subjetivo, esto, atendiendo a las preferencias, voluntad y deseo de la persona con diversidad¹.

Concibiendo un sistema peculiar, donde la personas con diversidad adquieren cierto protagonismo en relación a la elaboración y régimen de las medidas de apoyo, basado como afirma la jurisprudencia, en la protección y no exclusión de la persona con diversidad.²

En la Convención se hace especial hincapié en que la personas con diversidad, tiene capacidad jurídica al igual que el resto, reafirmando que es un derecho que existía antes de la celebración de la presente Convención, pues la persona por el mero hecho de serlo tiene capacidad jurídica desde su nacimiento con independencia de las circunstancias psíquicas o físicas que presente, elaborandose a partir de esta una especie de paradigma orientado a la creación de una serie de medidas para apoyar a la personas con diversidad en el ejercicio de su capacidad jurídica cuando sea necesario.

¹ DE SALAS MURILLO.S Y MAYOR DEL HOYO,M.V.(dir): “Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

² Sentencia del Tribunal Supremo número 282/2019, de 29 de abril de 2009.

Esta nueva concepción, no solo trata de crear un sistema de apoyo basado en el respeto a la voluntad, preferencias y derechos de las personas, sino que atendiendo al sentido amplio del término “capacidad” incluye el derecho asumir riesgos y a cometer errores. Para la salvaguardia de este sistema es necesario tener presente, tal y aboga la Convención³ ciertos criterios interpretativos y cautelares basados en la interacción continuada y sistemática entre la persona que presta la medida de apoyo y la persona que la recibe. Estos criterios no sólo garantizan la determinación de la voluntad y preferencias de las persona con diversidad, sino que con carácter preventivo evita la existencia de conflictos de intereses, engaños, manipulación que puede ejercer la persona que presta las medidas de apoyo a través de los exámenes imparciales que con carácter periódico deben realizar los tribunales competentes de este sistema de apoyo en aras de detectar señales de miedo, amenaza, influencia indebidas, etc...

Ello evidencia el significado literal “ sistema de apoyo”, pues este no se basa en la “sustitución” de la persona en la toma de decisiones sino que la decisiones son tomada por la propia persona con diversidad a través del “apoyo” prestado a través de este sistema cuando sea necesario.

Tras una breve mención de los aspectos generales de la presente Convención de 2006, es preciso destacar, que el artículo 12, constituye el eje central a partir de cual debe ser interpretada y aplicada, pues en él se aboga por “ libertad de elección” como componente y bases del principio general de dignidad humana que debe imperar no solo en el tráfico jurídico, sino que también en su esfera personal.

Ello conduce a la capacidad de autogobierno, partiendo la Convención, de la idoneidad de la persona con diversidad para el ejercicio de su capacidad jurídica que potencia su autonomía individual y personal para la toma decisiones de asuntos que le son propios.

Esta concepción no estuvo, exenta de críticas, un sector doctrinal consideraba que este sistema generaba la confusión entre el ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar, pues esta última quedaba absorbida por la primera, es decir, que la capacidad jurídica significaba al mismo tiempo ser titular y tener capacidad para el ejercicio de los derechos, desde el nacimiento de la persona hasta su muerte⁴.

³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo”, REDUR 19, 2021.

⁴ GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

Además consideraban que la “incapacitación” no es una medida de carácter discriminatorio pues no excluye la protección de la persona y sus derechos, sino que defiende y no vulnera la dignidad, pues esta puede verse afectada por las facultades intelectivas y volitivas existentes en la persona que le impiden autogobernarse por sí mismo, sino que supone la personalización de la protección de la dignidad humana, a través de la graduación de la autonomía y su forma de autogobierno basado en el entendimiento y la voluntad de la persona.

Frente a ello, otro sector mayoritario considera que dada la vocación de universalidad de la Convención, cabe afirmar que esta no pretende la ruptura interna de los sistemas jurídicos nacionales, sino la irrupción de un sistema basado en el respeto de los postulados y principios existentes en los Estados basados, pues la Convención de 2006, se limita a dotar a los Estados Partes de una serie de mecanismos de revisión periódica de la capacidad de las personas con diversidad hasta la reducción de las medidas existentes en cada sistema jurídica a los mínimos imprescindibles para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas al tiempo que amplía el ámbito de la autonomía de voluntad del sujeto a través de este nuevo sistema de apoyo.

Así la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵ afirma que la Convención confiere a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes un efecto rehabilitador que colisiona con la figura tradicional de la incapacitación sustituyendo el contenido material de la “capacidad de obrar”, que no confunde sino que unifica la capacidad jurídica y de obrar como un todo de la persona suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, otorgando una especie de mecanismos orientados a eliminar la figura de la “incapacitación” entendida esta como una intromisión a la autonomía y autogobierno del sujeto que supone la anulación de la capacidad de obrar, siendo este el germen del sistema, dejando que el derecho interno de cada estado parte regule y determine el apoyo, su extensión y límites, en base a las circunstancias concretas de la persona y su entorno, el acto o negocio jurídico a efectuar.

La Convención fue ratificada por España el 30 de marzo de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008. Es importante reseñar que a pesar de la rápida inclusión “formal” en nuestro ordenamiento jurídico, la realidad práctica deja mucho que desear, pues no fue hasta 2010 cuando el legislador español realizó un estudio análisis integral conjunto de la legislación española y la Convención, en aras de lograr cierta simbiosis y equilibrio entre ambas, abogándose por una serie de ajustes normativos basados en el enfoque universal y global de

⁵ STS número 282/2009, de 29 abril de 2009.

la Convención de New York, siendo necesario la creación de un grupo transversal que no solo abarque todas las ramas del Derecho Español, sino a la universalidad de personas que pueden resultar afectadas por este nuevo sistema de apoyo⁶.

Cabe afirmar, que este grupo de trabajo realizó una serie de conclusiones desacertadas e equivocadas, así como malinterpretó el sistema de apoyo que contenía la Convención que poco o nada tenía que ver con el existente en nuestro ordenamiento jurídico, pues llevó a cabo una traslación errónea a nuestro sistema judicial del espíritu y terminología de este texto internacional.

El error radica en la interpretación de la Convención como una corriente ideológica orientada en la creación de un sistema de “modificación de la capacidad de obrar” de aquellas personas que no se encuentren en condiciones idóneas para el ejercicio de sus derechos, impidiéndoles la gestión autónoma de su esfera personal y patrimonial, limitándose la anulación de la capacidad a contadas y expresas excepciones, donde la situación de la persona lo requiera.

Basta con la lectura literal y comprensiva de la Convención de New York, para comprender que en ningún momento pretende la “modificación de la capacidad”, sino blindar a través de un marco jurídico de protección la esfera del ejercicio de la capacidad de obrar de la persona con diversidad, frente a cualquier modificación con efectos negativos o positivos, al tiempo que se protege la dignidad humana.

Esta transposición errónea de la Convención radicó en la promulgación de la Ley 26/2011, de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

La exposición de motivos de la presente ley a través de la transposición de la Convención de New York 2006 reconoce a las personas con diversidad como sujeto de derecho en bases a los principios generales de la dignidad inherentes a la persona a través del ejercicio de sus autonomía de voluntad.

⁶ GARCÍA PONS, A.: El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 2013.

A tenor de ello nos surge la siguiente cuestión: ¿Con anterioridad a la promulgación de la presente ley las personas con diversidad no tenían la consideración de sujetos de derechos? NO

Una vez más, el legislador español deja caer su velo jurídico mostrando la poca importancia que para él tienen las personas con diversidad, que ni siquiera les reconocía capacidad jurídica.

Ello no quiere decir que esta nueva normativa supuso el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con diversidad, sino que acrecentó la discriminación existente hacia este colectivo de personas.

Todo ello deriva de la configuración de la “discapacidad” como un hecho diferencial basado en las circunstancias personales y sociales determinadas a través de una serie de parámetros de persona “normal”, siendo necesario.

En este sentido, aboga por la necesidad de una sociedad inclusiva y solidaria que acoja a estas personas con diversidad, como *“elementos enriquecedores que ensanchan a la humanidad y le agregan valor”*⁷.

De esta afirmación, se aduce que el legislador Español concibe el reconocimiento de la capacidad jurídica como un acto de humanidad, que no emana de las leyes, generando inseguridad jurídica a la persona con diversidad, pues indirectamente carece de un cuerpo normativo sólido que dote a este colectivo de medidas de apoyo que le permita integrarse en la sociedad como un ciudadano más titular de una serie de derechos, con capacidad para ejercerlos de manera plena y absoluta, al tiempo que se respeta su dignidad.

La presente reforma incidió en la modificación de diversas leyes y materias como por ejemplo sanidad, empleo, cooperación internacional, protección civil, etc...⁸

La magnitud de dicho error contenido en la interpretación de la Convención de New York de 2006, como hemos mencionado anteriormente, reflejada a través de la promulgación de la presente ley fue de tal calado, que incluso el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas obligó a España a revisar su normativa.

3. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia: Ley de Dependencia.

⁷ Exposición de motivos de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁸ GARCÍA PONS, A.: El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derechos Civil de los Estados signatarios: el caso de España, Anuario de Derecho Civil, Madrid 2013.

Como punto de partida del presente análisis, es necesario dotar de un significado lógico al término “situación de dependencia”, es un estado permanente que experimenta una persona derivado de su edad, diversidad física e intelectual que genera una pérdida de autonomía personal para el ejercicio de sus necesidades básicas.

De ahí que el objetivo de la presente ley, sea garantizar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas a través de un sistema configurado como el “cuarto pilar del Estado de Bienestar”, basado en la protección de la autonomía personal y la situación de dependencia a través del respeto de la dignidad inherente a la persona.

Ello desemboca en el reconocimiento de “un derecho subjetivo de la ciudadanía” que genera el otorgamiento de una serie de prestaciones asistenciales, económicas y jurídicas cuyo pilares básicos se asientan en el respeto a la dignidad humana y no discriminación.

Surgiendo un Sistema que requiere la colaboración y cooperación entre las distintas administraciones territoriales dado el carácter universal y público generando un contenido mínimo de derechos común a todos los Españoles.

A tenor de ello, tras el análisis pormenorizado del artículo 1 de la presente ley podemos afirmar que los objetivos principales de la misma son los siguientes:

- Autonomía Personal: Garantizar un grado mínimo de autonomía personal e independencia para actuar en el tráfico jurídico, para tomar decisiones acerca de “cómo vivir” de acuerdo a sus creencias y convicciones propias, creando una especie de blindaje frente a la intromisión de factores externos.
- Atención a las personas en situación de dependencia⁹: Asistencia para la realización de actividades básicas de la vida, tales como, comer, ducharse, etc...

Para la concepción de los anteriores objetivos, el legislador español reguló una serie de principios basados en la no discriminación, el respeto a la dignidad humana, así como en el carácter público y universal del sistema de asistencia a las personas en situación de dependencia:

- Atención de forma integral, especializada y concreta basada en el grado de dependencia que presenta la persona.
- Análisis y valoración de las necesidades personales en base a criterios de igualdad, dignidad, equidad y no discriminación.

⁹ BLASCO LAHOZ, J.F.: La nueva Ley de Promoción de autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia, Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Bizkaia, 2006.

- Estímulo de la autonomía personal a través de una acción positiva de medidas orientadas a la prevención, rehabilitación social y mental.
- Promoción de las condiciones idóneas para actuar en el tráfico jurídico y en el ejercicio de sus necesidades básicas con el mayor grado de autonomía en los casos en los que sea posible.
- Participación activa de los familiares y entidades que representen a las personas en situación de dependencia.
- Calidad, sostenibilidad, accesibilidad al Sistema de situación de Dependencia.
- Colaboración y cooperación entre los servicios sanitarios y sociales.
- Cooperación interadministrativa entre Administraciones Territoriales.
- Inclusión de la perspectiva de género.
- Permanencia de las personas en situación de dependencia en el núcleo habitual en el que desarrolla su vida.

Tras análisis global y conjunto de los anteriores principios, podemos afirmar que nos encontramos ante un prestación meramente asistencial de las necesidades básicas de la vida cotidiana como por ejemplo comer, ducharse, vestirse, etc., dejando el objetivo de garantizar la autonomía personal para actuar en el tráfico jurídico con plena capacidad jurídica y de obrar en una mera declaración de intenciones, siendo esto un reto ineludible no solo para el poder legislativo sino para el resto de poderes públicos, que no debe limitarse a aumentar los niveles de la acción protectora de la Seguridad Social, sino que se debe potenciar el compromiso de todos los poderes públicos para promover y dotar de un marco de protección de calidad, garantista y plenamente personal que garantice la capacidad jurídica y de obrar del ciudadano.

Por ello, es necesario garantizar un nivel mínimo de protección por parte Administración General del Estado que requiere el compromiso y la actuación conjunta de la Administración Pública y los familiares que forman parte del núcleo más cercano de la persona declarada en situación de dependencia.

Debiendo estar sujeta esta actuación conjunta a el control judicial para paliar o evitar aquellas actuaciones supongan la transgresión de la buena fe en beneficio propio o de un tercero.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, podemos afirmar que el colectivo sobre el que más incide la presente ley, son los ancianos, que en atención a una serie de

circunstancias concurrentes en ocasiones se encuentran en una situación de vulnerabilidad y debilidad extrema.

A pesar de ello la presente ley se limita a regular un procedimiento que desemboca en el reconocimiento de un grado de dependencia tasado legalmente que se limita a prestar cobertura horaria de técnicos en atención a las personas en situación de dependencia o al otorgamiento de una ayuda económica para aquel familiar que preste asistencia directa al anciano.

Tras el análisis pormenorizado de la presente ley podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar este sistema de prestación asistencial evidencia la poca importancia que tiene para el legislador y para el resto de los poderes públicos los ancianos, pues la prestación de un determinado servicio asistencial durante unas determinadas horas en función del grado de dependencia reconocido, no va paliar la situación de vulnerabilidad de este colectivo, pues le recuerdo al legislador y al resto de poderes públicos que el día tiene 24 horas, y esta vulnerabilidad no se manifiesta durante determinados días y horas, sino que acompaña al anciano durante el desarrollo de su vida cotidiana.

En segundo lugar, en lo que respecta a la ayuda económica a los familiares que prestan asistencia directa cuyo fundamento radica en el déficit económico que pueden experimentar al no poder incorporarse o abandonar el mercado laboral debido al cuidado que el anciano, en la mayoría de las ocasiones se produce un enriquecimiento injusto, ya que no prestan a los ancianos la asistencia adecuada acrecentando la situación de vulnerabilidad y riesgo de exclusión social, pues no existe un control sistemático y continuado de la asistencia prestada ni a nivel jurídico ni social.

En tercer lugar, la garantía de autonomía personal que promulga la presente ley con el objeto de promover la capacidad jurídica y de obrar del anciano, el legislador hace creer a través del uso “palabrerías” que va dotar al anciano de un sistema asistencial que promueva su autonomía personal y autogobierno, basado en el respeto a la dignidad y no a la discriminación de este colectivo, pues la realidad práctica evidencia la no implantación de este sistema asistencial.

Por todo ello, podemos decir que la presente ley es un “simple velo jurídico” para hacer creer a la Comisión de Naciones Unidas que España ha adoptado un papel proactivo para el fomento y protección de la capacidad y la independencia de las personas con diversidad, y especialmente de los ancianos, con la creación de un sistema asistencial a través de la promulgación de la ley conocida como “Ley de la Dependencia”.

4. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su informe de 2012 sobre España.

La ratificación de la Convención por parte de España, implicaba sometimiento a un Protocolo Facultativo en virtud del cual se reconocía al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la capacidad para controlar el cumplimiento de la presente Convención, a través de un mecanismo en virtud del cual los miembros de un Estado Parte puede comunicar al Comité la vulneraciones al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con diversidad por parte del Estado, facultando para actuar.

Este control no se limita a la anteriormente expuesto, sino que se reconoce al Comité la potestad de requerir y examinar informes periódicos sobre ejercicio de la capacidad jurídica en los Estados Partes.

Entre los informes requeridos a España destaca su primer informe, donde el Comité tras su análisis destacó como aspecto positivo la elaboración de la Ley 26/2011, se centró en aquella deficiencias que presentaba, abogando por la derogación de “régimenes de sustitución” en la adopción de decisiones por la “asistencia” basada en el respeto a la autonomía, voluntad y deseos de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁰.

Han debido transcurrir casi diez años para que nuestro legislador atienda a la anterior recomendación a través de la promulgación de la La Ley 8/2021, 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 la capacidad jurídica, haciéndose cada vez más latente las deficiencias existentes dentro de nuestro sistema normativo, que el legislador español intenta ocultar y hacer creer que los poderes públicos protegen a las personas con diversidad e intenta que se sitúen un plano de igualdad con el resto de los ciudadano cuando realmente no es así.

Como una primera aproximación al análisis de la normativa anteriormente referida, podemos afirmar que el legislador ha hecho caso omiso al presente informe, pues a pesar de derogar el régimen de sustitución en la toma de decisiones por la asistencia, únicamente a ha sustituido palabras, pues el reconocimiento de la capacidad jurídica no se ajusta a las prerrogativas del Comité e indirectamente de la Convención.

¹⁰ GARCÍA PONS, A.: El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios; el caso de España, ADC, tomo LXVI, 2013.

5. La Ley 8/2021, 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 la capacidad jurídica.

Como punto de partida del análisis de la presente reforma, podemos afirmar que la Ley 8/2021, ha marcado un antes y después en la regulación procesal y civil de la capacidad jurídica y de las medidas judiciales de apoyo.

Como se aduce de la exposición de motivos esta ley aparece como un “hito” en la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención de Nueva York de 2006, cumpliendo una función garantista de la dignidad de la persona, la tutela judicial efectiva, y el ánimo de las personas con diversidad, basado en el establecimiento de unas medidas de apoyo proporcionales y necesarias.

Ello se traduce en la desjudicialización de estas medidas, limitando el ámbito de actuación de la autoridad judicial y el ministerio fiscal, sin que ello, justifique a mi juicio, la ausencia de vigilancia y control judicial como el legislador reitera en numerosas ocasiones a lo largo de la exposición de motivos de la presente ley.

Esta ley parte de la premisa de que cualquier persona por el mero hecho de serlo puede actuar en el tráfico jurídico, a través de la eliminación de la figura de la incapacitación. Por ello el legislador sustituye aquellas medidas cuyo objetivo era la modificación de la capacidad de obrar de las personas con diversidad impidiendo su intervención en el tráfico jurídico, por otras denominadas “medidas de apoyo”, que permiten a estas personas ejercer su capacidad jurídica al tiempo que se garantiza la protección jurídica y la actuación debida de las mismas.

Resulta interesante destacar, que ello se refleja en la práctica a través de la sustitución dentro del panorama jurídico el término “incapacitados”, por el de “discapacitados”.

Ello se traduce en la vertiente procesal, en la supresión de los procesos relativos a la incapacitación judicial, pues se ha pasado de unos procedimientos que tenían por objeto la “modificación” de la capacidad, a otros cuyo objeto es prestar “apoyo” a las personas con diversidad.

Para ello el legislador, en la exposición de motivos anuncia que se introducen *“algunas modificaciones en la regulación de los procesos en que se ejercita una pretensión de esas características, dirigidas a solucionar algunos problemas que se han detectado en la práctica forense y que ligar a interpretaciones diferentes entre los tribunales”* , para adaptar los procesos a este nuevo sistema, así como para paliar las deficiencias que existían con

anterioridad a la reforma, generando una especie “efecto dominó” respecto a la Derechos Civiles Forales en relación a la armonización de su derecho material con el régimen procesal introducido a través de la presente reforma.

Para crear cierta armonía en el ordenamiento jurídico, a través de la reforma, el legislador ha introducido una serie de modificaciones que revisten de cierta identidad. basadas en solventar los déficit del sistema a través del ajuste de los distintos procedimientos al nuevo sistema de protección a las personas con diversidad.

