

LA NUEVA LEGISLACIÓN ALEMANA DE APOYO A LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL: ASPECTOS
SUSTANTIVOS, PROCESALES Y ADMINISTRATIVOS

*THE NEW GERMAN LEGISLATION TO SUPPORT PEOPLE WITH
INTELLECTUAL DISABILITIES: SUBSTANTIVE, PROCEDURAL AND
ADMINISTRATIVE ISSUES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 150-171

Brian
BUCHHALTER-
MONTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de marzo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: La Ley alemana de 4 de mayo de 2021 ha reformado ambiciosamente el régimen de la tutela del menor y la provisión de apoyos a las personas con discapacidad. Destaca especialmente el refuerzo de los principios de necesidad y subsidiariedad de los apoyos, así como un novedoso derecho conyugal de representación urgente en el ámbito sanitario. Estas reformas civiles se acompañan de otras previsiones procesales y administrativas, que son estudiadas en conjunto y en relación con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El profesor Cesare Massimo Bianca, ya en 1977, lo anticipó: “La afirmación de que el acto de negociación es constitutivo de normas puede responder (...) a la idea de un orden autónomo de los particulares, pero también responder a la idea de un orden estatal único que otorga a los particulares una competencia normativa restringida”.

PALABRAS CLAVE: Reforma; discapacidad; provisión de apoyos; Alemania.

ABSTRACT: *The German law of 4 May 2021 has ambitiously reformed the regime of child guardianship and the provision of support for persons with disabilities. Particularly noteworthy is the strengthening of the principles of necessity and subsidiarity of support, as well as a new spousal right of urgent representation in the field of health care. These civil reforms are accompanied by other procedural and administrative provisions, which are studied as a whole and in relation to Law 8/2021, of 2 June, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity.*

In 1977 Professor Cesare Massimo Bianca anticipated: “The negotiation’s act is itself constitutive of norms and can answer (...) to the idea of an autonomous order of private individuals but also answer to the idea of a single state order which grants a restricted normative competence to private”.

KEY WORDS: *Reform; disability; support provision; Germany.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES NORMATIVOS.- III. LA CDPD EN ALEMANIA Y SU IMPLICACIÓN EN LA REFORMA.- IV. UNA BREVE PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.- V. PROVISIÓN JUDICIAL DE APOYOS EN EL NUEVO RÉGIMEN.-VI. OTRAS NOVEDADES DE LA REFORMA.- 1. Consideraciones generales.- 2. Algunos aspectos sustantivos y alguna referencia a lo procesal.- A) Refuerzo de los principios de necesidad y subsidiariedad del apoyo.- B) Refuerzo de la autodeterminación de la persona con discapacidad. a) En general.- b) En el ámbito sanitario.- C) Remuneración del proveedor de apoyos.- D) Derecho conyugal de representación urgente en el ámbito sanitario.- a) Consideraciones generales.- b) El polémico rol del médico y la (no)determinación del Derecho aplicable.- E) Modernización del régimen de administración del patrimonio de la persona con discapacidad.- 3. Aspectos administrativos.- A) La nueva Ley de organización institucional del apoyo.- B) El nuevo registro de apoyos.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde la celebración de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, en adelante), diversos son los países que han reorganizado sus sistemas normativos en relación con las personas con discapacidad. En España, este reajuste se ha producido a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021, en adelante).¹ Alemania, por su parte, ha promulgado la Ley para la reforma del Derecho tutelar y asistencial, de 4 de mayo de 2021 (*Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*), cuya entrada en vigor se prevé para el 1 de enero de 2023. La reforma del Derecho alemán en esta materia es la más importante desde el 1 de enero de 1900 (fecha de entrada en vigor del Código civil alemán [BGB, en adelante]).² A analizar críticamente la reforma —con la Ley 8/2021 a la vista— se dedican, pues, las siguientes líneas.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS.

Las normas de *protección* de las personas con discapacidad (o de su patrimonio, principalmente) que diseñó originalmente el BGB hundían sus raíces en diversas tradiciones: el Derecho general para los Estados Prusianos de 1794 (*das Preußische Allgemeines Landrecht*), el Código civil francés de 1804, la Ordenanza prusiana de tutela de 1875 (*Preußische Vormundschaftsordnung*) y la Ordenanza procesal

1 Cfr. también la recientemente aparecida Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

2 SCHMIDT-RECLA, A.: “§ 1896 Voraussetzungen”, en GSELL, B.: et al. (eds.): *Beck-online.grosskommentar*, C.H.Beck, München, 2022, apartado 48.

• Brian Buchhalter–Montero

Máster en Derecho alemán (LL.M.) por la Universität Konstanz (Alemania). Correo electrónico: brianbuchhalter@gmail.com.

civil de 1877 (*Zivilprozessordnung*). Este sistema, que terminó cristalizando en el BGB de 1896, se concibió —al igual que en la España de la época— como un conjunto normativo dirigido a proteger el orden social y económico, más que a la persona con discapacidad.³ El devenir de los años hizo patente que un sistema así edificado no podría resistir incólume, sobre todo, tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (GG, en adelante).⁴ Así, ya durante la segunda mitad del siglo XX empezaron a sucederse tanto cambios legislativos como resoluciones del por entonces nuevo Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfG, en adelante).⁵ Este último, en sentencia de 10 de febrero de 1960, remarcó que el internamiento forzoso de una persona solo podía producirse con autorización judicial, por exigirlo así el art. 104.II GG.⁶ Como consecuencia de ello, la Ley de 11 de agosto de 1961 introdujo en el antiguo § 1800 BGB un párrafo II, exigiendo la necesidad de recabar autorización judicial para el internamiento y de dar audiencia al interesado antes de acordarla. Tras esta novedosa sentencia del BVerfG, quedaba claro que las garantías constitucionales respecto de la privación de libertad no podían regir desigualmente y que, tanto los reclusos como los privados de libertad por razones médicas, estaban protegidos por la GG.⁷ Ahora bien, la auténtica revolución en la materia se produciría en septiembre de 1990 con la promulgación de la Ley para la reforma del Derecho de la tutela y la curatela para mayores de edad (*Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige*). La norma, que entró en vigor el 1 de enero de 1992, expulsó del ordenamiento alemán la incapacitación (*Entmündigung*) y sustituyó la tutela y la curatela de mayores de edad por una nueva institución del apoyo o asistencia (*Betreuung*), asumiendo que la provisión de esta medida no puede tener por objeto la exclusión del tráfico jurídico de la persona con discapacidad.⁸ La idea fundamental de esta reforma estribaba en que el derecho a la autodeterminación de la persona con discapacidad fuera real y que, por tanto, la intervención del

3 Un buen ejemplo de esta concepción se puede ver en WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6.^a ed., Vol. 2, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1887, pp. 673 y ss. Al respecto, cfr. también JÜRGENS, A.: “Vorbemerkungen §§ 1896–1908i”, en JÜRGENS, A. (ed.): *Betreuungsrecht – Kommentar*, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2019, apartado. I.

4 Las normas de protección de las personas con discapacidad eran difícilmente solubles en nuevos preceptos como el art. 1.I GG, relativo a la dignidad de las personas.

5 Cfr. DIEKMANN, A.: “Empfiehl sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?”, *JuristenZeitung*, Vol. 43, Núm. 17, 1988, pp. 789 y ss.

