

# DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK 13 DE DICIEMBRE DE 2006 AL ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOL DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018

---

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda  
*Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS*

En fin, la reforma del sistema de protección de las personas con discapacidad tiene su núcleo central en la modificación de los títulos IX, X, XI XII del libro primero del Código Civil y del régimen de incapacitación, así como de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados<sup>1</sup>.

Así, el Título IX queda reservado para la tutela y la guarda de menores. En su capítulo primero, el art. 199 CC - AL - (visto supra) se ocupa de los sujetos - siempre menores- con tutela (desamparados y/o enfermos). El Capítulo segundo, se refiere a la figura del defensor judicial (art. 234 CC - AL-) reservada para cuando exista el tradicional conflicto de intereses entre los menores y/o los representantes legales, y cuando el tutor no desempeñe sus funciones. Está por ver en un futuro, la confluencia de supervisión y autorización judicial en los casos del “sistema de apoyos”, la figura del curador representante, del guardador de hecho, las funciones tutelares, y del defensor judicial en la actuación referida.

El Capítulo tercero, se refiere a la Guarda de Hecho, art. 236 CC - AL- (objeto de comentario en profundidad en este trabajo) por lo que sintetizamos ahora con criterio resumido que de la lectura de este precepto se adivina ya la voluntad del “prelegislador” de que deje de ser una institución meramente *de facto*, para otorgarle un carácter en su caso de “continuidad” en las funciones del guardador *ad hoc*, que incluso puede tener funciones tutelares.

El Título X se reserva para la regulación de la mayoría de edad y la emancipación, quedando el Título XI para recoger la regulación del sistema de protección y de medidas de apoyo a las personas con discapacidad en torno a las figuras de los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho, la autotutela y la tutela, y el defensor judicial. El sistema se cierra con el Título XII, que ahora regula la asistencia en caso de prodigalidad y las disposiciones comunes relativas a las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y de asistencia al pródigo<sup>2</sup>.

Como explica CUENCA GÓMEZ, el sistema de sustitución en la toma de decisiones se erige en una pieza central en la configuración tradicional de los sistemas de incapacitación. Por su parte, el sistema de apoyo en la toma de decisiones constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica reconocida en el artículo 12.2 y, con ello, la igualdad en el ejercicio de los derechos. En este punto,

---

<sup>1</sup>Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (29 de noviembre de 2018) - Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), pág. 61. Y también CUENCA GÓMEZ, P. *Op. cit.* (Reflexiones sobre el anteproyecto de reforma de la legislación civil). En concreto págs. 90 y ss. En donde lleva a cabo un análisis del anteproyecto, deteniéndose en el nuevo título por el libro primero del Cc. Y así concluye que la reforma de este Título incluye como grandes hitos, acordes con el art. 12 CDPD y con la *Observación General N°1*, la supresión de la incapacitación, la eliminación de la tutela en relación con las personas mayores de edad y de la institución de la patria potestad prorrogada, y la regulación de un sistema de apoyos que otorga primacía a las medidas “preventivas” -planificadas anticipadamente por la propia persona con carácter previo al surgimiento de sus necesidades de asistencia y concretadas en los poderes y mandatos preventivos y la autotutela- y articula con carácter subsidiario una pluralidad de instituciones de apoyo -encarnadas en la guarda de hecho, la tutela y el defensor judicial.

<sup>2</sup> Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (29 de noviembre de 2018) - Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), pág. 61.

conviene aclarar que el artículo 12.2 engloba, tal y como se ha defendido desde diversos ámbitos con argumentos convincentes, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar<sup>3</sup>.

La capacidad jurídica se configuraría como un atributo universal que no se puede limitar si bien podría admitir diferentes modalidades de ejercicio. De acuerdo con esta interpretación la presunción de capacidad jurídica establecida por el artículo 12.2 se presenta como un principio general que no admite excepciones, como una presunción *iuris et de iure*, y el sistema de apoyo reemplaza completamente al sistema de sustitución, lo que supone no ya la necesidad de reformar y complementar los sistemas de incapacitación y de sustitución vigentes, sino que implica su total desmantelamiento. Esta visión reclamaría, por tanto, una reforma más profunda y radical de la legislación española<sup>4</sup>.