La presente Ley ha marcado un antes y un después en el papel de los tribunales, a través de la reinterpretación de nuestro ordenamiento jurídico, pues con anterioridad a la reforma no existían criterios de carácter legislativos propios que guiarán la actuación de los tribunales en esta materia, sino que los jueces a su arbitrio interpretaban la normativa vigente fijando una serie de pautas a su juicio “idóneas” para la protección de las personas con diversidad.

Con ello quiero destacar la labor de la jueces que han contribuido a la fijación de pautas para proteger a este colectivo de personas, aun cuando podría haberles generado cierto perjuicio en relación al ejercicio de su profesión, pues carecen de competencia para regulación de las situaciones jurídicas de los ciudadanos, como el legislador repite en infinitas ocasiones, pues estas corresponden estrictamente a él, pero como “se le olvida” regular una institución de cierta importancia, destinada a proteger a personas especialmente vulnerables, no se pronuncia sobre ello, dejando al arbitrio de los tribunales su regulación, generando cierta inseguridad jurídica pues carecían de criterios legalmente armonizados, a través de una regulación específica y propia de la presente institución.

Del análisis de la jurisprudencia anterior a la promulgación de la presente ley, se aduce como los jueces denunciaban indirectamente la regulación abstracta y rígida de la institución abogándose por un giro de 360° respecto a la “tradición” jurídica existente, con independencia del “nomen iuris” que se adopte, basada en la protección especial de la persona.

Con ello, los tribunales advierten al legislador que no basta con “cambiar el nombre”¹¹ a una institución para hacer creer que ha asumido un compromiso con este colectivo atendiendo a su prerrogativas, cuando realmente la regulación adoptada es

¹¹ ARNAU MOYA, F.: ASPECTOS POLÉMICOS DE LA LEY 8/2021 DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Revista Boliv.de Derecho, Bolivia, 2022.

prácticamente simbólica, y difiere en poco respecto a la anterior como ocurre en reiteradas ocasiones.

Podemos concluir, en base a lo anteriormente expuesto, la reforma operada ha revolucionado el paradigma jurídico de la incapacidad, a través de la introducción de un modelo basado en nueva concepción de la discapacidad, inspirada en los mecanismos de asistencia contemplados en la Convención de Nueva York 2006, constituyendo el objeto de mi trabajo, comprobar si el legislador ha asumido su compromiso y realmente esta ley puede concebirse como un hito de especial trascendencia y no en un simple cambio de nombre.

6. Reglas de Brasilia.

El pasado mes de octubre acudí al III Congreso Internacional: Justicia para Todos las Reglas de Brasilia y el ODS 16.3 organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, concretamente por el Catedrático de Derecho Procesal Arturo Álvarez Alarcón.

Ella me hizo reflexionar sobre la necesidad de dotar un marco de seguridad que garantice el acceso a la justicia de los colectivos especialmente vulnerables a través de la eliminación de cualquier discriminación directa o indirecta basada en circunstancias objetivas y subjetivas emergente en la persona, radicando las primeras en el entorno en que la persona se desenvuelve y las otras a la existencia en ella de una serie de elemento psicofísicos.

Para ello las Cien Reglas de Brasilia aboga por la creación de un instrumento internacional de carácter obligatorio para todos los Estados cuyo contenido normativo se limite a regular medidas, políticas, apoyos y facilidades que le permita el pleno ejercicio de su capacidad jurídica y el pleno goce de su derechos, convirtiendo a la figura de la persona especialmente vulnerable en un sujeto procesal emergente que le ayude a prevenir o resistir cualquier impacto en el ejercicio de su capacidad jurídica que genere cierto riesgo.

Siendo la edad, y en este caso la vejez factores que acarrear dificultades para interactuar con el entorno en el ejercicio de su capacidad jurídica siendo necesario formular reajuste en la tutela judicial en estos extremos, para evitar riesgos que desemboquen en la exclusión y desprotección.

Este riesgo de exclusión encuentra su antecedente lógico en los principios y reglas que imperan en el proceso, dictando resoluciones que acrecientan la situación de vulnerabilidad del anciano, a través de la aparición de nuevas barreras.

Para evitar tales circunstancias, es necesario dotar al procedimiento de una serie de facilidades, debiendo acomodar nuestro legislador en las distintas instancias legislativas, así

como garantizar el derecho a entender y a ser entendido, abogando por una movimiento legislativo de carácter reformador a favor de las personas especialmente vulnerables.

III. Breve crítica a la utilización del término discapacidad.

Como punto de partida, es preciso hacer especial mención, que nuestro legislador erróneamente atribuye al término “discapacidad” atributos tendentes a garantizar la igualdad entre la personas.

Podemos afirmar que esta concepción es puramente teórica pues en la realidad práctica, el término es tendente a la exclusión social de la personas con diversidad generando una innegable ruptura entre el trinomio libertad-igualdad- dignidad humana. No tomando conciencia nuestro legislador de la realidad existencial de estas personas y el impacto negativo que tiene la atribución del término “discapacidad”, pues a pesar de que este se presenta como el “máximo predicador” de la igualdad y la inclusión social, promulgando supuestos valores tendentes a la creación de una sociedad inclusiva, crea un lenguaje “políticamente correcto” pero que no protege a esas personas ni las sitúa en condiciones de igualdad respecto al resto, generando ciertos estereotipos que tienden a visibilizar los sentimientos contrapuestos, discriminación o pena, con el simple hecho de mencionar que una persona tiene “discapacidad”, situando en una posición inferior respecto al resto, convirtiéndose en una realidad cotidiana que no puede ser ignorada y que requiere una pronta resolución.

Siendo necesario un impulso legislativo renovador, que aun no ha llegado, pues a pesar de las reformas terminológicas operadas, a través de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006 y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre de procedimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre que sustituye el término “minusvalía” por “discapacidad”¹², indirectamente incurre en el mismo error manteniéndose ese lenguaje peyorativo que centra la atención en la condición y no en la persona, que simplemente constituye un “accesorio” como cualquier otro, que no impone barreras por sí mismo, sino que estas vienen impuestas por los estereotipos que se introducen a través de la regulación terminológica.

¹² VIVAS TESÓN, I: *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*, Tecnos, 2021

Es preciso hacer especial mención, para comprender el objeto del presente análisis sustantivo, a que no solo estas circunstancias giran en torno al concepto de “discapacidad”, sino que el legislador utilizan otras expresiones tales como “persona con la capacidad modificada judicialmente”, en las que se anteponen una circunstancia personal puramente descriptiva inherente a la condición humana que no puede ser modificada, y por tanto, no puede ser considerada como un todo.

La obnubilación respecto a la concepción de estos términos es de tal magnitud, que las propias personas con diversidad , a través de organizaciones como ONCE, aceptan este término y se muestran partidarios de su inclusión en los textos legislativo frente a términos como personas con “capacidades diferentes” o “con diversidad”, surgiendo una autopercepción orientada a construir una identidad como grupo social situado en un estamento inferior respecto al resto de personas, autoimponiéndose barreras, que son las que realmente “discapacitan” a estas personas.

A mi juicio, esto es completamente ilógico, el legislador una vez más, no hace nada para eliminar estas barreras, y propiciar la igualdad y no discriminación propugnadas en nuestra CE como valores esenciales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, sino que contribuye a la creación de una sociedad totalmente desnaturalizada, pues este se convierte en el “vehículo idoneo” a la creación de un modelo de perfección humana, donde aquel miembro que no tiene acceso por sus circunstancias físicas, psicológicas o sensoriales, merecen la designación de una “coletilla” a su nombre, que poco o nada contribuye a su inclusión.¹³

Esto no solo ocurre, a nivel nacional sino que también ocurre a nivel internacional, a pesar de la estrategias inclusivas incorporadas por la Naciones Unidas para facilitar la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad de 2008, incurre en el mismo error mostrándose partidaria de utilización del término constituyendo el “germen del sistema” que irrumpe en el conjunto de ordenamientos jurídicos nacionales.

La formulación de estas estrategias inclusivas surgen para dar respuesta a las deficiencias latentes en el sistema de atención a las personas con diversidad que se vieron acrecentadas a través de la aparición del Covid-19. A pesar de los esfuerzos legislativos, considero que el legislador opera en el desconocimiento, o siendo más crítica con una “venta

¹³ ÁLVAREZ POUSA, L. VILLANUEVA, J. BARBERENA FERNÁNDEZ, T. LOUREIRO, R. EVANS PIM, J.: *Comunicación y Discapacidades: Actas do Foro Internacional*, Colexio Profesional Xornalista de Galicia: Observatorio Galego dos Medios, A Coruña, 2007.

en los ojos”, adoptando una posición de indiferencia y falta de solidaridad con este colectivo de personas, sin adoptar una noción terminológica que dote a este colectivo de un estatuto jurídico igualitario respecto al resto de individuos

Para ello, es necesario que el legislador tanto nacional como internacional en este panorama tan heterogéneo, inseguro y discriminatorio, que este ha propiciado, sustituya el término “discapacidad” por “diversidad” generando una especie de hilo que conduzca al cambio de ideales y creencias. La razón de este término radica, en la concepción de la sociedad como imperfecta, en la cual ningún individuo alcanza ese modelo perfecto a la que hemos hecho alusión, pues este no existe, sino que cada uno presenta una diversidad que los hace diferente y al mismo tiempo igual al resto, ya que no se concibe terminológicamente como un factor discriminatorio, sino inclusivo.

La fundamentación jurídica-terminológica de estas afirmaciones radica en la siguiente cuestión ¿Cómo el legislador se promulga como máximo propulsor de la igualdad e indirectamente fomenta y promulga la discriminación a través del término “discapacidad”? A mi juicio, considero que este es consciente de la magnitud del término, pues hasta un ciudadano de a pie, conoce el significado de tales vocablos, pero le interesa cubrir con su “velo jurídico” las situaciones que se generan con simple hecho de pronunciar la palabra “discapacidad”.

IV. Protección de la ancianidad en el ámbito del derecho procesal.

Si las personas con diversidad presentan una escasa regulación y protección, los ancianos son los grandes olvidados en el ámbito del derecho, y especialmente en el derecho procesal, pues el legislador español los considera indirectamente “personas con discapacidad” para aplicarle la normativa que regula las medidas de apoyo a las personas con diversidad, en aquellos casos en los que exista una situación de vulnerabilidad.

Estas deficiencias del sistema legislativo basadas en ciertas precariedades y carencias relativas a la protección de los ancianos se ha visto acentuada con la aparición del Covid-19 surgiendo un fenómeno denominado “edadismo”¹⁴

Este fenómeno se concibe como un nuevo tipo de discriminación por razón de la edad, que surge a raíz del maltrato extendido tanto físico como psicológico que sufren los ancianos, vulnerando no solo los derechos fundamentales y libertades públicas de este

¹⁴ VIVAS TESÓN, I: *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*, Tecnos, 2021

colectivo, sino que también los derechos humanos consagrados en los textos internacionales, pues nuestro sistema judicial carece de procedimientos eficientes para su protección.

Da la impresión que el legislador español se “olvida” de ellos, por el hecho de “haber vivido muchos años”¹⁵. No debiendo olvidarse, a mi juicio, que el hecho de tener cierta edad no supone la pérdida consideración de persona como titular de ciertos derechos, que precisan de cierta protección, pues como hemos afirmado anteriormente, la condición (edad) no puede ser considerada como un todo frente a la persona.

Siendo necesario, al igual que ocurre en el procedimiento de oposición de resoluciones administrativas en materia de protección de menores, un procedimiento de carácter especial que proteja a los ancianos, basado en las experiencias y necesidades compartidas por este colectivo a través de la visibilidad de su realidad cotidiana, dotándolos de protección no solo frente al resto de la sociedad, sino que también frente a su familia, especialmente respecto a su núcleo familiar más cercano.

Debiendo vertebrarse el sistema, partiendo del discurso inclusivo y prestando especialmente atención, al hecho de que el núcleo familiar, en ocasiones debe ser considerado como una especie de “agente nocivo” que aprovecha la situación de vulnerabilidad de este colectivo para obtener cierto beneficio, que blinde los derechos, libertades y la capacidad jurídica y de obrar del anciano frente a cualquier intromisión negativa, al mismo tiempo que dota de una serie de medidas que no limiten la capacidad del anciano sino que la complementen en aquellos casos en los que sea necesario, para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y facultades.

Creándose así un sistema procesal basado en garantizar, el “interés superior del anciano”, superándose la estigmatización procesal de la vejez, que desencadena esta problemática social, garantizando la autonomía y la seguridad jurídica del anciano, a través de tratamientos específicos del envejecimiento.

Como punto de partida, el derecho procesal debe detectar e identificar de manera sistemática y rápida, a través de la tramitación preferente del procedimiento, aquellos factores que suponen un riesgo de exclusión social, aprovechamiento injusto por parte de los familiares, o aquellas circunstancias (alzheimer, demencia, etc...) que supongan un detrimento de su capacidad con el objeto de evitar que tales situaciones provoquen un perjuicio irreparable en la persona o en su patrimonio a través del análisis procesal de

¹⁵ VIVAS TESÓN, I: *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*, Tecnos, 2021

cuestiones claves que permitan la planificación, seguimiento y control de los factores sociales, físicos o psíquicos que puedan originarse durante la evolución del anciano no solo a nivel volitivo o de capacidad, sino que también a nivel social, con objeto de garantizar que esas medidas guarden cierta simbiosis en relación a la situación del anciano.

Para ello es necesario que las resoluciones judiciales no gocen del efecto cosa juzgada, debiendo ser revisadas de forma periódica por los órganos jurisdiccionales.

Estas circunstancias procesales determinan la aparición de la figura del “cuidador principal”, cuyo objetivo principal es complementar la capacidad de la personas en aquellos aspectos que sea necesario, al mismo tiempo que presta asistencia social a los ancianos en el ejercicio de sus necesidades básicas. Para ello, es necesario que los órganos jurisdiccionales realicen un “juicio de idoneidad” de forma sistemática sobre esta persona, no solo respecto a su capacidad sino que también en lo relativo a la existencia de cierto “interés personal” que pudiera frustrar la finalidad de la presente institución.

Para alcanzar los objetivos anteriormente mencionados propongo una serie de pautas a seguir por el órgano jurisdiccional para alcanzar los objetivos procesales anteriormente mencionados:

- Definir un sistema que permita dar respuesta ante cualquier situación de vulnerabilidad no predecible.
- Evaluar rápidamente la situación del anciano y del entorno familiar que lo rodea, a través de un Equipo técnico, para adecuar las medidas de control de la capacidad jurídica, y reducir el riesgo de situación de vulnerabilidad.
- Adopción de un plan cautelar de protección en base a la información previa.
- Colaboración con los familiares y el equipo técnico para coordinar las medidas a adoptar.
- Escucha activa y continuada del anciano.
- Valoración continuada por parte de los profesionales, tras el dictamen de la resolución judicial.
- Reducir el impacto que pueden generar estas medidas en la vida del anciano a través de la inclusión progresiva de las mismas.

Cabe concluir, que el legislador debe adoptar un enfoque procesal y sustantivo, basado en la concepción del anciano como persona titular de derechos, merecedora de protección por parte de los sistemas jurídicos nacionales, a través de la regulación de un procedimiento especial propio, pues a mi juicio el legislador no puede incluir dentro del

ámbito de aplicación de los procedimientos para la adopción de medidas de apoyo a la personas con diversidad a los ancianos, creando una “falsa” simbiosis entre ambos colectivos que poco o nada tienen que ver, con el objetivo de hacer creer que la protección de la ancianos se encuentra reforzada a través de la aplicación de estos procedimiento, creando una especie de “velo jurídico”, que encubre la falta de “empatía” hacia el envejecimiento de las personas.

V. Procedimientos judiciales para el establecimiento de medidas de apoyo a los ancianos.

Tras proclamar nuestro legislador que nadie puede ser declarado incapaz, sino que debe ser revestido de una serie de medidas de apoyo en caso de que el anciano las precise. A tenor de ello, se regulan dos procedimientos para las adopción de medidas de apoyo de carácter judicial:

1º. Con carácter preferente, el legislador acude al Expediente de Jurisdicción Voluntaria.

2º. En el caso de exista oposición a la adopción de medidas de apoyo en el expediente de Jurisdicción Voluntaria o este no se resolviera en tiempo y forma, se podrá acudir con carácter supletorio, a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Como afirma, FONTESTAD PORTALÉS¹⁶, este sistema aparece revestido de ciertas “especialidades” basadas en el principio de proporcionalidad y necesidad, acudiendo con carácter preferente a la jurisdicción-civil, y en el caso de que exista “oposición”, se acudirá a la jurisdicción contenciosa administrativa, a diferencia de lo que ocurre en el resto de expedientes de jurisdicción voluntarias relativo a otras materias, en lo que la simple oposición no obsta a que el Expediente de Jurisdicción Voluntaria prosiga a través de los trámites regulado en la vía civil hasta ser resuelto.

A tenor de ello, nos surge la siguiente pregunta: ¿Quién puede oponerse a un expediente de jurisdicción voluntaria? Del contenido literal de la Ley 8/2021 se aduce que cualquier legitimado en el presente procedimiento puede oponerse en el expediente de jurisdicción voluntaria. sin que sea necesario que la iniciativa surja del anciano.

Dada la amplitud de sujetos legitimados para formular oposición frente a la resolución que ponga fin al Expediente de Jurisdicción Voluntaria podemos afirmar que este es

¹⁶ FONTESTAD PORTALÉS, L.: “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 CRÓNICA DE LEGISLACIÓN PROCESAL, Ars Iuris Salmanticensis, Ediciones Universidad de Salamanca.

“proclive” o que puede convertirse con cierta “facilidad” en un procedimiento contencioso-administrativo, generando cierta inseguridad jurídica para el anciano.

A mi juicio considero que el legislador español, al regular la posibilidad de oposición ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, no dota al procedimiento garantías jurisdiccionales necesarias, acrecentando la situación de vulnerabilidad de los ancianos en lo que respecta al ejercicio de actos en el tráfico jurídico.

El legislador torpemente concibe este sistema como una medida de carácter estable y apta para otorgar protección a estos colectivos, siendo totalmente lo contrario, pues deja la puerta abierta a un sistema totalmente desequilibrado, dejando al discrecionalidad de cualquier legitimado, el cauce judicial que debe tomar el procedimiento de medidas de apoyo de los ancianos.

La razón de ello, es que a pesar, de configurar el Expediente de Jurisdicción Voluntaria, con carácter potestativo antes de acudir al procedimiento contencioso administrativo, no obsta que este último sea preferente respecto al anterior.¹⁷

1. Expediente de Jurisdicción Voluntaria.

1.1 Regulación.

El procedimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica se encuentra regulado en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, concretamente en el Capítulo III bis del Título II de la Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria, dotando de ciertas “especialidades” al Expediente de Jurisdicción en aras de adaptarlo a las reformas operadas por la Ley 8/2021 de carácter sustantivo realizadas en el Código Civil.

1.2 Naturaleza.

Esta reforma se refleja en el ámbito procesal, en el cambio de concepción del papel de los órganos jurisdiccionales orden civil en este tipo de procedimiento, calificándose como el cauce principal para resolver los procedimientos de medidas de apoyo con carácter inquisitivo y preferente, articulando de forma peculiar para garantizar que los ancianos dispongan de instrumentos legales para la provisión de apoyos en el orden civil.

¹⁷ VEGA TORRES, J.: “Los principios informadores de la reforma. La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad” en NUÑEZ NUÑEZ, M(cord); PEREÑA VICENTE, M.(dir); HERAS HERNÁNDEZ, M.M.(DIR): El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio, Tirant lo blanch, Madrid, 2022.

En este sentido el legislador opta por un procedimiento orientado dedicado en su mayor parte a fiscalizar y vigilar estas medidas de apoyo, a través de los distintos cauces que proporciona la LJV.