6 El art. 104.II GG establece que, “(s)obre la admisibilidad y prórroga de una privación de libertad solo puede decidir un Juez. En todos los casos en que una privación de libertad no se produzca por orden judicial, debe recabarse inmediatamente autorización judicial (...)”. Esta resolución del BVerfG excluía una serie de opiniones —incluida la del Tribunal Supremo alemán (BGH, en adelante)— que no exigían autorización judicial para tal internamiento, por tratarse “de cuestiones de Derecho privado”. Al respecto, cfr. por todos MEYER, K. E. y SCHEFFLER, G.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs*, 10.^a ed., Vol. IV, Núm. 2, Walter de Gruyter & CO, Berlin, 1964, p. 1286.

7 MEYER, K. E., y SCHEFFLER, G.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, cit., p. 1286.

8 Sobre la desaparición de la incapacitación en Derecho alemán, cfr. EGEN, C.: *Das Ende der Entmündigung und Vormundschaft – eine Wohltat für psychisch Kranke?*, Dissertation, Bonn, 1994.

Estado —corporeizado en el tutor o su equivalente⁹— fuera la más proporcionada posible.¹⁰

A esta reforma le siguió otra que, operada por la Ley de 25 de junio de 1998, pretendió simplificar el régimen procesal de las instituciones de protección de las personas con discapacidad.¹¹ Esta norma instituyó un régimen que permaneció más o menos inalterado —aunque tampoco exento de críticas¹²— hasta que en 2005 se consagra legalmente la prevalencia de los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad, como manifestación de la dignidad que le es intrínseca como ser humano.¹³ Efectivamente, la Ley de 21 de abril de 2005 introduce un nuevo párrafo al clásico § 1896 BGB con el siguiente tenor: “contra la libre voluntad del mayor de edad no se puede proveer un prestador de apoyos”. Y finalmente, ya casi entrada la segunda década de los años 2000, destacaron las implicaciones que comportó la sustitución de la centenaria Ley de la jurisdicción voluntaria (FGG), por la nueva Ley sobre el procedimiento en materia de familia y en asuntos de la jurisdicción voluntaria (FamFG, en adelante).¹⁴

III. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE DISCAPACIDAD (2006) EN ALEMANIA Y SU IMPLICACIÓN EN LA REFORMA.

A esta breve seguidilla de antecedentes normativos debe agregársele una disposición trascendental en la materia: la CDPD. Su entrada en vigor en Alemania (2009) se dejó sentir rápidamente en estudios doctrinales¹⁵ y resoluciones

- 9 La comprensión del tutor como un mero delegado del Estado en la tarea pública de llevar a cabo la tutela proviene del Derecho prusiano que a pesar de haber perdido fuerza tras la promulgación del BGB, seguía notablemente presente en el Derecho de la época. Se entiende así que algunos de los primeros exégetas del BGB entendieran la tutela como una «parte de la actividad administrativa del Estado» (ENDEMANN, F.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. 2, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1908, pág. 703). La regulación de la tutela en el BGB se justificaba tan solo por la proximidad material que existe entre la patria potestad y las funciones del tutor (*ibid*, pág. 704).
- 10 HEIDERHOFF, B.: “Das Betreuungsrecht der §§ 1896 ff. BGB – zur schwierigen Balance zwischen Autonomie und Fürsorge”, *Juristische Ausbildung*, Núm. 9, 2019, p. 851. La reforma de 1995 vino acompañada de una modernización también terminológica. Desaparecieron términos despectivos como: *Geisteskrankheit*, *Geistesschwäche*, *Verschwendung*, *Trunksucht*, *Rauschgiftsucht*, *Gebrechen*. Cfr., al respecto, BT Drucksache, 11/4528, de 11 de mayo de 1989, p. 52. Igualmente, cfr. JASCHINSKI, J.: “§ 1896 Voraussetzungen”, en VIEFHUES, W. et al. (eds.): *Juris Praxiskommentar BGB*, 2.ª ed., Vol. 4, Juris, Saarbrücken, 2005, p. 1663. En general, una exposición detallada de la reforma se puede ver en SCHWAB, D.: “Vorbemerkungen vor §§ 1896 bis 1908i”, en REBMANN, K., y SÄCKER, F. J. (eds.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, pp. 1360 y ss.
- 11 MÜLLER, G.: “§ 1896 Voraussetzungen”, en BAMBERGER, H. G. y ROTH, H. (eds.): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2012, p. 1282.
- 12 Cfr. PROBST, M.: “Betreuungsrecht in der Krise? – Zur Notwendigkeit eines Wandels vom justizzentrierten zum integrierten Betreuungsrecht”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Núm. 34, Vol. 9, 2001, pp. 426 y ss.
- 13 BT Drucksache 15/2494, 12 de febrero de 2004, p. 17.
- 14 Sobre la historia de la jurisdicción voluntaria en Alemania, cfr. por todos SCHMITT, S.: *Die Herausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland*, LIT, Berlin, 2014.
- 15 Por todos, MASUCH, P.: “Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden”, en HOHMANN-DENNHARDT, C., MASUCH, P. y VILLIGER, M. (eds.): *Grundrechte und Solidarität – Festschrift für Renate Jaeger*, Engel Verlag, Kehl Am Rhein, 2011, pp. 245 y ss.

judiciales¹⁶. Entre estas últimas, destacó el Auto del BVerfG de 23 de marzo de 2011, que reconoció no solo la fuerza de Ley de la CDPD, sino su importancia interpretativa en la concreción del “contenido y extensión de los derechos fundamentales” (parágrafo 52). De este modo, consciente ya el Gobierno alemán de la necesidad de acomodar la legislación interna a la CDPD, el Ministerio de Justicia y Protección de los Consumidores encargó en 2015 la confección de una serie de dictámenes sobre la materia¹⁷, cuyas conclusiones —no compartidas por toda la doctrina¹⁸— consistieron, entre otras cuestiones, en la efectiva necesidad de concordar el Derecho interno y la CDPD.¹⁹ Por tanto, a reorganizar el régimen interno con la CDPD a la vista se dirige esta Ley para la reforma del Derecho tutelar y asistencial.

IV. UNA BREVE PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.

Antes de analizar *in concreto* la reforma de mayo de 2021, es necesario realizar una breve consideración terminológica. La legislación civil alemana emplea la noción *rechtliche Betreuung* para hacer referencia a lo que en España conocemos como “apoyo”. El término es ya clásico en el ordenamiento alemán, aunque durante la discusión a finales de la década de los años ochenta del siglo pasado, se propusieron otros términos de rancio abolengo como *Sachwalterschaft* —que empleó el Código civil austríaco hasta 2018²⁰— por entender que esta noción de *Betreuung* ya aparecía en otras disposiciones, con una connotación más fáctica que jurídica.²¹ En 1998 se introdujo en el BGB el adjetivo *rechtlich* (jurídico), que permite concretar el contenido del apoyo y entenderlo como una asistencia en materias jurídicas. En cualquier caso, esta terminología es hoy bien recibida en la doctrina, pues se aparta de los dejes autoritarios que comporta la noción de

16 La primera resolución del BGH en que nos consta la mención a la Convención sobre discapacidad de 2006 es el Auto de 26 de marzo de 2014 (XII ZB 346/13). Posteriormente constan otras de 2015 (Auto de 1 de julio de 2015 – XII ZB 98/15) y de 2021 (Auto de 30 de junio de 2021 – XII ZB 191/21). De tribunales menores las resoluciones si fueron más prontas, *cfr.* Auto del Juzgado de lo Contencioso (*Verwaltungsgericht*) de Berlín, de 2 de noviembre de 2009 (3 L 417/09), entre otros.

