



FACULTAD DE DERECHO

**GRADO EN DERECHO**

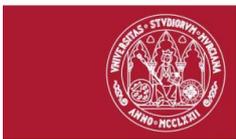
TRABAJO FIN DE GRADO

LA PROTECCION JURIDICA DE LAS PERSONAS MAYORES  
CON DISCAPACIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A ENFERMOS  
DE ALZHEIMER

AUTOR: ANGEL ORENES HERRERO

REALIZADO BAJO LA TUTELA DE LA PROFESORA: ENCARNA SERNA MEROÑO

(CONVOCATORIA: JULIO 2015)



## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
I. JUSTIFICACION DEL TEMA.....	5
II. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN EL TRATAMIENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD .....	6
1. MATIZACIONES NECESARIAS EN EL SUPUESTO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSIQUICA EN ESPECIAL ENFERMOS DE ALZHEIMER .....	6
2. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES .....	7
3. EL DERECHO A CONTROLAR SU AUTONOMIA PERSONAL .....	9
III. CAPACIDAD JURIDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR EN LA PERSONA CON DISCAPACIDAD .....	10
1. INTRODUCCIÓN .....	10
2. TRATAMIENTO EN EL COGIDO CIVIL Y LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SOBRE LA MODIFICACION DE LA CAPACIDAD .....	11
3. LA CONVENCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL .....	12
Igual reconocimiento como persona ante la ley. El artículo 12 de la Convencion ...	12
4. NECESIDAD DE LA MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL PARA SU ADECUACION A LA CONVENCION .....	15
4.1. Adaptación.....	15
4.2. Discusión doctrinal.....	17
4.3. Análisis jurisprudencial .....	20
5. MEDIOS DE PROTECCION JURIDICOS ESPECIALMENTE INDICADOS PARA LAS PERSONAS ENFERMAS DE ALZHEIMER .....	27
5.1. Autotutela .....	27
5.2. Poderes Preventivos .....	32
5.3. Asistencia .....	36
CONCLUSION .....	40
BIBLIOGRAFIA .....	41
PAGINAS WEB Y DOCUMENTOS DE INTERES CONSULTADOS .....	44
JURISPRUDENCIA CITADA .....	45

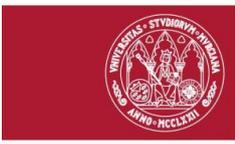


*A ti abuelo por ser eterno*

*A mis padres y hermana  
por el apoyo incondicional dado siempre  
pilar fundamental de conseguir mis propósitos*

*“Error hesternus sit tibi*

*doctor hodiernus”*



## INTRODUCCIÓN

Este TFG sobre *“La protección jurídica de las personas mayores con discapacidad: Especial referencia a enfermos de Alzheimer”* analiza la protección de las personas mayores con discapacidad enfermas de Alzheimer.

Se reflexiona sobre la capacidad de obrar y capacidad jurídica de las personas con discapacidad, haciendo expresa mención en la relación de estos conceptos con los nuevos principios de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006*, la cual, marca un antes y un después en el tratamiento de esta materia.

Los temas a tratar tienen relevancia práctica para las personas con discapacidad, con el fin de velar en su actividad diaria, atendidos bajo medidas de protección, y a su vez, dejando margen de actuación respetando su libertad, teniendo en cuenta sus decisiones, sin ver como única solución la declaración de incapacidad, la cual, conlleva a la muerte civil.

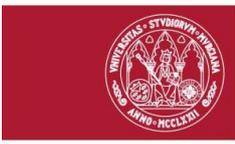
En los últimos tiempos la línea a seguir por los tribunales no es establecer la tutela como medida de protección principal, es decir, se va a optar más por otras instituciones menos restrictivas, como la curatela, en la medida que la persona con discapacidad pueda aun tomar decisiones que le afecten en su vida.

This TFG on *"Legal Protection of Elder People with Disabilities: Special reference to Alzheimer's patients "* analyzes the protection of elder people with disabilities sick Alzheimer.

It consider on the capacity to act and legal capacity of people with disabilities, making specific reference to the relationship of these with the new principles of the Convention on the rights of persons with disabilities 2006, which marks a before and after in the treatment of this subject.

The topics have practical relevance for people with disabilities, in order to ensure a good daily activity, served under protective measures, and in turn, leaving leeway respecting their freedom, considering their decisions and not seeing the incapacity resolution as the only solution, which entails the civilian deaths of these subjects.

In the last times the line to be followed by the courts is not establishing the guardianship institution of protection as main protection, but opting for less restrictive institutions such as curatorship, to the extent that the disabled can still make decisions that affect them in their daily basis.



## I. JUSTIFICACION DEL TEMA

Este trabajo fin de grado analiza la regulación actual de la protección jurídica de las personas con discapacidad, en especial, personas que sufren la enfermedad de Alzheimer.

Estas personas tienen la necesidad de estar protegidas con los instrumentos jurídicos con el fin de conseguir una equiparación o igualdad al resto de personas en el que hacer de la vida diaria, sin dar lugar a situaciones de discriminación.

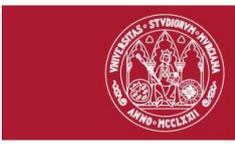
Para este colectivo de personas, una vez que la enfermedad ha avanzado, es difícil poder ejercer la capacidad de decidir sus propios asuntos, en este momento entran en juego todas las instituciones o mecanismos de guarda que la Ley facilita, pero con una interpretación de estas medidas de protección de acuerdo con los principios de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*.

El trabajo se enfoca desde la perspectiva de las personas mayores que sufren la enfermedad de Alzheimer, por ser una de las enfermedades degenerativas sin cura que está aumentando en la población española. Es importante que nuestros mayores se sientan protegidos, y a su vez que no se les abandone, teniendo en cuenta sus propias decisiones y respetando su autonomía de la voluntad, siempre que las circunstancias del enfermo así lo permitan.

Sin embargo, llegado el momento de no poder valerse por sí misma la persona enferma de Alzheimer, se deberá acudir a los mecanismos de protección que se regulan en nuestro Derecho, situación que impide el ejercicio de la autonomía de su voluntad.

Estas instituciones de guarda son variadas pero la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006*, va a jugar un papel fundamental para cambiar la dinámica del establecimiento de la tutela como principal medio de protección de los discapacitados.

A partir de ahora se tendrá en cuenta la mínima posibilidad que tenga la persona discapacitada de poder gestionar su vida personal y patrimonial, y de autogobernarse por sí misma, con el fin de adoptar medidas que no sustituyan la capacidad de estas personas, dejándoles margen de actuación y respetando sus intereses.



## II. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN EL TRATAMIENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

### 1. MATIZACIONES NECESARIAS EN EL SUPUESTO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSIQUICA EN ESPECIAL ENFERMOS DE ALZHEIMER

La autonomía de la voluntad consiste en el poder de autorregulación o el reconocimiento de la facultad de gestionar y organizar nuestros asuntos con libertad sin intervención de terceros, por ello, cuando una persona no puede tomar decisiones por enfermedad o discapacidad mental o intelectual, es el Derecho el que organiza un sistema de protección, basado tradicionalmente en la infantilización del enfermo, de modo que es el tutor o el juez quien decide por él. El hecho de tener en cuenta la autonomía de la voluntad en una situación de discapacidad es propio del reconocimiento de la dignidad y el respeto que merece la propia persona, se trata de que la vida de la persona con discapacidad se pueda regir por los gustos y preferencias de la propia persona discapacitada<sup>1</sup>.

Los textos internacionales reflejan un doble sentido, por un lado, el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la toma de decisiones que le afectan cuando no tiene plena capacidad, y por otro lado, la voluntad que se expresa con anterioridad en el caso de discapacidad sobrevenida o pérdida paulatina de la capacidad (caso del enfermo de Alzheimer)<sup>2</sup>.

La *Recomendación del Consejo de Europa de 23 de febrero de 1999 sobre los principios relativos a la protección jurídica de los mayores incapaces*, proclama la exigencia del respeto a los deseos y sentimientos de la persona afectada por la discapacidad<sup>3</sup>, sea una discapacidad ya sufrida, en cuyo caso, se refuerza la exigencia de graduar la incapacitación y establecer sistemas de protección que asistan sin anular o sustituir a la persona con discapacidad, o la manifestada con anterioridad en previsión de una eventual y futura discapacidad, en cuyo caso, la organización de la protección debe hacerse teniendo en cuenta la opinión de la persona a la que dicha

---

<sup>1</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad". En *Estudios Jurídicos Sobre La Protección de las Personas con Discapacidad*. Coord. M, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. A, LECIÑENA IBARRA. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2014. pp. 183, 184.

<sup>2</sup> *Ibidem*, Ob. Cit. p. 184.

<sup>3</sup> INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES, (IMSERSO). *Vejez y Protección Social a la dependencia en Europa: iniciativas, recomendaciones del Consejo de Europa*. Madrid. 1999. p. 34.



discapacidad afecta, en este caso, se excluye a quien padece una enfermedad mental o intelectual desde su nacimiento, porque la persona expresa su voluntad cuanto tenía plena capacidad mental<sup>4</sup>.

La *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*, consagra el respeto a la autonomía de la voluntad. En su artículo 3 apartados a y c, se establecen como principios generales, el de respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad mental o intelectual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las personas, y el derecho a participar plena y efectivamente en la vida social. Y en su artículo 12.4, se impone a los Estados firmantes la obligación de asegurar que en todas las medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, estas salvaguardias deben respetar los derechos, voluntad y preferencias de las personas afectadas, deben ser proporcionales, adaptadas a sus circunstancias personal, y revisables<sup>5</sup>.

El contenido de estos textos ha provocado una reforma legislativa para adecuar el Derecho español a los principios de la Convención<sup>6</sup>.

## 2. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Antes de la Convención, la legislación española ya contaba con una regulación importante. En primer lugar, en desarrollo del artículo 49 de la CE, se aprueba la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad*. Al tiempo, con la evolución en la manera de ver la discapacidad, se dicta la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Después se aprueba la *Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se organiza el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. A continuación, España ratifica la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006*, en adelante CDPD, el 23 de noviembre de 2007, cuyo contenido, según el apartado

---

<sup>4</sup> PARRA LUCAN, M<sup>ª</sup> A. Ob. Cit. p. 185.

<sup>5</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad". En *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Coord. S, DE SALAS MURILLO. Madrid. Dykinson. 2013. p. 17.

<sup>6</sup> PARRA LUCAN, M<sup>ª</sup> A. Ob. Cit. pp. 185, 186.



primero del artículo 96 CE, entraría a formar parte del ordenamiento jurídico español, por lo que sería necesaria la adaptación y modificación de normas respecto los principios de la CDPD, por ello, se aprueba la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, con su regulación reglamentaria *RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Un año después se dicta la *Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberación del comercio y determinados servicios*. Con motivo de esta dispersión normativa ha sido justificada la aprobación del *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, que clarifica la regulación aplicable.

El nuevo Texto Refundido, en consonancia con la Convención y la legislación española, establece, de entre varios principios, en primer lugar, “el de respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”, el cual, corresponde con el apartado a del artículo 3 de la CDPD<sup>7</sup>.