Asumir esta interpretación más «revolucionaria» no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones –por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona– la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una «acción de sustitución». En todo caso, la acción de sustitución, cuya pertinencia deberá ser evaluada en cada caso, se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc.<sup>5</sup>

Y es que, como venía insistiendo con toda razón desde hace años “premonitoriamente” VIVAS TESÓN, a partir de su incapacitación judicial, la persona pasaba a ser marginada no sólo socialmente sino ya oficialmente, como si tuviera una marca prácticamente indeleble (al estilo de la que se le hace al animal con el hierro candente para que no se pierda), pasando a ser un sujeto resignado a su situación y pasivo socialmente; una suerte de condena del individuo incapacitado a un permanente status personal de marcada inferioridad jurídica. No estábamos muy lejos de la monstruosa costumbre espartana de arrojar a los recién nacidos con alguna malformación o deficiencia por el monte Taigeto<sup>6</sup>.

Partiéndose de tal presupuesto, numerosas personas que, con un déficit o enfermedad no demasiado grave como para impedirle el autogobierno (p.e. meros trastornos neurológicos que no llegan a ser enfermedades mentales, como la narcolepsia, o el mero debilitamiento psicofísico por razón de la edad) o bien no persistente (p. ej. trastornos mentales transitorios, enfermedades de carácter cíclico en las cuales aparecen períodos de agudización o descompensación con grave alteración de las facultades mentales, los cuales se alternan con otros de lucidez y normalidad psíquica en el paciente, como acontece en la esquizofrenia, en crisis pasajeras o en casos de comas post-traumáticos ocasionados por accidentes de tráfico), pero sin plena autonomía psicofísica, caen en una especie de «limbo jurídico-civil», abandonadas a su suerte, pues al no concurrir en ellas los presupuestos de la incapacitación judicial, quedan desprovistas de toda protección legal (con la salvedad de la posible impugnación de la validez de sus actos o de su internamiento

---

<sup>3</sup> CUENCA GÓMEZ, P. “El Sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”. Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, núm. 10, 2012. pág. 73.

<sup>4</sup> CUENCA GÓMEZ, P. “El Sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”. Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, núm. 10, 2012. pág. 74. Asimismo, CUENCA GÓMEZ, P. “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), 24 de diciembre de 2018, págs. 85-86, quien recuerda que la exigencia de la igualdad en la capacidad jurídica, porque lo considera una cuestión de “derechos humanos”, debe ser regulada desde los principios y valores que presiden el discurso de los derechos y desde el principio de autonomía. También, RIVERO HERNÁNDEZ, Ponencia “Curatela y otras formas posibles de protección de personas ancianas disminuidas”, impartida el 3.09.2002 en el Congreso sobre tutela institucional y protección de los incapaces, Bilbao, del 2 al 4 de octubre de 2002, [www.inforesidencias.com](http://www.inforesidencias.com)

<sup>5</sup> CUENCA GÓMEZ, P. “El Sistema de apoyo en la toma...” *Op. cit.* pág. 74. Y también la misma autora en *op. cit.* (Reflexiones sobre el anteproyecto de reforma...), págs. 85-88.

<sup>6</sup> VIVAS TESÓN, I. “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad” en *Revista de Derecho, UNED*, nº 7, 2010, págs. 568 y 569.

involuntario en un centro sanitario ex art. 763 de la LEC-2000)<sup>7</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha propugnado una interpretación del sistema legal de protección de las personas con discapacidad conforme a los principios y valores constitucionales, que la aproximan a la que se impone desde los principios y valores de la Convención, que, por lo demás, se erige en canon interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades reconocidas por la Constitución (artículo 10.2 CE): «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde –dice la STC 174/2002, de 9 de octubre- hemos de declarar que el derecho a la personalidad del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación a la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (artículo 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 Ley Civil que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de la incapacitación (artículos 199 y 200 CC), se erigen en las garantías esenciales del proceso de incapacitación. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable»<sup>8</sup>. Después en el último epígrafe nos detenemos con más extensión en el tema procedimental.