Llegados a este punto, cabe recalcar que este expediente no ha sido concebido para resolver un litigio entre dos personas, o para dar la razón a una respecto a la otra, sino para crear o vigilar las condiciones y medidas que permitan a los ancianos desarrollar plenamente su capacidad y personalidad, así como desenvolvimiento en el ámbito de las relaciones jurídicas¹⁸.

De ahí, que el objetivo último de este proceso civil, no sea dictar una resolución basada en el acuerdo de las partes, ni una pacífica solución en el núcleo familiar del anciano, sino la adopción de una medida de apoyo que respeta los deseos, voluntad y preferencias del anciano, pues este sigue manteniendo su capacidad jurídica a través de la reforma.

Cabe afirmar que estas reglas imperativas son de aplicación general a todas las medidas de apoyo, con independencia de que sean de carácter voluntario o judicial, como es el caso que abordamos.

Para ello es necesario que la autoridad judicial, auxiliada por el Ministerio Fiscal, extienda su ámbito de actuación material más allá de la adopción, ejerciendo un control de manera continuada sobre la ejecución, para supervisar que estas cuenten en todo caso con la preferencias, deseo y voluntad del anciano.¹⁹

El expediente de jurisdicción voluntaria constituye el instrumento potencial para eludir el conflicto de intereses entre el anciano y sus familiares, así como terceras personas vinculadas a éste, a través de la creación de un “mecanismo de última palabra”.

De esta expresión se aduce que la última palabra para resolver este complejo entramado de medidas de apoyo la tiene el juez que realizará un ejercicio de ponderación que permita al anciano actuar por sí mismo, o auxiliado de una serie de medidas de apoyo cuando sea necesario.²⁰

Este ejercicio de ponderación, como afirma la jurisprudencia, consiste en determinar si existen razones suficientes para apreciar la necesidad o no de auxiliar al anciano en el ejercicio de su voluntad a través de la adopción de medidas de apoyo²¹

¹⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación en materia civil y procesal en materia de discapacidad, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid 2021.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo número 589/2021 de 8 de Septiembre de 2021.

²⁰ DAMÍAN MORENO, J.: La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 2022

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo número 734/2021, de 2 de noviembre de 2021.

La naturaleza de estas disposiciones, está orientada proporcionar al juez los elementos de juicio suficientes, para determinar si realmente detrás de cada petición existe cierta proporcionalidad y necesidad que permita dilucidar las medidas que precise el anciano, existiendo cierta relación de dependencia entre el expediente de jurisdicción voluntaria y la medidas de apoyo, proyectándose como el único instrumento para suplir del anciano en los actos del tráfico.

Actualmente, se cuestiona la naturaleza del presente procedimiento, pues con el ejercicio de la acción, no se busca modificar judicialmente la capacidad del anciano, sino esclarecer los apoyos que este precisa para el ejercicio de capacidad jurídica en un procedimiento que no existen pretensiones enfrentadas como hemos mencionado anteriormente, aunque sí determinados intereses contrapuestos.

Tras el análisis pormenorizado de la naturaleza, en oposición a lo anterior, considero que en este sistema existen rasgos propios del Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria que permite calificarlo como tal, si bien es cierto que se aprecia cierta rasgo contradictorio.

En conclusión, el ámbito de la jurisdicción voluntaria, ha servido para poner a prueba la diversa concepciones relativas a las medidas de apoyo que han ido adquiriendo identidad propia a través de la jurisprudencia, constituyendo una especie de ensayo para formación del derecho procesal moderno en esta materia tan reciente, con el objeto de delimitar la naturaleza de la función jurisdiccional en este ámbito, en el que la labor del legislador ha estado prácticamente ausente en los años anteriores.

1.3 Objeto.

El cambio radical que ha supuesto la promulgación de la Ley 8/2021 en la vertiente procesal, ha suscitado dudas acerca del objeto del presente procedimiento que a continuación va ser objeto de análisis.

Para dilucidar esta cuestión es necesario partir de la siguiente premisa: Las medidas de apoyo relativas a la capacidad jurídica de los ancianos no requieren para su adopción un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales del orden civil. Para explicar esta cuestión, es necesario a mi juicio, partir del análisis de la definición de “ guarda de hecho” de la que traen origen estas medidas de apoyo. Para adopción de la guarda de hecho no es necesario una resolución judicial, por tanto las medidas que emanan de ella no requieren tampoco un pronunciamiento judicial para su adopción.

A tenor de ello podemos afirmar, que la intervención de los órganos jurisdiccionales del orden civil queda revestida de un carácter de *excepcionalidad*, es decir, que el juez solo

va a intervenir en aquellos supuestos en lo que el apoyo que precise la persona no pueda ser obtenido a través de la guarda de hecho o de las medidas voluntarias.

A raíz de ello, podemos afirmar que el legislador a través de esta reforma pretende “vaciar de contenido” el objeto del presente procedimiento, pues con anterioridad a la reforma estaba constituido por la previa declaración incapacitación como presupuesto necesario para la adopción posterior de medidas de apoyo judiciales, de conformidad a los dispuesto en el artículo 760.1 LEC(anterior a la reforma)²².

Este cambio de enfoque deriva de la desaparición del proceso de incapacitación como requisito previo para la adopción de medidas de apoyo, revistiendo el carácter judicial de estas medidas de cierta excepcionalidad, constituyendo una vez más un error del legislador, pues al no otorgar carácter preceptivo a la intervención judicial para la adopción de medidas de apoyo en todos los supuestos, se reducen la garantías legales de cumplimiento adecuado de las mismas pues carecen del control jurisdiccional necesario, generando inseguridad jurídica y desprotección a la anciano en el ejercicio de sus capacidad de obras asistido de medidas de apoyo.

Este cambio de enfoque deriva de la desaparición de la previa declaración de incapacitación para la adopción de medidas de apoyo, que genera a mi juicio inseguridad jurídica, pues al suprimir el carácter judicial que revestía a estas medidas de apoyo, el régimen de protección carece de la fuerza legal necesaria y del control jurisdiccional de su extensión y límites, así como se reducen las garantías legales que revestían con anterioridad al presente procedimiento, constituyendo una vez más un error del legislador español, que tras la supresión de la previa declaración de incapacitación, debió mantener el carácter judicial de estas medidas.

De conformidad con esta nueva regulación el objeto del presente procedimiento queda limitado a los supuestos recogidos en el artículo 255 CC²³, donde las medidas de apoyo

²² Artículo 760.1 LEC “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”

²³ Artículo 255 CC “Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.

Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

que precisan los ancianos no puedan ser adoptadas por la vía de la guarda de hecho o de manera voluntaria, A tenor de ello, podemos concluir que va ser necesario el auxilio de los órganos jurisdiccionales del orden civil en los siguientes supuestos:

1.3.1 Curatela.

La curatela constituye una institución intermitente caracterizada por su función de completar la capacidad de las personas en determinados actos. De la expresión “intermitente” se aduce que la curatela no va estar presente en todos los actos de la vida del sujeto, sino sólo en algunos en los que el sujeto es capaz pero requiere de un plus de capacidad.

Con carácter general la presente figura suele confundirse²⁴ con la figura Tutela en el ámbito judicial, pues nuestros tribunales no siempre han tenido claro las diferencias existentes entre ambas. A tenor de ello, la doctrina²⁵ delimita claramente los ámbitos de actuación de ambas figuras, así afirma que regirá la institución de la tutela cuando el sujeto requiera la representación total, mientras que la curatela regirá en aquellos actos el sujeto, en este caso el anciano, precise de una representación relativa.

Con anterioridad a la reforma operada, competía a los Tribunales del Orden Civil determinar qué medida judicial de las anteriormente mencionadas se ajustaba a las necesidades del anciano.

Tras ella, se suprime la tutela, pasando a ser la curatela la única medida judicial de protección para los ancianos, limitándose su alcance, a aquellos supuestos en los que se precise una ayuda más intensa y continuada en el tiempo.

La razón de ello, como afirma CUADRADO PÉREZ²⁶,a través del análisis jurisprudencial de las sentencias, se infiere de manera patente, la alarmante tendencia a recurrir a esta instituciones por parte de los tribunales basada en la ausencia de precisión, concreción y gradación.

El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.”

²⁴ DE SALAS MURILLO, S Y MAYOR DEL HOYO, M.V.(dir): “Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

²⁵ CUADRADO PEREZ, C(2020): *Modernas Perspectivas en torno a la discapacidad*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 777, 13-90

²⁶ CUADRADO PEREZ, C(2020): *Modernas Perspectivas en torno a la discapacidad*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 777, 13-90.

El legislador desplaza la tutela atrás de la curatela con el objeto de dotar al sistema de una única medida de carácter permanente y de contenido flexible. Ello no puede traducirse en un simple cambio de nombre conservándose el contenido normativo de la tutela, sino que se configura como una institución donde convergen ambas figuras, determinando el juez para cada caso concreto su contenido, atendiendo a una serie de límites moderadores, regulados en el artículo 268 CC, basados en la Convención de Nueva York²⁷:

1. La necesidad de establecimiento, basado en un criterio restrictivo de las limitaciones de ejercicio de los derechos fundamentales.
2. Subsidiariedad respecto a las medidas de carácter voluntario.
3. Temporalidad, es decir, las medidas son susceptibles de revisión.
4. Proporcional a las necesidades y circunstancias del anciano.
5. Medida personalizada, es decir, no se aplica una curatela estándar, sino que se basa en circunstancias vitales del anciano configurándose como una “especie de traje a medida”, con la finalidad de que se ajuste perfectamente a sus necesidades.²⁸

Resulta interesante destacar que con anterioridad a la reforma los tribunales venían aplicando los principios de la Convención mostrando su preferencia por la institución de curatela en detrimento de la tutela creando una especie de camino hacia la reforma. No obstante lo anterior se recurre a la tutela con carácter excepcional en aquellas situaciones más gravosas.

De la exposición de motivos de la presente ley se aduce la regulación de dos tipos de curatela:

- Curatela en general
- Curatela representativa.

Ambos tipos constituyen conceptos jurídicos indeterminados pues el legislador no define la causas o circunstancias que determinan la existencia de un tipo u otro, limitándose a regular su provisión, curador y su nombramiento, denominación, sin que nada se diga sobre su contenido y alcance.²⁹

De contenido literal del artículo 269 CC, se aduce que la curatela es una institución con funciones meramente representativas, existiendo cierta prevalencia de la curatela

²⁷ STS número 589/2021, de 8 de septiembre

²⁸ STS número 244/2015 de 13 de mayo

²⁹ STS número 589/2021, de 8 de septiembre.

asistencial frente a la representativa que queda revestida de cierto carácter de excepcionalidad.

A mi juicio la curatela se introduce como un elemento corrector basado en la interpretación o integración de la voluntad del anciano, es decir, no sustituye su voluntad como ocurría con anterioridad, sino que la corrige en determinados casos para evitar que la actuación del anciano perjudique sus intereses o los de terceros.

Considero que la nueva regulación dada al artículo 269 CC³⁰, no es más que una mera apariencia creada por el legislador para hacer que la incapacitación ha desaparecido, cuando indirectamente a través de función correctiva con la que aparece la curatela en esta nueva regulación, está más presente que nunca, pues en el 99% de los actos de voluntad del anciano van a ser modificados al arbitrio del curador sin tener en cuenta el grado de capacidad de la persona para tomar decisiones que no afecten a sus intereses.

Continuando con el objeto de nuestro estudio el legislador marca a través del artículo 270 CC, pauta de actuación del curador en el ejercicio de la curatela, no dejando a su libre arbitrio.

Podrá ser curador cualquier persona física o jurídica, siendo el criterio predominante la atribución de la titularidad de la presente institución a cualquier conviviente o quien mantiene un contacto continuado con el anciano que precise apoyo, siempre y cuando haya ejercido funciones de representación con anterioridad a la declaración de la curatela como medida judicial. Resulta novedosa la posibilidad de nombrar a más de un curador, con la finalidad de separar la representación de la persona y la respectiva a su patrimonio.

1.3.2 Nombramiento de defensor judicial

³⁰ Artículo 269 CC “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.

Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.

Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249.”

Como punto de partida del presente análisis, cabe afirmar que la expresión “judicial” puede inducir a un error relativo al ámbito de actuación de esta figura, pues no hace referencia a ello, sino al órgano competente para su nombramiento.³¹

El artículo 295 CC enumera los supuestos en que cabe nombrar al defensor judicial como una medida de apoyo:

“Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

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

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

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

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.”

Del contenido literal del presente precepto se extrae que la presente figura una especie de “comodín” para cubrir determinadas necesidades de forma “ocasional y esporádica”, es decir, que se va poder recurrir a la figura del defensor judicial para la administración de los bienes cuando se encuentre pendiente de resolución judicial el procedimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica o en el caso de que exista conflicto de intereses entre quién presta la medida de apoyo y el anciano.

De estas medidas se deduce el desplazamiento del campo de acción de la curatela al campo del defensor judicial, aplicándose este último cuando se requiera un soporte puntual en determinados actos.³²

³¹ BLANCO GONZÁLEZ, A.: El defensor judicial, Andavira, A Coruña, 2003.

³² RIBOT IGUALADA, J.: *La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento* en DE SALA MURILLO, S. Y MAYOR DEL HOYO, M.V.(dirs): *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Así como, viene a dar respuesta aquellas situaciones que impiden con carácter puntual o cíclico autogobernarse el anciano por sí mismo por ejemplo los principios de demencia cuyas manifestaciones aparecen o desaparecen con cierta regularidad.

Resulta interesante destacar que la incorporación de nombramiento de defensor judicial como una medida judicial de carácter ocasional ha generado ciertas críticas, pues consideraban la figura idónea para este tipo de situaciones puntuales era la asistencia a través de determinadas instituciones.

En contraposición a ello, el Ministerio fiscal se muestra partidario de esta medida, pero advierte de la necesidad de aclarar la configuración de la presente figura, su motivación y las hipótesis pueden inducir a su aplicación.

1.3.3 Extinción de poderes preventivos .

Como punto de partida, cabe afirmar, que existe cierta discusión doctrinal en torno al concepto de “poderes preventivos”:

Por un lado cierto sector doctrinal considera que la definición de poderes preventivos deriva de lo dispuesto en el artículo 256 CC definiéndose como aquel poder que sigue vivo surtiendo efectos de forma inmediata en los casos en los que el poderdante necesite apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otro lado, otro sector considera que la definición de poderes preventivos está contenida en el artículo 257 CC, definiéndose como aquel poder que permanece inactivo, recurriendo en los casos en los que el anciano precise de “apoyo” por carecer de capacidad de obrar plena para actuar en el tráfico jurídico.

A mi juicio considero, que definición que más se ajusta a la regulación del procedimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica es la contenida en el artículo 257 CC, pues si nos acogemos a la definición contenida en el artículo 256 CC, indirectamente estamos incapacitando judicialmente al anciano, ya que el apoderado va intervenir en el ejercicio de la capacidad jurídica del anciano con independencia de si carece o no de capacidad de obrar plena para actuar en el tráfico jurídico en ese determinado momento.

La intervención judicial, en estos casos es de carácter excepcional, pues se limita su actuación a la extinción de poderes preventivos en aquellos supuestos tasados legalmente que coinciden con las causas de remoción de la curatela, salvo que el poderdante hubiera manifestado otras causas.

1.3.4 Guarda de hecho

La figura de la guarda de hecho como medida de carácter judicial reviste de cierta excepcionalidad, pues como afirma el legislador no se puede olvidar que esta figura responde a una “situación de hecho”, es decir. aquellas personas que ejercen la funciones propias del cargo de guardador, de forma autónoma y continuada en el tiempo sin título judicial que lo habilite, configurándose como una medida de carácter informal e inestable

A raíz de reforma, aparece una nueva figura que se configura como una especie de guardador de “derecho”, ello no significa su desnaturalización, sino que va aparecer revestida del carácter judicial, no solo cuando el guardador actúe como representante, sino en una serie de actuaciones que se revisten de cierta excepcionalidad, adquiriendo especial relevancia la remisión que realiza el artículo 264 CC, tras la reforma, al artículo 267 CC³³, pues amplía su ámbito de su actuación a la realización de operaciones sobre el patrimonio del anciano de contenido dispositivo, no limitándose únicamente a ejercer el cuidado ordinario y de carácter personal, dotando de impulso y fuerza jurídica a la presente figura, pues con anterioridad.

Permitiendo que la presente figura funcione de forma autosuficiente y con identidad propia sin necesidad de su conversión a la curatela, como ocurría con anterioridad a la reforma, cuando implique la realización de actos de disposición y gravamen.

Al margen de lo anterior, la intervención judicial constituye una especie de garantía para el ancianos frente al actuación del guardador de hecho, pues a pesar de estar configurada como una medida no judicial, no la exime del control y vigilancia de los tribunales.

La falta de control judicial generaba cierto recelo³⁴, ya que contravenía a los previsiones inspiradoras de la presente reforma regulados en el artículo 12.4 de la

³³ Artículo 264 CC “[...]En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287.”

³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en DE SALAS MURILLO, S. (coord): *Los mecanismos de la guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Colecciones monográficas de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2013.

Convención de New York³⁵, pues la presente figura carecía del control y la garantías necesarias.

Ante las críticas a la ausencia de control judicial, el legislador actúa por un vez bien e introduce un control judicial reforzado basado en la capacidad del juez para solicitar al guardador información acerca de la situación del anciano y la actuación sobre sus bienes, así añade en el apartado 3º del artículo 52 LJV, una serie de reglas específicas relativas al control de la actuación sobre el patrimonio del anciano, con el objeto de reforzar la vigilancia en este ámbito tan prolijo a la aparición de actuaciones de administración desleal.

La reglas específicas aplicables a estos actos que requieren autorización judicial son las siguientes:

- Entrevista al anciano.
- Informe Pericial.
- Comparecencia de cuantas personas sea necesario.

Del contenido literal del precepto citado anteriormente, se deduce el carácter potestativo de estas reglas, esto es, que pueden ser aplicadas o no al arbitrio del juez. La razón de ello, descansa, a mi juicio, en la “obsesión” que tiene el legislador de mantener la naturaleza no judicial de esta figura, perjudicando a los ancianos, pues el guardador puede actuar a su libre arbitrio, existiendo una especie de idea preconcebida de que por el hecho de que el guardador guarde cierta relación de parentesco con el anciano va actuar en beneficio de esta, cuando la realmente la existencia de este “velo” puede generar con una mayor probabilidad la gestión dudosa y arbitraria de los intereses de los ancianos sometidos a guarda.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, esta especie de “rendición de cuentas” frente al juez puede ser solicitada en cualquier momento.

También se requerirá la intervención judicial cuando concurran las causas de extinción de esta figura enumeradas en el artículo 267 CC. A raíz de su lectura comprensiva,

³⁵ Artículo 12.4”*Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*”

podemos afirmar que este listado no es de carácter cerrado, sino que se trata de un listado abierto.

1.4 Órgano Judicial Competente.

Con anterioridad a la reforma, el legislador no se pronunciaba acerca del órgano competente para resolver los procesos relativos a la capacidad de los ancianos, sino que la competencia se designaba a través de criterios de construcción jurisprudencial, derivados de los pronunciamientos del Tribunal Supremo³⁶

Llegados a este punto, es preciso destacar la labor de los tribunales que a través de la elaboración de jurisprudencia, ha venido paliando las lagunas legales relativas a la competencia territorial en el procesos de incapacitación judicial que generaban inseguridad jurídica a las personas legitimadas para iniciar el presente procedimiento, pues desconocían el qué órgano jurisdiccional era competente para resolver el presente procedimiento.

Cabe destacar que a pesar de la labor de los Tribunales, la ausencia de reglas determinen la competencia territorial con carácter imperativo, ha generado doctrina contraria e incongruente entre sí.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria, afirma que la competencia territorial le correspondía al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde residía el anciano cuya capacidad quería ser modificada judicialmente.

