



RECENSIÓN ELABORADA POR

**LOS MECANISMOS DE GUARDA LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS, COORDINADORA: SOFÍA DE SALAS MURILLO, COLECCIÓN MONOGRAFÍAS DE DERECHO CIVIL, DIRIGIDA POR MARIANO IZQUIERDO TOLSADA, DYKINSON, 2013.**

Fátima YÁÑEZ VIVERO

Pocas celebraciones de cumpleaños serán tan felices para una ley como aquellas en las que, treinta años después de su entrada en vigor, se sigue hablando y pensando en ella, en sus aciertos y en sus errores. Y es que, con motivo del trigésimo aniversario de la Ley 13/1984, de 24 de octubre, Sofía DE SALAS MURILLO, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza, organiza un Congreso Internacional bajo el título de “La reforma de los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad intelectual tras la Convención de Naciones Unidas”, que tiene lugar en Zaragoza los días 18 y 19 de octubre de 2013.

Como resultado de este Congreso internacional, surge el volumen colectivo que tengo la fortuna de presentar en estas sucintas páginas. El libro, titulado *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, se gesta en el seno del Proyecto de Investigación “La tensión entre la promoción de la autonomía personal y la necesidad de instrumentos de salvaguardia de la persona con discapacidad: a la búsqueda del equilibrio necesario”, cuyo Investigador Principal es el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE.

Son tres las partes que conforman este volumen colectivo. La primera trata lo relativo al impacto de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento, en el francés, en el italiano y en el alemán. El eje de reflexión, en esta primera parte, lo constituye la disyuntiva entre romper con el sistema de tutela de autoridad y de capacidad jurídica y capacidad de obrar, o bien reformarlo sobre la base del sistema ya existente. La segunda parte gira en torno al funcionamiento real de la tutela y de la curatela que puede dejar fuera de protección supuestos como el de las personas con inteligencia límite y que pone en evidencia el trascendente papel que hoy desempeñan las personas jurídicas como guardadoras. Y, finalmente, una tercera parte está dedicada a abordar otras figuras de guarda y protección diferentes de la tutela, curatela o defensor judicial y que constituyen importantes soportes para algunos tipos de discapacidades en la senda trazada por la Convención de Naciones Unidas.



Los autores de los estudios que integran esta obra colectiva son todos ellos consagrados especialistas – españoles y extranjeros – en temas relativos a la protección de las personas con discapacidad. En el pórtico de la obra, dentro de la primera parte titulada “El sistema de guarda legal de las personas con discapacidad: ¿Reforma o ruptura?”, y tras un clarificador prólogo elaborado por la Coordinadora de la misma, nos encontramos con el trabajo del Profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Bajo el título de “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tas la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, la cuestión principal que se plantea es en qué medida las reglas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la incapacitación y a los mecanismos de guarda y protección de las personas incapacitadas son compatibles con la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad. El autor refleja con una claridad digna de todo elogio las dos respuestas que a tal cuestión se han dado: la que sostiene la incompatibilidad de una buena parte de nuestro sistema con las reglas de la Convención y, en consecuencia, la necesidad de reformar dicho sistema para adaptarlo a la Convención; y la que proclama tal compatibilidad. El autor se alinea en la segunda posición entendiendo que nuestro sistema jurídico-privado está dotado de un alto nivel de ductilidad que permite diseñar “un traje jurídico a medida” de la capacidad real de cada discapacitado intelectual aunque no siempre en la práctica se consiga tal flexibilidad y adaptación a las necesidades concretas de protección.