17 NOLTING, H.D. et al.: *Umsetzung der Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen“*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2018; y MATTA, V. et. al.: *Qualität in der rechtlichen Betreuung*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2018.

18 Por todos, *cfr.* JÜRGENS, A: “Vorbemerkungen”, *cit.*, apartado 2.

19 Igualmente, DODEGGE, G.: “Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Juli 2021”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 37, 2021, p. 2701.

20 El Código civil austríaco (ABGB, en adelante) reemplazó ese antiguo término por el nuevo “*Erwachsenenvertretung*” (representación de adultos). *Cfr.* actuales §§ 239 y ss. ABGB.

21 Es el caso del § 1.I a Ley de centros de mayores y de discapacitados (*Heimgesetz*) o del § 4.II del Libro XI Código de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*), donde la noción *Betreuung* aparece en referencia a cuidados personales o apoyos fácticos. Al respecto, *cfr.* HEITMANN, E. y FÜCHTENKORD, N.: “Vorbemerkungen zu §§ 1896 ff.”, en *BGB Familienrecht*, Vol. 4, 4.^a ed., Nomos, Baden Baden, 2021, p. 2180. La doctrina clásica alemana, sin embargo, concebía la tutela del menor y del mayor con discapacidad también como *Betreuung* (*cfr.* por todos, ENDEMANN, F.: *Lehrbuch*, *cit.*, p. 703).

tutela (*Vormundschaft*) y supone una importante carga de confianza o fiabilidad (el término *Betreuung* incorpora la raíz *Treu*, que en alemán significa lealtad, fidelidad).²²

V. PROVISIÓN JUDICIAL DE APOYOS EN EL NUEVO RÉGIMEN.

Al igual que sucede en España, el apoyo puede proveerse de diversas maneras, fundamentalmente por poder preventivo (*Vorsorgevollmacht*, cfr. actual § 1901c BGB) o judicialmente (*rechtliche Betreuung*, cfr. actuales § 1896 y ss. BGB).²³ Tras la reforma, la provisión judicial de apoyos queda regulada en los §§ 1814 y ss.

La norma fundamental es el § 1814, cuyo párrafo primero establece lo siguiente:

“(1) Cuando un mayor de edad no pueda ocuparse jurídicamente total o parcialmente de sus asuntos a causa de una enfermedad o discapacidad, el tribunal de apoyos [*Betreuungsgericht*] le designará un proveedor de apoyos [*rechtlicher Betreuer*]”.²⁴

De aquí se deriva, por tanto, que la provisión de apoyo exige: 1) que la persona con discapacidad (mayor de edad) no pueda ocuparse *jurídicamente* de sus asuntos; 2) que ello suceda a consecuencia de una enfermedad o discapacidad; 3) que la provisión sea necesaria; y 4) que la persona con discapacidad no se oponga a ello.²⁵ Procesalmente, la provisión del apoyo se canaliza por los §§ 271 y ss. FamFG, de manera que la jurisdicción voluntaria —igual que sucede en España— es la vía preferente.²⁶ La libre oposición de la persona con discapacidad no supone como

22 EGEN, C.: *Das Ende der Entmündigung*, cit., p. 249.

23 Sobre los poderes preventivos y su relación con el nuevo derecho de representación conyugal urgente en el ámbito sanitario, cfr. epígrafe 2.D).

24 La formulación del presupuesto para la provisión de apoyos es también clara en otros ordenamientos de nuestro entorno. Así, dice el art. 425 del *Code français* (bajo la rúbrica “*des mesures de protection juridique des majeurs*”) en su redacción dada por la *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, lo siguiente: “*Toda persona que no sea capaz de velar por sus propios intereses debido a un deterioro de sus facultades mentales o físicas, diagnosticado médicamente, que le impida expresar su voluntad, podrá beneficiarse de una medida de protección jurídica prevista en el presente capítulo. (...) Salvo que se disponga lo contrario, la medida está destinada a proteger tanto a la persona como sus intereses patrimoniales. Sin embargo, puede limitarse expresamente a una de estas dos tareas*”. Y, en un sentido similar, el art. 404 del *Codice civile* que bajo la rúbrica “*(a)mmministrazione di sostegno*” e incardinado en el Título XII (“*d)elle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia*”), dispone lo siguiente: “*La persona que, como consecuencia de una enfermedad o de un impedimento físico o mental, esté parcial o temporalmente imposibilitada para velar por sus propios intereses podrá ser asistida por un administrador de apoyo designado por el juez tutelar [giudice tutelare] del lugar donde tenga su residencia o domicilio*”.

25 Para una exposición en detalle de estos presupuestos, cfr. GÖTZ I.: “§ 1896 Voraussetzungen”, en PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2020, pp. 2256 y ss.

26 En España, como ha hecho notar agudamente GARCIMARTÍN MONTERO, no es tanto que la jurisdicción voluntaria sea preferente, sino obligatoria: no es posible incoar un proceso contencioso de provisión de apoyos (art. 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin antes haber acudido a la jurisdicción voluntaria (GARCIMARTÍN MONTERO, R.: *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 77). Crítico también: ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 33, 2022, p. 554.

en España la conversión en contencioso del expediente [art. 42 bis b).5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria], sino simplemente la terminación del expediente, pues con arreglo al § 1814.II BGB no es posible proveer apoyos “contra la *libre* voluntad del mayor de edad”.²⁷ Si su voluntad no es libre, continúan simplemente los trámites de provisión de apoyos por la vía de la jurisdicción voluntaria, cuyas normas ofrecen interesantes previsiones. Por otro lado, el § 278 FamFG obliga al Juez a dar audiencia personal al interesado y a formarse una impresión personal de este, impresión que debe producirse en el ambiente habitual de la persona con discapacidad, cuando lo exija así el interesado o cuando sea necesario —siempre que este no se oponga libremente.²⁸ Además de ello, la FamFG exige dictamen médico antes de proveer judicialmente el apoyo, siendo obligatorio que el perito se entreviste personalmente con el interesado (§ 280 FamFG).²⁹ Este dictamen es un trámite esencial de la provisión judicial de apoyos —dada la afeción del derecho a la libertad del interesado³⁰— y tiene por objeto determinar si verdaderamente existe una voluntad libre y consciente que quiera (o que no quiera el apoyo).³¹ Se trata, por tanto, de comprobar si el interesado puede efectivamente formarse una opinión sobre la provisión del apoyo y, en segundo término, si es capaz de actuar conforme a esa previsión.³² Es, en definitiva, una saludable objetivación del supuesto de hecho (médico) que da lugar a la provisión de apoyos.

VI. OTRAS NOVEDADES DE LA REFORMA.

I. Consideraciones generales.

En términos generales, la nueva regulación alemana pretende reforzar y consolidar —no solo en la legislación sustantiva— una nueva concepción de la

27 La intervención de la persona con discapacidad en el procedimiento de provisión de apoyos puede producirse, incluso, forzosamente (cfr. § 278.VI FamFG).