BIEL PORTERO señala que el derecho de autonomía e independencia incluye el igual reconocimiento como persona ante la ley (Art. 12 CDPD), el respeto de la privacidad (Art. 22), así como el hogar y la familia (Art. 23), la habilitación y rehabilitación (Art. 26) y el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Art. 19). Este último derecho se encuentra a medio camino entre este grupo de derechos y el grupo correspondiente a los derechos de inclusión y participación<sup>8</sup>.

En algunos casos la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad da problemas para hacerla efectiva, ya que, a veces no se dispone de la libertad de elección, por tanto, se precisa establecer unas medidas que se adopten en relación directa con las limitaciones en su actividad. A través del principio de igualdad y no discriminación el Estado adopta una serie de medidas, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 9.2 de la CE, que permiten el ejercicio del derecho a la libertad (consiste en autodeterminación libre, la facultad de elección y decisión sobre

---

<sup>7</sup> SERNA MEROÑO, E. “La protección de las personas con discapacidad y el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar”. En *Estudios Jurídicos Sobre La Protección de las Personas con Discapacidad*. Coord. M, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. A, LECIÑENA IBARRA. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2014. p. 285.

<sup>8</sup> BIEL PORTERO, I. *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2011. p. 133.



nuestras acciones y medios para llevarlas a cabo), en igualdad de condiciones a todas las personas, con la particularidad de que, en el caso de personas con discapacidad, hay que ir a la igualdad para equilibrar su situación y lograr su incorporación social plena<sup>9</sup>.

La regla general de la autonomía personal es proporcionar a las personas con discapacidad, incluida la mental o intelectual, condiciones iguales a los demás, en definitiva se trata de facilitar las condiciones para que las personas con discapacidad puedan tomar decisiones por sí mismas sobre su vida como titulares de sus derechos de ciudadanía, como sujetos activos que ejercen el derecho a tomar una decisión, o como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer necesidades normales, para lo cual, demandan apoyos personales, y que se modifique el entorno para eliminar los obstáculos que les impidan su participación<sup>10</sup>, por tanto, solo a través de una vida independiente, hasta el máximo grado, una persona puede aspirar a formar parte de la comunidad que la rodea con serias garantías<sup>11</sup>.

### 3. EL DERECHO A CONTROLAR SU AUTONOMIA PERSONAL

La autonomía individual y la libertad de decisión son muy relevantes en el ámbito personal y existencial de las personas, ya que, suponen la mayor premisa para ejercitar el resto de derechos concedidos a toda persona<sup>12</sup>.

MARIN CALERO señala que en ocasiones la pérdida de la autonomía de las personas con discapacidad es vista como una medida protectora de la persona, por ello, en algunos casos es favorecida por familiares y asumida también por la propia persona con discapacidad que no quiere ejercer un control sobre su propia vida. Este último caso se podría interpretar como su derecho a decidir si quiere o no ejercer su autonomía personal<sup>13</sup>.

A veces las limitaciones en la actuación de la persona son de tal forma que no es posible ejercer su autonomía individual, aunque se trata de situaciones excepcionales, ya que, las personas con discapacidad en gran medida pueden estar en condiciones de decidir sobre su vida siempre que tengan la ayuda necesaria para

---

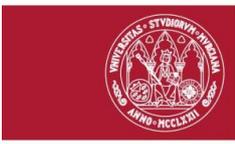
<sup>9</sup> SERNA MEROÑO, E. Ob. Cit. pp. 286, 287.

<sup>10</sup> MARIN CALERO, C. *El Derecho a la propia discapacidad*. Madrid. Universitaria Ramón Areces. 2013. P. 359.

<sup>11</sup> BIEL PORTERO, I. Ob. Cit. p. 133.

<sup>12</sup> SERNA MEROÑO, E. Ob. Cit. p. 288.

<sup>13</sup> MARIN CALERO, C. Ob. Cit. p. 381.



promover y facilitar su autonomía permitiéndoles tomar sus propias decisiones sobre todo lo que les afecte.

La regulación actual posibilita que la persona con discapacidad pueda decidir sobre su vida y ejercer su autonomía y libertad en diversos asuntos, destacando uno de los más importantes en su ámbito personal y familiar como es, la elección de domicilio, que dependerá del tipo de discapacidad y limitaciones que tenga la persona en su actuación. Sobre este tema el C.c no dice nada al respecto de las personas con discapacidad, pero el artículo 19 de la CDPD exige a los Estados parte que aseguren que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico<sup>14</sup>. Este derecho no es absoluto, ya que, no implica que cualquier persona con o sin discapacidad pueda fijar su residencia en el lugar exacto que desee, lo que supone es que la propia persona con discapacidad determine su propio modelo de vida. De esta manera se está reconociendo a la persona la capacidad de decidir cómo quiere vivir, y las personas con las que quiere vivir<sup>15</sup>.

### **III. CAPACIDAD JURIDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR EN LA PERSONA CON DISCAPACIDAD**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

A la hora de distinguir capacidad jurídica y capacidad de obrar se trata de diferenciar, por un lado, la cualidad atribuida a la persona que la hace apta e idónea para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad jurídica), y por otro lado, la cualidad de la persona consistente en su aptitud general o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, es decir, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos de los que se es titular, así como asumir obligaciones (capacidad de obrar)<sup>16</sup>.

La capacidad jurídica conlleva la producción de relaciones jurídicas desde un punto de vista genérico, es decir, de ser sujeto de derechos. También se une de forma íntima con la personalidad jurídica y la subjetividad jurídica, y corresponde con la dimensión estática de la capacidad legal. Hay que señalar que esta aptitud genérica no significa que quien la ostenta tenga algún derecho o esté condicionado por algún

---

<sup>14</sup> SERNA MEROÑO, E. Ob. Cit. pp. 288, 289.

<sup>15</sup> BIEL PORTERO, I. Ob. Cit. p. 372.

<sup>16</sup> GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M. *Lecciones de Derecho civil. Parte general y Derecho de la persona*. Murcia. Diego Marín. 2010. p. 221.



tipo de obligación. En definitiva la capacidad jurídica en sentido estricto consiste en la mera posibilidad de tener derechos y obligaciones<sup>17</sup>.

En cuanto a la tenencia efectiva de un derecho u obligación en específico, se le denomina titularidad, que según MARTINEZ DE AGUIRRE consiste en “*la situación de pertenencia de un derecho o de una obligación a un concreto sujeto de derechos*”, por tanto, se deduce que la capacidad jurídica posibilita ser titular de derechos y obligaciones, y la titularidad que se es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho u obligación determinada<sup>18</sup>. En última instancia tanto la capacidad jurídica como la titularidad de una relación jurídica no son suficientes para ejercitar derechos y obligaciones, hará falta por tanto tener capacidad de obrar, es decir, la aptitud para ejercitar los derechos y obligaciones de los que una persona sea titular, la cual, corresponde con la dimensión dinámica de la capacidad legal.

La diferenciación entre la dimensión estática y la dinámica de la capacidad es corriente en los ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, como el francés o italiano, pero también es subsumida por autores e instituciones que se inclinan hacia la defensa de la plena capacidad de obrar de las personas con discapacidad, según el artículo 12 de la Convención. Esto mismo también lo asume, en varios documentos, la *International Disability Alliance*, donde afirma, que el concepto de *legal capacity* del artículo 12 tiene dos elementos, capacidad para tener derechos (*capacity to hold a right*) y capacidad para actuar y ejercitar los derechos (*capacity to act and exercise the right*)<sup>19</sup>.

En definitiva estamos ante una distinción teórica empleada de forma amplia cuya utilidad da lugar a que se establezca el significado y alcance del artículo 12 de la Convención.

## 2. TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SOBRE LA MODIFICACION DE LA CAPACIDAD

El Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan esta materia en el sentido de establecer que cualquier persona que sufra una enfermedad o deficiencia persistente, ya sea de carácter físico o psíquico, que le impida gobernarse por sí

---

<sup>17</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. Ob. Cit. p. 21.

<sup>18</sup> Ídem, “La persona y el derecho a la persona”. En *Curso de Derecho civil I. Derecho privado Derecho de la persona. 4ª edición*. Coord. P, DE PABLO CONTRERAS. Aut. C, MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ. M. A, PEREZ ALVAREZ. Mª A, PARRA LUCAN. Madrid. Colex. 2011. p. 326.

<sup>19</sup> Ídem, “El tratamiento jurídico de...”. Ob. Cit. p. 21.



misma, podrá ser declarada incapaz mediante sentencia judicial (Cfr. Arts. 199 y 200 C.c). Por tanto, la sentencia que declara la incapacidad debe determinar la extensión y límites de dicha discapacidad, así como el régimen de tutela o guarda al que tendrá que quedar sujeto el incapacitado (Cfr. Art. 760.1 LEC). Esta sentencia, que declara la incapacidad, es revisable en cualquier momento, para dejar sin efecto la incapacitación o modificarla (Cfr. Art. 761.1 LEC).

En cuanto a las figuras de protección que se pueden adoptar, se habla de dos instituciones de guarda, por un lado, la tutela, cuyo contenido incluye facultades de representación del incapacitado, por tanto, estamos ante un mecanismo de sustitución de capacidad, y por otro lado, la curatela, con la finalidad de asistir en los actos expresamente determinados en la sentencia de incapacitación, o a falta de determinación, para actos en que los tutores necesiten autorización judicial, por tanto, se trata de un mecanismo de complemento de capacidad (Cfr. Arts. 267, 289 y 290 C.c).

Por ello se señala que la tutela y curatela tienen como finalidad la protección de la persona, los bienes, o la persona y bienes del incapacitado, y deben ser ejercidas en su beneficio (Cfr. Arts. 215 y 216 C.c).

### 3. LA CONVENCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

*Igual reconocimiento como persona ante la ley. El artículo 12 de la Convencion*

Las personas con discapacidad tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y a poseer y ejercitar su capacidad jurídica. Pero estos derechos han sido históricamente denegados por el hecho de ser discapacitados, e incluso en la actualidad existen barreras para su disfrute<sup>20</sup>.

El artículo 12.1 de la CDPD establece que “*las personas con discapacidad tienen derecho en todas las partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*”, dicha regla, se relaciona con el artículo 6 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* al señalar que “*todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. Esto es reconducible a las ideas actuales de subjetividad jurídica y capacidad jurídica.

Al conjugar ambos preceptos la regla unitaria es que “*todos los seres humanos, también los afectados por cualquier discapacidad, tienen derecho en todas partes al*

---

<sup>20</sup> BIEL PORTERO, I. Ob. Cit. p. 324.



*reconocimiento de su personalidad*”, es decir, a ser considerados como protagonistas de la vida jurídica y de las relaciones jurídicas (sujetos de derechos, y sujetos del Derecho)<sup>21</sup>. Esto corresponde con la dimensión estática de la capacidad legal, es decir, con la capacidad jurídica<sup>22</sup>.

Por tanto, el derecho a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad implica que estas sean consideradas como personas desde el punto de vista jurídico, y por ello, tener la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, lo cual, o se es persona ante la ley o no se es, y cualquier restricción a este derecho supone una violación del mismo.