Ahora bien, que el sistema español sea compatible con las reglas de la Convención no significa, en opinión del Profesor MARTINEZ DE AGUIRRE, que sea el único posible ni que sea el mejor, proponiendo, de cara a posibles reformas, unas reflexiones finales de las que destacamos las siguientes: 1) parece conveniente la sustitución del término “incapacitación” por otros neutrales, como “modificación de la capacidad de obrar para adaptarla a la capacidad natural en beneficio del incapacitado”, porque si bien el lenguaje no es lo más importante, es indudable que de cara al cambio social, las palabras pueden desempeñar un importante papel (permítaseme, aquí, el recuerdo de la célebre frase cortaziana de “sin *verba* no hay *res*”); 2) la intervención judicial en la adopción de cualquier medida que afecte a la capacidad de obrar constituye una garantía fundamental de que tal medida va a responder a las garantías pretendidas con ella, aunque, en ocasiones el acudir a un sistema tan garantista, como puede ser el de intervención del juez, suponga menos rapidez y agilidad de la deseable; 3) es fundamental permitir – e incluso fomentar – que cuando la persona con discapacidad tenía todavía suficiente capacidad natural de entender y querer, pueda organizar sus propios asuntos. Igualmente, deben potenciarse aquellos instrumentos que, en el caso de fallecimiento de los familiares que se venían ocupando de los discapacitados intelectuales, puedan desempeñar importantes tareas de guarda y protección, como las fundaciones tutelares, a cuyo estudio se dedican algunos de los trabajos posteriores de este mismo volumen colectivo.

“Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad” es el sugerente título del trabajo del Profesor GARCÍA CANTERO, maestro de maestros y, también, un consagrado especialista en esta materia. Para el citado Profesor, el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas permite “insuflar nuevo espíritu” a la incapacitación, a la tutela, a la curatela y a la guarda de las personas con discapacidad sin que ello implique derogar el Código Civil o la legislación procesal



civil. El criterio orientado de la actuación judicial es el del *beneficio del tutelado* (art. 216.1 C.C), que es perfectamente coherente con el *respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona* (art. 12.4 Convención). Y ello en la práctica obliga al juez a tener en cuenta la voluntad del interesado, no solo en el momento de declarar judicialmente el grado de incapacitación, sino antes (autotutela y poderes preventivos), e incluso después de constituida la tutela o curatela, o durante cualquiera de sus fases. Para lo cual, el Profesor GARCÍA CANTERO propone la introducción en nuestro ordenamiento de un *seguimiento de las instituciones tutorias*, con apoyo en los artículos 232 y 233 CC.

El autor también propone regular de forma más dinámica las relaciones entre el Juez, el Fiscal, el órgano tutelar y el sujeto protegido y, en fin, habrá - según GARCÍA CANTERO - que instruir debidamente al tutor o curador para que ejerzan el cargo lo mejor posible, en atención a la personalidad del pupilo, de forma tal que, en el caso de los actos del tutor que requieren autorización judicial, sería conveniente que tanto el tutor como el juez oigan al pupilo si ello es posible, de modo que una oposición razonable por su parte, suficientemente expresada, debería ser tomada en consideración por el juez para recabar nuevos informes antes de otorgar la solicitud judicial solicitada. Y en relación con la curatela, señala el Profesor GARCÍA CANTERO que encaja adecuadamente en la noción de apoyo y salvaguardia de que habla el artículo 12 del Convenio de Nueva York y ello explicaría la frecuente remisión que a ella realizan los partidarios de la concepción social de la discapacidad. Más todavía que en el caso de los tutores, la actuación de apoyo en que cristaliza la curatela, permite aconsejar - según este autor - la creación de unos curadores profesionales, cuya formación previa el Estado debería estimular y regular.