28 Esta obligación de dar audiencia es consecuencia inmediata del § 26 FamFG. Al respecto, cfr. BUCHHALTER-MONTERO, B.: “La investigación de oficio en el sistema procesal civil alemán: el caso de la jurisdicción voluntaria”, *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 52, 2020. Por otra parte, la voluntad de la persona con discapacidad de entrevistarse en la oficina judicial y no en su domicilio, debe ser respetada. De lo contrario, la entrevista no puede ser valorada en el expediente (GIERS, M.: “§ 278 Anhörung des Betroffenen”, en KEIDEL, T.: *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Kommentar*, 20.^a ed., C. H. Beck, München, 2020, p. 2066).

29 Cuando el tribunal estima que no procede el apoyo, no es necesario recabar dictamen (GIERS, M.: “§ 280 Einholung eines Gutachtens”, en KEIDEL, T.: *FamFG*, cit., p. 2076).

30 Al respecto, cfr. GIERS, M.: “§ 280 Einholung eines Gutachtens”, en KEIDEL, T.: *FamFG*, cit., p. 2076.

31 HEIDERHOFF, B.: “Das Betreuungsrecht”, cit., p. 853.

32 Auto del BGH de 21 de enero de 2014 (XII ZB 632/12). Igualmente, Auto del BGH de 18 de octubre de 2017 (XII ZB 336/17), de 7 de diciembre de 2016 (XII ZB 346/16) y de 31 de octubre de 2018 (XII ZB 552/17). El tribunal debe cerciorarse de que la decisión es libre y, para ello, debe recabar dictamen médico las veces que sean necesarias, cfr. Auto del BGH de 11 de mayo de 2016 (XII ZB 363/15). Correlato lógico de ello es que no cabe el nombramiento de *Betreuer* si la persona con discapacidad solo acepta a determinada persona para esa función y el tribunal no la considera apta, Auto del BGH 21 de junio 2017 (XII ZB 237/17).

discapacidad, de manera que la provisión del apoyo se produzca solo cuando sea verdaderamente necesario y no como instrumento de exclusión de la persona con discapacidad del tráfico jurídico.³³

La pretensión del legislador alemán coincide, pues, con la del legislador español, que tuvo por objeto materializar, como dijera ya el Consejo de Estado, “(...) un cambio de sensibilidad en la manera de afrontar el tratamiento de la discapacidad, entendida ahora como situación de vulnerabilidad que precisa, para su solución, del diseño de instrumentos específicos de protección cuya consecuencia no sea la exclusión legal del sujeto afectado de la sociedad, sustituyendo su voluntad; sino que logren como efecto la promoción de su autonomía, completándola o complementándola, según se precise, con el propósito de lograr su inserción social plena”.³⁴

Estas consideraciones son perfectamente trasladables al espíritu de la reforma alemana, que tiene por pretensión conseguir la mayor independencia y autonomía posible de la persona con discapacidad.³⁵ Y así lo expresa el nuevo § 1821.VI BGB, con arreglo al cual “el proveedor de apoyos debe contribuir, en el marco de sus competencias, a que sean aprovechadas las posibilidades de la persona con discapacidad de recuperar o mejorar sus capacidades para ocuparse de sus propios asuntos”.

2. Algunos aspectos sustantivos y alguna referencia a lo procesal.

La reforma afecta tanto a la legislación civil y procesal, como a otra serie de normas administrativas, de las que nos ocupamos más adelante (*cfr.* epígrafe VI.3). Desde una perspectiva material, la reforma ha operado, sobre todo, fortaleciendo la autodeterminación e independencia de la persona con discapacidad, pero también ha renovado otras cuestiones relevantes como la remuneración de los proveedores de apoyo.

A) Refuerzo de los principios de necesidad y subsidiariedad del apoyo.

La provisión de apoyos se consolida en la reforma como *ultima ratio*, es decir, solo puede ser provisto el apoyo cuando no sea posible obtener resultados

33 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 2.

34 Dictamen del Consejo de Estado (Pleno, REF: 1030/2018), de 28 de febrero de 2019. También lo ha entendido así el Consejo Económico y Social en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 24 de octubre de 2018: “se pasaría, así, de un modelo paternalista, basado en la protección, asistencia y cuidado de la persona con discapacidad, a un modelo social donde las personas con discapacidad son sujetos de pleno derecho y, como tales, titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, sin menoscabar su seguridad jurídica, mediante la provisión del apoyo y la salvaguarda necesarias” (p. 5).

35 SCHMIDT-RECLA, A.: “Einführung in das deutsche Betreuungsrecht” en LINDNER, J. F. y HUBER, F., (eds.): *Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 19.

satisfactorios mediante otras ayudas: la provisión, pues, debe ser estrictamente necesaria (§ 1814.III BGB).³⁶ Especialmente interesante es, como medida alternativa, el otorgamiento de un poder preventivo.³⁷ Correlato lógico de la necesidad del apoyo es que este solo tiene lugar para cuestiones de índole jurídica (§ 1821.I BGB) —lo que no quiere decir que el *Betreuer* deba ser un gran conocedor del Derecho³⁸— sino tan solo que las cuestiones sociales o morales relativas a la persona con discapacidad no quedan bajo su responsabilidad.³⁹ De este modo, el *Betreuer* no es un asistente social, ni tampoco un proveedor de cuidados puramente físicos (aseo personal, por ejemplo).⁴⁰ Por otro lado, este principio de necesidad de los apoyos exige unos límites temporales estrictamente fijados, de modo que nadie puede ser provisto de apoyos por más tiempo del necesario.⁴¹ A este respecto, la legislación civil alemana no concreta ningún límite temporal —a diferencia de nuestro art. 268.II CC, que prevé un plazo general de revisión de tres años. En Alemania, son las normas de la jurisdicción voluntaria las que imponen la revisión, como máximo, a los siete años (§ 295.II FamFG) o bien a los dos si el apoyo se ha provisto contra la voluntad de la persona con discapacidad (nuevo § 295.II FamFG). Los plazos son máximos, de manera que, a la vista del dictamen médico obligatorio, la revisión —por lo menos la primera— podría producirse en un plazo menor.⁴²

B) Refuerzo de la autodeterminación de la persona con discapacidad.

Otro de los conceptos fundamentales en que incide la nueva regulación es el derecho a la autodeterminación de la persona con discapacidad. Recientemente, el BVerfG ha establecido—en Auto de 31 de marzo de 2021— que este derecho a la autodeterminación supone, para las personas con discapacidad, que incluso las decisiones personales que puedan parecer irracionales deben ser aceptadas. De

36 El § 1814.III establece que la provisión de apoyos no es necesaria, por ejemplo, cuando los asuntos del mayor de edad: 1) puedan ser gestionados por apoderado; o 2) cuando puedan ser gestionados a través de otros mecanismos que no exijan representación legal y, especialmente, a través de la seguridad social. Los supuestos previstos en el núm. 2 de este § 1814.III no excluyen otros distintos (BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 232).

37 JURGELEIT, A.: “§ 1896 Voraussetzungen”, en JURGELEIT, A. (ed.): *Betreuungsrecht*, 4.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 296.

38 HEITMANN, E., y FÜCHTENKORD, N.: “Vorbemerkungen”, cit., p. 2180. Al respecto, *cf.* *Stellungnahme Prof. Dr. Werner Bienewald*, 29 de junio 2020, pág. 2 (disponible *online* en: <https://cutt.ly/HFBP4Yt>). Sobre la cualificación jurídica del prestador de apoyo, *cf.* epígrafe VI.3.B).