A través de la Ley 8/2021, el legislador asimila estos criterios jurisprudenciales y regula la competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia del anciano.

Para facilitar la accesibilidad de los ancianos al procedimiento durante su desarrollo el legislador introduce un criterio que permite la mutación de la competencia territorial, en el caso de que el anciano cambie su lugar de residencia después de la incoación del expediente, que determina el traslado de los trámites al tribunal de la nueva residencia para que sea este quien conozca el procedimiento. Esto no implica el inicio de un nuevo procedimiento, sino que el vigente continúa por el estado en que se encontraban las actuaciones, consiguiendo una mayor tutela de los derechos. Esta regla supone la derogación del efecto directo e inmediato que genera la simple admisión a trámite de la demanda, esto es, “perpetuatio iurisdictionis”

³⁶ GUTIÉRREZ BARRENGOA, A.: De la incapacitación de las personas a la provisión de los apoyos necesarios, en LLEDÓ YAGUE, F., MONJE BALMASEDA, O. Y GUTIÉRREZ BARRENGOA, A.: Estudio básico sobre la guarda de hecho, Dykinson, Madrid, 2019.

que se configura como un principio de litispendencia que impedía que el cambio de residencia alterará la competencia territorial atribuida inicialmente. La razón de ello radica que la alteración de los hechos manifestados en la demanda tales como el cambio de residencia, alterarán la competencia territorial atribuida inicialmente. La razón de ello radica en la prevalencia del interés del anciano sobre el criterio de pendencia de la litis.³⁷

Ante ello, surgen dudas acerca del momento procesal en el cual este criterio de accesibilidad es operante. La doctrina jurisprudencial mayoritaria afirma que este criterio es operante si antes de la celebración del trámite de comparecencia del anciano, se produce el cambio de residencia, siendo necesario la participación del anciano para que manifieste, en el caso de que esto sea posible, atendiendo a su circunstancias psíquicas, sus preferencias e intereses en torno a su participación activa en el presente procedimiento, con el objeto de que el Tribunal obtenga información precisa en relación a la prerrogativas y necesidades del anciano, para dictaminar una resolución ajustada a los principios de necesidad y proporcionalidad procesal.³⁸

Al margen de lo anterior, dentro del Juzgado de Primera Instancia, la autoridad jurídica competente para resolver es el Juez mediante auto y no el Letrado de la Administración de Justicia(en adelante LAJ).³⁹

La justificación de ello radica en la incidencia de la resolución sobre la vida del anciano que precisa de protección, revistiendo de mayor fuerza jurídica el auto dictado por el Juez, que el decreto dictado por el LAJ.

³⁷ Artículo 42 bis a). Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria “2. *Será competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.*”

³⁸ Auto del Tribunal Supremo número 9347/2022, de 17 de mayo de 2022.

³⁹ Artículo 42 bis c). Auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas “1. Las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión. Tales medidas serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en este artículo. Cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 42 bis a), así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto.”

No obstante lo anterior, el artículo 98.1 LOPJ⁴⁰ introduce un criterio competencial de carácter objetivo basado en la “especialización”, en virtud de cual la competencia judicial corresponderá al Juzgado de Primera Instancia “especializado en materia de capacidad”⁴¹

A tenor de ello, podemos afirmar que lo anteriormente expuesto presenta dudoso anclaje legal en cuanto su funcionamiento procesal, pues en aquellos supuestos en los que en el lugar de residencia del anciano no exista un Juzgado de Primera Instancia Especializado, la competencia del Juzgado de Primera Instancia decaerá frente al Juzgado de Primera Instancia Especializado perteneciente al mismo partido judicial, generando una quiebra con el principio de proximidad entre el anciano y el órgano jurisdiccional competente para conocer de las medidas de apoyo.

A mi juicio considero, que el legislador español debería reformular este criterio basado en la especialización no limitándose a un órgano jurisdiccional o a varios dentro de un partido judicial, debiendo a cada órgano jurisdiccional recibir una formación especializada en materia de “capacidad”, generando así una doble garantía la especialización y la proximidad con la persona con diversidad.

1.5 Legitimación.

1.5.1 Legitimación activa.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, la siguiente cuestión que se nos plantea es ¿quién se encuentra legitimado para promover procedimiento judicial de medidas de apoyo?

A diferencia de lo que ocurre en los procedimientos civiles con carácter general, donde la legitimación activa viene determinada por la existencia de un conflicto entre dos partes correspondiéndole indistintamente a cada una de ellas, en el procedimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica es la ley la que determina quien ostenta la legitimación activa, pues la finalidad del presente procedimiento no radica en la resolución de un conflicto

⁴⁰ Artículo 98.1 LOPJ “El Consejo General del Poder Judicial, previo informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia o previo informe bien del Ministerio de Justicia en las Comunidades donde el Estado tenga competencia en materia de Justicia o bien de la Comunidad Autónoma con competencias en materia de Justicia, podrá acordar que, en aquellas circunscripciones donde exista más de un juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan”

⁴¹ HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

sino en el establecimiento de una serie de “medidas de apoyo” para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Como hemos señalado anteriormente, la naturaleza del procedimiento no radica en la resolución de un conflicto de intereses entre dos partes enfrentadas. Ello justifica que la legitimación para iniciar este procedimiento sea de carácter legal, pues es el legislador quien regula, según su libre arbitrio, las personas legitimadas para ejercitar ese derecho.

A tenor de ello atribuye, la legitimación a una pluralidad de sujetos: el propio anciano, su cónyuge no separado judicialmente o de hecho, descendientes y ascendientes, hermanos y el Ministerio Fiscal.⁴²

Cabe destacar que la legitimación activa obedece a criterios de oportunidad, es decir, el legislador no le otorga la competencia a toda esta pluralidad, por el mero hecho de guardar cierta relación de parentesco con el anciano, sino porque integran el núcleo familiar más cercano a este. Pues el legislador considera que estos sujetos son potenciales conocedores de la realidad que vive el anciano en el ejercicio de sus actos en el tráfico jurídico, así como las necesidades que este precisa.

Limitándose solo a poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales, una determinada situación, a diferencia de lo que ocurre en el resto de procedimientos ante los órganos jurisdiccionales del orden civil, la carga procesal de la partes se desdibuja y se desvincula totalmente de la actuación jurídica, pues podrán alegar hechos y proponer pruebas que ningún momento van a condicionar la actuación de los órganos jurisdiccionales, así como su inactividad influirá no impedirá que el juez practique los medios de prueba que estime oportunos. De manera que la actividad de los Tribunales no aparece condicionada por la actuación de las partes en el procedimiento, si con ella no se consigue lo pretendido por la normativa, esto es, la adopción de medidas aptas para apoyar a la capacidad jurídica del anciano en el ejercicio de actos en el tráfico jurídico⁴³.

⁴² Artículo 42 bis a). Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación “3. *Podrá promover este expediente el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos.*

Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente.”

⁴³ PEREÑA VICENTE, M, HERAS HERNÁNDEZ, M.M.; *El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia 2022.

La razón de ello radica en la confluencia de ciertos intereses de carácter patrimonial, social, etc... que pueden existir entre la legitimación activa y el anciano, pues en determinados casos el núcleo familiar más cercano en el ejercicio de su mala fe pretenden que el ordenamiento le otorgue la condición de “persona de apoyo” al anciano en el tráfico jurídico, para manejar a este en beneficio de sus intereses propios.

Resulta interesante destacar, que la reforma prevé una legitimación que podríamos calificar de carácter extraordinario, pues la ley otorga, en base a los principios informadores de este nuevo régimen, al anciano la legitimación activa para promover su propio procedimiento de medidas de apoyo, constituyendo un supuesto poco frecuente en la práctica procesal.

Al margen de lo anterior, podemos afirmar que el artículo 42 bis a), apartado 3º, inciso 2º⁴⁴ LJV, reconoce cierta legitimación a terceras personas, que podríamos calificar como “legitimación indirecta”, pues estas no pueden iniciar el procedimiento de medidas de apoyo a las capacidad jurídica directamente, pero sí indirectamente a través de la comunicación de los hechos al Ministerio Fiscal, para que sea este quien inicie el presente procedimiento

Considero, que el legislador regula erróneamente como legitimación la intervención de terceras personas o autoridades y funcionarios públicos, cuando intrínsecamente lo que reconoce es la obligación de informar al Ministerio fiscal de la situación jurídica de un anciano que precise de medidas de apoyo, para que este iniciara el expediente de jurisdicción voluntaria.

En lo que respecta a la legitimación del Ministerio Fiscal, radica en la concepción constitucional de esta figura, como garantía de la legalidad en los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales y protector de las personas más vulnerables.

Del contenido literal del precepto se deduce, que la legitimación del Ministerio Fiscal, es de carácter potestativo, pues solo podrá promover el procedimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica, cuando el anciano careciera del núcleo familiar mencionado anteriormente o en caso de existir este no lo hubieran promovido los sujetos legitimados para ello, salvo que el anciano se encuentre asistido de medidas de apoyo de carácter voluntario.

⁴⁴ Artículo 42 bis a), apartado 3º, inciso 2º *“Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente.”*

1.5.2 Legitimación Pasiva.

A tenor de las circunstancias descritas en los anteriores apartados, resulta lógico afirmar que la legitimación pasiva se atribuye al anciano que precise presuntamente de medidas de apoyo, salvo que este haya promovido en base al ejercicio de su autonomía de voluntad el presente procedimiento.

Como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, el legislador es consciente de que en la realidad en este tipo de procedimientos existen intereses contrapuestos, sentimientos encontrados, así como influencias indebidas de tipo económico o patrimonial, por ello cualifica al anciano en la posición de sujeto demandado, ofreciéndole la posibilidad de oponerse a la adopción de una serie de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, aunque materialmente no produzca ningún perjuicio para este.

Según la doctrina, el reconocimiento de la condición de demandado al anciano supone la máxima expresión de la prevalencia del ejercicio de sus capacidad de obrar sobre cualquier otra acción ejercitada por un tercero, pues a pesar de que este sistema procesal está orientado a beneficiar a estos sujetos, no resulta lógico ignorar que los ancianos conciben el presente procedimiento como limitación al ejercicio de su voluntad, cuando consideran que sus condiciones físicas o psíquica son aptas para seguir operando en el tráfico sin precisar de un cierto apoyo.

No obstante lo anterior, si el anciano no quisiera subrogarse en la posición de demandado o esto no fuera posible a tenor de una serie de circunstancias, el juez debe nombrar a un defensor judicial, que defienda los intereses del anciano.

Por último cabe destacar que la no personación en el procedimiento en la condición de demandado, no implica su no intervención pues constituye parte material del presente procedimiento.

1.6 Intervención de Abogado y Procurador.

Con carácter general, los sujetos legitimados pueden intervenir en el procedimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica podrán representados por procurador y asistidos por un abogado con carácter potestativo⁴⁵

⁴⁵ Artículo 3 LJV : “2. Tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente.

Llama especialmente la atención, que el legislador otorga también el carácter preceptivo a la postulación del anciano en el procedimiento, representado por procurador y asistido de abogado.

La razón de ello radica en que la diversidad que presente el anciano le impida o limite considerablemente su intervención, así como el ejercicio de su capacidad no le permita nombrar por sí misma abogado y procurador.

En el caso de que la persona aparezca representada a través de la figura del defensor judicial, existen distintas posturas en torno a si esta debe aparecer revestida o no en el procedimiento a través de abogado y procurador.⁴⁶

A mi juicio este debate carece de sentido pues resulta ilógico pensar que el defensor judicial con carácter preceptivo debe actuar asistido de abogado y representado por procurador, cuando tal obligación no se exige para el resto de sujeto legitimados en el presente procedimiento.

La no exigencia de actuar en el procedimiento con abogado y procurador, radica en el hecho de que la actuación de los sujetos, tienen efectos meramente informativos de una determinada situación de hecho al juez para que este decida conforme a la ley, la adopción de la medidas de apoyo necesarias.

1.7 Figura del Facilitador Judicial.

Como punto de partida, es preciso afirmar que la situación de vulnerabilidad de los ancianos genera cierto riesgo de incomprensión, desconfianza, recelo en su relación con los tribunales, creando barreras que producen la incomunicación e incomprensión del anciano dada la ausencia de herramientas jurisdiccionales que permitan lidiar con la diversidad funcional que presentan, vulnerando indirectamente el derecho a la tutela judicial efectiva de los ancianos.

Ante ello, el legislador español con acierto crea la figura del facilitador judicial, que se concibió como un profesional experto en diversidad cuyas funciones se limitaban al análisis de la persona con diversidad, diseñando una especie de sistema que ajustará el procedimiento a la diversidad que presentaba la persona, al tiempo que se aumentaba la calidad y la fiabilidad del relato.

En todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición”

⁴⁶ SOPEDRA NAVAS, F.J.: *Comentarios de la Ley 8/2021, de 2 junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad*, Aranzadi digital nº1, 2021.

De esta manera, se aseguraba el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la persona no quedaría desprotegida por los poderes públicos del Estado, concibiendo al facilitador judicial como el cauce de comunicación entre el Tribunal y la persona con diversidad.

Cabe afirmar, que esta figura surge en primer momento en el seno del orden penal, para asistir a las víctimas de los delitos con diversidad, y así evitar la impunidad de los mismos.

Con el transcurso del tiempo, esta figura ha ido desbordando los límites del orden jurisdiccional, hasta el punto de que la Organización de Naciones Unidas en los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad de 2020”⁴⁷ reconoce que esta figura debe estar presente en todos los órdenes jurisdiccionales para prestar asistencia a las personas con diversidad, debiendo adoptar una posición neutral, limitando su funciones a facilitar la comunicación entre la persona con diversidad y los órganos jurisdiccionales, no debiendo actuar como juzgador ni en nombre de la persona que asiste.

En consonancia con lo anterior, y en aras de generar cierta armonía normativa, la reforma operada en la LEC y LJV a través de la Ley 8/2021 introduce en ambos cuerpos

⁴⁷ *“Personas que trabajan, cuando es necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar que haya una comunicación eficaz durante los procedimientos legales. Ayudan a las personas con discapacidad a entender y tomar decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se explican y se hablan de forma que puedan comprenderlas y que se proporcionan los ajustes y el apoyo adecuados. Lo intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirigen las decisiones o resultados o influyen en ellos”*

normativos el novedoso artículo 7 bis⁴⁸ que regula la figura del facilitador judicial como experto independiente.

Basta con la lectura literal del presente precepto en ambos cuerpos normativos, para observar las lagunas que aboca, pues en el ni se define su naturaleza, régimen jurídico, principios de incompatibilidad y objetividad, que tipo de profesionales se requiere, etc...

A mi juicio considero que el precepto se haya impregnado de conceptos jurídicos indeterminados, potenciando indirectamente la indefensión de las personas con diversidad causando la vulneración de las garantías procedimentales que deben asistir a todo ciudadano y el derecho a la tutela judicial efectiva.

1.7.1. La naturaleza jurídica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la presente figura, un determinado sector doctrinal, atendiendo a la expresión contenida en el artículo 7 bis “profesional experto” considera que este debe ser un perito, concretamente atendiendo al objeto de nuestro estudio, un perito experto en geriatría y enfermedades de la vejez.

En contraposición a ello, como afirma HERRERO PEREZAGUA y LÓPEZ SÁNCHEZ, la figura del facilitador judicial, “no es un medio de prueba” sometido a la valoración judicial del juez a través de la sentencia, sino un “medio de apoyo” para anciano, en aras de facilitar la comunicación con éste, con independencia de la posición de receptor o emisor de la información que asuma, a través del diseño o modificación de las actuaciones

⁴⁸ Artículo 7 bis LEC y LJV “1. En 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.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.”

procedimentales que estime conveniente, limitando su actividad a la pragmática y síntesis del procedimiento.

Por tanto podemos afirmar, que el facilitador judicial es un cooperador de la Administración de Justicia independiente e imparcial que pretende auxiliar al órgano jurisdiccional en su comunicación con el anciano.

No obstante lo anterior, a pesar de no ser considerado como perito, su falta de regulación específica aboga por la aplicación análoga de la normativa aplicable a la categoría de perito.

Es precisos destacar, que la aplicación del régimen jurídico y estatuto de perito, no va suplir la laguna legislativa existente en la figura del facilitador judicial en su totalidad, sino que únicamente se reconducirá análogamente a la categoría de perito cuando su actuación a través del análisis de la circunstancias genere un impacto indirecto en la determinación y valoración medidas de apoyo a la capacidad jurídica de los ancianos contenidas en la resolución, aportando el facilitador en este caso su conocimientos extrajurídicos de geriátrica y enfermedades de los mayores que son necesarios para la válida prosecución y término del procedimiento.

A tenor de ello, podemos afirmar que el Facilitador Judicial va incidir en el contenido fáctico de la sentencia a través de su pericia profesional relativa a conocimientos no exigibles y ajenos al órgano jurisdiccional, para la correcta determinación de las medidas de apoyo a los ancianos. Ello significa que el facilitador judicial cumple con funciones complementarias y no excluyente entre sí siendo esto la opinión mayoritaria de la doctrina⁴⁹, pues al mismo tiempo que actúa en el procedimiento como “comunicador”, constituye un medio de prueba que incide en el contenido fáctico de la sentencia. En contraposición a ello considero, que indirectamente se vulnera los principios de objetividad e imparcialidad que debe revestir la actuación del facilitador como “comunicador” entre el anciano y el órgano jurisdiccional, pues al actuar como perito es un “facilitador de parte” impregnando su labor como “criterio” adaptador del procedimiento a la necesidades del anciano, de juicio subjetivo derivado de sus labor como perito, a pesar de haber prestado juramento de actuar con objetividad, careciendo las partes de instrumentos suplementarios, para impugnar este tipo de actuaciones procesales que permitan redirigir la actuación del facilitador a la mera determinación de adaptaciones y ajustes del procedimiento.

⁴⁹ HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

Esto un vez más evidencia, la desidia del legislador hacia esta materia, hasta el punto de ahorrarse los costes procesales cuando este sea nombrado de oficio o instancia de parte en el caso de que sea beneficiaria de la asistencia jurídica gratuita, que genera en el procedimiento la intervención de un facilitador judicial y de un perito, intentando suplir estas necesidades procedimentales a través de la intervención de un único profesional.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, el facilitador judicial puede ser nombrado de oficio o instancia de parte, siempre que sea solicitado en el momento procesal oportuno⁵⁰.

En consonancia con lo anterior, cabe destacar la novedosa reforma operada por la Ley 8/2021 sobre esta materia en base al principio de oficialidad, en virtud de cual, su intervención es potestativa quedando al libre arbitrio de las partes con carácter general, mientras que en los procesos especiales, el órgano jurisdiccional puede acordar su

⁵⁰ Artículo 339 LEC “1. Si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de asistencia jurídica gratuita.

2. El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el tribunal procederá a la designación. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.

Salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente.

La designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quién haya solicitado dicha designación.

Cuando ambas partes la hubiesen pedido inicialmente, el tribunal podrá designar, si aquéllas se muestran conformes, un único perito que emita el informe solicitado. En tal caso, el abono de los honorarios del perito corresponderá realizarlo a ambos litigantes por partes iguales, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.

3. En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado 4 del artículo 427, la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen.

Lo mismo podrá hacer el tribunal cuando se trate de juicio verbal y las partes solicitasen en la vista designación de perito, en cuyo caso se interrumpirá aquélla hasta que se realice el dictamen.

4. En los casos señalados en los dos apartados anteriores, si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal. Si no hubiese acuerdo de las partes, el perito será designado por el procedimiento establecido en el artículo 341.

5. El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales.

6. El tribunal no designará más que un perito titular por cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan de ser objeto de pericia y que no requieran, por la diversidad de su materia, el parecer de expertos distintos.”

intervención en contra de las voluntad del anciano y el resto de personas legitimadas para intervenir en el procedimiento.