“La protección jurídica de las personas después de la ratificación por Francia de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad” es el título del trabajo elaborado por Françoise MONÉGER, Profesora y Magistrada de la *Cour de Cassation* francesa. Centrándose en la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, MONÉGER destaca que tal garantía se realiza a través de dos vías: la demanda directa de los particulares ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre para que sean respetados los derechos regulados en el tratado europeo; y una segunda vía, a partir de 2010, tras la ratificación de la Convención de Nueva York de 2006, que cristaliza en una cuestión de constitucionalidad por la que toda persona puede solicitar, a través de una jurisdicción ordinaria o administrativa, la derogación de aquellas disposiciones legales que no respeten los derechos garantizados por los textos constitucionales. A título de ejemplo, la Profesora MONÉGER cita el caso en el que el *Conseil constitutionnel*, en el ámbito de los ingresos hospitalarios de las personas con discapacidad, considera que tal ingreso sin el consentimiento del sujeto afectado por la deficiencia psíquica no podrá ser mantenido en el tiempo más allá de 15 días sin la intervención del correspondiente órgano jurisdiccional. Y respecto a la Convención de Nueva York y su aplicación en el ordenamiento francés, la autora se muestra claramente escéptica sobre su impacto inmediato y su aplicación directa, poniendo de relieve que tal Convención no ha tenido en el país vecino el eco y resonancia que han tenido otras Convenciones como la de los Derechos del Niño.



Representando el panorama jurídico italiano en materia de discapacidad, la Catedrática de Derecho Privado de la Universidad de Salerno, Elvira Gabriella AUTORINO, centra su análisis (“Incapacidad y persona: la solución italiana”) en la figura de la *amministratozione di sostegno*, figura de apoyo, alternativa a la tutela, que parte de la protección de la persona sin necesidad de acudir a los procedimientos de *interdizione* o *inabilitazione* (incapacitación judicial). Se abre así, con la ley de 2004, un amplio espectro de figuras de protección, si bien las distinciones no quedan claras y el riesgo de superposición es muy alto. Partiendo de un trabajo previamente publicado (AUTORINO, ZAMBRANO, *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004*, Milano, 2004), la autora de este trabajo critica la falta de valentía del legislador de 2004 por no haber roto con un pasado marcado por la marginación de las personas con enfermedades mentales. Se critica, de este modo, el mantenimiento de las figuras de la *interdizione* y de la *inabilitazione*. En el segundo de los casos se constata la falta de utilidad de la figura en la medida en que la prodigalidad, por ejemplo, se puede integrar dentro de las nuevas medidas que aporta la *amministratozione di sostegno*.

“El tratamiento de las personas con discapacidad intelectual en Alemania” es el título de la aportación a esta obra de Rainer FRANK, Profesor del Instituto de Derecho Privado Extranjero e Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. Al igual que en Francia, la doctrina y la jurisprudencia alemanas no muestran demasiado interés por la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que está vigente en Alemania desde el 26 de marzo de 2009. El Profesor FRANK divide su trabajo en dos partes, una destinada a tratar la situación jurídica en Alemania antes de la reforma del año 1992 y una segunda, dedicada a abordar las consecuencias de tal reforma que supone la aparición de un nuevo régimen de protección: la *Betreuung*.

Tras el planteamiento del marco general de la protección de la discapacidad en España y en otros ordenamientos jurídicos, la segunda parte de este volumen colectivo focaliza su atención, como ya hemos anticipado, en los problemas de funcionamiento de la tutela y de la curatela en nuestro ordenamiento.

La Profesora Titular de Derecho Procesal, Regina GARCIMARTÍN MONTERO, examina, bajo el título de “La designación judicial del guardador legal”, la problemática que la designación de tutores y curadores plantea desde el punto de vista procesal. Destaca la autora de este trabajo que una de las características más relevantes de las decisiones judiciales sobre nombramiento de guardadores es su teórica independencia respecto al pronunciamiento de incapacitación. De modo exhaustivo, se abordan los diferentes trámites procesales que conducen a la designación de guardador, desde el proceso de incapacitación, hasta el expediente de jurisdicción voluntaria y finaliza este estudio con la elaboración de unos parámetros para adoptar la decisión judicial en materia de guarda legal.