La consecuencia del reconocimiento como persona es la atribución de la capacidad jurídica. El artículo 12.2 de la CDPD establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Se puede decir que quien tiene personalidad jurídica tiene capacidad jurídica, ambas son plenas y no admiten restricciones. Distinto a poseer la capacidad jurídica, inherente a toda persona por el mero hecho de serlo, es el ejercicio de la misma, esto es la capacidad de obrar, aun así en la Convención no se emplea el término capacidad de obrar sino que se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica<sup>23</sup>.

MARTINEZ DE AGUIRRE señala que en el artículo 12.2 “*se utiliza por primera vez la equívoca expresión de capacidad jurídica*” por ello, hace tres precisiones<sup>24</sup>:

1. En el artículo 12.2 de la Convención la expresión capacidad jurídica no tiene el significado técnico y más restringido que tiene en nuestro Derecho (aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones), sino el más amplio de capacidad ante el Derecho o capacidad legal, que abarca las dos dimensiones conocidas (estática-capacidad jurídica y dinámica-capacidad de obrar). En otros ordenamientos nacionales con idioma castellano, la dimensión estática recibe el nombre de *capacidad de goce*, y la dimensión dinámica el de *capacidad de ejercicio*<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “El tratamiento jurídico de...”. Ob. Cit. p. 22. Ídem, “La persona y el...”. Ob. Cit. p. 319.

<sup>22</sup> SERRANO GARCIA, I. *Autotutela: el artículo 223-II del Código Civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2012. p. 24.

<sup>23</sup> BIEL PORTERO, I. Ob. Cit. p. 326.

<sup>24</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “El tratamiento jurídico de...”. Ob. Cit. pp. 23, 24.

<sup>25</sup> Esto ocurre en el Derecho chileno, uruguayo y mexicano. Sin embargo en el Derecho francés si se utiliza nuestra expresión de capacidad jurídica como “*capacité juridique*” la cual, no entra en conflicto con los términos que se utilizan aquí para distinguir la dimensión estática de la capacidad legal “*capacité de jouissance*” y la dimensión dinámica de la capacidad legal “*capacité d'exercice*”.



2. La expresión de capacidad jurídica entendida según el art.12.2 de la CDPD (capacidad legal) abarca ambas dimensiones pero sin confundirlas. No es que la capacidad de obrar quede absorbida por la jurídica, sino que hay una capacidad legal genérica, que incluye tanto la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas (capacidad jurídica) como la facultad de poder ejercitar las relaciones de que se es titular (capacidad de obrar).

3. No es correcto decir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ha desaparecido y que ambos conceptos se han unido en uno solo (capacidad jurídica), ni en general ni para referirse a personas con discapacidad. Las dos dimensiones estática y dinámica de la capacidad legal están bien presentes en la Convención en su artículo 12, y su distinción es clave para comprender las líneas básicas del Derecho de la Persona y las reglas sobre la Discapacidad.

En el artículo 12.3 de la Convención se señala el establecimiento a cargo de los Estados firmantes de la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica. Estas medidas, que deben apoyar y no sustituir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, están bajo las condiciones o salvaguardias del artículo 12.4 de la Convención<sup>26</sup>.

El artículo 12.4 de la Convención impone a los Estados firmantes la obligación de asegurar que en todas las medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, estas salvaguardias deben respetar los derechos, voluntad y preferencias de las personas afectadas, deben ser proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personal, y ser revisables. Cualquier medida que se establezca debe contar con el libre consentimiento de la persona afectada, y respetar su voluntad en la medida de lo posible. Tanto el art. 12.3 como el 12.4 se refieren al ejercicio de la capacidad jurídica, y nos remite al ámbito de la capacidad de obrar, es decir, la aptitud para actuar en las relaciones jurídicas en que se interviene, o ejercitar los derechos y obligaciones de que se es titular<sup>27</sup>, lo cual, corresponde con la dimensión dinámica de la capacidad legal<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> BIEL PORTERO, I. Ob. Cit. p. 327.

<sup>27</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. "El tratamiento jurídico de...". Ob. Cit. p. 22. SERRANO GARCIA, I. Ob. Cit. p. 24.

<sup>28</sup> El artículo 12.5 de la Convención establece casos de capacidad jurídica (ser propietario o heredar) y de capacidad de obrar (controlar patrimonio), la cual, es la perspectiva más genérica de la capacidad legal.



Finalmente, el artículo 12.5 de la Convención, en relación con la capacidad jurídica de las personas discapacitadas, exige que los Estados tomen las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de créditos financieros, y a velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes arbitrariamente<sup>29</sup>.

#### 4. NECESIDAD DE LA MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL PARA SU ADECUACION A LA CONVENCION

##### 4.1. Adaptación

El origen de la Convención está en la *Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001* por la que la Asamblea General decide formar un Comité especial con el fin de examinar propuestas sobre una convención internacional amplia para promover y proteger los derechos y dignidad de las personas con discapacidad, teniendo como base la labor realizada en la esfera del desarrollo social, derechos humanos y la no discriminación, junto con las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social.

La Convención internacional trataría la discapacidad desde el punto de vista de los derechos humanos que estudiaría la discapacidad desde el modelo que garantiza a estas personas el goce y ejercicio de sus derechos sin discriminación y en igualdad de oportunidades. Este proceso culmina con la aprobación de la Convención por la ONU convirtiéndose en el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI<sup>30</sup>.

Todo el articulado de la Convención se inspira en un nuevo modelo de la discapacidad, *el modelo social*, que sitúa la cuestión fundamental, no en la persona, sino en las circunstancias que la rodean, debido a la existencia de factores sociales de carácter excluyente. Poco a poco los instrumentos internacionales han dejado de concebir a la persona con discapacidad como un simple objeto necesitado de protección y asistencia, para reconocer su estatus de sujeto, y titular de derechos<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> BIEL PORTERO, I. Ob. Cit. pp. 329, 330.

<sup>30</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. *La Pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*. Madrid. Reus. 2013. p. 48.

<sup>31</sup> BIEL PORTERO, I. Ob. Cit. p. 117.



La Convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. También deja claro que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Esta definición de discapacidad abierta no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan ser protegidas por legislaciones estatales. No hay duda de que la Convención tiene repercusión en todos los países firmantes, sea por su novedosa visión de la discapacidad, o por su carácter de herramienta jurídica para hacer valer derechos que se reconocen en ella, y con ello, exigir reformas legislativas que deben plasmarse en diferentes ámbitos, y que deben ajustarse o respetar los principios reconocidos en el artículo 3 de la Convención<sup>32</sup>.

Parece necesario abandonar términos actualmente utilizados en el C.c y en la LEC sobre la regulación de las instituciones tutelares y del procedimiento de incapacitación. Antes de la Convención se vio la necesidad de sustituir el término incapacitar y la denominación actual del procedimiento de incapacitación, por otros acordes con la Convención, pero la sustitución no era fácil porque dicho término y denominación estaban unidos a la distinción entre capacidad jurídica y de obrar.

Aun así la *Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad*<sup>33</sup>, contiene un intento en este

---

<sup>32</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. pp. 49, 50. El artículo 3 de la Convención señala los principios generales informadores del resto del articulado de la misma: respeto a la dignidad, autonomía individual e independencia (apartado a); no discriminación (apartado b); participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (apartado c); respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas (apartado d); igualdad de oportunidades (apartado e); accesibilidad universal (apartado f); igualdad entre el hombre y la mujer (apartado g); respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (apartado h).

<sup>33</sup> Según la *Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre*



sentido. Es cierto que adaptando la nueva nomenclatura a los términos tradicionales, tendríamos el siguiente resultado; ya no se hablaría de procedimiento de incapacitación sino de procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, y habría que sustituir los términos incapaz, persona incapacitada, o incapacitados judicialmente, por personas con capacidad modificada<sup>34</sup>.

En definitiva, la entrada en vigor de la *Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*<sup>35</sup> en nuestro ordenamiento jurídico, ha provocado la existencia de opiniones dispares sobre el alcance de sus previsiones respecto al tratamiento legal de la situación de las personas con discapacidad (mental o intelectual), y también en cuanto a su incidencia en la regulación española relativa a esta materia.

#### 4.2. *Discusión doctrinal*

A continuación, se trata de determinar en qué medida las reglas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la incapacitación y mecanismos de guarda y protección de los incapacitados son compatibles con la Convención, y en qué sentido deberán modificarse para adecuarse a ella. Para ello, es conveniente explicar la doble respuesta doctrinal a lo establecido en nuestro sistema legal y lo que dispone la Convención.

-La primera corriente doctrinal señala que algunos contenidos básicos de nuestro sistema legal colisionan, o son incompatibles, con las previsiones de la Convención, por tanto, se posiciona a favor de una necesaria *reforma* de nuestro Derecho interno para adaptarlo a las exigencias de la Convención<sup>36</sup>. Esta postura fue la adoptada por

---

*protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad "el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasaran a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006". Dicha reforma no se ha llevado a cabo aun, por lo que se emplean indistintamente ambas nomenclaturas.*

<sup>34</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 50.

<sup>35</sup> Se realiza en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, es ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008. Su artículo 45 establece "*para cada Estado y organización regional de integración que ratifique la Convención, se adhiera a ella o la confirme oficialmente una vez que haya sido depositado el vigésimo instrumento a sus efectos, la Convención entrara en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento*".

<sup>36</sup> DE ASIS ROIG, R. BARRANCO AVILES, M<sup>a</sup> C. CUENCA GOMEZ, P. PALACIOS RIZZO, A. "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención internacional de los Derechos de las



el Ministerio Fiscal en el recurso que dio lugar a la *STS de 29 de Abril 2009*, según el Fundamento de Derecho 3º de la misma.

La colisión se produce, en primer lugar, en la distinción clásica de nuestro ordenamiento entre la capacidad jurídica y de obrar, ya que, en este punto, la Convención, en su artículo 12, unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismo de apoyos adecuados, garantiza a la persona con discapacidad su plena capacidad para realizar cualquier acto o negocio<sup>37</sup>.

En segundo lugar, también se produce colisión en lo relativo al proceso de incapacitación y las instituciones de guarda del incapacitado, por entender que el contenido sobre esta materia que la Convención establece choca con la figura tradicional de la incapacitación (la tutela como mecanismo de sustitución de la capacidad de obrar) y se afirma que el artículo 12, en la medida en que unifica capacidad jurídica y de obrar y opta mas por un sistema de asistencia o apoyo<sup>38</sup> en la toma de decisiones por las personas con discapacidad (curatela como mecanismo de complemento de capacidad), es incompatible con los procesos de incapacitación, y supone el rechazo claro a la tutela, pero con matices de la curatela<sup>39</sup>.

La adopción del nuevo modelo supone reformar de forma integra el sistema legal de garantías, dicho proceso seria o suprimir la tutela y curatela creando una nueva institución de guarda que se acomode a las exigencias del sistema de apoyo (como sucede en el Derecho alemán), o permitir que subsistan la tutela y curatela para casos

---

Personas con Discapacidad en el Derecho español”. En *Estudios sobre el impacto de la Convencion Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Ed. P, CUENCA GOMEZ. Madrid. Dykinson. 2010. p. 30. LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 51. SERNA MEROÑO, E. Ob. Cit. p. 312. Ver en este sentido, *Capacidad jurídica y Discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convencion Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Informe “El tiempo de los Derechos”. Núm. 23. Realizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Abril 2012. pp. 56 y ss. <http://www.tiempodelosderechos.es/materiales/informes-y-propuestas.html>. Último acceso 18/07/2015.