Cabe concluir, que a pesar de la importancia de la que reviste la intervención de la figura del facilitador judicial, en un procedimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica de los ancianos, carece de un régimen jurídico aplicable sólido y estable, incidiendo de manera negativa y contraproducente la subsunción analógica a la figura de perito susceptible de influenciar sobre su utilidad y pertinencia en el procedimiento como colaborador de la Administración de Justicia independiente y auxilio del anciano.

1.7.2 Funciones del Facilitador Judicial.

Como punto de partida, para determinar las funciones de esta figura, es preciso afirmar que estas traen su origen en el “derecho a entender y a ser entendido” que tiene reconocido el anciano en aras de evitar su indefensión frente a la jurisdicción.

Para dilucidar su contenido material, es preciso tener presente, que este es concebido no sólo como un derecho sino como una utilidad de carácter instrumental al servicio de la administración de justicia, basado en la existencia de una serie de conocimientos extrajurídicos del facilitador judicial, que permiten adaptar el lugar, el tiempo y la forma en atención a las circunstancias concurrentes en el anciano en aras de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Para ello, es necesario una “evaluación previa” del desarrollo social y cognitivo del anciano y las limitaciones que este genera, con el objeto de establecer cierto equilibrio entre el acto procesal que se pretende y éstas medidas venciendo la barreras jurídicas, sociales y cognitivas que impidan el ejercicio del derecho a entender y a ser entendido, a través del establecimiento de garantías especiales que permitan la adaptación del acto procesal.

Para ello es necesario, que el facilitador judicial diseñe las medidas y apoyos necesarios tras el análisis previo de la situación del anciano, al que hemos hecho alusión anteriormente, debiendo ser propuestas al órgano jurisdiccional, para que este decida. La razón de ello radica, en el hecho de que la determinación de las medidas y apoyos constituye una función propia de los órganos jurisdiccionales, no debiendo ser delegada con carácter absoluto a la figura del facilitador judicial.

Ello generaría la inconstitucionalidad de la figura, pues a mi juicio el ejercicio de funciones propias del Juez generaría la ruptura de “rol natural” del facilitador judicial, debiendo ser sus funciones potencialmente limitadas, a través de regulación de una serie de

“fronteras infranqueables” que eviten la vulneración de las normas procesales esenciales, en el Expediente de Jurisdicción Voluntario.

Esta “frontera infranqueable” se instrumentaliza a través de una especie de “mecanismo de última palabra” en virtud del cual el órgano jurisdiccional decidirá en última instancia sobre la extensión objetiva y subjetiva de estas medidas a través de la aprobación total o parcial, así como el rechazo de las medidas propuestas en virtud de las circunstancias concurrentes.

En consonancia con lo anterior considero, que el Juez únicamente “aplica e interpreta el derecho”, careciendo de conocimientos especializados en materia de asistencia y geriatría, no debiendo decidir con carácter exclusivo sobre las medidas de apoyo, debiendo el legislador regular la necesidad de adopción de estas medidas a través de un Equipo Jurídico-Social compuesto por profesionales con conocimientos jurídicos y geriátricos, en aras de conseguir la ratificación de las medidas más adecuadas, fiables y ricas en contenido, estableciendo un contexto idóneo para que se sucedan y ejecuten los actos procesales incidiendo en la sintaxis y pragmática del objeto del procedimiento, al tiempo que determina la intervención y conocimiento del anciano en el proceso.

Una vez han sido declaradas las adaptaciones, podemos afirmar que estas no son de carácter absoluto sino que pueden ser modificadas o moduladas en cualquier fase del expediente de jurisdicción voluntaria, dado su carácter asistencial, debiendo aparecer revestidas por el principio legal de flexibilidad⁵¹ con el objeto de dotar al procedimiento de garantías que permitan la comunicación, comprensión e interacción del anciano con el entorno jurídico-procesal.

Estas adaptaciones procedimentales no son más que ajustes ad hoc del tiempo, la forma y el contenido que forman parte del derecho de acceso a la justicia como participantes directos e indirectos de un procedimiento judicial, que no solo deben estar revestidas del principio de flexibilidad en aras de garantizar su aplicación en todo el procedimiento como hemos mencionado anteriormente, sino que se debe evitar la existencia de cierto criterio de desproporcionalidad en la aplicación de esta figura que evite la participación efectiva del anciano.⁵²

Para ello es necesario la aplicación progresiva de esta figura evitando la existencia de una situación discriminatoria que vulneraría el derecho de acceso a la justicia.

⁵¹ HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

⁵² Idem.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, el análisis de la normativa aplicable al facilitador judicial, nos permite afirmar que es una figura configurada en abstracto a través de la formulación ambigua de sus funciones y de su actividad dentro del procedimiento judicial, incluso podríamos afirmar que es incompleta, cuya vocación principal se limita a los procesos civiles cuyas funciones excede de la declaración y transmisión de conocimientos al órgano jurisdiccional sino que desarrolla una labor de asistencia al órgano jurisdiccional a la hora de fijar los hechos y subsumir a la aplicación normativa de la ley, surgiendo la más imperiosa necesidad de garantizar el derecho a entender y a ser entendido.

Es previsible ante las circunstancias anteriormente descritas, que esta labor que podríamos calificar como “auxilio judicial”, subsumida análogicamente en la categoría de perito judicial, pueda ser cuestionada constitucionalmente y legalmente, en torno a la legitimación.

Para evitar tal situación, la doctrina jurisprudencial intenta delimitar de manera clara sus funciones y su actividad dentro del procedimiento judicial, así como completar aquellas pesquisas que el legislador ha olvidado, asegurando su eficacia material, alejándose de interpretaciones que puedan originar la declaración de inconstitucionalidad e ilegalidad de esta figura generando indirectamente un perjuicio al anciano en el ejercicio de su derecho a entender y a ser entendido, pues esta carece de un listado tasado de situaciones en las que debe intervenir el facilitador, sino que el legislador se limita a su reconocimiento en abstracto impregnado de ambigüedades, para dar respuesta a las prerrogativas dotando a la figura de una regulación normativa incompleta carente de corrección formal y eficacia material, cuya regulación se limita a acelerar la intervención de los facilitadores en el proceso judicial sin regular un contenido jurídico mínimo que impida que la legalidad de esta figura pueda ser “tumbada en los tribunales” o que se haga un uso inadecuado de la misma, en una figura que paulatinamente va adquiriendo protagonismo en los procedimientos judiciales, tras el reconocimiento de la capacidad jurídica, cuyo cometido lógico es facilitar el proceso de comunicación con el anciano que tiene derecho a entender y ser entendido en el pleno ejercicio de sus capacidad jurídica.⁵³

Como hemos mencionado anteriormente, no existe un listado tasado de situaciones que habilitan preceptivamente la intervención de la figura del Facilitador Judicial, a continuación haremos alusión algunas de ellas a título ejemplificativo basadas en la pericia profesional y en los conocimientos extrajurídicos especializados:

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo número 899/2021 de 21 de diciembre.

- Adaptación de los medios de prueba cuando la fuente de prueba sea el anciano, así como la modificación de lugar donde sea practicada por ejemplo tomar declaración en el domicilio del anciano en lugar de la sala de vista.
- En lo relativo a la interacción con el entorno el facilitador judicial podrá prohibir el uso de togas o cualquier otro elemento que pueda alterar el desarrollo del proceso en los trámites en los que el anciano intervenga.
- Modificación de forma y modo de formular preguntas, prohibiendo el uso de lenguaje complejo.
- El interrogatorio debe llevarse a cabo por un profesional experto en geriatría y enfermedades de la vejez designado a juicio del facilitador judicial, en presencia del Juez y del Facilitador Judicial.
- Designación de intérpretes y medios tecnológicos de apoyo a la comunicación.

Cabe concluir, que la figura del facilitador judicial se incorpora a nuestro Ordenamiento Jurídico para “ facilitar el acceso a la justicia” a los ancianos en el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad como una especie de “adaptador” del procedimiento basado en sus conocimientos en geriatría y enfermedades de la vejez arbitrando los distintos medios y trámites judiciales, en aras de facilitar la interacción del anciano con el órgano jurisdiccional, sin exceder de los límites marcados por el legislador español.

Esta formulación teórica aparentemente “perfecta”, dista bastante de la realidad jurídica, en la que se presentan numerosas deficiencias e incongruencias que provocan la ruptura con el “rol natural” del facilitador judicial, imposibilitando la adopción de las medidas necesarias para facilitar la comunicación entre el anciano y el órgano jurisdiccional, y consecuencia la adopción de medidas de apoyo inadecuadas.

Pues basta, con la lectura del contenido literal de los preceptos que regulan la presente figura para observar las “lagunas legales” existentes, así como la “dejadez” del legislador pues este no se ha parado ni siquiera a analizar la realidad existente en los Tribunales en lo que respecta a la intervención de las personas con diversidad en el proceso judicial, sino que se ha limitado a introducir una regulación abstracta, incompleta e incongruente, sin incidir en el fondo de la cuestión “ facilitar la participación del anciano en el proceso judicial” objeto de regulación en aras de evitar críticas que no le resultan convenientes, haciendo creer que ha atendido las prerrogativas doctrinales, y que las

personas con diversidad participan en el procesos judicial en condiciones de igualdad a través de la figura del facilitador judicial.

1.8 Procedimiento.

1.8.1 Inicio.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 42 bis) LJV⁵⁴, el procedimiento se inicia mediante la solicitud de inicio.

Esta debe constar por escrito, debiendo presentarse presencialmente ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio del anciano o a través de cualquier medio electrónico.

Resulta interesante destacar, que algunos autores, denominan a la presente solicitud de inicio como “Solicitud de Provisión” clarificando el elemento determinante de esta cuestión evitando la confusión con otros tipos de Expedientes de Jurisdicción Voluntaria.⁵⁵

En cuanto al contenido material de la presente solicitud, deben constar las siguientes circunstancias:

- Identificación del Solicitante debe acreditar la relación de parentesco o su condición de allegado que le habilita, según la ley para promover el inicio del expediente de jurisdicción voluntaria
- Domicilio a efectos de notificaciones.
- Identificación del resto de personas que deben ser citados para su comparecencia, indicando su domicilio y resto de datos necesarios para su localización.
- Petición clara y precisa de las medidas de apoyo que se solicitan, precisando los distintos aspectos que considera que deben ser dilucidados y aclarados en la resolución judicial, así como los actos en los que considera que requiere cierta asistencia.
- Hechos y fundamentos jurídicos que fundamentan su petición.
- Prueba documental e informe de Equipo Social y Sanitario que incluya una relación detallada de las medidas que considera idóneas para el caso concreto.

Tras el análisis pormenorizado del contenido material, considero que el contenido material de la presente solicitud no se ajusta a las necesidades de los ancianos

⁵⁴Artículo 42 bis) LJV “ 1. A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.”

⁵⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, J: LA CURATELA TRAS LA LEY 8/2021, Tirant lo Blanch, Madrid 2021.

1.8.2 Admisión a trámite.

Una vez presentada la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia(en adelante LAJ), examinará de oficio los defectos u omisiones existentes en ella, así como la competencia objetiva, territorial y funcional⁵⁶ del órgano jurisdiccional al cual se ha dirigido la solicitud de inicio del Expediente de Jurisdicción Voluntaria. En el caso de que considere el LAJ, la falta de competencia dará traslado al Juez para que resuelva mediante auto sobre la admisión o no a trámite del Expediente de Jurisdicción Voluntaria previa audiencia entre el Ministerio Fiscal y el actor. El auto que resuelva sobre la inadmisión del expediente dará traslado de la solicitud al órgano jurisdiccional competente.

Si el LAJ observa defectos de forma en la solicitud o ésta resulta incompleta, requerirá al actor para que en el plazo de 5 días a contar desde el día siguiente a la notificación proceda a la subsanación de los defectos que adolezca la solicitud del Expediente de Jurisdicción Voluntaria, en el caso que se considere válida la comparecencia. Si el defecto resulta insubsanable o no se subsana en el plazo concedido se dará traslado al Juez para que resuelva sobre la admisión.

En el caso inadmisión, considero que la función del órgano jurisdiccional no debe limitarse al archivo de la actuaciones, sino que la solicitud de inicio del Expediente de Jurisdicción Voluntaria con independencia de que esta sea válida o no, constituye un indicio lógico de la necesidad de adopción de una medida de apoyo que habilita al órgano jurisdiccional actuar de oficio.

⁵⁶ Artículo 16. Apreciación de oficio de la falta de competencia y otros defectos u omisiones.

“1. Presentada la solicitud de iniciación del expediente, el Secretario judicial examinará de oficio si se cumplen las normas en materia de competencia objetiva y territorial.

2. Si el Secretario judicial entendiese que no existe competencia objetiva para conocer, podrá acordar el archivo del expediente, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien acordará lo que proceda, tras haber oído al Ministerio Fiscal y al solicitante.

En la resolución en que se aprecie la falta de competencia se habrá de indicar el órgano judicial que se estima competente para conocer del expediente.

3. Si el Secretario judicial entendiese que carece de competencia territorial para conocer del asunto, podrá acordar la remisión al órgano que considere competente, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien acordará lo procedente, tras haber oído al Ministerio Fiscal y al solicitante.

4. El Secretario judicial también examinará la existencia de posibles defectos u omisiones en las solicitudes presentadas y dará, en su caso, un plazo de cinco días para proceder a su subsanación. Si ésta no se llevara a cabo en el plazo señalado, tendrá por no presentada la solicitud y archivará las actuaciones en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, se dará cuenta al Juez, quien acordará lo que proceda.”

En consonancia con lo anterior, considero que el Expediente de Jurisdicción Voluntaria en estos casos no debería iniciarse mediante una solicitud cuya admisión queda supeditada a defectos de forma, provocando indirectamente que un anciano no pueda acceder a las medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, sino que bastaría con denunciar la situación del anciano para que el órgano jurisdiccional este obligado actuar de oficio.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, admitida a trámite la solicitud del expediente, se citará a las partes una comparecencia, en cuya convocatoria debe constar los siguientes extremos:

- Convocar a la persona que solicitó la medida de apoyo, el anciano, Ministerio Fiscal, así como cualquier otra persona que ostente interés legítimo (cónyuge, descendientes, ascendientes, etc...). Esta citación deberá realizarse con una antelación mínima de 15 días a la celebración del acto (artículo 17.3 bis apartado 5 LJV)⁵⁷.

Esta regla no impide la formulación de oposición al expediente en el plazo 5 días a contar desde el siguiente a la notificación de citación.

No obstante lo anterior, llegados a este punto es preciso mencionar, que es el artículo 42 bis b) LJV apartado 5⁵⁸, quién regula facultad de oposición tanto de la personas que solicitó la medida de apoyo, el resto de personas que ostenten interés legítimo y el Ministerio Fiscal, sin que nada se diga acerca del plazo máximo para formular oposición.

⁵⁷ Artículo 17.3 apartado 5 LJV “Los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen.

Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente.”

⁵⁸ 5. La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas 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.

No se considerará oposición a los efectos señalados en el párrafo anterior la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta.

Ello nos lleva a afirmar que el anterior artículo debe ser aplicado en consonancia con el artículo 17.3 apartado 5 LJV.

Cabe afirmar, el simple hecho de formular oposición pondrá fin al procedimiento, a mi juicio esto evidencia una vez más la importancia que el legislador le otorga a los ancianos, NINGUNA, que con la simple oposición de una persona que ostente interés legítimo, cuya legitimidad es cuestionable, se ponga fin al expediente de jurisdicción voluntaria, sin poder cuestionar el juez la legalidad de las razones que ha llevado a la persona a formular la oposición, pues este no puede entrar a analizar el fondo del asunto.

De ahí como hemos mencionado anterior, la “poca fuerza jurídica” del Expediente de Jurisdicción Voluntaria frente a los interesados, siendo este manejado por las personas que aparentemente ostentan intereses legítimos a su libre arbitrio, debiendo recordar el legislador que la justicia rogada que caracteriza a los procedimientos civiles, no significa que la persona pueda utilizar al Expediente de Jurisdicción Voluntaria como una especie “títtere” acudiendo a él o oponiéndose a su continuación en interés propio, debiendo dotar el legislador español de los “cimientos” necesarios o optar por otro procedimiento más sólido para evitar este tipo de conductas, y especialmente la desprotección del anciano.

- Pruebas: Continuando con el objeto de nuestro estudio, en el plazo de 5 días a contar desde el día siguiente a la citación, los interesados deben proponer los medios de prueba de los que intenten valerse en la comparecencia.

Es preciso mencionar, en el caso de que cualquier medio de prueba propuesto, en especial, las pruebas documentales, que obren en poder de los interesados o que puedan ser obtenidos sin necesidad de recabar el auxilio judicial, deben acudir a la comparecencia provistos de ellos.

No obstante lo anterior, el juez puede practicar de oficio en el período de tiempo que media entre la citación y la celebración efectiva de la comparecencia, las pruebas que estime pertinente en aras de dilucidar el objeto del proceso. Entre las pruebas practicadas de oficio destaca un informe del anciano en aras de analizar las distintas medidas de apoyo para la promoción de la autonomía y asistencia al anciano, así como las distintas alternativas a la adopción de medidas de apoyo.

Este informe debe ser elaborado por la Administración Pública competente en materia de asistencia a los ancianos o por cualquier entidad colaboradora de los Juzgados y Tribunales en cuyos fines se encuentre la acción social.

En cuanto al contenido material del presente informe, como punto de partida podemos afirmar que su objetivo principal es proporcionar toda la información necesaria para la adopción de las medidas proporcionando una cobertura adecuada a los déficits que presenta la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, debiendo tener muy presente la órbita de determinados elementos que constituyen una fuente de riesgo de exclusión social, que operan de manera eminente en la vida del anciano debiéndose recalibrar su alcance dentro del ejercicio de su capacidad jurídica.

El presente informe tiene que lograr cierto equilibrio entre la protección de los ancianos y el respeto al ejercicio de su autonomía de voluntad, evitando que se genere cierto “proteccionismo”, excediendo de los límites, entrometiéndose dentro del núcleo del ejercicio de la capacidad jurídica protegido por el derecho.

Este fino equilibrio no puede gestionarse por sí solo, y el presente informe debe proveer una serie de refuerzos sin que en ningún momento estos generen una situación de “incapacidad”, produciendo un “estado civil atípico” tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de ahí que resulte necesario que el equipo especialista reflexione sobre el alcance de la situación de vulnerabilidad del anciano sobre el ejercicio de la capacidad jurídica.

Otras de las pruebas que pueden ser practicadas de oficio como alternativa a la anterior es la prueba pericial.

1.8.3 Comparecencia.

Para analizar el presente trámite es preciso destacar las siguientes situaciones que pueden originarse en el inicio de la comparecencia en el día y hora señalado⁵⁹:

⁵⁹ Artículo 18 LJV “1. La comparecencia se celebrará ante el Juez o el propio Secretario judicial, según quien tenga competencia para conocer del expediente, dentro de los treinta días siguientes a la admisión de la solicitud.

2. La comparecencia se sustanciará por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal con las siguientes especialidades:

1.ª Si el solicitante no asistiere a la comparecencia, el Juez o el Secretario judicial, dependiendo de a quién corresponda la resolución del expediente, acordará el archivo del expediente, teniéndole por desistido del mismo. Si no asistiese alguno de los demás citados, se celebrará el acto y continuará el expediente, sin más citaciones ni notificaciones que las que la ley disponga.

2.ª El Juez o el Secretario judicial, según quien presida la comparecencia, oirá al solicitante, a los demás citados y a las personas que la ley disponga, y podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal en su caso, la audiencia de aquéllos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente. Se garantizará, a través de los medios y

En primer lugar en la comparecencia puede ocurrir que alguno de los interesados no asista al acto, en el caso de que sea el solicitante el Juez acordará el archivo de las actuaciones sin más trámites, sin dar la posibilidad al resto de los interesados de oponerse reconociéndose la existencia de un interés legítimo en la adopción de medidas de apoyos a los ancianos.