Continuando con la guarda legal, la Magistrada Marta CHIMENO CANO arroja mucha luz no tanto sobre la designación de los guardadores cuanto sobre el seguimiento de los mismos, analizando las medidas fiscalizadoras del cargo tutelar que, a juicio de la Magistrada, deberían integrar un procedimiento autónomo y único de seguimiento del cargo tutelar para hacer realmente



efectivo el control del cargo. Ya casi en la parte final de este estudio puede leerse un interesante epígrafe destinado a examinar algunas de las lagunas legales que desprotegen a la persona con discapacidad, destacando la autora la relativa a la excusa absolutoria de los parientes. Considera CHIMENO que es urgente una reforma legal que modifique el artículo 268 del Código Penal, de modo que se exceptione de esta excusa absolutoria a aquellos delitos cometidos contra menores, discapacitados que carezcan de capacidad para gobernar su persona y bienes, o personas declaradas judicialmente incapaces, porque resulta frustrante la impunidad de delitos en personas tan vulnerables como las personas con discapacidad psíquica, a las que se despoja de un patrimonio necesario para mantener una vida digna. Se propone, también, una más amplia legitimación activa del Ministerio Fiscal en el ejercicio de acciones civiles en materia dispositiva para poder, así, suplir la pasividad de los cargos tutelares si no emprenden acciones de recuperación del patrimonio indebidamente dispuesto por el guardador, cargo tutelar o tercero.

El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas es el tema del que se ocupa Antonio LEGERÉN MOLINA, Profesor de Derecho Civil, quien propone unas interesantes líneas de futuro en la tutela encomendada a las personas jurídicas. Apunta LEGERÉN que tras la Convención de Nueva York de 2006 es previsible la reducción del número de tutelas actuales por la necesaria adaptación de algunas de ellas a la nueva regulación basada en el “apoyo” y no en la “sustitución”, si bien seguirán siendo las personas jurídicas las que continúen prestando esos apoyos puntuales o asistenciales. Y de cara a una posible reforma de las instituciones tutelares se pide una solución para algunos de los problemas que en la práctica presenta la tutela por parte de las personas jurídicas. En este sentido, se propone, entre otras medidas, las siguientes: un desarrollo normativo del artículo 239.3 del Código civil, una limitación de la intervención del juez únicamente a las funciones en que su presencia resulte imprescindible propiciando una mayor “desjudicialización” de la tutela; la introducción de la persona jurídica en el listado de los potenciales tutores del artículo 234 del Código Civil; la potenciación de la figura de los delegados tutelares y su regulación; o la introducción expresa de la posibilidad de que la persona jurídica, sea privada o pública, pueda cobrar por el ejercicio de la tutela cuando el patrimonio del tutelado lo permita.

“Las fundaciones tutelares como guardadores” es la cuestión que aborda Jaime SANAÚ VILLARROYA, Profesor Titular de Economía Aplicada y Presidente de la Fundación Tutelar aragonesa Luis de Azúa. En junio de 1995 nace la Asociación Española de Fundaciones Tutelares, a instancias de la actual Confederación Española de Organizaciones a favor de las Personas con Discapacidad Intelectual (FEAPS). Partiendo de esta realidad, el Profesor SANAÚ ofrece una panorámica de las principales fundaciones tutelares existentes en España a través de los servicios que prestan y de los valores o principios que las inspiran, y todo ello se realiza a la luz de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Y a la luz de esta Convención, las fundaciones tutelares se muestran partidarias de que en el futuro las incapacidades absolutas sean excepcionales y no la regla general, inclinándose por mecanismos como el de la actual curatela y reclamando que la modificación de la capacidad de obrar cumpla siempre los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin que se persigue.



