

TEMAS

# Contribuciones para una reforma de la discapacidad

Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad

**Directora**

*Esther Muñiz Espada*

■ LA LEY



# Contribuciones para una reforma de la discapacidad

Un análisis transversal del apoyo jurídico  
a la discapacidad

**Directora**

*Esther Muñoz Espada*

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** 902 250 500 – Fax: 902 250 502

**e-mail:** [clientes@wolterskluwer.com](mailto:clientes@wolterskluwer.com)

<http://www.wolterskluwer.com>

**Primera edición:** Abril 2020

**Depósito Legal:** En trámite (Primer trimestre 2020)

**ISBN versión impresa:** 978-84-9020-982-0

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9020-983-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

#### IV. HACIA LA SUPRESIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN

Aunque la legislación aún no ha cambiado, se percibe el cambio en las sentencias del Supremo como en la que vamos a exponer a continuación donde se alude a la eliminación del procedimiento de incapacidad judicial de la persona con discapacidad lo cual va a suponer un cambio radical en nuestro ordenamiento. Supresión ya instada por la propia Convención.

Nos referimos a la STS de 16 de mayo de 2017<sup>(43)</sup>, que indicó que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Toda persona discapacitada obviamente tiene el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales ya que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección. Medidas que no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya patología no le permite ejercer sus derechos como tal porque le impide autogobernarse; medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención ni constituyen 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 persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente lo que determina que se le

---

(43) Se analiza un supuesto de modificación parcial de la capacidad del demandado, que padece la enfermedad de Alzheimer que le provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. La discapacidad intelectual que padece le limita su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y para complementar su capacidad necesita de la asistencia de un curador y no de un tutor. Es suficiente un apoyo de que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. Se declara que el demandado tiene una «alta reserva cognitiva», lo que no es compatible con su sometimiento a tutela. En la esfera personal necesita la intervención del curador para tomar decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos. En la esfera patrimonial y de economía, puede gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión, conserva la iniciativa pero necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los arts. 271 y 272 CC con las especificaciones que se establecen. A la hora de designar al curador no se prescinde de la voluntad del demandado alterando el orden legal porque no se identifica una preferencia clara e inequívoca. Se declara a su hijo mayor como el más idóneo para ejercer el cargo.

proporcione un sistema de protección, no de exclusión, de acuerdo con el principio de tutela de la persona que impone el artículo 49 CE<sup>(44)</sup>.

La SAP de Burgos de 9 de junio de 2008<sup>(45)</sup> ya predijo la importancia de que el procedimiento de incapacitación judicial debía concretar el contenido de la curatela que no puede ser uniforme, sino que depende del grado de discernimiento de la persona incapacitada para determinar sus posibilidades actuales de autogobierno. El curador asiste en aquellos actos que la sentencia de incapacitación imponga expresamente y subsidiariamente para encargarse de los mismos actos que los tutores necesitará autorización judicial, lo que viene a significar que el incapacitado deberá contar con el consentimiento del curador cuando pretenda llevar a cabo alguno de los actos ya mencionados en los art. 271 y 272 CC. Es lo que la doctrina considera *curatela impropia*, aclarando que se utiliza esta figura en aquellos casos de incapacidad atenuada en la cual no se aprecia una inhabilidad por parte del sujeto para gobernarse totalmente por sí mismo.

Acertadamente, la doctrina científica<sup>(46)</sup> señaló también que realmente:

«...la capacidad no se modifica; la capacidad es la que es en cada caso y lo que se hace en el procedimiento no puede ser suprimir, limitar ni modificar la capacidad, sino establecer los mecanismos adecuados para su ejercicio en función de las circunstancias personales que concurren en cada caso concreto».

## V. LA POSIBILIDAD DE REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD TOTAL

En la línea de la Convención que recuerda que «...reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interac-

---

(44) El demandado padece una «esquizofrenia paranoide» que limita sus facultades para tomar decisiones económicas y relacionadas con su salud, pudiéndole llevar en ocasiones a realizar gastos injustificados o a abandonar el tratamiento previsto con evidente peligro del consumo paralelo de productos psicotrópicos. Su patología le impide autogobernarse, por lo que se le somete a un *régimen de curatela como sistema de protección y no de exclusión*, señalándose aquellos actos para los que precisará de la asistencia del curador.

(45) Se acude a la figura jurídica perfectamente admitida en el contexto del art 200 CC de la «incapacitación parcial» y de un régimen de guarda en forma de Curatela, que se considera más adecuado a las condiciones del demandado, pues no parece correcta la incapacitación plena y un régimen de guarda de Tutela en una persona que padece una enfermedad con manifestaciones cíclicas y por medio de crisis o brotes episódicos siempre vinculados al seguimiento y control de su enfermedad.