Es preciso mencionar, en este caso se aplica analógicamente la regla general prevista para los procedimientos ante el orden jurisdiccional civil, olvidando el legislador la magnitud de los intereses en juegos en relación al objeto del resto de procedimientos civiles, no debiendo ser la inasistencia un presupuesto lógico del archivo de las actuaciones sino que el órgano jurisdiccional ante la inasistencia del solicitante debe llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias para asegurarse de que el anciano no precisa de medidas de apoyo, y es ahí cuando debe acordar de oficio el archivo de las actuaciones sin que ni siquiera la continuación del procedimiento quede supeditada, como aboga la doctrina, a que cualquier interesado solicite la continuación del procedimiento, pues indirectamente estamos condicionando la adopción de las medidas de apoyo, y en consecuencia la actuación del órgano jurisdiccional.

apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles.

3.ª Si se plantearan cuestiones procesales, incluidas las relativas a la competencia, que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el Juez o el Secretario judicial, oídos los comparecientes, las resolverá oralmente en el propio acto.

4.ª Cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Del resultado de la exploración se levantará en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

Tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada.

En lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en 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.

5.ª En la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones.”

6.ª El desarrollo de la comparecencia se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todo ello carente de sistematización lógica generando un grave desarreglo en el procedimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica causando una ruptura con los principio de solidaridad, apoyo, y auxilio consagrados como garantías básicas del sistema tras la reforma operada por la Ley 8/2021, generando dos dimensiones de la vulnerabilidad, pues esta no solo se manifiesta en el contexto sino que estas incongruencias procesales esta cada vez es más latente en el ámbito de la justicia, potenciando la exposición al riesgo retroalimentando de forma notoria el estado de vulnerabilidad, así como la sumisión a terceras personas que en ocasiones aprovechan la situación del anciano en interés propio.

Ello se acentúa cuando es el propio legislador quien impide al juez actuar, encontrándose “con la manos atadas” cuando se encuentra ante un anciano en situación de vulnerabilidad. no siendo fácil mirar hacia otro lado, aplicando una ley que a pesar de haber sido promulgada recientemente se encuentra desfasada y anticuada, dado que esta no ha sido elaborada atendiendo a la realidad, surgiendo en la persona del juez cierto conflicto interno entre aplicar debidamente la ley y el valor de la justicia, pues ha de cuestionarse si ha de limitarse al ejercicio de funciones aplicar y interpretar las leyes al tiempo que deja a un anciano desprotegido a la libre merced de las personas que le rodean.

En el caso que éste optare por dotar de protección al anciano, esto supondría un exceso en el ejercicio de sus funciones que le generaría un perjuicio grave, cuando ello contribuiría a la evolución del derecho, no interesando ello al legislador, pues indirectamente se cuestionaría su rol como creador del derecho y “ protector de las personas y los bienes jurídicos” ante estos precedentes judiciales e incluso el Estado Social y Democrático de Derecho imperante en nuestro sistema.

Continuando con el objeto de nuestro estudio resulta interesante destacar, que el legislador español nada dice sobre la incomparecencia del anciano, evidenciando una vez más la importancia que para él tienen este colectivo.

Ante ello la doctrina⁶⁰ plantea una serie de situaciones en función de si la diversidad que plantea el anciano le impide decidir por sí misma su asistencia o no:

- En el primer caso, el solicitante debe indicar tal circunstancia en la solicitud del Expediente de Jurisdicción Voluntaria, dando lugar al nombramiento del Defensor Judicial.

⁶⁰ PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: *El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, Tirant lo blanch, Valencia 2022.

A mi juicio considero, en contraposición con lo afirmado por la doctrina. que el solicitante no es un médico ni un profesional en geriatría para diagnosticar si la diversidad del anciano le impide su comparecencia, pues el solicitante puede aprovechar esta potestad que la doctrina le otorga para utilizarla en interés propio y a su libre arbitrio.

Por otro lado la figura del defensor judicial no puede sustituir en ningún momento la presencia del anciano, pues esta ha surgido para asistir al anciano en el procedimiento, y defender sus derechos e intereses legítimos.

- Si el solicitante no indica tal circunstancia en la solicitud, se considerará que el anciano se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades, la incomparecencia injustificada significa la oposición al Expediente de Jurisdicción Voluntaria.

Llegados a este punto me planteo la siguiente cuestión ¿cómo la doctrina puede plantear que la incomparecencia injustificada del anciano significa la oposición en un procedimiento donde se está dilucidando la adopción de medidas de apoyo basadas en la diversidad de la persona?

ES INCONGRUENTE, pues este trámite del procedimiento carece de los elementos necesarios para determinar las circunstancias del anciano y su grado de diversidad, presuponiendo que este se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades, aún más cuando ni siquiera se ha pronunciado ni se ha sometido a una valoración previa practicada de oficio, sino que la mera incomparecencia adquiere tal magnitud para la doctrina, siendo esto totalmente ilógico, cuando esta puede venir no sólo determinada por las circunstancias cognitivas del anciano, sino que puede que este desconozca la existencia del tal procedimiento o por la imposibilidad de asistir debido a problemas de movilidad, etc., olvidando el legislador, que este constituye el “eje central” sobre el que debe girar el procedimiento, debiendo constituir la incomparecencia a tal acto, el presupuesto lógico que habilite al juez a actuar determinando la personación en el domicilio de un Equipo compuesto por miembros del órgano jurisdiccional y por profesionales en geriatría, en aras de conocer las circunstancias del anciano y los motivos que han determinado su incomparecencia, así como si este se encuentra informado del inicio del Expediente de Jurisdicción Voluntaria para adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica, siendo previamente necesario la valoración por parte de los profesionales que componen este Equipo, en aras de determinar las circunstancias del anciano.

Continuando con nuestro análisis, la inasistencia de cualquier interesado distinto a los mencionados anteriormente, no impedirá la válida prosecución y término de la comparecencia.

En el supuesto de que el solicitante y el anciano asistan, se dará comienzo a la comparecencia, pudiendo plantear cualquiera de los interesados y el Ministerio Fiscal cuestiones procesales como por ejemplo las relativas a la comparecencia, que puedan impedir la válida prosecución del Expediente de Jurisdicción, debiendo ser resuelta por el Juez en el acto previa audiencia de los interesados en el procedimiento.

Una vez planteadas las cuestiones procesales, y en su caso resueltas por el juez se procederá, a la admisión o no de las pruebas propuestas por el solicitante en su escrito, así como otorgará al resto de interesados en el procedimiento la posibilidad de proponer pruebas en la comparecencia. Resulta interesante destacar, que el legislador español imposibilita que el solicitante pueda proponer nuevas pruebas⁶¹, vulnerando a mi juicio el derecho a la tutela judicial efectiva, así como principio de igualdad de los interesados en el procedimiento, pues durante el transcurso del anterior trámites puede haber surgido hechos nuevos o haber aparecido nuevas fuentes de prueba que acrediten la necesidad de adopción de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica del anciano, impidiendo que el solicitante pueda valerse de todos los medios de prueba existentes, generando “desequilibrio entre los interesados” pues ¿qué diferencia existe entre los interesados y el solicitante? Desde el punto de vista procesal, ninguna, siendo el solicitante el “elemento subjetivo lógico” para la determinación de las medidas de apoyo por parte del órgano jurisdiccional, es quién ha detectado la situación de vulnerabilidad del anciano, pues a tenido y sigue teniendo contacto directo con ella durante el desarrollo del procedimiento, pues no olvidemos que el solicitante pueden ser el propio anciano, cónyuge, ascendientes o descendientes, debiendo el legislador otorgarles la oportunidad de ampliar los medios de prueba de los que pretende valerse, no sólo por el simple hecho de guardar contacto directo sino porque la situación de vulnerabilidad puede presentar distintos grados y fases, siendo una situación prácticamente desconocida, al inicio de la solicitud de el expediente de jurisdicción voluntaria, surgiendo indirectamente nuevos fuentes y medios de prueba durante la tramitación del procedimiento, debido a las distintos grado que puede experimentar la situación de vulnerabilidad.

⁶¹ PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: *El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, Tirant lo blanch, Valencia 2022.

La admisión a trámite de las pruebas se regirá por los criterios generales, basados en la necesidad y pertinencia de las pruebas, previstos para el Juicio Verbal en la LEC. Las pruebas admitidas se practicarán en la comparecencia y aquella cuya práctica no fuera posible en el acto será practicada en los 10 días siguientes. Una vez sean admitidas se practicarán en el acto cuando esto sea posible o fuera de él en los diez días siguientes.

Entre las pruebas prácticas destaca “el anciano como fuente de prueba”, pues su intervención en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria, no es un elemento suficiente para determinar la voluntad del anciano, en su extensión objetiva y subjetiva acerca su deseo de recibir apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

A tenor de ello podemos afirmar que este medio de prueba es obligatorio debiendo ser practicado de oficio en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria.

La doctrina⁶² jurisprudencial planteó la posibilidad de que la negativa a recibir medidas de apoyo por parte del anciano puede impedir su adopción, llegando incluso a afirmar que esta oposición podría constituir un indicio de que este se encontraba en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, constituyendo una especie de derecho para el anciano, cuyo contenido se basa en la no necesidad subjetiva de la adopción de medidas de apoyo, siendo a su vez calificado como un medio de prueba para el juez en aras de dilucidar la necesidad de adopción de medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esta fuente de prueba no puede basarse en la necesidad subjetiva de la adopción de las medidas de apoyo, es decir, que la voluntad del anciano no va determinar la necesidad de medidas de apoyo a la capacidad jurídica, pues en la mayoría de los casos el anciano va impedir que se le provea de ellas.

Por tanto, la adopción de estas medidas de apoyo constituyen una respuesta a una necesidad objetiva que tiene en cuenta una serie de parámetros psíquicos, cognitivos, científicos, sociales.....

Ello nos lleva a calificar, esta práctica probatoria no como una entrevista para conocer la opinión del anciano, pues en la mayoría de ocasiones que la diversidad del anciano impide expresar su opinión o incluso esta puede distar bastante de la realidad, sino como un “examen” cuyo contenido y forma es predeterminado por el juez en aras de extraer conclusiones lógicas acerca de la necesidad de medidas de apoyo a la capacidad jurídica.

⁶² DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm 780(2020).

Llegados a este punto, es preciso mencionar que el legislador español ni en la LJV ni en LEC⁶³ regula la presente prueba a pesar de su importancia, sólo menciona de manera inequívoca y desacertada el término “entrevista”⁶⁴, cuando realmente se trata de un examen de lo que exterioriza el anciano y lo que no. No obstante lo anterior, la utilización de este término tiene algo positivo, pues impide que esta sea calificada como un interrogatorio de testigos.

Esta escasa referencia a esta práctica probatoria, genera una serie de incongruencias jurídicas, dado su regulación residual a través de la aplicación de criterios analógicos:

En primer lugar, el legislador atribuye la competencia al juez para la realización del examen al anciano, careciendo una vez más de los conocimientos necesarios para la realización de tal práctica, que ni siquiera la asistencia por parte del defensor judicial puede suplir tales deficiencias, siendo necesario como hemos mencionado en reiteradas ocasiones a lo largo del presente estudio, la presente de una especie de “Equipo Social” compuesto por profesionales de la justicia, en geriatría y enfermedades de la vejez que permitan conducir la conversación hacia un contexto que permita conocer con la mayor precisión posible las circunstancias internas y externas de la persona, y su voluntad recibir medidas de apoyo, así como si esta se encuentra viciada o no por una serie de circunstancias cognitivas o psíquicas concurrentes en la persona.

En segundo lugar, es preciso tener muy presente, a mi juicio la expresión “libertad” cosa que al legislador se le olvida, al regular que el “examen” del anciano se llevará a cabo en la comparecencia o vista, dada la ausencia dentro de la LEC y LJV de un artículo que con carácter especial regule el lugar donde se debe practicar la prueba.

Como punto de partida debemos afirmar, que el contexto en que se desarrolla genera cierta intimidación para el anciano impidiendo que este pueda expresarse libremente, vaciando prácticamente de contenido normativo y de funciones a la figura del facilitador judicial, pues a través de esta regulación se impide que este pueda intervenir, ya que la ausencia de un precepto legal que contenga especialidades sobre lugar donde debe desarrollarse el examen que deba realizarse al anciano, así como la intervención del

⁶³ PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: *El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, Tirant lo blanch, Valencia 2022.

⁶⁴ Artículo 42 bis b) 3 “ *En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.*”

Facilitador Judicial o la inclusión dentro de este precepto de expresiones “salvo que la circunstancias concurrentes en el anciano lo desaconsejan o “salvo que el Facilitador Judicial en base a la circunstancias concurrentes desaconsejan la celebración en dicho lugar”, convierte al presente mandato legal del legislador español en imperativo e indirectamente convierte a la fuentes de prueba, que constituye a mi juicio, el eje central de la tramitación procesal, en un mero acto impregnado de formalidades careciendo de sentido el presente acto, pues impide con el mayor alcance posible acercar al anciano al juez generando un clima de confianza frente al Tribunal, resultando prácticamente intimidatoria frustrando la finalidad del examen.

Siendo aquí determinante en aras de conocer la voluntad del anciano que el “examen” se desarrolle en una contexto informal que permita al anciano expresarse libremente debiendo formularse preguntas que no causen miedo o incertidumbre, redirigiendo la conversación hacia aquellos cauces que permitan conocer la voluntad del anciano, y si esta es expresada carente de vicios de consentimiento, para ello es necesario el uso de un lenguaje carente de tecnicismos que permita que el examen fluya adecuadamente y con la intervención de expertos en la materia, en un acto separado y sin interferencias de terceras personas que puedan viciar la voluntad del anciano, pues en ocasiones resultan gravosas la intervención en el entorno de un familiar.

Es cierto, que determinados sectores doctrinales⁶⁵afirman que del carácter reservado que el legislador le otorga al presente examen se aduce la posibilidad de practicar el mismo en el domicilio del anciano cuando se aprecien circunstancias excesivamente perjudiciales para el desarrollo del examen frustrando su finalidad fáctica.

A mi juicio considero que esta interpretación doctrinal es totalmente incongruente, pues el carácter reservado de las actuaciones se refiere a la presencia en el acto de la vista o comparecencia de las personas estrictamente necesarias para el desarrollo de examen al anciano impidiendo la interferencia de personas que resulten intimidatorias, así como para preservar la intimidad del anciano y de los distintos interés en juego en el presente procedimiento, evitándose así la vulneración de los derechos fundamentales que asisten al anciano en el desarrollo del presente trámite.

⁶⁵ PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio, Tirant lo blanch, Valencia 2022.

Siendo esto una concepción carente de fundamento jurídico por parte de la doctrina jurisprudencial, para dejar entrever que el legislador español si se muestra interesado en la protección del anciano cuando realmente es lo contrario.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, en lo respecto al contenido material del presente examen, la preguntas deben ser formuladas atendiendo al criterio de conveniencia y oportunidad, comenzando por la relativa a sí consideras que es necesaria la adopción de medias de apoyos a su capacidad jurídica, en función del sentido positivo o negativo de la respuesta formulada por el anciano, debe redirigir las preguntas hacia aquellos cauces que permitan conocer la razones que le han llevado a manifestar tal respuesta, incluyéndose además aquellas relativas al alcance y a quién debe prestar las medidas de apoyo⁶⁶.

A mi juicio considero que con carácter previo a la formulación de las anteriores preguntas, deberían formularse un cuestionario base compuesto por una serie de preguntas que permitan al juez calibrar y determinar el estado de lucidez y autonomía por medio de la asistencia de un experto en la materia (Facilitador Judicial) que determine la circunstancias y situación de la persona que vive, pues el sentido positivo y negativo de las preguntas deben ser interpretados en base al cuestionario practicado con carácter previo por el Facilitador Judicial como experto independiente.

Terminada la práctica de pruebas, se dará por finalizada la comparecencia, dictando el Juez auto en el plazo de 5 días desde su terminación o desde el día en que se practique la última diligencia.

1.8.4 Formas de Terminación de Expediente de Jurisdicción Voluntaria.

A) Mediante Auto.

El contenido material del presente auto se limita a la adopción o denegación por parte del órgano jurisdiccional de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica del anciano, en base a una serie de criterios lógicos y en cumplimiento de lo previsto en la normativa civil y procesal sobre esta materia.

En cuanto a la aplicación de criterios lógicos lo argumentado en en el apartado anterior, nos lleva a afirmar que estos deben partir de la base de una serie de circunstancias objetivas obtenida a través de la práctica de pruebas con independencia de la voluntad manifestada por el anciano.

⁶⁶ PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: *El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, Tirant lo blanch, Valencia 2022.

A tenor de ellos podemos afirmar que los criterios lógicos que el Juez ha de tener en cuenta a la hora de dictar el auto, la voluntad, preferencias y deseos⁶⁷ del anciano pues no debemos olvidar que con la reforma operada recientemente por la Ley 8/2021, se reconoce plena capacidad jurídica a las personas con diversidad, por lo que con carácter general constituirán los criterios lógicos a seguir para la adopción de las medidas de apoyo, operando las circunstancias objetivas que apartan la adopción de medidas de apoyo de la voluntad como excepción.

Esta excepcionalidad opera esencialmente en los supuestos en los la circunstancias cognitivas y psíquicas del anciano han impedido la realización del examen.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, el juez además de decidir sobre la procedencia de la adopción de las medidas de apoyo debe determinar en que momento concretos en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona van operar van a desplegar su efectos las medidas adoptadas por el juez. Todo ello en base a las alegaciones efectuadas por los distintos interesados en el procedimiento y a las pruebas practicadas.⁶⁸

No obstante lo anterior, debemos afirmar de forma genérica y absoluta que la adopción de estas medidas han de estar presididas por el interés superior del anciano cuya determinación se basa en la reconstrucción de su voluntad basada en una serie de circunstancias objetivas existentes. Con la expresión “reconstrucción de su voluntad” nos referimos al hecho de que el juez debe determinar las previsiones de voluntad que hubiera realizado la personas en el supuesto de que no presentará circunstancias psíquicas y cognitivas que afectasen de forma negativa a su capacidad, y tras su determinación el juez debe analizar si estas garantizan el interés superior del anciano en base a las circunstancias objetivas existente no sólo en él sino en su núcleo más cercano.

Por tanto, podemos afirmar que el auto debe establecer cierta simbiosis o correspondencia entre el interés superior del anciano y las medidas de apoyo adoptadas.

⁶⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El protagonismo de las persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”, en DE SALAS MURILLO, MAYOR DEL HOYO: “*Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*”, Tirant lo blanch, Valencia 2019.

⁶⁸ Artículo 19.2 LJV: “*Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados.*”

Contra el presente auto podrá interponer cualquier persona que acredite interés legítimo recurso de apelación, en la forma prevista en la LEC⁶⁹.

B) Terminación del expediente mediante la adopción de medidas alternativas.

Como hemos mencionado en reiteradas ocasiones a lo largo de nuestro estudio, la adopción de medidas en el presente procedimiento opera desde el prisma de la excepcionalidad, siendo la regla general la adopción de medidas de carácter voluntario, siendo determinante para la finalización del expediente de jurisdicción voluntaria, que el anciano opte por la adopción de medidas de carácter voluntario, siempre y cuando el juez haya verificado que en la persona no concurren vicios de voluntad⁷⁰.

Tras verificación de la no existencia de vicios de voluntad en la comparecencia, el Juez elaborará un informe sobre las medidas de apoyos de carácter voluntario que pueden ser prestadas por una Administración Pública en cuyas competencias tengan encomendada la promoción de la autonomía y asistencia a los ancianos, así como por entidades promotoras de acción social constituidas válidamente que ostente la condición de colaboradoras de la Administración de Justicia.