Es patente que en esta nueva realidad social las personas jurídicas están llamadas a desempeñar un papel primordial. En mi opinión, ya no estamos ante una tutela – la encomendada a personas jurídicas – susceptible de ser ejercida en último término o de modo subsidiario, como se venía desarrollando hasta fechas recientes. La idoneidad de una persona jurídica para ser tutora no depende, en mi opinión, de la ausencia o inhabilidad de las personas enunciadas en el artículo 234 del Código Civil, sino del máximo beneficio e interés que debe procurarse a la persona sujeta a tutela. Al juez le gustará contar con un interlocutor fácilmente identificable, siempre localizable y experto en la resolución del problema, que actúe sin el apasionamiento propio de las personas ligadas por vínculos afectivos o a las que puedan mover razones no siempre desinteresadas. Por ello, se echa de menor en nuestro Código Civil una regulación detallada y minuciosa de la tutela atribuida a las personas jurídicas. Nuestro ordenamiento parece tener solo presente la tutela ejercida por una persona física y se hace necesaria una adaptación de los preceptos que regulan la tutela individual a otra de naturaleza institucional. En algunos casos, se impone, en mi opinión, la necesidad de flexibilizar unas normas que aplicadas a personas jurídicas carecerían de sentido. Así sucedería, por ejemplo, con la prohibición del art. 221 CC que impide al tutor recibir donaciones de cualquier clase mientras no se haya aprobado definitivamente la gestión del tutor. Esta norma carecerá de sentido cuando la tutora sea una fundación que, para el mejor desarrollo de sus funciones, requiera una dotación patrimonial suficiente.

Las personas con inteligencia límite también tienen reservado un espacio en este volumen colectivo. María FRONTERA SANCHO y Carlos GÓMEZ BAHÍLLO, Profesores Titulares de Psicología Evolutiva y de Sociología, respectivamente, realizan un estudio acerca de la necesidad de reconocimiento, protección y apoyo a las personas con inteligencia límite. Tras un minucioso análisis de este grupo de personas, los autores realizan una serie de recomendaciones dirigidas a las administraciones públicas y a los legisladores, proponiendo la intervención en diferentes ámbitos como el de la Sanidad, el del Empleo, el de la Enseñanza o el de los Servicios Sociales. Entre estas propuestas, destaca la de la regulación de la protección jurídica que requiere este colectivo de personas en la medida en que existe actualmente un vacío normativo que garantice los derechos de las personas con inteligencia límite, quedando fuera del ámbito objetivo regulado por la Ley 51/2003, de *igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. La atención normativa que necesita este colectivo exige considerar no solamente el cociente intelectual de estas personas sino también la carencia o insuficiencia de las habilidades y capacidades necesarias para integrarse en su entorno social y laboral.

La tercera y última parte de la obra está destinada a examinar otras figuras de guarda y protección de las personas con discapacidad.

Inaugura esta última parte el trabajo de María Victoria MAYOR DEL HOYO titulado “Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas”. La autora refleja la evolución que experimentan las figuras de guarda, desde una protección institucional hacia una protección funcional o real y realiza un detallado estudio del artículo 239.3 del Código Civil en el que cristaliza la situación de desamparo y la tutela administrativa de las



personas incapacitadas. El trabajo de la Profesora MAYOR DEL HOYO revisa, a la luz de la Convención de Nueva York, las figuras de la guarda administrativa y del acogimiento de los judicialmente incapacitados.

La Catedrática de Derecho Civil, M<sup>a</sup> Angeles PARRA LUCÁN, se ocupa del tratamiento de la guarda de hecho de las personas con discapacidad efectuando una serie de reflexiones al final de su trabajo de las que necesariamente debemos hacernos eco en esta recensión. En opinión de la Profesora PARRA, “las propuestas que reclaman una nueva regulación de la guarda de hecho están hechas de buenas intenciones”. Pero si, en realidad, se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos, formalidades o controles dejará de ser una guarda de hecho y se convertirá, en la práctica, en una guarda de derecho sin previa incapacitación y, por tanto, sin las garantías propias del procedimiento de incapacitación. Los planteamientos favorables al mayor reconocimiento legal de la guarda de hecho están justificados, según la Profesora PARRA, cuando el entorno familiar de las personas que no están en perfectas condiciones de gobernarse por sí mismas es muy favorable y cuando no hay un patrimonio especialmente relevante que mueva a poner en marcha un procedimiento judicial y la guarda se limite a cuestiones de índole personal, pero no están tan justificados en el resto de casos.