Y así, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación. En primer lugar, porque a la luz del art. 12 estas situaciones se convierten realmente en situaciones extremas y excepcionales y en muchos casos reversibles a través del fomento de relaciones de comunicación significativas y de confianza. En segundo lugar, porque según ya se dijo, las acciones de sustitución no pueden justificarse en la discapacidad de la persona y por tanto pueden tener cabida en las situaciones que no son discapacidad. En tercer lugar, porque la acción de sustitución sólo puede tener lugar en relación con decisiones que necesitan ser adoptadas y que no supongan un daño irreparable a la persona o sus derechos. Y, sobre todo, porque, como también se indicó, deben respetar la identidad, historia de vida etc. de la persona afectada<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> VIVAS TESÓN, I. “Libertad y protección de la persona vulnerable...” *Op. cit.* pág 569.

<sup>8</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de ley... *Op. cit.* págs. 30 y 31. Este cambio de paradigma en el sistema de protección de las personas con discapacidad comporta no sólo una profunda modificación del régimen jurídico de la discapacidad, sino también un cambio en la concepción de la discapacidad con proyección social y en el tráfico jurídico. El nuevo modelo significa reconocer a las personas con discapacidad como verdaderos actores sociales y en el tráfico jurídico y económico, lo que conlleva implícitamente una alteración en el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual, en la medida en que pasan a ser sujetos del juicio de imputabilidad y a responder per se. En esta idea, cabe afirmar que la interpretación del sistema legal vigente conforme a la Convención que predica la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lleva implícito el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como cualidad inalienable consustancial al reconocimiento, pleno e igualitario, de su personalidad, de forma que la discapacidad en modo alguno altera su capacidad jurídica –su aptitud para ser titular de relaciones jurídicas-, sino su capacidad de actuar –de ejercitar los derechos y obligaciones-, que se ve necesitada de la asistencia y del apoyo de otras personas e instituciones, las cuales, en ocasiones, han de sustituir y representar al afectado por la discapacidad.

<sup>9</sup> CUENCA GÓMEZ, P. “El Sistema de apoyo en la toma de decisiones” *Op. cit.* pág. 75. Y la misma autora en *op. cit.* (Reflexiones sobre el

---

anteproyecto de Reforma de la legislación civil), especialmente pág. 94, y concluye con razón que si las medidas de apoyo de este Título se reservan para las personas con discapacidad su disponibilidad no podría supeditarse a la posesión de un certificado administrativo oficial lo que sería totalmente contrario a la CDPD, pág. 21. Y también necesaria la lectura de VIVAS TESON, I. *Op. cit.* (libertad y protección de la persona vulnerable) pág. 562 quien acertadamente dice: recuérdese que nuestro legislador, quien ha experimentado una evolución terminológica en la materia, se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, lleva por rúbrica “*Protección patrimonial de las personas con discapacidad*” (no “*discapacitadas*”), estableciendo en Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, que las referencias contenidas en los textos normativos a los “*minusválidos*” y a las “*personas con minusvalía*”, se entenderán realizadas a “*personas con discapacidad*”, y *Op. cit.* (libertad y protección de la persona vulnerable) pág. 562 quien acertadamente dice: recuérdese que nuestro legislador, quien ha experimentado una evolución terminológica en la materia, se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, lleva por rúbrica “*Protección patrimonial de las personas con discapacidad*” (no “*discapacitadas*”), estableciendo en Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, que las referencias contenidas en los textos normativos a los “*minusválidos*” y a las “*personas con minusvalía*”, se entenderán realizadas a “*personas con discapacidad*”, y que dicho término será utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas. Tal ha sido el término empleado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en cuyo preámbulo se reconoce que “*e) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.