39 Auto del BVerfG de 31 de marzo de 2021.

40 SCHMIDT-RECLA, A.: “Einführung...”, cit., p. 10. Que el *Betreuer* no se ocupe de cuestiones personales (de aseo personal, por ejemplo) no le excluye de tener contacto personal con el interesado (§ 1816 BGB *in fine*). Sobre esta distinción entre lo social y lo jurídico, *cf.* DÖRRER, W. y OESCHGER, G.: “Abgrenzung von rechtlicher Betreuung und sozialer Betreuung”, en DIEKMANN, A. y OESCHGER G. (eds.): *Menschen und Rechte – Behindertenrechtskonventionen und Betreuung*, Betreuungsgerichtstag, Bochum, 2011, pp. 64 y ss. En el régimen originario del BGB el cuidado y contacto personal con el tutelado no era una *conditio sine qua non* de la institución, sino tan solo una consecuencia exigible cuando lo requiriese el ejercicio de la tutela (§ 1901 BGB).

41 SCHMIDT-RECLA, A.: “Einführung”, cit., p. 15.

42 GIERS, M.: “§ 286 Inhalt der Beschlussformel”, en KEIDEL, T.: *FamFG*, cit., p. 2098.

este modo, “la necesidad del individuo de ser provisto de apoyos no faculta a los órganos estatales para prescindir de su voluntad, solo porque desde una perspectiva externa puedan parecer irracionales” (...) y, especialmente, en relación con la elección del proveedor de apoyo, que un individuo sea apto para proveerlo, no es suficiente para desconocer la voluntad de la persona con discapacidad (parágrafo 31). Ahora bien, que la reforma fortalezca la independencia de la persona con discapacidad no significa que, en todo caso, su voluntad pueda prevalecer. Al contrario, en ocasiones prevalecerá la obligación del Estado de proveer asistencia y apoyo a las personas necesitadas, de manera que el tribunal —y también el proveedor de apoyos— está constitucionalmente legitimado para prescindir de la *voluntad* de la persona con discapacidad cuando esta pueda ser verdaderamente nociva para sí misma.

a) *En general.*

La reforma de mayo de 2021 supone un decidido refuerzo de este derecho a la autodeterminación de la persona con discapacidad, lo que se proyecta en una más amplia posibilidad de gestionar sus asuntos. De esta manera, la clásica obligación de “actuar para el bien de la persona apoyada” (*zum Wohl des Betreuten zu handeln*) supone —a pesar de su desaparición formal del BGB (cfr. antiguo § 1901. II BGB)— que el *Betreuer* está obligado a facilitar el ejercicio de este derecho a la autodeterminación. Hoy es absolutamente claro el nuevo § 1821. II BGB: “El proveedor de apoyos debe gestionar los asuntos de la persona con discapacidad de manera que esta pueda, según sus posibilidades, gestionar su vida con arreglo a sus deseos (...)”. Así, a pesar de las excepciones que puedan darse en el caso concreto⁴³, los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad son —como la voluntad del testador en la sucesión— la Ley del apoyo, por ejemplo, en la elección del proveedor del apoyo (§ 1816 BGB) o en el desarrollo del apoyo (§ 1821 BGB).⁴⁴ Por otro lado, este cambio de sensibilidad explica las severas reglas que el BGB (§ 1833) impone para la disposición de la vivienda habitual de la persona con discapacidad. Se entiende que este espacio es vital en su desarrollo y, por tanto, estos férreos controles judiciales en la disposición de la vivienda pretenden proteger no tanto el patrimonio como la persona del necesitado de apoyo. Se trata de evitar que la persona con discapacidad sufra una pérdida de su “vivienda como espacio central de su vida y de sus relaciones sociales”.⁴⁵

43 El nuevo § 1821. III establece dos supuestos en que el proveedor de apoyo no está obligado a respetar la voluntad de la persona con discapacidad: 1) cuando la persona con discapacidad o su patrimonio puedan verse en peligro y aquella no pueda actuar al respecto en razón de su enfermedad o discapacidad; y 2) cuando no le sea exigible al proveedor del apoyo.

44 También el defensor judicial (*Verfahrenspfleger*) debe, en el ámbito de sus competencias, tomar en consideración y respetar los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad (cfr. nuevo § 276. III FamFG).

45 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 136.

b) En el ámbito sanitario.

El derecho a la autodeterminación se refuerza particularmente en el ámbito sanitario. Los nuevos §§ 1827 y ss. BGB se ocupan de las llamadas cuestiones personales (*Personenangelegenheiten*), entre las que se cuentan las voluntades anticipadas (§ 1827), la autorización judicial para intervenciones médicas riesgosas (§ 1829), la esterilización forzosa (§ 1830) o el internamiento forzoso (§ 1831). Todas estas materias son especialmente sensibles en relación con la discapacidad, pues comportan intromisiones patentes en la libertad y en la integridad física de la persona.⁴⁶ Ello explica el activo rol que el tribunal desempeña en el desarrollo y control de todas estas medidas.⁴⁷ Las reformas operadas en este conjunto normativo son relevantes. Respecto del internamiento forzoso, así como otras medidas de privación de libertad, el nuevo § 1831 BGB es más claro que su predecesor (§ 1906.I-IV BGB) y, de acuerdo con la CDPD, prescinde de una expresión de rancio abolengo en el Derecho alemán, equiparable al “interés del incapacitado” que preveía nuestro CC. [*cfr.*, por ejemplo, el antiguo art. 20.2.a) CC *in fine*]. Ahora, el nuevo § 1831 BGB deja de referirse a este interés objetivo de la persona con discapacidad, por entender que, si bien la expresión fue provechosa para excluir cualquier tratamiento como mecanismo de protección de *terceros*, hoy ya no es necesaria.⁴⁸ Simbólicamente, pues, es un avance. Menos positiva, por lo menos desde una perspectiva técnica, es la redacción del nuevo § 1832 BGB, relativo a los tratamientos médicos forzosos. El precepto establece una serie de circunstancias en que el tratamiento médico forzoso es posible, definiéndolas en contraposición con la *voluntad natural* de la persona con discapacidad. Qué sea exactamente tal *voluntad natural* no es claramente perceptible, y así lo ha hecho saber el Consejo Federal de la Abogacía, haciendo notar la falta de seguridad jurídica que comporta una expresión tan ambigua.⁴⁹ Parece que se trata, simplemente, del deseo concreto de no someterse a una particular intervención, sin que de tal formulación pueda derivarse ninguna conclusión especial.

C) Remuneración del proveedor de apoyos.

Otra importante modificación que introduce la reforma se da en el régimen de remuneración de los proveedores de apoyo. El BGB se ocupa ahora tan solo de la remuneración de los proveedores de apoyo voluntarios o *ad honorem* (*ehrenamtliche*), en sus §§ 1875 y ss. BGB. La remuneración de los proveedores

46 Para el antiguo Derecho, *cfr.* KOLLMER, N.: *Selbstbestimmung im Betreuungsrecht*, VVF, München, 1992, pp. 188 y ss. Respecto de la integridad física, *cfr.* DI FABIO, U.: “Art. 2. Abs. 2 Satz 1”, en DÜRIG, G. y MAUNZ, T. *et al.*: *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 2021, apartados 51 y ss.

47 Al respecto, *cfr.* DAMRAU, J. y ZIMMERMAN, W.: “§ 1904 BGB Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen”, en *ibid.*, *Betreuungsrecht – Kommentar zum materiellen und formellen Recht*, 4.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2011, pp. 426 y ss.

48 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 261.