Los últimos trabajos que integran esta obra colectiva giran en torno a los tratamientos e internamientos involuntarios de personas que padecen patologías psíquicas. El Doctor en Medicina y especialista en Psiquiatría Médico Forense, José Carlos FUERTES ROCAÑÍN, centra su análisis en el internamiento psiquiátrico involuntario, señalando que existe cierta confusión propiciada, a veces, por los propios jueces al “ordenar”, y no “autorizar” el ingreso. La orden de internamiento, en la visión de este especialista, solamente sería adecuada cuando la enfermedad mental sobreviene estando el sujeto en prisión cumpliendo condena. En el resto de los casos, lo que cabe es una autorización de internamiento, siendo siempre una decisión médica el tiempo que debe durar tal medida y la forma en que ha de llevarse a cabo.

El eje giratorio del último trabajo es el tratamiento ambulatorio involuntario y de él se ocupa María Jesús GERMÁN URDIOLA, Doctora en Derecho, quien nos recuerda que en el año 2005 se propuso, en las comparecencias efectuadas ante el Congreso de los Diputados, la adición de un quinto párrafo al actual artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la finalidad de regular las garantías procesales necesarias para que un juez civil pueda autorizar un tratamiento ambulatorio de carácter obligatorio. A pesar de la polémica que ha suscitado tal propuesta, los partidarios y los contrarios de la misma coinciden en señalar que solamente el desarrollo de un sistema que ofrezca una amplia gama de servicios, accesible y de calidad, adecuados a las diferentes situaciones que puedan presentarse, permitirá el avance en los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La obra está magníficamente orquestada, como ya hemos señalado, por la Profesora DE SALAS MURILLO. La Profesora DE SALAS no es una iniciática en la materia objeto de esta obra colectiva. Todo lo contrario. Entre su abundante patrimonio intelectual en materia de discapacidad destacan las monografías *Responsabilidad Civil e incapacidad* (Tirant lo Blanch, 2003), y *La publicidad de la*



*discapacidad en el Registro Civil* (Aranzadi, 2011). Anteriormente, ya coordinó el volumen colectivo, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (*El Justicia de Aragón*, 2010) y ha publicado múltiples artículos sobre esta temática, entre los que destacamos: “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración” (*Anuario de Derecho Civil*, 2010); “La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y los que con él contratan” (*Revista de Derecho Privado*, 2007); “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo (STC 311/2000, de 18 de diciembre)”, en coautoría con María Victoria Mayor del Hoyo (*Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001); “Capacidad, discapacidad, incapacidad e incapacitación: funciones y disfunciones” (*El Tratamiento Jurídico Civil de la Dependencia: actas del Congreso celebrado en A Coruña: 8-9 de noviembre de 2007 / coord. por Miguel Angel Pérez Alvarez y Marcos Antonio López Suárez*, 2008); o “Repensar la curatela” (*Derecho Privado y Constitución*, 2013).

El libro que se presenta, si bien es una obra más sobre discapacidad destinada a engrosar el número de volúmenes de cualquier biblioteca jurídica, no es cualquier obra, sino un serio trabajo multidisciplinar susceptible de permanecer durante tiempo en la mente de aquellos juristas, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, economistas o trabajadores sociales que se ocupan y preocupan de la nueva realidad social de las personas con discapacidad. La tendencia a buscar las *tailored measures*, que impregna esa nueva realidad tras la aparición de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nos lleva, a mi juicio, no tanto a buscar el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad cuanto el máximo desarrollo de aquélla y a ello contribuyen, sin duda, obras como la ahora coordinada por la Profesora SALAS.