<sup>37</sup> DE ASIS ROIG, R. BARRANCO AVILES, M<sup>a</sup> C. CUENCA GOMEZ, P. PALACIOS RIZZO, A. Ob. Cit. p. 28.

<sup>38</sup> Ver en este sentido, *Derechos Humanos y Discapacidad*. Informe España 2008 elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU. Madrid. Cinca. 2009. pp. 21, 22.

<sup>39</sup> DE ASIS ROIG, R. “La Convencion de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”. En *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Dir. L. C, PEREZ BUENO. Aut. M, CABALLERA PIÑEIRO. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2009. p. 316.



concretos, donde coexistan dos figuras, una de representación (tutela y curatela modificadas para adaptarlas a la Convención) y otra de apoyo<sup>40</sup>.

-La segunda corriente doctrinal entiende que las previsiones de la Convención y reglas del Derecho común español sobre el estatuto jurídico de las personas con discapacidad (mental o intelectual) son *compatibles*, aunque en algunos casos hay que introducir cambios para mejorar el sistema<sup>41</sup>. Esta posición es avalada por varias sentencias del TS, entre las que destaca la *STS 282/2009 de 29 de abril*, donde se establece que la regulación de la protección de las personas con discapacidad sigue vigente, pero su interpretación hay que hacerla según la Convención.

Respecto a la diferencia entre capacidad jurídica y de obrar, se entiende que la distinción es compatible con la Convención, y reconducible a su artículo 12, ya que, en su apartado 2, se refiere a la capacidad jurídica, y en su apartado 3, a la capacidad de obrar al hablar del *“ejercicio de su capacidad jurídica”*<sup>42</sup>.

En cuanto a la incapacitación y mecanismos de guarda de los incapacitados, señala MARTINEZ DE AGUIRRE que el problema es el hecho de cómo integrar la protección con situaciones donde falta la capacidad para entender y querer, partiendo de que la privación de todos o parte de derechos que ostenta un discapacitado intelectual solo se adopta como un sistema de protección, por tanto, a causa de la necesidad de protección derivada de la falta de entendimiento y voluntad, se justifica la adopción de medidas a personas con discapacidad intelectual o mental. Se trata, en definitiva, de sistemas de protección, no de exclusión, que no dan lugar a discriminación<sup>43</sup>.

En este sentido DE PABLO CONTRERAS entiende la tutela como el mecanismo razonable cuando, por la discapacidad intelectual o mental, la capacidad natural de conocer y querer de una persona es prácticamente inexistente. Al respecto señala que *“este sistema que prevé instituciones que, dependiendo del grado de capacidad natural de entender y querer del sujeto, afectan con mayor o menor intensidad al ejercicio de su capacidad de obrar, resulta compatible con la exigencia contenida en el artículo 12.4 de la Convención”*<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 51.

<sup>41</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “El tratamiento jurídico de...”. Ob. Cit. p. 36.

<sup>42</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. *La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil, 3ª Volumen*. Madrid. Dykinson. 2009. p. 562.

<sup>43</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “El tratamiento jurídico de...”. Ob. Cit. p. 19.

<sup>44</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. Ob. Cit. p. 575.



### 4.3. Análisis jurisprudencial

#### A) STS 29 ABRIL 2009

Se ha señalado que la adaptación de la Convención a nuestro Derecho puede suponer la desaparición de figuras jurídicas como la tutela y la curatela<sup>45</sup>, y pasar a una protección basada en medidas de apoyo para la toma de decisiones que reemplazará la figura del representante legal que consagra el modelo de sustitución, entendiendo la incapacidad como una institución incompatible con las reglas de la Convención, aunque en la práctica no ha sido así<sup>46</sup>.

Este punto de vista extremo exige crear nuevas figuras jurídicas basadas en el modelo de apoyo teniendo como base que el modelo actual vigente limita, en principio, el ejercicio de derechos fundamentales a sujetos que están realmente en condiciones para hacerlo, y que existan esas condiciones o no, es algo que se debe valorar en cada caso concreto<sup>47</sup>. El fin perseguido por la nueva figura jurídica es prestar medidas de apoyo que respeten lo previsto en el artículo 12 de la Convención<sup>48</sup>.

Un ejemplo de esta postura es el escrito del Ministerio Fiscal, *en la STS 282/2009 - nº de recurso 1259/2006*<sup>49</sup>, *ponente Encarnación Roca Trías*, cuyo objeto es establecer las reglas de interpretación de la legislación vigente en materia de incapacidad.

Dicho escrito señala, en el *Fundamento de Derecho Tercero*, que el problema del recurso no es que se hayan o no cumplido los requisitos para la incapacidad de la demandada, sino ver si la interpretación de los artículos 199 y 200 del C.c son compatibles con la Convención, para ello, se realiza un análisis sobre la capacidad

---

<sup>45</sup> La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su Capítulo IV que lleva por rubrica "De la tutela, la curatela y la guarda de hecho", regula estas figuras jurídicas.

<sup>46</sup> Ver en este sentido, *Derechos humanos y discapacidad*. Informe España 2012 elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU. Madrid. Cinca. 2013. pp. 40 a 42.

<sup>47</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 52.

<sup>48</sup> Artículo 12 de Convención: "Los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida; ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; aplicarse en el plazo más corto posible; ser sometidas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente, e imparcial; y ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas". Ver en este sentido, *Derechos Humanos y Discapacidad*. Informe España 2013 elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU y para los Derechos Humanos. Madrid. Cinca. 2014. pp. 110, 111.

<sup>49</sup> STS 282/2009 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=4566650&links=%221259/2006%22%20%22282/2009%22%20%22ENCARNACION%20ROCA%20TRIAS%22&optimize=20090521&publicinterface=true> . Último acceso 23/06/2015.



jurídica en el ámbito de la Convención, llegando a obtener tres conclusiones: 1. Inadecuación de la tutela como mecanismo de sustitución en la toma de decisiones respecto los principios de la Convención. 2. Adecuación de la curatela como mecanismo de apoyo en la toma de decisiones respecto las reglas de la Convención. 3. El sistema de incapacitación vulnera la dignidad de la persona con discapacidad y atenta contra el principio de igualdad y no discriminación.

Para reforzar sus argumentos, el Fiscal añade en su escrito la fuerza obligatoria de los tratados internacionales que se incorporan al ordenamiento jurídico español, según el artículo 96 de la CE, y también incide en que la Convención adopta el modelo social de discapacidad, el cual, sustituye al modelo médico o rehabilitador que corresponde con la configuración tradicional de la incapacitación como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Lo anterior obliga a adoptar un nuevo mecanismo basado en un sistema de apoyos proyectado sobre las circunstancias concretas de la persona, acto o negocio a realizar.

En cuanto a la forma y características de la nueva figura jurídica en que se concrete el nuevo modelo de apoyo, señala el Fiscal, que la toma de decisiones con apoyo puede adoptar varias modalidades, como apoyos en decisiones personales, patrimoniales (art. 12.5 de la CDPD), sociales y de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a nuevas formas nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse.

En definitiva, podemos afirmar que la fiscalía aboga por un cambio radical, distinto del criterio seguido por la sentencia, la cual, se encarga en primicia de abordar directamente la incidencia de la Convención en nuestra legislación española, y afirma que la regulación del Código Civil no es contraria a las previsiones de la Convención de 2006.

En el *Fundamento de Derecho Quinto* señala la Sala 1º del TS que hay que leer conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que: 1. La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación como *“la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, donde debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial”*. 2. No es argumento para considerar esta



institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacidad pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes, y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón es que al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificada, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad. 3. La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada, y por lo tanto, para derogar el principio de igualdad formal (art. 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona, la cual, sigue teniendo esta cualidad, y por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica, y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

En el *Fundamento de Derecho Séptimo* destaca la Sala 1º del TS que la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias, 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 que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son a su vez, la causa y fundamento de su incapacidad. La incapacidad total sólo 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 (arts. 199, 200 C.c y 759, 760.1, 761.1 LEC).

Esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con los matices que propone el TS: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacidad es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2. La incapacidad no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.



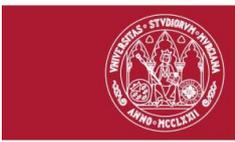
Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

El litigio que da lugar a esta famosa *Sentencia de 29 de abril de 2009* trata sobre una persona anciana, que sufre la enfermedad de Parkinson, atendida en su ámbito personal por sus tres hijos apoderados por esta, y que se ve enfrentada a sus otros tres hijos, no conformes con la actuación de sus hermanos apoderados, por ello, quieren incapacitarla para que sea un juez, como sujeto ajeno a la situación y con postura imparcial, quien tome la decisión de decidir si la anciana se puede valer por sí misma para regir sus asuntos, o sea otro quien decida por ella.

En primer lugar, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca estima la demanda interpuesta por los tres hijos no apoderados, por tanto, se declara incapaz a la anciana de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio, y en consecuencia se nombra tutor de su persona a dos de sus hijos, quienes ejercerán la tutela conjunta y solidariamente, y tutor de sus bienes a otro hijo.

Contra dicha sentencia, interponen recurso de apelación los tres hijos apoderados. La Audiencia Provincial de Salamanca lo desestima confirmando íntegramente la sentencia recurrida.

Frente a la sentencia que dicta la Audiencia Provincial de Salamanca se interpone, por los tres hijos apoderados, por un lado, recurso extraordinario por infracción procesal, basándose en un único motivo: Vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE, e infracción de las reglas de la carga de la prueba del artículo 217.2 LEC. Y por otro lado, recurso de casación, basándose en varios motivos: 1. Haberse infringido los arts. 199, 200 y 215-1 del Código Civil, y doctrina jurisprudencial de la Sala 1º del Tribunal Supremo. 2. Haberse infringido la doctrina jurisprudencial configurada en SSTs relativas a los antiguos arts. 208 y 210 del Código Civil, en relación con el art. 348 LEC, todos ellos infringidos por errónea interpretación de los mismos a tenor de la prueba practicada. 3. Haberse infringido los arts. 215.2º, 222.2º y 287 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial de la Sala 1º del Tribunal Supremo. 4. Haberse infringido el art. 322 del Código Civil y los arts. 10.1 y 23.1 de la CE. 5. Haberse infringido los arts. 234, 235 y 236 del Código Civil y doctrina jurisprudencial de la Sala 1º del Tribunal Supremo.



La Sala acuerda: 1. Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal, y los motivos primero, tercero y cuarto del recurso de casación. 2. No admitir el motivo segundo del recurso de casación interpuesto.

Finalmente, el fallo señala: 1. Desestimar el recurso de casación presentado por los tres hijos apoderados que representan a su madre, la anciana con Parkinson, frente la sentencia dictada por la AP de Salamanca. 2. No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance. 3. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

B) SSTS 30 JUNIO Y 30 SEPTIEMBRE 2014<sup>50</sup>

Estas dos sentencias tienen un interés especial y son motivo de explicación<sup>51</sup> porque resuelven problemas de personas judicialmente incapacitadas de manera parcial, que conservan parte de su autonomía, y cuya voluntad debe ser tenida en cuenta y respetada en relación con aquellos aspectos de su propia vida, sobre los que conservan suficiente capacidad de autogobierno. Por primera vez, la Sala 1º del TS hace una aplicación directa de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006*, la cual, forma parte del Ordenamiento Jurídico español según el artículo 1.5 del Código Civil.

