

De la realidad a la legalidad: la importancia de la guarda de hecho. Lagunas y discordancias en la regulación

Alejandro Araque García
Contratado FPU, Universidad de Málaga

Abstract

La Ley 8/2021, de 2 de junio, ha introducido una muy importante reforma legal en la regulación civil y procesal que afecta a las personas con discapacidad. El legislador, desde su mismo Preámbulo, la considera un cambio sustancial cualitativo en el sistema regulador concerniente a las personas con discapacidad pero, ¿hasta qué punto?

Durante el último siglo se ha producido una evolución en la concepción de la discapacidad y, como una consecuencia derivada, las legislaciones estatales que le afectaban de una forma u otra se han visto modificadas. He estructurado el análisis en las siguientes partes: 1) breve panorámica de la discapacidad como hecho y los modelos de regulación que han surgido, con especial hincapié en la Convención de Nueva York (2006); 2) me centraré en la figura de la guarda de hecho, que ha sido institucionalizada por la reforma de 2021; 3) análisis de algunos problemas derivados de la nueva redacción legal y dudas que quedan sin resolver por el legislador; 4) comparación brevemente de nuestro sistema actual con el alemán, incidiendo en su anticipación temporal para reconocer la asistencia y la centralidad de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad.

Con este análisis busco poner de manifiesto los problemas a los que parece conducir la nueva regulación de 2021, en particular respecto a la guarda de hecho, partiendo de un equilibrio deseable y no incompatible entre la razón de ser de esta ley -la persona con discapacidad y su igual dignidad- y la necesaria seguridad jurídica del ordenamiento. Parece que se pretende hacer *tabula rasa* ignorando -como si fueran inexistentes- los méritos del sistema anterior. La jurisprudencia de nuestro país hizo desde el primer momento una lectura que compatibilizaba la concepción de la CDPD con el sistema legal entonces vigente y una parte de la doctrina también lo admitía.

Lo que se defendía como necesario por quienes propugnaban un cambio legislativo, no dejaba de ser, por tanto, una posibilidad cuanto menos discutible. Sin embargo, el legislador asume que acomete un cambio radical. Introduce confusión en la dogmática jurídica (Bercovitz) porque, pretendiendo defender la entronización de la autonomía de la voluntad, no son pocos los problemas en la práctica que esto comporta. Pero, además, resulta que el concepto mismo de discapacidad queda algo difuso, definiéndose a partir de las consecuencias legales que conlleva (DA 4ª CC).

La importancia de la guarda de hecho lleva al legislador a ampliar la escasa regulación que la recogía, aunque quizá hasta el punto de extralimitarse. Parece que estamos más ante una medida judicial tácita o indirecta que ante una medida informal. La guarda de hecho, al quedar convertida en una verdadera guarda de Derecho, queda desdibujada y se superpone -a veces por vía de la analogía- a la curatela. Ciertamente los conflictos de interés entre el guardador, o, más genéricamente, cualquier prestador de apoyo y la persona apoyada es una cuestión que debe atajarse, pero no a costa de desfigurar el Código mediante una amplia analogía. Parece excesiva la intervención legislativa, por ejemplo en cuanto al requerimiento de información (art. 265 CC), respecto a una medida que en teoría es meramente fáctica, sin retribución alguna y carente de forma de nacimiento.

España y Alemania comparten aspectos en la regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, principalmente la centralidad de la persona y su voluntad, los principios de necesidad y subsidiariedad y las salvaguardas al interés del apoyado. Sin embargo, en Alemania se da a la jurisdicción voluntaria un papel principal en el nombramiento y delimitación del prestador de apoyos, así como se reconoce el derecho a la retribución de los servicios de asistencia.

Finalmente, considero, siguiendo a Fábrega Ruiz, que la guarda de hecho debería constituir una suerte de cláusula de cierre de las distintas medidas de apoyo. Quizá incluso debiera tender a la constitución de una medida judicial en caso de necesidad, a imagen del anterior art. 229 CC. La jurisprudencia venidera permitirá comprobar si los temores hasta aquí recogidos eran fundados, aunque ya las escasas sentencias disponibles parecen seguir la línea construida con el sistema anterior, al formularse en clave continuista.