Tras su elaboración, este será expuesto al anciano quien tendrá la “última palabra” siempre que su voluntad no se encuentre, sobre la adopción o no de medidas de apoyo de carácter voluntario, produciéndose cuando opte por la primera la finalización del expediente.

C) Terminación del expediente por oposición.

Como punto de partida, es preciso mencionar que basta con la mera oposición al Expediente de Jurisdicción para que este finalice.

Ello nos lleva a afirmar, que la adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica de los ancianos, a través del Expediente de Jurisdicción Voluntaria, carece de unos cimientos sólidos generando a mi juicio inseguridad jurídica en el ejercicio de la capacidad jurídica del anciano, pues este puede oponerse en cualquier momento, sin exigirse como requisito previo al otorgamiento de su legitimación, el análisis de las circunstancias psíquicas y cognitivas que

⁶⁹ Artículo 20.2 LJV: “Las resoluciones definitivas dictadas por el Juez en los expedientes de jurisdicción voluntaria podrán ser recurridas en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si la decisión proviene del Secretario judicial, deberá interponerse recurso de revisión ante el Juez competente, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

⁷⁰ Artículo 42 bis.4 LJV “Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente.”

concurrir en él, para determinar si se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades. Además del anciano pueden formular oposición el Ministerio Fiscal o el resto de personas legitimadas.

Cabe concluir, que una vez más el Legislador no se ha parado a pensar en las incoherencias normativas que incurre respecto a la realidad del sistema y el ámbito donde deben operar estas medidas, no siendo consciente de que la voluntad de la persona puede estar viciada o influenciada por una serie de factores cognitivos y psíquicos, no siendo consciente de la repercusión que puede derivar con el simple de expresar la expresión “me opongo” frente a la autoridad judicial, pues ni siquiera se exige que esta oposición aparezca fundamentada o justificada, dejando al arbitrio de cada Juez la exigencia o no de un contenido mínimo en la formulación de una oposición.

Coincidiendo con la opinión del autor DE SALAS MURILLO⁷¹, considero que la mera oposición del anciano que pone fin al presente expediente, debe activar los mecanismos judiciales correspondiente que faculte la intervención del Estado cuando existan “intereses objetivos de protección” prestando al ejercicio de la capacidad jurídica del anciano cualquier tipo de apoyo que resulte procedente, pues del contenido normativo de LJV se aduce, que la mera oposición no convierte de manera automática el Expediente de Jurisdicción Voluntaria en un Contencioso-Administrativo sino que deben ser iniciado por cualquiera de los legitimados. Por tanto la intervención del Estado tendrá carácter permanente o no, dependiendo de si los legitimados inician un procedimiento, permaneciendo éstas durante su tramitación.

2. Procedimiento Contencioso-Administrativo.

2.1 Objeto.

Como resulta lógico el objeto del proceso es el Expediente de Jurisdicción Voluntaria que ha sido objeto de oposición. No obstante lo anterior existe un determinado sector doctrinal⁷² que considera que pueden ser objeto del presente procedimiento no la “oposición de las medidas contenidas en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria” sino que directamente puede ser objeto del presente procedimiento “ la adopción de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica” cuando cualquiera de las personas legitimadas haya formulado oposición

⁷¹ DE SALAS MURILLO, S.: *¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 780, Julio 2020.

⁷² SOPEDRA NAVAS, F.J.: *Comentario de la Ley 8/2021, de 2 junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad*, Aranzadi digital nº 1/2021.

con carácter previo al inicio del Expediente de Jurisdicción Voluntaria, cuyo fundamento se basa en razones de economía procesal.

Como Jurista considero que la oposición no puede ser su objeto sino que directamente debería ser la adopción sin necesidad de acudir previamente al Expediente de Jurisdicción Voluntaria no sólo por razones de economía procesal sino que también para evitar dilaciones indebidas que perjudiquen gravemente al ejercicio de la capacidad jurídica del anciano, pues la conjunción de estos dos procedimientos carece “estabilidad jurídica” suficiente como para garantizar que el anciano quede protegido.⁷³

Esto no quiere decir que yo considere que este sea el procedimiento idóneo para la adopción de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica, pues considero que este carece de la fuerza jurídica suficiente, sino que a mi juicio si la mera oposición constituye la finalización del Expediente de Jurisdicción Voluntaria, este debe convertirse en un Proceso Declarativo Ordinario o Verbal de forma automática como ocurre en el Proceso Monitorio, esto evidencia que el Legislador sitúa el “interés superior del anciano” y en general, el “interés superior de las personas con diversidad” en un estamento inferior a los intereses económicos que confluyen en un Proceso Monitorio, cuando debería ser lo contrario.

Todo ello me lleva a reflexionar la siguiente cuestión ¿Sabe realmente el impacto que tiene tanto la adopción como la no adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica? A mi juicio considero que el legislador ha regulado desde la “ignorancia” y no es consciente del impacto “negativo” que ha supuesto la regulación del presente procedimiento impregnado de incongruencias procesales, reconduciendo la adopción de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica al Proceso Contencioso-Administrativo a través otorgamiento de una serie de “especialidades” basadas en la ausencia de eficacia de cosa juzgada para constituir el objeto del procedimiento. Cuando realmente tanto en el objeto como en el Procedimiento Contencioso-Administrativo no se observa ninguna especialidad sino un conjunto de incoherencias procesales.⁷⁴

2.2 Tribunal Competente.

⁷³ Artículo 19.4 LJV “ *La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.*”

⁷⁴ SOPEDRA NAVAS, F.J.: *Comentario de la Ley 8/2021, de 2 junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad*, Aranzadi digital nº 1/2021.

Atendiendo a lo dispuesto en la LEC, le corresponde el conocimiento de la oposición al Juzgado que conoció del Expediente de Jurisdicción Voluntaria, esto es, al Juzgado de Primera Instancia de lugar de residencia del Anciano. A tenor de ello, podemos afirmar que esta atribución competencial se basa en criterios puramente funcionales.⁷⁵

El hecho de que el legislador atribuya la competencia al Juzgado de Primera instancia cuyo trabajo diario versa sobre la tramitación de procesos civiles y cuyos miembros están especializados en esta materia careciendo prácticamente de conocimientos sobre la tramitación contenciosa-administrativa, siendo lo lógico que la atribución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que atendiendo al domicilio del anciano le correspondiera el conocimiento del asunto.

La consecuencia de ello radica en la inoperabilidad del presente procedimiento

Ello no quiere decir que yo esté de acuerdo con atribución de la competencia al Juzgado de lo Contencioso Administrativo pues llegados a este punto es preciso destacar, que es conocido en el mundo de los juristas, y en el del derecho en general, que en el ámbito de la Administración de Justicia, un número muy reducido de jueces son “especialistas” en el Procedimiento Contencioso Administrativo y los que ejercen dentro orden contencioso-administrativo son especialistas en civil o penal. Esto no obsta que vayan adquiriendo destreza a través de la práctica en dicho orden. Aun así, esta destreza se adquiere sobre un procedimiento donde siempre está presente la Administración Pública como demandante o demandado, y además cuyo objeto litigioso poco o nada tiene que ver con el ejercicio de la capacidad jurídica del anciano, desarrollándose la tramitación del presente procedimiento desde el desconocimiento generando, en ocasiones un colapso judicial que afecta a la protección del anciano pues la inadecuada tramitación procesal genera medidas poco satisfactorias, ya que el juez de lo contenciosos-administrativo es incapaz de extraer las conclusiones necesarias para establecer un marco de protección, que se traduce en la adopción de medidas, al ejercicio de la capacidad jurídica.

⁷⁵ Artículo 756 apartado 2 y 3 LEC: “2. Será competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida.

3. Si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.”

En contraposición a mi reflexión, algunos juristas podrían afirmar que el juez de lo contencioso administrativo podría ser especialista en el orden civil. Esta afirmación cae por su propio peso, pues la adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica no es un procedimiento civil como otro cualquiera, sino que es un procedimiento especial a través del cual se dilucidan cuestiones que no solo afectan a la voluntad del anciano sino a la actuación en el tráfico jurídico.

Todo ello evidencia, que ambas atribuciones competenciales constituyen dos caras de una misma moneda, pues si atribuimos la competencia al juzgado de primera instancia este carece de conocimientos para la tramitación de un procedimiento a través del orden contencioso-administrativo, y aunque este se le atribuye a un Juzgado de lo Contencioso Administrativo la tramitación del procedimiento contencioso-administrativo poco o nada tiene que ver con el procedimiento a través del cual ha de sustanciarse la oposición a la adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica.

Ello constituye un indicio más que sustenta el argumento dado anteriormente de que el procedimiento no es el adecuado, sino que debería sustanciarse por un procedimiento declarativo ordinario únicamente cuya competencia debería corresponderle a los Juzgados y Tribunales que hayan adquirido una formación específica en la materia, es decir, que fueran especialistas en el ejercicio de la capacidad jurídica al igual que ocurre en familia.

2.3 Legitimación.

En este aspecto el legislador español se muestra muy claro determinando que los sujetos que van tener la condición de “partes” aquellos que hayan intervenido en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria.

Ello evidencia que el Legislador Español configura al presente procedimiento como una segunda instancia respecto al Expediente de Jurisdicción Voluntaria que operaría como un primera instancia dentro de un único procedimiento, constituyendo la demanda cuyo objeto radica en la oposición a las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, una especie de “recurso”.

Ello no imposibilita la intervención de terceras personas que acrediten interés legítimo, generando una serie de efectos en la prácticas previsto por el legislador en la LEC⁷⁶.

⁷⁶Artículo 13 LEC “ 1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.
2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.

Resulta interesante destacar, que la LEC configura la legitimación activa del Ministerio Fiscal⁷⁷ como subsidiaria, es decir, solo va estar legitimado para iniciar el procedimiento contencioso-administrativo frente a la oposición, en aquellos casos en los que los sujetos que hayan intervenido en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria no inicien el procedimiento contencioso-administrativo.

Por tanto, el simple inicio del procedimiento por quienes ostenten la legitimación activa imposibilita la intervención del Ministerio Fiscal. Ello nos lleva a exponer el presente razonamiento. Si el legislador considera tanto a las personas con diversidad como a los menores como personas especialmente vulnerables, pues ambas se encuentran en situaciones prácticamente equiparables, otorga al “interés superior del menor” la calificación de “interés público” siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, ¿Por qué no le otorga al “interés superior de las personas con diversidad” el carácter de público?

Ello evidencia una vez más la desidia del legislador al regular el presente procedimiento, pues no solo se tramitan la adopción de medidas de apoyo en un procedimiento carente de la fuerza jurídica necesaria, sino que supedita la intervención del Ministerio Fiscal a la no iniciación por parte de la persona legitimadas para ello, evidenciando que el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con diversidad no constituye un interés público, evidenciando indirectamente la poca importancia que tiene para el legislador español, cuando el reconocimiento de la capacidad jurídica implica directamente que el Estado debe garantizar, así como preservar su ejercicio.

El legislador no puede entender que ha cumplido con su deber con el simple hecho de eliminar incapacitación de nuestro ordenamiento jurídico, y no calificar la adopción de las

3. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte.”

⁷⁷ Artículo 757 LEC “1. El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano.

2. El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa.”

medidas de apoyo a la capacidad jurídica como un interés público, pues indirectamente si está acrecentando la situación de desprotección, a través de la generación de sesgos de riesgos que han demostrado que la no inmediación del Ministerio Fiscal pueden causar vulnerabilidad.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a las personas para quienes se solicitan la adopción de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria⁷⁸, aunque esta no haya formulado oposición.

Esto resulta ilógico, pues a mi juicio la persona que formuló la oposición en el caso de que no sea el anciano, esta debe aparecer como codemandada junto a este en el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, pues ello permitiría al Tribunal conocer la razones que han llevado a esta persona a formular oposición, pues de lo contrario este enjuiciaría en atención a la pretensiones formuladas por la parte demandada, así como en torno a la circunstancias que obren en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria, pues como hemos mencionado anterior el legislador solo exige la mera oposición sin necesidad de que se expongan las razones en la que se fundamenta.

No obstante lo anterior, la legitimación pasiva puede ser ostentada por el Ministerio Fiscal en el caso de que el demandado no comparezca ni formule la contestación a la demanda, en el caso de que éste no ostente la legitimación activa. De lo contrario el LAJ nombrará a un defensor judicial⁷⁹

A tenor de las circunstancias anteriormente descritas, podemos concluir que la intervención del Ministerio Fiscal en el Procedimiento Contencioso-Administrativo queda supeditada a la no intervención de cualquiera de las partes, ostentando la legitimación activa o pasiva, siendo su intervención de carácter dispositivo.

Existe una excepción a esta regla general, que no va determinar la intervención del Ministerio Fiscal, pero sí la posibilidad de formular alegaciones cuando el objeto de la

⁷⁸ PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: *El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, Tirant lo blanch, Valencia 2022.

⁷⁹ Artículo 758.2 LEC *“Una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el Juzgado con su propia defensa y representación, el letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará al defensor judicial un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente.”*

oposición no es en sí la medida de apoyo adoptada que sería en este caso la curatela, sino el nombramiento de un curador determinado.⁸⁰

2.4 Procedimiento.

Como punto de partida podemos afirmar, que tradicionalmente el Proceso Contencioso-Administrativo, ha sido concebido como un procedimiento declarativo ordinario, cuyo desarrollo procedimental se encuentra regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), y en defecto de esta, debemos acudir a lo previsto en la LEC, para el procedimiento declarativo ordinario.

En el presente procedimiento, el legislador español se aparta de forma ilógica de esta concepción normativa y procedimental, estableciendo que el presente procedimiento se regulará por los trámites de juicio verbal, de conformidad con lo previsto con carácter general en el artículo 753 LEC⁸¹.

Esto nos lleva a formular una serie de reflexiones que nos surgen a raíz de lo anteriormente expuesto:

En primer lugar podemos afirmar que nos encontramos ante un juicio verbal con carácter absoluto, pero con apariencia de procedimiento contencioso-administrativo, pues este último es prácticamente inoperable, el legislador sólo utiliza su nombre para crear una “falsa apariencia” carente de fundamentación jurídica lógica.

En segundo lugar, podemos afirmar que una de las razones por las que el legislador recurre al juicio verbal es porque tradicionalmente este procedimiento se ha caracterizado por su rapidez.

⁸⁰ Artículo 757.3 LEC “Cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión.”

⁸¹ Artículo 753 LEC “1. *Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405.*

2. En la celebración de la vista de juicio verbal en estos procesos y de la comparecencia a que se refiere el artículo 771 de la presente ley, una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones, siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433.

3. Los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad con medidas judiciales de apoyo en las que se designe un apoyo con funciones representativas, o esté en situación de ausencia legal.”

En tercer lugar, la lógica de acogerse al presente procedimiento radica en el hecho de que la oposición a un Expediente de Jurisdicción Voluntaria, a través de un procedimiento que poco o nada tiene que ver con este, generaría incongruencias procedimentales que afectarían a la adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica, así como al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva que constituyen garantías básicas reconocidas constitucionalmente, aplicando en este caso la normativa que con carácter general regula que la oposición al Expediente de Jurisdicción Voluntaria, que establece que se tramitará por los trámites del Juicio Ordinario o Verbal por razón de la cuantía o materia, operando en este caso este último criterio dada la especialidad de los intereses en juego.

Todo ello me lleva a exponer una pregunta que ronda en mi cabeza, y que aun no he podido encontrarle una respuesta lógica: ¿Por qué el legislador no nombra las cosas por su nombre?

2.4.1. Inicio del Procedimiento.

El presente procedimiento se inicia mediante demanda. No obstante lo anterior, como no es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria se trata de una demanda sucinta, pues como hemos afirmado anteriormente en el presente procedimiento no existe un objeto litigioso, sino que la partes acuden a este para informar al Juzgado o Tribunal de la existencia de una serie de circunstancias que afectan al ejercicio de la capacidad jurídica, para que este adopte las medidas de apoyo que estime necesarias⁸².

Con la expresión “demanda sucinta” el legislador alude al hecho de que la mera oposición sin exigencia de un contenido lógico, va constituir la demanda del presente procedimiento.

En este caso considero que legislador español debía haber introducido una excepción a esta regla general, debiendo los sujetos que se opusieron al Expediente de Jurisdicción Voluntaria formular demanda en la que se indiquen los extremos en los que se fundamenta su pretensión, pues puede ocurrir que la persona que formula la oposición, quiera en dilatar en el

⁸² Artículo 437 LEC: “1. El juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario, siendo también de aplicación lo dispuesto para dicho juicio en materia de preclusión de alegaciones y litispendencia.

2. No obstante, en los juicios verbales en que no se actúe con abogado y procurador, el demandante podrá formular una demanda sucinta, donde se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida, concretando los hechos fundamentales en que se basa la petición.

A tal fin, se podrán cumplimentar unos impresos normalizados que se hallarán a su disposición en el órgano judicial correspondiente.”

tiempo la adopción de las medidas de apoyo en el tiempo en interés propio, pues por todo el mundo es conocido la dilación de los procesos judiciales en el tiempo, no solo debido a su tramitación, sino por el colapso que sufre la administración de justicia en estos momentos. Por ello, si el juez conoce los motivos en los que se funda la oposición a través de la demanda y estos resulten manifiestamente absurdos puede declarar su inadmisión y dictaminar la adopción de las medidas contenidas en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria. Además la parte podrá proponer los medios de prueba en los que se fundamente su pretensión, así sobre la pertinencia de celebración de la vista.

Cabe afirmar que en el supuesto excepcional anteriormente descrito sería preceptiva la intervención de Abogado y Procurador.

Como hemos mencionado anteriormente, como la oposición constituye una especie de “demanda sucinta” se dará traslado al demandante para que en el plazo de tres días se pronuncie sobre la pertinencia de celebración del trámite de vista.

La regulación de este supuesto con carácter excepcional, supondría la separación del sistema clásico del juicio verbal que atribuye a la oposición el carácter de demanda sucinta, generando una esfera de riesgo para el ejercicio de la capacidad jurídica, ya que no se exige al demandante el elemento conductual y la relación de causalidad entre las medidas de apoyo adoptadas en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria y el daño en el que éste fundamenta su oposición.

En cuanto su contenido material, el demandado debe solicitar la adopción de una medidas de apoyo distintas a las contenidas en el expediente de jurisdicción voluntaria, o que se dejen sin efectos estas, los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basa sus pretensiones.

2.4.2 Contestación a la demanda.

Admitida la demanda a trámites, el LAJ dará traslado al demandado para que conteste en el plazo de 10 días, sino formulada contestación a la demanda en el plazo conferido será declarado en rebeldía⁸³.

⁸³ Artículo 438 LEC: “1. El Letrado de la Administración de Justicia, examinada la demanda, la admitirá por decreto o dará cuenta de ella al tribunal en los supuestos del artículo 404 para que resuelva lo que proceda. Admitida la demanda, dará traslado de ella al demandado para que la conteste por escrito en el plazo de diez días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario. Si el demandado no compareciere en el plazo otorgado será declarado en rebeldía conforme al artículo 496.”

Artículo 496 LEC: “1. El Letrado de la Administración de Justicia declarará en rebeldía al demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento, excepto en los supuestos previstos en esta ley en que la declaración de rebeldía corresponda al Tribunal.

El demandado debería proponer en la contestación los medios de prueba de los que intenta valerse y pronunciarse sobre la pertinencia de celebración del trámite de vista.

La parte demandada debe tener muy presente que su interés radica en provocar que el enjuiciamiento de los hechos desemboque en las mismas conclusiones del Expediente de Jurisdicción. Para ello en la contestación a la demanda debe reforzar la posición de las medidas de apoyo adoptadas y evitar que estas queden diluidas a través de la oposición.