*En la sentencia de 30 de junio* una persona desde 2010 tiene reconocida judicialmente una incapacitación parcial que, según dictamen pericial, le impide conducir vehículos de motor, portar o usar armas de fuego y realizar actos o negocios jurídicos complejos, manteniendo, suficiente capacidad jurídica de obrar para la realización de actos de escasa relevancia. Ante esta situación se reconoció a la persona una incapacitación parcial sujeta a curatela, designándose como curador a un Instituto Tutelar que es el que ahora promovió la demanda para que dicha curatela se convirtiera en tutela con solicitud de nombrar tutor al propio Instituto demandante. El demandado, incapacitado parcialmente, que mantiene el mismo grado o nivel de discapacidad, según informes periciales, se opuso a la demanda y solicitó que se

---

<sup>50</sup> Otros ejemplos de sentencias similares a las explicadas en apartado B) ; STS 421/2013 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6781159&links=%221220/2012%22%20%22421/2013%22%20%22JOSE%20ANTONIO%20SEIJAS%20QUINTANA%22&optimize=20130705&publicinterface=true> y STS 372/2014 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7121281&links=%222103/2012%22%20%22372/2014%22%20%22JOSE%20ANTONIO%20SEIJAS%20QUINTANA%22&optimize=20140710&publicinterface=true> . Último acceso 26/06/2015.

<sup>51</sup> VALERA AUTRAN, B. “Aplicación directa de la Convención sobre derechos de las personas discapacitadas. Comentario a las SSTS, Sala 1º, de 30 de junio y de 30 de septiembre de 2014”. *Diario la Ley, Año XXXV*. pp. 1 a 3.



nombrara curador a una persona concreta con la que le unen vínculos especiales de afecto y familiaridad.

La Sala del TS, al interpretar la CE y Convención, admite que la regulación de nuestra legislación civil no contradice la normativa constitucional e internacional y afirma que dicha regulación desconoce los derechos fundamentales de los que sigue siendo titular la persona discapacitada, situando la dignidad humana como elemento troncal a todos ellos. Se razona pues, la necesidad de una flexibilización de las medidas tendentes a cubrir las deficiencias de la discapacidad para adaptarlas a las estrictas necesidades de cobertura de las deficiencias de capacidad, debiendo respetarse siempre la autonomía e independencia individual que presente la persona discapacitada en orden a la forma de apoyo que sea más razonable y proporcionada. Habrá de reconocerse la capacidad residual existente para permitir el ejercicio de la misma por la propia persona discapacitada impidiendo que la situación de discapacidad se convierta en una muerte legal y social.

En base a esto, y contando con que la situación de la persona judicialmente incapacitada de forma parcial no ha variado en nada desde reconocida la incapacitación parcial y el régimen de curatela, según informes periciales del nuevo proceso revisorio de la incapacitación, y valorando que, la capacidad residual de la persona con discapacidad le permite, sin duda, mostrar su preferencia sobre la persona que ha de ser su curador, la consecuencia es que no hay razones jurídicas que avalen el cambio de la curatela por el de la tutela, y que la persona demandada tiene suficiente capacidad y derecho a designar la persona que sea su curador en adelante, según el artículo 234.2 C.c.

*En la sentencia de 30 de septiembre* estamos ante una situación jurídica de incapacitación judicial de carácter parcial en la que la persona discapacitada conserva capacidad para manifestar su voluntad respecto a algunos aspectos, por ello, la incapacitación parcial sólo abarca actos relacionados con el patrimonio o con la salud propia. La persona discapacitada tiene dos hijos idóneos para el desempeño de la tutela y manifestó con claridad y consistencia, en el juicio de instancia y ante la Audiencia Provincial, que prefería como tutor a su hijo y no a su hija<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Lo manifestado por dicha persona literalmente decía, “*me fui con él porque estaba fastidiada con mi hija... estaba enfadada porque quiere mandar todo y llega un momento en que uno se cansa... un día dije que no... que se había acabado, ahora con mi hijo no cambio más, los niños me besan mucho y estoy encantada... sí claro (contestación a la pregunta de si quiere estar con su hijo) no me quedo con ella ni por nada... tengo mi hijo que me cuida muy bien*”.



La Sala 1º del TS, acoge favorablemente el motivo de casación con base en el artículo 477.2.3º LEC, por infracción de la Convención, y el artículo 243.1 C.c, en relación con los artículos 10, 14 y 20.1 a) CE, según las siguientes consideraciones. Según el artículo 1.5 C.c las normas de Convención son de aplicación directa en España, una vez ratificada y publicada por el Estado español, y deben servir de guía en casos referidos a los derechos fundamentales y libertades. Ahora se hace alusión a la dignidad de la persona, como base troncal de los derechos humanos, que constituye el sustento de la libertad, la justicia y la paz, y que tienen que ser respetados en los casos de personas con discapacidad a las que ha de reconocérseles la autonomía e independencia individual que conlleva la posibilidad de tomar sus propias decisiones.

El artículo 12.4 de la Convención trata de impedir el abuso en materia de derechos humanos, lo que asegura el ejercicio de la capacidad jurídica mediante el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, debiendo ser las limitaciones a esto último siempre proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de cada persona y susceptibles en todo caso de revisión periódica por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. El interés de la persona discapacitada está por encima de cualquier otro que pueda concurrir y se habrá de determinar en función de las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones de discapacidad.

De aquí la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada cuando pueda ser advertida y hubiera sido expresada en términos que permitan admitir una conciencia y voluntad apropiadas en la manifestación de la misma. La Sala 1º del TS entiende que la expresión de voluntad de la persona discapacitada no puede ni debe ser ignorada dado el ámbito concreto al que se extiende la incapacitación parcial, la idoneidad de ambos hijos para poder ejercer la tutela y que no se observa razón objetiva alguna que permita concluir que la opción a favor del hijo como tutor pueda resultar perjudicial. Aun así, la tutela cuenta con la supervisión por el Ministerio Fiscal y la adopción de medidas de vigilancia y control que pueda establecer la Autoridad Judicial, según artículos 232 y 233 C.c. En consecuencia se estima el recurso de casación reconociendo plena validez a la voluntad de la persona discapacitada parcial en orden a la designación de la persona de su tutor.



## 5. MEDIOS DE PROTECCION JURIDICOS ESPECIALMENTE INDICADOS PARA LAS PERSONAS ENFERMAS DE ALZHEIMER

### 5.1. Autotutela

El incremento de la esperanza de vida y enfermedades como alzhéimer, párkinson o demencia senil, ha provocado preocupación en las personas que temen en un futuro sufrirlas, y en previsión de ello, elijan a la persona o institución que quieren que cuiden de ellos y administre sus bienes. Ante esta realidad social se introduce la autotutela en nuestro Código Civil a través de la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, la cual, incorpora al artículo 223 del C.c, un segundo párrafo, donde se posibilita a cualquier persona que prevea quien será su tutor para el supuesto de incapacitación judicial<sup>53</sup>, es decir, supone el reconocimiento de la posibilidad de ordenar, en acta notarial inter vivos, la designación de tutor en virtud de ser judicialmente incapacitado en un futuro, lo cual, ha provocado una alteración del orden de delación de la tutela<sup>54</sup> del artículo 234 del C.c<sup>55</sup>. Esta Ley soluciona unas necesidades requeridas en los últimos tiempos por nuestra sociedad y doctrina, aunque la autotutela no es novedad en nuestro Derecho Español, ya que, en Cataluña se encuentra regulada desde la *Ley 11/1996, de 29 de julio de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela e Instituciones Tutelares*<sup>56</sup>.

Es importante añadir que al entrar a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, parece que no se pone de relieve suficientemente la incidencia de la misma en figuras jurídicas como la autotutela o el mandato preventivo. Según SERRANO GARCIA, las

---

<sup>53</sup> PEREÑA VICENTE, M. *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del cuidador o del tutor*. Madrid. Universitaria Ramón Areces. 2008. p. 46.

<sup>54</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R. A. "La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores". En *La Protección de las Personas Mayores*. Dir. C, LASARTE ALVAREZ. Madrid. Tecnos. 2007. p. 154.

<sup>55</sup> Artículo 234 C.c: "Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2º Al cónyuge que convive con el tutelado. 3º A los padres. 4º A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 5º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en el mencionadas, si el beneficio del menor o incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor".

<sup>56</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R. A. Ob. Cit. p. 151.



prescripciones de la Convención deben establecer la interpretación, especialmente, en los artículos 223 párrafo segundo y 1732 del Código Civil<sup>57</sup>.

En principio, el término de autotutela no es muy afortunado en sentido estricto, por hacer referencia a la guarda y protección de una persona a cargo de sí misma, por eso, se señala que dicha denominación parece un contrasentido, porque es absurdo facilitar a quien no puede defenderse, un mecanismo de defensa para sí mismo, esto ya lo decía JUSTINIANO (Inst. 1, 13, 1). Pero este asunto parece entenderse en otro sentido, es decir, no se trata de disponer de su propia tutela, la cual, es competencia judicial, sino de una declaración de voluntad dirigida al juez para señalar a quien se prefiere como tutor para el caso de prever que en el futuro no va a poder gobernarse por sí mismo, y por ello, ser declarado judicialmente en el estado civil de persona con capacidad modificada, y sometida a tutela<sup>58</sup>. Al respecto señala MARTINEZ GARCIA que *“no tengamos miedo en que las personas decidan por sí mismas, cuando son plenamente capaces, como quieren ser atendidas y representadas en el momento en que sus capacidades mengüen”*<sup>59</sup>. A pesar de todo, la denominación de autotutela ha tenido aceptación en la doctrina, aunque algunos autores han preferido llamarla *“autodelación de la tutela”*. Hay que tener claro que una cosa es reconocer a un sujeto presunto incapaz legitimación activa para iniciar la incapacitación judicial, lo cual, hace el artículo 757.1 de la LEC, y otra cosa es, que el presunto incapaz pueda designar tutor, ya que, en la autotutela es imprescindible que el sujeto este en plenas facultades mentales<sup>60</sup>.

Por otro lado, la incorporación de la autonomía de la voluntad en el marco jurídico de la protección de incapaces ha sido una cuestión importante desde tiempo atrás, por cuanto hay que tener en cuenta la voluntad de quien siendo capaz, toma previsiones para el supuesto de que resulte incapacitado judicialmente, o simplemente incapaz natural<sup>61</sup>. Por tanto, es importante añadir la diferencia entre el artículo 223 párrafo 2º del C.c<sup>62</sup>, y el artículo 4.2 de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la*

---

<sup>57</sup> SERRANO GARCIA, I. Ob. Cit. p. 19.

<sup>58</sup> Ibídem, p. 20.

<sup>59</sup> MARTINEZ GARCIA, M. A. *Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos”*. La Notaria, número 2. Febrero 2000. p. 64. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autotutela-apoderamientos-preventivos-240075>. Último acceso 18/07/2015.

<sup>60</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R. A. Ob. Cit. p. 153.

<sup>61</sup> SERRANO GARCIA, I. Ob. Cit. p. 21.