49 *Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 39*, 2020, p. 8. Disponible online en: <https://cutt.ly/0Fs0PPK>

de apoyo profesionales, por el contrario, encuentra su regulación en la renovada Ley de remuneración de tutores y proveedores de apoyo [*Vormund- und Betreuervergütungsgesetz* (VBVG, en adelante)], como dispone el § 1875. II BGB. Estas remuneraciones —también de las asociaciones privadas (§§ y 5 y 13 VBVG)— varían en función de su cualificación profesional (§ 8 VBVG) o de otras circunstancias como la duración del apoyo, la localización del domicilio de la persona con discapacidad, o su situación económica (§ 9 y 10 VBVG).⁵⁰ En principio, la remuneración corre a cargo del patrimonio de la persona provista de apoyo, aunque cuando su situación económica no lo permita, la asume el Estado (§ 16.I VBVG).⁵¹ A pesar de que las normas de remuneración del tutor y del proveedor de apoyo no son un emplazamiento habitual para la discriminación de las personas con discapacidad, sí hubiera sido aconsejable —por huir de la equiparación entre los menores y los discapacitados— que la regulación se hubiera desdoblado.

D) Derecho conyugal de representación urgente en el ámbito sanitario.

a) Consideraciones generales.

Una de las novedades más destacables que introduce la Ley de mayo de 2021 es un derecho de representación conyugal urgente (*Eherechtliches Notvertretungsrecht*), limitado al ámbito sanitario.⁵²

Viene regulado el nuevo y extenso § 1358 BGB, en cuyo párrafo primero se puede leer lo siguiente:

“(1) Cuando uno de los cónyuges no pueda ocuparse jurídicamente de sus asuntos sanitarios a causa de una pérdida de consciencia o enfermedad [*vertreter Ehegatte*], el otro cónyuge [*vertretender Ehegatte*] tiene derecho: 1. A autorizar o impedir investigaciones sobre el estado de salud, tratamientos curativos o intervenciones médicas, así como a recibir explicaciones médicas; 2. A celebrar y exigir la ejecución de contratos médicos u hospitalarios o contratos sobre medidas urgentes de rehabilitación o tratamiento [sobre el cónyuge representado]; 3. A decidir sobre las medidas del § 1831.IV⁵³, siempre que la medida no exceda temporalmente de seis semanas; (...).”

Presupuesto fundamental para el nacimiento de este derecho de representación es que exista una pérdida de consciencia o una enfermedad que impida al cónyuge ocuparse jurídicamente de sus asuntos. La redacción es, pues, paralela a la que

50 La regulación se completa con unas provechosas tablas de retribuciones, contenidas en un anexo a la Ley.

51 El nuevo § 1880 BGB determina cuándo se entiende que una persona con discapacidad carece de medios.

52 Se aplica también a las parejas de hecho, *cfr.* § 21 de la Ley de la unión de hecho registrada (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*).

53 Se trata de medidas relacionadas con el internamiento forzoso de la persona con discapacidad.

prevé el nuevo § 1814 BGB para la provisión judicial de apoyos.⁵⁴ Este polémico derecho de representación automático existe siempre y cuando los cónyuges no estén separados —legalmente⁵⁵— o que al médico frente a quien se haga valer la representación no le conste que el cónyuge representado se oponía a tal representación, o que ya hubiera designado a un tercero para representarlo en tal situación. Tampoco nace este derecho cuando ya se hubieran provisto medidas de apoyo judicialmente (§ 1358.III BGB), ni cuando el cónyuge representante se oponga a serlo.⁵⁶ De esta manera, la idea fundamental de este particular derecho de representación, limitado a tres meses desde que el facultativo comprueba la concurrencia de los presupuestos legales⁵⁷, es que subsista hasta que el cónyuge afectado recupere la posibilidad de hacerse cargo de sus asuntos, evitándose así la onerosa situación —para los tribunales y para el cónyuge representante— de tener que proveer un apoyo provisorio (§ 300 FamFG).⁵⁸ Esta novedosa institución, sin embargo, no ha sido asumida positivamente por importantes corporaciones: el Colegio Federal de la Abogacía ha puesto de relieve los riesgos de abuso existentes, que en casos extremos podrían conducir al cónyuge representante a desconectar los medios de supervivencia asistida, “en la esperanza de [obtener] más rápidamente la herencia” que le podría corresponder.⁵⁹ También ha sido crítico el Notariado alemán, considerando excesivamente amplia y automatizada esta representación urgente, pues no parece que en todos los casos los cónyuges fueran a otorgarse tan amplios poderes recíprocamente, de manera que hubiera sido conveniente un ámbito de operatividad más restringido.⁶⁰ Tampoco convence en exceso al Notariado alemán el argumento del legislador, consistente en que este derecho de representación —al no requerir intervención judicial— vaya a descargar de trabajo a los tribunales.⁶¹ Más allá de estas cuestiones, el principal problema que plantea este derecho de representación es su posible falta de conformidad con el art. 12.4 CDPD.⁶² Este precepto obliga a los Estados firmantes de la convención a que “en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los

54 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 179.

55 Este nuevo § 1358.III BGB no concreta el tipo de separación a que se refiere. Sí se hizo referencia en la fundamentación de la norma (BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 181) a la necesidad de que los cónyuges estuvieran separados legalmente en el sentido del § 1567.I BGB. Así, con razón sugirió el Consejo Federal de Abogados que lo más lógico es entender que se trata de una separación legal y que, por tanto, hubiera sido conveniente que el nuevo § 1358.III se refiriese a una separación “en el sentido del § 1567.I BGB” (*Bundesrechtsanwaltskammer*, cit., p. 5). Igualmente lo hace constar el Notariado alemán: *Bundesnotarkammer, Stellungnahme zum Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*, 2020, p. 12. Disponible online en: <https://cutt.ly/NFs9BQY>.

56 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 179.

57 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 182.

58 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 179.

59 *Bundesrechtsanwaltskammer*, cit., p. 5.

60 *Bundesnotarkammer*, cit., p. 10.

61 *Bundesnotarkammer*, cit., p. 10.

62 *Bundesnotarkammer*, cit., p. 12.

abusos (...)” y, particularmente, a asegurar que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, que no haya conflicto de intereses *ni influencia indebida* (...)”.⁶³ No son perceptibles en la regulación que ofrece el BGB estas salvaguardias, que tendrán que ser adoptadas, en el caso en que sean necesarias, por los órganos judiciales, de manera que la pretensión de descargar a los tribunales de tales tareas, parece que quedará vacía de contenido. Esta falta de salvaguardias parece compensarse —o así lo entiende el legislador alemán— con una limitación temporal clara del derecho de representación.⁶⁴

b) El polémico rol del médico y la (no)determinación del Derecho aplicable.

Una de las cuestiones más problemáticas que plantea la nueva regulación es el papel del médico en el control de este derecho de representación. Al facultativo le corresponde comprobar —nada dice el BGB sobre cómo debe hacerlo— si la persona que se irroga la condición de cónyuge efectivamente lo es. La cuestión se soluciona fácilmente presentando una certificación del Registro Civil —aunque dada la urgencia de la situación no parece lo más ágil. Sin embargo, las posibles dificultades que pueden suscitarse y la natural falta de pericia legal del médico aconsejan que un funcionario conocedor del Derecho compruebe la concurrencia de tales presupuestos. Por ello, es provechosa la reforma del artículo 15 de la Ley de Introducción del Código Civil [*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (EBGB, en adelante)]. El nuevo precepto determina que en las cuestiones relativas a la salud que se planteen en territorio alemán el § 1358 BGB se aplicará incluso cuando otras normas conduzcan a la aplicación del Derecho extranjero. Se trata de una modificación interesante, pues evita a los médicos —y administrativos del hospital— la obligación de investigar cuál es el Derecho aplicable a la representación y, en su caso, de aplicar e interpretar el Derecho extranjero.⁶⁵

E) Modernización del régimen de administración del patrimonio de la persona con discapacidad.