Este refuerzo no debe consistir en la individualización del anciano a través de la contestación a la demanda sino que se debe conjugar con las circunstancias objetivas que concurren en su entorno y cómo afectaría de forma positiva la adopción de las medidas de apoyo a su capacidad jurídica.⁸⁴

2.4.3 Vista.

Como hemos mencionado en reiteradas ocasiones en los apartados anteriores, la celebración del trámite de vista tendrá lugar si es solicitada por cualquiera de las partes y, en su defecto, si el Juez lo estima conveniente.

Si la vista es solicitada por cualquiera de las partes, el LAJ fijará fecha y hora de celebración dentro de los cinco días siguientes.

Durante su tramitación cualquiera de las partes puede solicitar su finalización por considerar que la oposición se basa en cuestiones meramente jurídicas o procedimentales, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de tres días alegue lo que a su derecho convenga. Transcurrido dicho plazo si la otra parte no se opone, el juez dictará auto quedando concluso el procedimiento sin más trámites para sentencia⁸⁵.

2. La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.”

⁸⁴ HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

⁸⁵ Artículo 438 LEC: “4. *El demandado, en su escrito de contestación, deberá pronunciarse, necesariamente, sobre la pertinencia de la celebración de la vista. Igualmente, el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación. Si ninguna de las partes la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites.*

En todo caso, bastará con que una de las partes lo solicite para que el Letrado de la Administración de Justicia señale día y hora para su celebración, dentro de los cinco días siguientes. No obstante, en cualquier momento posterior, previo a la celebración de la vista, cualquiera de las partes podrá apartarse de su solicitud por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones meramente jurídicas. En este caso se dará traslado a la otra parte por el plazo de tres días y, transcurridos los cuales, si no se hubieren formulado alegaciones o manifestado oposición, quedarán los autos conclusos para dictar sentencia si el tribunal así lo considera.”

Una vez el legislador supedita la adopción de la medidas de apoyo a la discrecionalidad y arbitrio de partes y el juez, cuando en este tipo de procedimientos la práctica de pruebas adquiere una especial magnitud, pues en ella se va dilucidar si el anciano se encuentra en la condiciones idóneas para ejercicio de su capacidad jurídica de forma autónoma o independiente, o si por el contrario tal oposición carece de fundamento lógico y el anciano requiere la adopción de medidas de apoyo a la capacidad jurídica.

Puede suceder que el pleito quede concluso sin más trámite, y la resolución no se ajuste a la realidad que converge en el ejercicio de la capacidad jurídica, pues puede ocurrir que no se adopten medidas de apoyo o las que se adopten no sean idóneas para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica, quedando indirectamente desprovista de la garantías básicas necesarias, aunque el motivo de la no celebración de la vista se base en que la oposición versa sobre cuestiones meramente jurídicas.

Por tanto ello no lleva a afirmar que el trámite de la vista obligatoria en este tipo de procedimientos en él se dilucidan cuestiones relativas a colectivos especialmente vulnerables, sin que ni siquiera el objeto del procedimiento basado en cuestiones meramente jurídicas pueda determinar la no celebración de la misma.

La anterior reflexión podría ser rebatida alegando que ya constan suficientes pruebas en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria para dictar una resolución en el presente procedimiento, siendo esta afirmación desmontada por el simple hecho de que tanto la circunstancias objetivas y subjetivas que concurrieron en el anciano no solo durante la tramitación del presente procedimiento sino que incluso desde tuvo lugar la comparecencia en el Expediente de Jurisdicción hasta el dictamen de la resolución.

En el caso de que la vista se desarrolle, el legislador regula la práctica de las siguientes pruebas con carácter obligatorio⁸⁶:

⁸⁶ Artículo 759 LEC “1. En los procesos sobre adopción de medidas de apoyo a las que se refiere este Capítulo, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el Tribunal practicará las siguientes:

1.º Se entrevistará con la persona con discapacidad.

2.º Dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad.

3.º Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso 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.”

- Examen del anciano en los mismos términos que en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria.
- Declaración del cónyuge o persona que se encuentra unida en una situación análoga o asimilable, así como las personas que constituyan el núcleo familiar más cercano al anciano.

No obstante lo anterior, la LEC prevé que en el caso de que la oposición sea promovida por el anciano, no se practicará la audiencia al cónyuge y familiares más cercanos cuando este así lo solicite para preservar su derecho a la intimidad.

Considero que en este supuesto no debe operar el derecho a la intimidad del anciano otorgándole la facultad de “prohibir” al órgano jurisdiccional la práctica de la audiencia a sus familiares más cercanos, pues su testimonio constituye uno de los pilares que va permitir dilucidar necesidad de adopción de las medidas de apoyo, sin que esto afecte de forma notoria a la intimidad del anciano. Y en el caso de que esta afectará el ejercicio de la capacidad jurídica debe prevalecer sobre ella, pues la no adopción de medidas tiene consecuencias más grave que la vulneración a la intimidad del anciano.

Esta facultad resulta contraria a la normativa procesal pues sitúa al anciano en una posición superior al órgano jurisdiccional, diciendo a su arbitrio lo que debe o no hacer, incidiendo indirectamente en la resolución del procedimiento redirigiéndola hacia aquellos cauces que beneficien a su interés propio.

- Dictamen pericial de expertos en geriatría y enfermedades de la vejez, acordados por el Tribunal si los considera pertinentes en función de las pretensiones formuladas por las partes.

En segunda instancia también será obligatoria la práctica de las anteriores pruebas de conformidad a lo dispuesto en el artículo 759.4 LEC⁸⁷.

Es preciso mencionar la intervención llegados a este punto, aunque nada el legislador diga sobre ello, debemos afirmar que es preceptiva la intervención del facilitador judicial no solo en la vista, sino que durante la tramitación de todo el procedimiento.

⁸⁷ Artículo 759 LEC: “4. Si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.”

Tras el análisis de la vista, podemos observar la reiteración de actuaciones respecto al Expediente de Jurisdicción Voluntaria, una vez más evidencia que la inicio del presente procedimiento a través del Expedientes de Jurisdicción Voluntaria, no hace más que dilatar en el tiempo la adopción de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, cuando directamente podemos acudir al juicio verbal y otorgar una mayor fuerza jurídica estas medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica.

No obstante, lo anterior la reiteración de la práctica de pruebas en diferentes instancias resulta positivo, pues permite al juez conocer cómo ha ido evolucionando el anciano durante la tramitación en las diferentes instancias, ajustándose resolución a la realidad en la que convive el ejercicio de la capacidad jurídica del anciano, pues de lo contrario esta quedaría desfasada quedando desprotegido el anciano.

2.4.4. Sentencia.

En cuanto al contenido de la sentencia se basa en la estimación o desestimación de la oposición formulada, resultando de aplicación la normas de derecho civil que regulan esta materia⁸⁸

En el caso de sentencia de la oposición deberán figurar los extremos previstos para el auto que resuelve el Expediente de Jurisdicción Voluntaria, conteniendo las medidas solicitadas por la parte que formuló la oposición.

Si por el contrario la sentencia resultase desestimatoria, aunque el legislador nada dice, podemos aducir que su contenido se limitaría a ratificar la medidas contenidas en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria, adaptarlas atendiendo a la evolución del anciano o dictar unas nuevas.

Llegados a este punto es preciso mencionar, que atendiendo a la congruencia procesal de las sentencias, el legislador establece una serie de especialidades procesales de carácter obligatorio⁸⁹:

⁸⁸ Artículo 760 LEC: "Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables."

⁸⁹ Artículo 752 LEC: "1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza

1. En la sentencia deben constar los hechos que resulten probados, y las medidas de apoyo adoptadas deben guardar cierta congruencia con ellos.
2. El juez no queda vinculado a la admisión de los hechos.
3. No resulta aplicable las reglas sobre el valor probatorio de los documentos y el interrogatorio de las partes.
4. No resultará de aplicación “ficta confessio”, es decir, la confesión presunta, en virtud de la cual si una de las partes se niega declarar se entiende admitidos los hechos alegados por la parte contraria.

Esta resolución es recurrible en segunda instancia, a través de los recursos que prevé la LEC con carácter general.

3. Medidas Cautelares.

Durante la tramitación del Expediente de Jurisdicción Voluntaria y del Procedimiento Contencioso-Administrativo se prevé la posibilidad de adopción de medida cautelares conforme a las siguientes especialidades⁹⁰:

- El Juez deberá adoptar las medidas cautelares que estime necesarias para preservar la protección del anciano y su patrimonio como por ejemplo nombramiento de un administrador.
- Con carácter previo al inicio del procedimiento, puede adoptar la medidas cautelares cuando tenga conocimiento de la existencia de un anciano que requiera medida de apoyos a la capacidad jurídica.
- Las medidas cautelares pueden ser adoptadas de oficio o instancia de parte, o por el Ministerio Fiscal.
- Para la adopción de las medidas cautelares será necesario audiencia previa con el anciano por el procedimiento previsto en la LEC. Cuando la adopción de las medidas revistan del carácter de urgente se omitirá el trámite anteriormente descrito.

probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia.

4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refieren este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores.”

⁹⁰ PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: *El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, Tirant lo blanch, Valencia 2022.

4. Revisión de las medidas de apoyo adoptadas para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Las medidas de apoyo adoptada por los órganos jurisdiccionales será objeto de revisión periódica, como mínimo cada tres años. No obstante lo anterior, el Juez atendiendo a cada caso concreto, puede establecer la revisión en un plazo mínimo superior sin sobrepasar los seis años.

A mi juicio considero el plazo mínimo de tres años es demasiado tiempo, debiendo revisarse las medidas al menos una vez al año, pues por todo el mundo es conocido que las enfermedades de la vejez evolucionan en la mayoría de las ocasiones demasiado rápido, y puede ocurrir que las medidas de apoyo adoptadas en un primer momento, resultan insuficientes para suplir en el presente las carencias existentes en el ejercicio de la capacidad jurídica, aun cuando haya transcurrido muy poco tiempo desde su adopción judicial.

No obstante, si atendemos al contenido literal del artículo 12 de la Convención, observamos que está aboga porque la revisión se produzca en cualquier momento, sin necesidad de esperar al plazo mínimo prefijado por la resolución o en su defecto por lo previsto en la LEC. Debiendo el legislador derogar el plazo mínimo de revisión, e incluir en el precepto que regula la revisión⁹¹ “que las medidas de apoyo a la capacidad jurídica pueden ser revisadas en cualquier momento”.

⁹¹ Artículo 42. bis c) LJV: “1. Las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión. Tales medidas serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en este artículo.

Cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 42 bis a), así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto.

2. El Juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia 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.

3. En la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias. A estos efectos, la autoridad judicial podrá recabar informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 42 bis b). Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna. Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Recibidas las alegaciones y practicada la prueba, la autoridad judicial dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes.”

Con esta regulación, se evidencia que el legislador no es consciente de lo que el reconocimiento de la capacidad jurídica, sin las medidas de apoyo idóneas, las consecuencias negativas que puede generar en la vida del anciano.

Esta revisión se llevará a cabo a través del Expediente de Jurisdicción Voluntaria con independencia de que el origen de las medidas radique en un procedimiento de igual naturaleza o en un procedimiento contencioso-administrativo.

Por tanto, podemos afirmar que la revisión de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica se inicia a instancia de parte.

A mi juicio considero que las medidas de apoyo deben ser revisadas de oficio en cualquier momento y de manera constante en el tiempo. Para ello es necesario el control periódico y continuado por parte de especialistas en la materia a través de una formación específica no solo en geriatría y enfermedades de la vejez, sino en el ejercicio de la capacidad jurídica. Por tanto es necesario la formación de un equipo técnico compuesto por un especialista en la vejez y un jurista, que examinen y den cuenta al juez, del estado de lucidez del anciano, así como si las medidas adoptadas por órgano jurisdiccional resultan suficientes para suplir aquellas deficiencias que este ocasiona sobre el ejercicio de la capacidad jurídica, y evitar la consecuencias negativas que ello conlleva.

Continuando con el objeto de nuestro estudio, podemos afirmar que la competencia corresponde al Juez que dictó las medidas de apoyo a la capacidad jurídica, debiendo recabar una vez iniciado el procedimiento, cuando lo considere necesario un dictamen pericial, así como realizar una entrevista al anciano.

A mi juicio considero que el examen/entrevista al anciano en todo caso debería ser obligatorio, pues indirectamente el objeto de la revisión de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica, es la revisión del anciano, es decir que el mantenimiento, modificación o supresión de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica depende de los resultados que arroje el examen efectuado al anciano.

Tras ello, se continuará la tramitación por escrito, dándose traslados al Ministerio Fiscal y al resto de interesados en el expediente para que formulen alegaciones en el plazo de 10 días, y aporten las pruebas que estimen convenientes.

A la vista de la alegaciones efectuadas y las pruebas practicadas el juez dictará auto cuyos extremos versarán sobre el mantenimiento, modificación o supresión de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica.

Para último, cabe destacar que en cualquier momento del expediente cualquiera de los sujetos a los que haya dado audiencia puede formular oposición poniéndose fin al Expediente de Jurisdicción Voluntaria y surgiendo la posibilidad de instar a un Procedimiento Contencioso-Administrativo que seguirá los cauces del procedimiento de revisión de medidas previsto en la LEC⁹².

⁹² Artículo 761 LEC: *“Las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.*

En caso de que se produjera oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria de revisión a que se refiere el párrafo anterior, o si dicho expediente no hubiera podido resolverse, se deberá instar el correspondiente proceso contencioso conforme a lo previsto en el presente Capítulo, pudiendo promoverlo cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, así como quien ejerza el apoyo de la persona con discapacidad.”

CONCLUSIONES.

1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, junto a las Cien Reglas de Brasilia, constituyen una especie de “movimientos legislativos reformadores a favor de las personas con diversidad” orientados a la modificación absoluta del Derecho Procesal, especialmente en la rama Civil en aras de marcar un antes y un después en el ejercicio de la capacidad jurídica de los ancianos. A pesar, del pesimismo que genera la aplicación conjunta de estos cuerpos normativos en el ordenamiento jurídico español, podemos afirmar que pese a los avances operados en esta materia cada día más latentes, la poca importancia que el legislador le da a este colectivo por el simple hecho de ser calificado como “ancianos”,debiendo recordar este que la condición de persona titular de una serie de derechos e intereses legítimos reconocidos constitucionalmente no se pierde por figurar una determinada edad en el DNI o por la excusa de que estos ya han “vivido muchos” años, genera una serie de obstáculos y errores procedimentales en la práctica,convirtiendo al anciano en un sujeto aún más vulnerable.
2. En lo que respecta a la introducción de la figura del facilitador judicial resulta novedoso pero prácticamente inoperable dada la ausencia de regulación sobre quién debe ostentar tal cargo y las funciones que le compete,frustrando las expectativas puestas en ella para facilitar la comunicación entre el juez y el anciano, y el desenvolvimiento lógico del procedimiento.
3. El legislador obvia la necesidad de seguir avanzado y encubre los errores emergentes en el sistema, a través de una serie de “palabrerías” que crean un “especie de velo jurídico” mediante la aplicación de una serie de especialidades en el ámbito del Derecho Procesal Civil, por parte de los operadores jurídicos basadas en la conjunción de dos procedimientos, Expediente de Jurisdicción Voluntaria y el Procedimiento Contencioso Administrativo, pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales que poco o nada tiene que ver entre sí, resultando inadecuados para la adopción de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de los ancianos, pues estos carecen de fuerza jurídica suficiente.

4. En lo que respecta al Expediente de Jurisdicción Voluntaria su estudio evidencia que este carece de la estabilidad jurídica necesaria para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica en la realidad extraprocesal.
5. Otras de las incongruencias procedimentales en las que incurre el legislador español, es la de otorgar el calificativo de “contencioso-administrativo” al proceso que versa sobre la oposición al Expediente Jurisdicción Voluntaria, cuando realmente se tramita a través del Juicio Verbal, sin que hayamos podido encontrarle justificación jurídica lógica a lo largo del presente estudio, generando una ruptura con el régimen protector promulgado cuyas líneas maestras se trazan a través de las Reglas de Brasilia y la Convención.
6. Por todo ello, hoy puedo dar respuesta a la pregunta que me hice como jurista el primer día que comencé con el presente trabajo: ¿Qué importancia tiene para el legislador español los ancianos? NINGUNA.

BIBLIOGRAFÍA.

- ÁLVAREZ POUSA, L. VILLANUEVA, J. BARBERENA FERNÁNDEZ, T. LOUREIRO, R. EVANS PIM, J.: Comunicación y Discapacidades: Actas do Foro Internacional, Colexio Profesional Xornalista de Galicia: Observatório Galego dos Medios, A Coruña, 2007.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J.: LA CURATELA TRAS LA LEY 8/2021, Tirant lo Blanch, Madrid 2021.
- BLANCO GONZÁLEZ, A.: El defensor judicial, Andavira, A Coruña, 2003.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: La nueva Ley de Promoción de autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia, Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Bizkaia, 2006.
- CUADRADO PEREZ, C.(2020): Modernas Perspectivas en torno a la discapacidad, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 777, 13-90.
- DAMIÁN MORENO, J.: La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 2022.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El protagonismo de las persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”, en DE SALAS MURILLO, MAYOR DEL HOYO: “ Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad”, Tirant lo blanch, Valencia 2019.
- DE SALAS MURILLO, S Y MAYOR DEL HOYO, M.V.(dir): “Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm 780(2020).
- GARCÍA PONS, A.: Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- FONTESTAD PORTALÉS, L.: “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 CRÓNICA DE LEGISLACIÓN PROCESAL, Ars Iuris Salmanticensis, Ediciones Universidad de Salamanca.

- GARCÍA PONS, A.: El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 2013.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO,C.: Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación en materia civil y procesal en materia de discapacidad, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid 2021.
- GUTIÉRREZ BARRENGOA, A.: De la incapacitación de las personas a la provisión de los apoyos necesarios, en LLEDÓ YAGUE,F., MONJE BALMASEDA,O. Y GUTIÉRREZ BARRENGOA, A.: Estudio básico sobre la guarda de hecho, Dykinson, Madrid, 2019.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ,J.: Los vulnerables ante el proceso civil, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ,C.: El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en DE SALAS MURILLO,S.(coord): Los mecanismos de la guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas, Colecciones monográficas de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2013.
- PEREÑA VICENTE,M, HERAS HERNÁNDEZ,M.M.: El Ejercicio de la Capacidad Jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, Tirant lo blanch, Valencia 2022.
- RIBOT IGUALADA, J.: La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento en DE SALA MURILLO, S. Y MAYOR DEL HOYO, M.V.(dirs): Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo”, REDUR 19, 2021.
- SOPEDRA NAVAS,F.J: Comentarios de la Ley 8/2021, de 2 junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, Aranzadi digital nº1, 2021.
- VEGA TORRES,J.: “Los principios informadores de la reforma. La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad” en NUÑEZ NUÑEZ,M(cord); PEREÑA VICENTE,M.(dir); HERAS HERNÁNDEZ,M.M.(DIR):

El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio, Tirant lo blanch, Madrid, 2022.

- VIVAS TESÓN,I: Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos, Tecnos,2021

LEGISLACIÓN ANALIZADA

- Código Civil.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.
- La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia: Ley de Dependencia.
- La Ley 8/2021, 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 la capacidad jurídica.
- La Cien Reglas De Brasilia.

RELACIÓN DE SENTENCIAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 24/1993, de 21 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 672/2016, de 30 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 282/2019, de 29 de abril de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 1894/2021, de 6 de mayo de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 589/2021 de 8 de Septiembre de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo 706/2021, de 19 de octubre de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 734/2021, de 2 de noviembre de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 899/2021 de 21 de diciembre.
- Auto del Tribunal Supremo número 9347/2022, de 17 de mayo de 2022.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 964/2022 de 21 de diciembre de 2022
- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia número 73/2017, de 8 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 1276/2022, 13 de julio de 2022.