<sup>62</sup> Artículo 223 C.c: *“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier*



*autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*<sup>63</sup>, en el primero, se establece que la persona podrá adoptar disposición, y en el segundo, se da derecho a decidir sobre la tutela<sup>64</sup>.

Podemos definir la autotutela como la facultad que se concede a una persona capaz de obrar para designar a su tutor, y adoptar, dentro de los límites legales, las disposiciones que estime convenientes en previsión de una futura incapacitación, lo cual, es especialmente importante, tal y como advierte la *Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, en el caso de enfermedades degenerativas<sup>65</sup>, como es el Alzheimer<sup>66</sup>.

La autotutela se caracteriza por ser una declaración de voluntad unilateral, personalísima, a excepción del Derecho gallego que admite la delegación, y revocable. Debe hacerse en escritura pública y es inscribible en el Registro Civil, según el artículo 223 apartado 3º del C.c<sup>67</sup>. En la práctica, se lleva a cabo mediante una propuesta que se hace al juez, el cual, debe aprobar y autorizar la misma, oído el Ministerio Fiscal, ya que, el nombramiento de tutor es una decisión judicial<sup>68</sup>.

A continuación veremos las peculiaridades, respecto al Código Civil, de la legislación civil autonómica, que también ha regulado sobre la autotutela.

---

*disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al registro civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”.*

<sup>63</sup> Artículo 4.2 de *Ley 39/2006 de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*: “Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes: ... f) A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.”

<sup>64</sup> SERRANO GARCIA, I. Ob. Cit. p. 51.

<sup>65</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. Ob. Cit. p. 190.

<sup>66</sup> El Alzheimer, como enfermedad degenerativa, es la causa de demencia más común. La demencia consiste en un síndrome que implica el deterioro de la memoria, el intelecto, el comportamiento y la capacidad para realizar actividades de la vida diaria, afecta principalmente a las personas mayores, pero no constituye una consecuencia normal del envejecimiento, es una de las principales causas de discapacidad y dependencia entre las personas mayores en el mundo, y tiene un impacto físico, psicológico, social y económico en los cuidadores, las familias y la sociedad. *Centro de prensa. Notas descriptivas. Demencia. Nota descriptiva número 362. Marzo 2015.* [www.oms.org](http://www.oms.org) . <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs362/es/>. Último acceso 27/06/2015.

<sup>67</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. Ob. Cit. p. 191.

<sup>68</sup> SERRANO GARCIA, I. Ob. Cit. p. 31.



Mediante el *Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, se aprueba con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas*, en su artículo 108 es donde se produce la incorporación de la autotutela<sup>69</sup> avalada bajo el principio *standum est chartae* que concede, en el Derecho civil aragonés, amplio margen de autonomía de la voluntad. Este precepto regula conjuntamente la autotutela y los poderes preventivos<sup>70</sup>.

Aquí se configura la autotutela como una delación voluntaria, por eso, en el caso de que exista delación voluntaria no habrá lugar para la delación dativa, pero si la primera es incompleta, no se elimina, sino que se completa con la dativa, como ocurriría si el interesado solo nombra tutor de persona y no de bienes. Que la delación sea voluntaria no significa que el juez no intervenga, ya que, es él quien nombra y da posesión del cargo a la persona designada. Podrá designar tutor cualquier persona de sí misma y los padres respecto de sus hijos, supuesto último más amplio aquí que en el Código Civil.

En cuanto a la capacidad exigida es ser mayor de edad y tener capacidad de obrar suficiente. La forma del negocio de autotutela por el que se designa tutor para sí mismo es en escritura pública, y en cuanto a su eficacia el juez está vinculado a las disposiciones del documento de autotutela<sup>71</sup>, pero en ciertos casos podrá desvincularse con decisión motivada, a saber, cuando exista alteración sustancial de las circunstancias, y que el interés del menor o incapacitado exija otra cosa.<sup>72</sup>

La *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, regula la autotutela en su artículo 222-4<sup>73</sup>. Aquí se

---

<sup>69</sup> Artículo 108 del *Código de Derecho Foral de Aragón*: “1. Conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal. 2. La entidad pública competente en materia de protección de menores o incapacitados no podrá ser objeto de designación o exclusión voluntaria”.

<sup>70</sup> PEREÑA VICENTE, M. Ob. Cit. pp. 60, 61.

<sup>71</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. Ob. Cit. p. 195.

<sup>72</sup> PEREÑA VICENTE, M. Ob. Cit. p. 63.

<sup>73</sup> Artículo 222-4 de la *Ley 25/2010 del libro segundo del C.c Cataluña, relativo a la persona y la familia*: “1. En el supuesto de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares. También puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto al cuidado de su persona. 2. El otorgamiento de un acto de delación tutelar posterior revoca el anterior en todo aquello que lo



consagra una tutela de carácter familiar donde no se suprime la intervención del juez, que será quien dará posesión del cargo. Por ello, la tutela en Cataluña se basa en un sistema mixto con prevalencia de la familia. La autotutela se configura como delación voluntaria, por tanto, existe autodelación de la tutela, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil, donde la delación de la tutela es siempre dativa<sup>74</sup>.

Podrán designar tutor cualquier persona para sí misma, en previsión de ser declarada incapaz, y el padre y madre respecto de sus hijos menores o incapacitados. La capacidad exigida para llevar cabo un negocio de autotutela es que tengan plena capacidad de obrar. En cuanto a la forma se exige escritura pública para sí mismo, y la hecha por los padres se podrá hacer en escritura pública, testamento o codicilo<sup>75</sup>. Y sobre la eficacia, según el artículo 229-9 del C.c Catalán, el juez está vinculado por la voluntad del interesado o padres, ya que, debe nombrar a las personas designadas en el acto de delación voluntaria<sup>76</sup>, aunque podrá prescindir de esas designaciones cuando se haya producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente se tuvieron en cuenta al hacer el acto de delación voluntaria, o si el acto de delación voluntaria se hizo dentro del año anterior al inicio del procedimiento relativo a la capacidad de la persona protegida<sup>77</sup>.

La *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia*, en sus artículos 42 a 45 regulan de forma novedosa la autotutela. Nada se dice sobre quien puede hacer uso de esta facultad, por lo que supletoriamente se aplicara el artículo 223 del Código Civil. En cuanto a la capacidad se exige ser mayor de edad. En general se considera la autotutela un negocio personalísimo, pero la Ley gallega añade una excepción al admitir la posibilidad de delegación<sup>78</sup> en su artículo 43<sup>79</sup>.

Sobre la forma del negocio se exige escritura pública, y también para la delegación. Finalmente respecto a la eficacia, el negocio de autotutela vincula al juez al

---

*modifique o resulte incompatible. 3. Son ineficaces las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre su capacidad o el ministerio fiscal inicia las diligencias preparatorias”.*

<sup>74</sup> PEREÑA VICENTE, M. Ob. Cit. pp. 71, 72.

<sup>75</sup> En Cataluña significa la disposición de última voluntad que no contiene la institución del heredero y que puede otorgarse en ausencia de testamento o como complemento de él.

<sup>76</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. Ob. Cit. p. 195.

<sup>77</sup> PEREÑA VICENTE, M. Ob. Cit. p. 75.

<sup>78</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. Ob. Cit. p. 191.

<sup>79</sup> Artículo 43 Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia: *“La persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública”.*



constituirse la tutela (art. 45), en este caso, el juez está vinculado a la escritura pública y a la elección que haga la persona en quien se delego esa facultad<sup>80</sup>.

## 5.2. Poderes Preventivos

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, tiene por objeto, que en el desarrollo de su propia autonomía, una persona pueda adecuar la planificación para el futuro de sus intereses patrimoniales o personales/familiares, esto mediante la reforma del artículo 1732 del C.c<sup>81</sup>.

En la práctica, con anterioridad a esta reforma, existían situaciones en las que, quienes sufrían un trastorno degenerativo, antes de perder facultades, otorgaban un poder a favor de una persona de confianza para gestionar sus asuntos, por eso, la necesidad de incapacitación se evitaba por quien en la práctica estaba atendido y cuidado por sus familiares y había otorgado un poder general que permitía la gestión de su patrimonio<sup>82</sup>.

En esta ocasión, tal y como queda ahora redactado el artículo 1732 C.c<sup>83</sup>, el legislador no aprovecha para dar un concepto de apoderamiento preventivo, por lo que tenemos que tomar las definiciones de la doctrina para su estudio. Tampoco establece su regulación, por tanto, habrá que remitirse a la establecida para el contrato de mandato en el C.c.

MARTINEZ GARCIA define el apoderamiento preventivo como *“la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que una persona en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre”*<sup>84</sup>, y por otro lado FERNANDEZ LOZANO como *“el negocio jurídico por el que una*

---

<sup>80</sup> PEREÑA VICENTE, M. Ob. Cit. pp. 75, 81.

<sup>81</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I. “El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad”. En *La Protección de las Personas Mayores*. Dir. C, LASARTE ALVAREZ. Madrid. Tecnos. 2007. p. 197.

<sup>82</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. Ob. Cit. p. 205.

<sup>83</sup> El artículo 1732 C.c queda redactado de la siguiente manera: *“El mandato se acaba: Por su revocación; por su renuncia o incapacitación del mandatario; por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario; el mandato se extinguirá también, por la incapacidad sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*.

<sup>84</sup> MARTINEZ GARCIA, M. A. Ob. Cit. p. 58.



*persona, en previsión a su, conocida o no, posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que la representen, incluso después de sobrevenida ésta, y hasta que se declare su extinción por el Juez tras la declaración judicial de su incapacidad”<sup>85</sup>.*

En cuanto a los sujetos que pueden ser poderdantes o apoderados nos remitimos a las normas generales del mandato en el Código Civil.

El poder preventivo se caracteriza por ser un negocio jurídico unilateral, recepticio, revocable, causal, inter vivos (la producción de efectos y la eficacia de la declaración de voluntad emitida por el titular del derecho tendrá lugar en vida del mismo), personalísimo (solo la persona del poderdante puede otorgar el poder preventivo, teniendo como base la confianza que se tenga con la persona designada como apoderado), gratuito (solo para caso de mandato representativo) aunque cabe fijar retribución, bilateral o unilateral (según sea o no retribuido), y consensual (es obligatorio desde que existe consentimiento). Los apoderamientos preventivos están sometidos a control judicial durante su vigencia<sup>86</sup>.

En principio, según la regla general, un poder se extingue por incapacitación sobrevenida del mandatario/apoderado o mandante/poderdante, pero a raíz de la reforma del artículo 1732 del C.c, introducida por la *Ley 41/2003 sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad*<sup>87</sup>, se permite salvar la extinción del poder en caso de concurrir incapacitación judicial del mandante, siempre que en el propio poder representativo se contenga la previsión expresa de su *no extinción* en el posible caso de producirse aquella<sup>88</sup>.

Según el artículo 1732 del C.c, el apoderamiento preventivo puede ser de dos tipos:

---

<sup>85</sup> FERNANDEZ LOZANO, J. L. “La representación”. En *Instituciones de Derecho Privado. Vol 1. Tomo 2*. Coord. J. A, MARTINEZ SANCHIZ. Madrid. Aranzadi. 2003. p. 879.