La administración patrimonial de la persona provista de apoyos también ha sido modernizada, lo que se materializa en los nuevos §§ 1835 y ss. BGB. En la formación de inventario destaca ahora la obligación del proveedor de apoyos de acreditar (flexiblemente, eso sí) la titularidad de los bienes que integran el patrimonio de la persona con discapacidad (aunque no su valor).⁶⁶ Por otra parte, es de destacar la obligación del proveedor de apoyos de que la voluntad, deseos y

63 La cursiva es nuestra.

64 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 183.

65 *Stellungnahme Bundesärztekammer*, de 5 de agosto de 2020, pág. 4.

66 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 266.

preferencias de la persona con discapacidad sea también tenida en consideración en la gestión de su patrimonio (§ 1838.II BGB). Con esta previsión se pretende que el § 1821 BGB —la “Carta Magna del Derecho asistencial”— proyecte también sus efectos en el ámbito patrimonial.⁶⁷ Como recuerda la exposición de motivos que acompañó a la reforma que nos ocupa, el BGH se pronunció en sentencia de 22 de julio de 2009 (XII – ZR 77/06) sobre la obligación del prestador de apoyos de respetar la voluntad de la persona con discapacidad también en relación con la gestión de su patrimonio, aun cuando esto fuera contrario a su propio interés.⁶⁸ La contraposición de intereses es, efectivamente, severa: el proveedor de apoyos se encuentra en la tesitura de tener que aceptar una gestión desordenada del patrimonio de la persona con discapacidad —y arriesgarse a acciones posteriores por los herederos o acreedores— o bien en la tesitura de tener que negar la voluntad de la persona con discapacidad y tomar la decisión que considere más provechosa. El legislador alemán se decide por la primera opción, otorgando notable preferencia a la voluntad de la persona con discapacidad en relación con su patrimonio, siempre que sus deseos sean verdadera expresión del derecho a la autodeterminación que a todos reconoce la GG. De este modo, si la voluntad es libre, la persona con discapacidad tiene legítimo derecho a poner en peligro e incluso dañar su patrimonio.⁶⁹ Y, en este sentido, ha sido claro el relativamente reciente auto del BGH de 19 de mayo de 2021 (XII – ZB 518/20): “(l)a provisión de apoyos no tiene por finalidad proteger o aumentar el patrimonio de la persona con discapacidad en beneficio de sus legitimarios”.⁷⁰

3. Aspectos administrativos.

Además de estos aspectos puramente civiles, la reforma de mayo de 2021 ha introducido otras previsiones de carácter administrativo. Entre ellas destaca la reorganización del régimen institucional de la provisión de apoyos y la mejora del registro de apoyos.

A) La nueva Ley de organización institucional del apoyo.

Efectivamente, el *pack* de reforma de mayo de 2021 comporta también la promulgación de una Ley de organización institucional del apoyo [*Betreuungsorganisationsgesetz* (BtOG, en adelante)], llamada a sustituir a la antigua Ley de autoridades del apoyo (*Betreuungsbehördengesetz*). La nueva norma, con pretensión totalizante, compila y agrupa todas las normas que regulan la posición jurídica de las autoridades administrativas —no las judiciales⁷¹— en materia de

67 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 270.

68 Más recientemente, *cfr.* sentencia del BGH de 24 de enero de 2018 (XII – ZB 141/17).

69 *Cfr.* BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 272.

70 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 341.

71 Las normas sobre las autoridades judiciales siguen comprendidas, fundamentalmente, en la FamFG.

provisión de apoyos. Incorpora también una serie de disposiciones respecto de las asociaciones privadas, cuyo papel en el ejercicio y desarrollo de los apoyos es ahora mayor.⁷² La nueva Ley contiene una serie de previsiones interesantes sobre tratamiento y protección de datos (§ 4 BtOG), así como un amplio catálogo de tareas que corresponden a estas autoridades administrativas. Entre ellas destacan las obligaciones de información y asesoramiento (§ 5 BtOG) y de asistencia a los proveedores de apoyo (§ 6 BtOG). Por otra parte, la Ley otorga relevantes funciones de fe pública a los encargados de estas autoridades (§ 7 BtOG), sin perjuicio de las competencias de los notarios y de otros funcionarios. También prevé la nueva Ley la facultad —y no obligación— de comunicar a los tribunales la existencia de circunstancias que aconsejan la provisión de apoyos o la toma de medidas al respecto (§ 9.I BtOG). Sí están obligadas las autoridades, sin embargo, a poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales la existencia de circunstancias que pueden hacer inidóneo a un proveedor de apoyo para el ejercicio de sus funciones (§ 9.II BtOG en relación con el nuevo § 1816.I BGB). Y, viceversa, la reforma mejora incide también en la necesidad de que las autoridades judiciales comuniquen a las autoridades administrativas que intervienen en la provisión de apoyos aquellas circunstancias que puedan afectar a la idoneidad o fiabilidad del proveedor de apoyos (*cf.* nuevo § 309a FamFG).

B) Nuevo registro de apoyos.

Por último, la reforma incluye una serie de previsiones (§§ 23 y 24 BtOG) sobre la inscripción en un registro administrativo como proveedor de apoyo profesional. La pretensión fundamental de esta norma es que las personas con discapacidad —y sus allegados— puedan confiar en que la provisión de apoyos se produzca solo por personas preparadas, confiables y provistas de los seguros de responsabilidad civil pertinentes.⁷³ Así, los presupuestos para la inscripción en el registro como proveedor profesional de apoyos son: 1) la adecuación personal y la fiabilidad del proveedor de apoyos; 2) una cualificación suficiente para el ejercicio del apoyo⁷⁴; y 3) un seguro de responsabilidad civil de como mínimo doscientos cincuenta mil euros, para hacer frente a los daños que pudieran producirse por la actividad. A ello el § 23.II BtOG agrega una enumeración abierta de supuestos en que no concurre esta fiabilidad exigida por la Ley.⁷⁵ Se trata, por ejemplo, de aquellos casos en que: 1) el proveedor de apoyos ha sido penalmente inhabilitado para el ejercicio de profesión u oficio; 2) ha sido condenado en sentencia firme

⁷² Se trata de entidades similares a las que se refiere el art. 56.II, del CC español.

⁷³ BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 375.

⁷⁴ La cualificación personal exige, según el § 23.III BtOG: conocimientos jurídicos (sustantivos y procesales) en el Derecho asistencial y en el Derecho de los internamientos forzosos, así como en el cuidado de las personas y el patrimonio; conocimiento del sistema de seguridad social; y conocimientos sobre comunicación con personas con enfermedades y discapacidades, así como de mecanismos para el apoyo en la toma de decisiones.

⁷⁵ BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 376.

por un delito relevante en relación con la provisión de apoyos, en los tres años anteriores a la solicitud de inscripción; 3) el registro ya haya desestimado una solicitud de inscripción (§ 27 BtOG); o 4) el patrimonio del proveedor de apoyos no esté saneado (por estar inmerso en un procedimiento concursal, por ejemplo).