(46) PEREÑA VICENTE, M., «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», *Diario LA LEY* n. 7691, 9 de septiembre de 2011, págs. 1-15.

ción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás...» la Jurisprudencia actual sigue la línea de reintegrar en la capacidad total a la persona ante la mínima duda. Así la SAP de Girona de 16 de septiembre de 2019, reintegra la capacidad total de la persona que se hallaba incapacitada por falta de pruebas de que padeciera el Síndrome de Asperger. De hecho señala que aunque tenga rasgos compatibles con tal enfermedad, como las dificultades en la interacción social con los iguales o dificultades en la comunicación no verbal, *no le incapacitan para la realización de sus actividades habituales*. Contrariamente se acredita que rige su vida y bienes con total autonomía, ya que vive de forma independiente y tiene trabajo, no siendo necesaria una supervisión o asistencia. Se acuerda su *reintegración social*.

También la SAP de Barcelona de 5 de febrero de 2019 ha dejado sin efecto la incapacitación de la demandada por excesiva y desproporcionada, de manera que se la reintegra la capacidad con nombramiento de un asistente en la figura de su hermano. Su función específica será asistirle únicamente en las *operaciones económicas complejas* que excedan de la mera administración de sus ingresos y pagos de la renta. Ni siquiera se le nombra curador pues puede desarrollarse autónomamente en la gestión de su patrimonio gracias al aprendizaje propio y a la mejora de su entorno. Su situación actual es estable y se constata una mejora permanente y capacidad de autogobernarse.

## VI. CONCLUSIONES

1. La nueva *reinterpretación de la Jurisprudencia de la curatela* en sede de incapacidad consiste en *extender su alcance* a la esfera personal de la persona con discapacidad siguiendo lo apuntado por el *Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* y las líneas generales de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, pues en el Código Civil su actuación está diseñada únicamente para actos patrimoniales (como sigue ocurriendo en sede de prodigalidad y de minoría de edad).

El derecho fundamental de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica exige que las personas con discapacidad gocen de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, procediéndose a establecer un *sistema de apoyos*, cuyo eje central va a ser la curatela, como medida de asistencia y asesoramiento en la toma de decisiones que afecten a sus intereses personales, familiares y desde luego patrimoniales.

II. Se tiende hacia un *modelo de protección suave*: el llamado sistema de apoyos, el cual se establecerá de acuerdo con el *interés superior de la persona con discapacidad* de forma proporcionada a su situación.

El cambio radical reside en *sustituir a la persona en la adopción de decisiones* (sistema de incapacitación judicial) hacia el sistema basado en el *apoyo* (asistencia) para tomarlas por sí mismo.

III. El cambio gira en torno al *principio del superior interés de la persona con discapacidad*, que, manteniendo la personalidad, requiere un asesoramiento de su capacidad.

El interés de la persona con discapacidad influye en la valoración de las condiciones personales del sujeto.

La adopción del sistema de apoyo se lleva a cabo ante la falta de capacidad permanente, que conlleve la necesidad de una estabilidad en la asistencia para la realización de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, su personalidad. Asistencia que *no afecta la titularidad* de los derechos fundamentales pero sí que determina su *forma de ejercicio*, ya que la modificación de la capacidad puede ser reversible o variar en grado.

IV. La curatela se concibe en *términos flexibles* y está pensada para *incapacitaciones parciales* si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por ella. La curatela es un modelo de asistencia y, excepcionalmente, *de representación* (como reconoce la STS de 8 de noviembre de 2017 al indicar que debe dotarse «al incapacitado de un sistema de guarda flexible adaptado a su concreta situación y *necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros*, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio»).

La flexibilidad de la institución de la curatela no llega a la posible realización de ningún acto personalísimo de la persona con discapacidad, como el *otorgamiento de testamento* o la *autorización para contraer matrimonio*. El criterio jurisprudencial mantenido últimamente por las Audiencias es que *la capacidad para testar ha de ser valorada por el Notario actuante al tiempo de otorgar testamento*, por lo que *no procede restringir en el procedimiento de incapacitación el derecho a testar de la incapacitada*.

Hay una cercanía del cargo de curador que se hace recaer en un familiar próximo, que generalmente incluso ha sido o es el guardador de hecho, más





**E**l presente volumen contiene diversos estudios que aportan interesantes reflexiones en orden a avanzar y examinar, desde un punto de vista técnico-jurídico, el marco sobre el que se va a sustentar la futura reforma de la discapacidad. Partiendo del Anteproyecto de ley por el que se pretende reformar la legislación civil y procesal en esta materia, se efectúa un análisis integral que alcanza incluso reflexiones y consideraciones prelegislativas.

Y todo ello con la convicción de que, si bien lo más importante es el interés de la persona con discapacidad, este trascendental interés sería meramente ilusorio si no está asentado en el **principio de seguridad jurídica**. Las diferentes aportaciones que se incluyen en esta monografía se centran especialmente, no en la discapacidad física, sino en la intelectual; y se encuadran en lo que en estos tiempos llamaríamos trabajos de política legislativa que suelen traducirse en propuestas de *lege ferenda*.

A los autores que comparten estas contribuciones les precede una amplia experiencia en el conocimiento práctico y teórico de la materia, prologados por un gran jurista como es el actual **Presidente del Consejo General del Notariado, J. A. Martínez Sanchiz**.

Por las características que la configuran, **esta obra se dirige a todos aquellos que defienden como valor absoluto la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad**: desde el mundo académico y científico hasta las asociaciones, fundaciones y otras entidades, que día a día se esfuerzan en conseguir una sociedad cada vez más inclusiva.