<sup>86</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I. Ob. Cit. p. 200.

<sup>87</sup> Señala la *Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad* que se reforma el artículo 1732 del Código Civil “con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor”.

<sup>88</sup> LECIÑENA IBARRA, A. “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”. En *Estudios Jurídicos Sobre La Protección de las Personas con Discapacidad*. Coord. M, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. A, LECIÑENA IBARRA. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2014. p. 143.



1. Apoderamiento preventivo o *ad cautelam*: Aquel que se otorga en previsión de una futura pérdida de capacidad, por lo que el poder no va a producir efectos hasta que se produzca esa pérdida de capacidad, que sería la condición suspensiva de cuyo cumplimiento depende que el poder despliegue o no efectos.

2. Apoderamiento continuado o con subsistencia de efectos: Aquel que en su otorgamiento incorpora la previsión expresa de que no se extinga a pesar de una eventual incapacitación del poderdante. Es un poder que despliega efectos desde el primer momento, los cuales, no se alteran por la pérdida de capacidad del poderdante<sup>89</sup>.

Estamos ante dos modalidades distintas, una condicional y otra pura. La primera es problemática por que según la doctrina es un error del legislador añadir un negocio jurídico, perteneciente al ámbito de la contratación, para la protección de los incapacitados, añadiendo el inciso final del artículo 1732 del C.c, que regula la extinción del contrato de mandato<sup>90</sup>.

En cuanto a la forma, por el mínimo cambio normativo de la *Ley 41/2003 sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad*, hay que recurrir al régimen general del mandato establecido en el C.c, donde la regla general es la libertad de forma, según los artículos 1278 y 1279. En este aspecto el legislador no exige escritura pública para el otorgamiento de este tipo de poderes, aunque el artículo 1280 del C.c parece ser la alternativa para paliar este problema, al exigir escritura pública para algunos poderes, aunque como el apoderamiento preventivo puede referirse a todo tipo de poderes, no siempre será aplicable este precepto.

Sobre la publicidad e inscripción del poder en el Registro civil no se establece nada, distinto de la tutela que es objeto de inscripción, según el artículo 223 C.c<sup>91</sup>.

En cuanto a la eficacia de los poderes continuados, despliegan efectos desde el primer momento, y si se trata de un apoderamiento visto como negocio jurídico unilateral y recepticio, producirá efectos desde que llegue a conocimiento del apoderado, y no dejan de producir efectos aunque se incapacite al poderdante. En el primer caso de poder continuado, la Ley se refiere a incapacidad, es decir, que no es necesario que exista incapacitación judicial, por lo que se permite establecer cómo se apreciara la ausencia de capacidad, y se deja en manos del poderdante señalar el momento desde que es eficaz el poder. Lo único importante es la fórmula empleada

---

<sup>89</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I. Ob. Cit. p. 202.

<sup>90</sup> PEREÑA VICENTE, M. Ob. Cit. p. 85.

<sup>91</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I. Ob. Cit. p. 211.



por el legislador, al permitir que estos poderes sean instrumento de protección en fases finales de enfermedades como el Alzheimer o demencia senil, o también mientras dura el procedimiento de incapacidad, permitiendo que sin esperar la resolución judicial, se pueda dar eficacia al poder<sup>92</sup>.

A continuación, destacar de forma breve, la figura jurídica del *mandato de protección futura* regulada en el Derecho francés, la cual, no se trata de un poder, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, sino como una verdadera alternativa al sistema de incapacitación o tutela<sup>93</sup>.

La Ley 2007-308, de 5 de marzo, de la protección jurídica de las personas mayores, que modifica el Código Civil regula, por un lado, medidas de protección jurídica (salvaguarda de justicia, tutela, curatela y mandato de protección jurídica) que tienen como fin proteger a personas que no pueden atender sus interés por razones físicas o psíquicas, y por otro lado, medidas de ayuda y protección social con instituciones como el acompañamiento social o judicial.

Su novedad más importante es el *mandato de protección futura*, definido como aquella figura de protección jurídica contractual que permite a una persona con capacidad suficiente organizar su propia protección para un momento futuro en que no está ya en condiciones de formar y expresar su voluntad<sup>94</sup>.

GALLEGO DOMINGUEZ señala que mediante esta institución “*un sujeto con capacidad suficiente, el mandante, otorga a uno o varios mandatarios su representación y la gestión de sus asuntos patrimoniales y/o la protección de su persona para el caso de que, por razones psíquicas o físicas que le impidan la declaración de voluntad, no pueda atender por si sola sus interés, evitando de esta manera el establecimiento de una medida de protección jurídica judicial*”<sup>95</sup>.

Los poderes preventivos del C.c, los cuales han sido incorporados a nuestro Derecho modificando la regulación del contrato de mandato, equivalen al mandato de protección futura, el cual, se ubica en *el Libro primero del Code como segundo capítulo del título XI llamado “De las medias de protección jurídica de los mayores”*, esto lo decide el legislador francés por la importancia del nuevo instrumento, dedicándole una sección entera del artículo 477 al 494. La *Exposición*

---

<sup>92</sup> PEREÑA VICENTE, M. Ob. Cit. pp. 97, 98.

<sup>93</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. Ob. Cit. pp. 210, 211.

<sup>94</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 40.

<sup>95</sup> GALLEGO DOMINGUEZ, I. “Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el derecho francés”. En *La encrucijada entre la capacidad y la discapacidad. Vol. 1*. Coord. J, PEREZ DE VARGAS MUÑOZ. M, PEREÑA VICENTE. Madrid. La Ley. 2011. p. 292.



*de Motivos del Code* señala que el *mandat de protection future* es una medida de protección temporal que puede ser pronunciada cuando la persona sufra alteración temporal de facultades personales, cuando la necesidad de la protección se limite a la conclusión de un acto jurídico, o mientras dure el procedimiento de tutela o curatela<sup>96</sup>.

### 5.3. Asistencia

Aunque en el Código Civil español no se recoge la asistencia como tal, si se regula en los artículos 226-1 a 226-7 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II, del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia*. El legislador autonómico establece, que el régimen jurídico aplicable para colmar las lagunas que puedan existir en la asistencia sea el de la tutela, siempre que resulte compatible. Añade NUÑEZ ZORRILLA que también se podrá acudir a los preceptos que regulan la curatela, por su similitud, para llenar los vacíos legales que surjan en la asistencia, siempre que sean también compatibles, aunque el régimen de la tutela es más completo<sup>97</sup>.

La asistencia es un nuevo modelo de protección que se puede incluir en los sistemas de apoyo, y por su carácter flexible, implica un mayor respeto a la capacidad y autonomía de la persona con discapacidad en su ámbito personal y patrimonial<sup>98</sup>.

Se puede definir esta figura como una medida de protección de las personas mayores de edad que sufren algún tipo de disminución o deficiencia física o psíquica, que sin llegar a constituir una causa de incapacitación judicial, provoca en la persona que la sufre, la necesidad de depender de otra persona para el cuidado y la atención de sí misma o de sus bienes, por tanto, la Ley faculta a la persona que padece la disminución (el asistido), para solicitar, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, el nombramiento de un asistente, que es la persona que se encargará de su cuidado, con la particularidad de que éste ha sido elegido libremente por la persona asistida, estando el juez obligado a respetar, en principio su voluntad<sup>99</sup>. Esta medida se caracteriza porque se configura como un deber personalísimo, de carácter gratuito

---

<sup>96</sup> PEREÑA VICENTE, M. Ob. Cit. pp. 101, 102.

<sup>97</sup> NUÑEZ ZORRILLA, M<sup>a</sup> C. *La Asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*. Madrid. Dykinson. 2014. pp. 25, 99.

<sup>98</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 64.

<sup>99</sup> Artículo 226-1 del C.c Catalán: “*La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria*”.



que debe ejercerse en interés de la persona asistida, estando el asistente obligado a informar al asistido de todos los asuntos o decisiones que le afecten<sup>100</sup>.

En cuanto a las funciones del asistente, el artículo 226-2 del C.c Catalán señala que, en la resolución de nombramiento, es la autoridad judicial la que determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente. En el ámbito personal, debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando su voluntad de forma plena y sus opciones personales. En concreto le corresponde al asistente recibir información y dar el consentimiento si la persona asistida no puede decidir por ella misma a la hora de realizar actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas. En el ámbito patrimonial, debe intervenir junto a la persona asistida en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición del asistido, será la autoridad judicial quien confiera al asistente funciones de administración, gestión o conservación del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta, de realizar actos de esta naturaleza por ella misma<sup>101</sup>.

Sobre la modificación de la asistencia, el artículo 226-4 del C.c Catalán establece, en su apartado primero que, a instancia de parte, incluido el asistido, la autoridad judicial debe acordar la reducción o ampliación del ámbito de funciones del asistente, si es necesario dadas las circunstancias, y en su apartado segundo señala que, si el asistente tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito de funciones, debe comunicarlo a la autoridad judicial. En cuanto a su extinción, el artículo 226-5 del C.c Catalán establece las siguientes causas: 1. Por muerte, o declaración de defunción, o declaración de ausencia legal de la persona asistida. 2. Por la desaparición de las circunstancias que la motivaron. 3. Por la incapacidad de la persona asistida<sup>102</sup>.

LLORENTE SAN SEGUNDO hace dos críticas a la figura de la asistencia<sup>103</sup>:

En primer lugar, referida a la persona mayor de edad que la necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. No queda muy clara la expresión “*no incapacitante*”, pero parece que se debe relacionar con la capacidad de obrar, ya que, el artículo 221 del C.c Catalán, al definir el ámbito subjetivo de la tutela, habla de los incapacitados cuando así lo determine la sentencia. En este caso se tendrá que acudir a los artículos

---

<sup>100</sup> NUÑEZ ZORRILLA, M<sup>a</sup> C. Ob. Cit. pp. 17, 101.

<sup>101</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 65.

<sup>102</sup> NUÑEZ ZORRILLA, M<sup>a</sup> C. Ob. Cit. pp. 151, 171.

<sup>103</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. pp. 65, 66.



199 y ss., del C.c donde se establecen las causas que son incapacitantes, y los presupuestos de la incapacitación, es decir, la existencia de deficiencia o enfermedad persistente que no permita a la persona gobernarse por sí misma.

Esto significa que el juez para adoptar la medida de la asistencia debe hacer un previo juicio valorativo sobre si hay o no capacidad de obrar, aunque no tenga que incapacitar ni modificar la capacidad de obrar del solicitante. Solo podrán solicitar la asistencia las personas que tengan discapacidad física o psíquica, siempre que no sea persistente y no impida su autogobierno.

En definitiva, en un sistema de apoyo el juez no debe emitir una decisión sobre la existencia o no de capacidad de obrar de la persona con discapacidad, es más conveniente, siguiendo las pautas de la Convención, que el juez al decidir sobre la adopción de la medida de asistencia, resuelva sobre la base de si tal medida es adecuada o no para el solicitante, apreciando las circunstancias del caso concreto.