VII. CONCLUSIONES.

1. El Derecho civil alemán de las personas con discapacidad ha sido ambiciosamente reformado. Se han consolidado claramente los principios de necesidad y subsidiariedad de los apoyos. Igualmente, se han clarificado los derechos, obligaciones y potestades que asisten a los intervinientes en el apoyo (desde la persona con discapacidad y el proveedor de apoyos, hasta las autoridades judiciales y administrativas). La reforma, pues, coloca verdaderamente a la persona con discapacidad en el centro del apoyo, de manera que, ahora más informada y mejor protegida, puede ejercitar su capacidad jurídica en mejores condiciones, cumpliendo las exigencias de la CDPD.

2. Uno de los aspectos más llamativos de la reforma es la introducción de un novedoso derecho de representación conyugal urgente, que ofrece soluciones ágiles —aunque no del todo prolifas— a una cuestión delicada. Su introducción en España podría ser interesante y no parece plantear excesivos problemas respecto de los cónyuges. Sí se antoja más complicada la posible regulación respecto de las parejas de hecho (admitida legalmente en Alemania), pues la jurisprudencia del TC español al respecto [cfr. STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2000, 5297)] parecería impedir a las Comunidades Autónomas extender este derecho de representación urgente a las parejas de hecho.⁷⁶

3. La reforma alemana es saludable y, al igual que sucede en España con la Ley 8/2021, sería deseable que no quedara en un simple lavado de cara o cambio de etiquetas, pues el estado de cosas no varía con un mero cambio de nombre —lo que no parece ser el caso, ni de España ni de Alemania.⁷⁷ En definitiva, se trata de que el derecho de la provisión de apoyos deje de ser parte de un “Derecho civil especial” (*Sonderzivilrecht*)⁷⁸, para consolidarse, simplemente, como una sección más de *lo normal*, igual que lo son las normas de la compraventa o de la hipoteca.

76 Al respecto, cfr. SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: “La legislación sobre parejas de hecho tras las sentencias del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril y 93/2013, de 23 de abril”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, Núm. 20, 2014.

77 DAMRAU, J., y ZIMMERMAN, W.: “§ 1896...”, *cit.*, p. 277. Ver también: SCHÄDLE, J.: “Das Betreuungsgesetz – Neues Etikett für alte Handlungsweisen oder neues Menschenbild?”, en BRILL, K.-E. (ed.): “Zum Wohle der Betreuten” – *Beiträge zur Reform des Vormundschafts- und Pflegeschaftsrechts: Betreuungsgesetz*, Vol. 147, Psychiatrie-Verlag, Bonn, 1990, pp. 35 y ss.

78 KOLLMER, N.: *Selbstbestimmung...*, *cit.*, p. 2.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

BUCHHALTER-MONTERO, B.: "La investigación de oficio en el sistema procesal civil alemán: el caso de la jurisdicción voluntaria", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020.

Bundesnotarkammer, Stellungnahme zum Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, 2020. Disponible online en: <https://cutt.ly/NFs9BQY>.

Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 39, 2020. Disponible online en: <https://cutt.ly/OFs0PPK>.

DAMRAU, J. y ZIMMERMAN, W.: "§ 1904 BGB Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen", en *ibid.*, *Betreuungsrecht – Kommentar zum materiellen und formellen Recht*, 4.^a ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2011.

DIEKMANN, A.: "Empfiehl sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?", *JuristenZeitung*, vol. 43, núm. 17, 1988.

ENDEMANN, F.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1908.

EGEN, C.: *Das Ende der Entmündigung und Vormundschaft – eine Wohltat für psychisch Kranke?*, Dissertation, Bonn, 1994.

GARCÍAMARTÍN MONTERO, R.: *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

GIERS, M.: "§ 278 Anhörung des Betroffenen", en KEIDEL, T.: *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Kommentar*, 20.^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

GIERS, M.: "§ 280 Einholung eines Gutachtens", en KEIDEL, T.: *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Kommentar*, 20.^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

GIERS, M.: "§ 286 Inhalt der Beschlussformel", en KEIDEL, T.: *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Kommentar*, 20.^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

GÖTZ, I.: "§ 1896 Voraussetzungen", en PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2020.

HEITMANN, E. y FÜCHTENKORD, N.: "Vorbemerkungen zu §§ 1896 ff.", en *BGB Familienrecht*, Vol. 4, 4.^a ed., Nomos, Baden Baden, 2021.

JASCHINSKI, J. "§ 1896 Voraussetzungen", en VIEFHUES, W. et al. (eds.): *Juris Praxiskommentar BGB*, 2.^a ed., Vol. 4, Juris, Saarbrücken, 2005.

JURGELEIT, A.: "§ 1896 Voraussetzungen", en JURGELEIT, A. (ed.): *Betreuungsrecht*, 4.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2018.

JÜRGENS, A.: "Vorbemerkungen §§ 1896–1908i", en JÜRGENS, A. (ed.): *Betreuungsrecht – Kommentar*, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

KOLLMER, N.: *Selbstbestimmung im Betreuungsrecht*, VVF, München, 1992.

MASUCH, P.: "Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden", en HOHMANN-DENNHARDT, C., MASUCH, P. y VILLIGER, M., (eds.): *Grundrechte und Solidarität – Festschrift für Renate Jaeger*, Engel Verlag, Kehl Am Rhein, 2011.

MATTA, V.: et. al.: *Qualität in der rechtlichen Betreuung*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2018.

MEYER, K. E., y SCHEFFLER, G.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs*, 10.^a ed., Vol. IV, Núm. 2, Walter de Gruyter & CO, Berlin, 1964.

MÜLLER, G.: "§ 1896 Voraussetzungen", en BAMBERGER, H. G. y ROTH, H. (eds.): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H Beck, München, 2012.

NOLTING, H.D. et al.: *Umsetzung der Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen“*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2018.

PROBST, M.: "Betreuungsrecht in der Krise? – Zur Notwendigkeit eines Wandels vom justizzentrierten zum integrierten Betreuungsrecht", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Núm. 34, Vol. 9, 2001.

SCHÄDLE, J.: "Das Betreuungsgesetz – Neues Etikett für alte Handlungsweisen oder neues Menschenbild?", en Brill, K.-E. (ed.): *"Zum Wohle der Betreuten" – Beiträge zur Reform des Vormundschafts- und Pflegeschaftsrechts: Betreuungsgesetz*, Vol. 147, Psychiatrie-Verlag, Bonn, 1990.

SCHMIDT-RECLA, A.: “§ 1896 Voraussetzungen”, en GSELL, B., et al. (eds.): *Beck-online.grosskommentar*, C.H.Beck, München, 2022.

SCHMIDT-RECLA, A.: “Einführung in das deutsche Betreuungsrecht” en LINDNER, J. F., y HUBER, F., (eds.), *Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018.

SCHMITT, S.: *Die Herausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland*, LIT, Berlin, 2014.

SCHWAB, D.: “Vorbemerkungen vor §§ 1896 bis 1908i”, en REBMANN, K., y SÄCKER, F. J. (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.^a ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992.

Stellungnahme Prof. Dr. Werner Bienewald, 29 de junio 2020 (disponible online en: <https://cutt.ly/HFbP4Yt>).

WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6.^a ed., vol. 2, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1887.