En segundo lugar, se refiere a las personas que pueden solicitar la asistencia. En principio parece que la medida solo puede ser solicitada por la persona que sufre una deficiencia no incapacitante, y el resto de sujetos deberán ir al procedimiento de incapacitación para establecer la tutela o curatela, pero no es así, ya que, siguiendo opinión doctrinal mayoritaria, la incapacitación, tutela y curatela, deben reservarse para las cosas más graves donde no hay posibilidad de conocer la voluntad de la persona con discapacidad, por ello, solo se puede admitir un modelo de sustitución e incluso si existiera cualquier modo de autonomía de decisión la figura que debe implantarse es la curatela.

A continuación veremos de forma breve la regulación de la asistencia en ordenamientos jurídicos extranjeros.

En Derecho alemán la *Ley para la Reforma del Derecho de la Tutela y Curatela para Mayores de edad, de 12 de septiembre de 1990*, deroga los regímenes de la tutela y curatela para las personas mayores, suprimiendo la institución de la incapacitación, sustituida por un único régimen, el de la asistencia (*Betreuung*) que no conlleva la incapacitación, regulado en los artículos 1896 a 1908 del BGB, y cuya principal característica es la conservación de la capacidad de obrar del sujeto a ella sometido<sup>104</sup>. Esta figura procede si una persona no es capaz de controlar sus acciones debido a una enfermedad psicológica, física o mental, o discapacidad intelectual. Su ámbito de actuación se reduce a lo estrictamente necesario, y no será requerido en

---

<sup>104</sup> NUÑEZ ZORRILLA, M<sup>a</sup> C. Ob. Cit. p. 89.



contra de la voluntad del discapacitado. Es distinta a la tutela, pues, la asistencia no priva a la persona de su capacidad legal<sup>105</sup>.

El nombramiento del asistente se hace judicialmente, a petición de la propia persona, o de oficio cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de la situación necesitada de protección. La sentencia judicial que establezca la *Betreuung* debe contener una clara delimitación de las competencias del *Betreuer*, que pueden extenderse únicamente a los bienes del asistido o solo al cuidado de su persona, o a ambas esferas, aunque se da mas importancia a las cuestiones de carácter personal<sup>106</sup>.

En Derecho italiano, la medida de la asistencia (*Amministrazione di Sostegno*) es introducida en el *Codice Civile* por la *Ley de 9 de enero de 2004*, en sus artículos 404 a 413. El Título XII del *Codice* que lleva por rubrica *De las medidas de protección de las personas privadas total o parcialmente de autonomía* se divide en dos capítulos, “*De la administración de apoyo*” y “*De la incapacitación, de la inhabilitación y de la incapacidad natural*”, por tanto, coexiste la nueva medida (administración de apoyo) con las tradicionales (incapacitación e inhabilitación) a las que se le atribuye carácter residual, en el sentido de ser utilizadas en casos justificados y excepcionales como única medida idónea para la protección adecuada del enfermo<sup>107</sup>.

Esta medida se configura para la persona que por efecto de una enfermedad o de una discapacidad física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de actuar en su propio interés. Puede ser establecida a solicitud del propio afectado o los sujetos que indica el artículo 417 del *Codice Civile* (cónyuge o conviviente estable de pareja, parientes dentro del 4º grado, parientes por afinidad dentro del 2º grado, tutor, curador o Ministerio Publico). El procedimiento se inicia con demanda. La designación del administrador de sustento puede recaer en la persona elegida por el mismo interesado, en previsión de su propia incapacidad futura, o en su defecto, en las personas llamadas por la Ley al ejercicio del cargo. A falta de personas indicadas, o cuando las mismas no sean idóneas, el juez puede llamar a otra persona física o jurídica que reúna los requisitos legales<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 36.

<sup>106</sup> NUÑEZ ZORRILLA, Mª C. Ob. Cit. pp. 89, 90.

<sup>107</sup> LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 37.

<sup>108</sup> NUÑEZ ZORRILLA, Mª C. Ob. Cit. p. 93.



## CONCLUSION

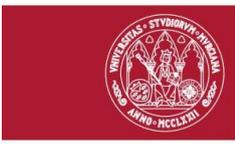
La *Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*, tiene gran relevancia y es clave en este trabajo fin de grado, ya que, se posiciona como epicentro de la mayoría de los temas abordados. Hay que destacar su importancia para con nuestro ordenamiento jurídico, haciendo que las resoluciones judiciales actuales se encaminen en adoptar posturas con fundamento en ella, velando, ya no por un sistema de sustitución de la capacidad de tomar decisiones, como la tutela, que conlleva la incapacidad, sino por un sistema de apoyo donde el fin sea respetar la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada, dejándole un margen de actuación, en la medida de lo posible.

Existen diferentes posturas doctrinales en nuestro ordenamiento jurídico a la hora de afrontar o no una reforma de nuestro Derecho a la luz de la Convención, y de si esta, es compatible o no con nuestra legislación vigente. A mi parecer las reglas de la Convención son compatibles con nuestro Derecho, aunque el sistema de protección vigente en el C.c debe interpretarse con los matices establecidos por el TS en su *Sentencia de 29 de Abril*.

Es importante destacar la nueva vertiente correspondiente con el modelo de apoyo, en contra del modelo de sustitución de la capacidad, hasta ahora tradicional. Estas medidas de apoyo, también de protección, que corresponden con figuras jurídicas como la autotutela, poderes preventivos o la asistencia, esta última regulada en el C.c Catalán, son establecidas para las personas con discapacidad, donde también se incluye la discapacidad mental provocada por la enfermedad de *Alzheimer*.

Para la adopción de estas medidas, se atenderá al conocimiento exhaustivo, por parte de un juez, de la capacidad de autogobierno que el presunto incapaz pueda tener, y es entonces cuando se actuara de la mejor manera posible, y más ventajosa, con el fin de no vulnerar, invadir o restringir al discapacitado los derechos como persona.

Con ello, se pretende no provocar la muerte civil de personas con discapacidad, teniendo en cuenta siempre el respeto a la autonomía de la voluntad de los enfermos discapacitados.



## BIBLIOGRAFIA

BERROCAL LANZAROT, A. I. “El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad”. En *La Protección de las Personas Mayores*. Dir. C, LASARTE ALVAREZ. Madrid. Tecnos. 2007.

-BIEL PORTERO, I. *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2011.

-DE ASIS ROIG, R. BARRANCO AVILES, M<sup>a</sup> C. CUENCA GOMEZ, P. PALACIOS RIZZO, A. “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”. En *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Ed. P, CUENCA GOMEZ. Madrid. Dykinson. 2010.

-DE ASIS ROIG, R. “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”. En *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Dir. L. C, PEREZ BUENO. Aut. M, CABALLERA PIÑEIRO. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2009.

-DE PABLO CONTRERAS, P. *La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil, 3º Volumen*. Madrid. Dykinson. 2009.

-*Derechos Humanos y Discapacidad*. Informe España 2013 elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU y para los Derechos Humanos. Madrid. Cinca. 2014.

-*Derechos humanos y discapacidad*. Informe España 2012 elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU. Madrid. Cinca. 2013.

-*Derechos Humanos y Discapacidad*. Informe España 2008 elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU. Madrid. Cinca. 2009.

-FERNANDEZ LOZANO, J. L. “La representación”. En *Instituciones de Derecho Privado. Vol 1. Tomo 2*. Coord. J. A, MARTINEZ SANCHIZ. Madrid. Aranzadi. 2003.



- GALLEGO DOMINGUEZ, I. “Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el derecho francés”. En *La encrucijada entre la capacidad y la discapacidad. Vol. 1*. Coord. J, PEREZ DE VARGAS MUÑOZ. M, PEREÑA VICENTE. Madrid. La Ley. 2011.
- GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M. *Lecciones de Derecho civil. Parte general y Derecho de la persona*. Murcia. Diego Marín. 2010.
- INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES, (IMSERSO). *Vejez y Protección Social a la dependencia en Europa: iniciativas, recomendaciones del Consejo de Europa*. Madrid. 1999.
- LECIÑENA IBARRA, A. “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”. En *Estudios Jurídicos Sobre La Protección de las Personas con Discapacidad*. Coord. M, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. A, LECIÑENA IBARRA. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2014.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A. “La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores”. En *La Protección de las Personas Mayores*. Dir. C, LASARTE ALVAREZ. Madrid. Tecnos. 2007.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I. *La Pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*. Madrid. Reus. 2013.
- MARIN CALERO, C. *El Derecho a la propia discapacidad*. Madrid. Universitaria Ramón Areces. 2013.
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “La persona y el derecho a la persona”. En *Curso de Derecho civil I. Derecho privado Derecho de la persona. 4º edición*. Coord. P, DE PABLO CONTRERAS. Aut. C, MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ. M. A, PEREZ ALVAREZ. Mª A, PARRA LUCAN. Madrid. Colex. 2011.
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. En *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convencion de Naciones Unidas*. Coord. S, DE SALAS MURILLO. Madrid. Dykinson. 2013.



- NUÑEZ ZORRILLA, M<sup>a</sup> C. *La Asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*. Madrid. Dykinson. 2014.
- PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad”. En *Estudios Jurídicos Sobre La Protección de las Personas con Discapacidad*. Coord. M, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. A, LECIÑENA IBARRA. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2014.
- PEREÑA VICENTE, M. *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del cuidador o del tutor*. Madrid. Universitaria Ramón Areces. 2008.
- SERNA MEROÑO, E. “La protección de las personas con discapacidad y el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar”. En *Estudios Jurídicos Sobre La Protección de las Personas con Discapacidad*. Coord. M, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. A, LECIÑENA IBARRA. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi. 2014.
- SERRANO GARCIA, I. *Autotutela: el artículo 223-II del Código Civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2012.
- VALERA AUTRAN, B. “Aplicación directa de la Convención sobre derechos de las personas discapacitadas. Comentario a las SSTS, Sala 1º, de 30 de junio y de 30 de septiembre de 2014”. *Diario la Ley, Año XXXV*.



## PAGINAS WEB Y DOCUMENTOS DE INTERES CONSULTADOS

-*Capacidad jurídica y Discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Informe “El tiempo de los Derechos”. Núm. 23. Realizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Abril 2012. <http://www.tiempodelosderechos.es/materiales/informes-y-propuestas.html>. Último acceso 18/07/2015.

-*Centro de prensa. Notas descriptivas. Demencia. Nota descriptiva numero 362.* Marzo 2015. [www.oms.org](http://www.oms.org) - <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs362/es/> . Último acceso 27/06/2015.

-MARTINEZ GARCIA, M. A. *Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos”.* La Notaria, número 2. Febrero 2000. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autotutela-apoderamientos-preventivos-240075> . Último acceso 18/07/2015.



## JURISPRUDENCIA CITADA

-Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de Abril.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4566650&links=%221259/2006%22%20%22282/2009%22%20%22ENCARNACION%20ROCA%20TRIAS%22&optimize=20090521&publicinterface=true>. Último acceso 23/06/2015.

-Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de Junio.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6781159&links=%221220/2012%22%20%22421/2013%22%20%22JOSE%20ANTONIO%20SEIJAS%20QUINTANA%22&optimize=20130705&publicinterface=true>. Último acceso 26/06/2015.

-Sentencia del Tribunal Supremo 372/2014, de 7 de Julio.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7121281&links=%222103/2012%22%20%22372/2014%22%20%22JOSE%20ANTONIO%20SEIJAS%20QUINTANA%22&optimize=20140710&publicinterface=true>. Último acceso 26/06/2015.