

EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. UNA REVISIÓN DE LOS MODELOS DE REPRESENTACIÓN Y GUARDA A LA LUZ DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

NATALIA ÁLVAREZ LATA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

JOSÉ ANTONIO SEOANE
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de La Coruña

Recepción: 28/09/2010
Aceptación después de revisión: 11/10/2010
Publicación: 10/12/2010

I. PLANTEAMIENTO. II. LOS MODELOS EXPLICATIVOS DE LA DISCAPACIDAD. III. EL MODELO DE LA CONVENCION: EL MODELO DE LOS DERECHOS. IV. LA REGULACION DE LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONVENCION: 1. *Contexto normativo*. 2. *Criterios normativos sobre la capacidad: el artículo 12*. V. CAPACIDAD, INCAPACIDAD Y TOMA DE DECISIONES EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL: 1. *La respuesta jurídica a la incapacidad*. 2. *Criterios para la toma de decisiones*. 3. *Un ámbito singular: el Derecho sanitario*. 4. *¿Y la guarda de hecho? La intervención del guardador*. 5. *Balance. Problemas detectados y razones para una reforma*. VI. ORIENTACIONES PARA UNA REFORMA DEL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Algunos modelos de Derecho comparado*: 1.1. Italia. 1.2. Alemania. 1.3. Reino Unido. 2. *Propuestas de reforma*. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 diciembre 2006) exige una nueva aproximación jurídica al proceso de toma de decisiones de estas personas. Para determinar si la Convención exige una reforma del sistema español vigente comenzaremos con la exposición y evaluación del contexto teórico y normativo en el que ha de tener lugar la eventual revisión, constituido por los principales modelos explicativos de la discapacidad y las respuestas normativas de la Convención. A continuación describiremos el régimen de Derecho privado en punto a la capacidad, la incapacidad y la toma de decisiones, poniendo de relieve los problemas y las contradicciones existentes, y adhiriéndonos a la posibilidad de reforma, anticipada por el propio le-

* Este artículo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación «Principlismo y teorías de la argumentación en la toma de decisiones médicas» (DER2010-17357), subencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

gislador en la Ley 1/2009. Por último, tras analizar algunas experiencias de Derecho comparado (Italia, Alemania, Reino Unido), concluiremos formulando algunas sugerencias incorporables a nuestro sistema jurídico.

PALABRAS CLAVES: Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; discapacidad; capacidad; incapacidad; tutela; curatela; proceso de toma de decisiones.

ABSTRACT

The UN Convention on the rights of persons with disabilities (New York, December 13rd 2006) promotes a new legal approach to disability, focusing on autonomy, non discrimination, equality, diversity, participation, and inclusion. Spanish Supreme Court (2009 April 29th) has recently ruled that the Spanish guardianship and proxy legal system is in accordance with the UN Convention. Nevertheless, some Spanish legal scholars have proposed an updating of the guardianship and proxy legal system, and Spanish Parliament has also recently passed a reformation act in these matters (Act 1/2009). From a related point of view, the UN Convention points out the need of a broader conception of disability remarking legal capacity of each person. In order to assess the opportunity of the Spanish legal proposals and to improve autonomy of persons with disability by means of support services and personal assistance, it is important to study some foreign legal norms and institutions, specially Italian *amministrazione di sostegno*, German *Betreuung*, and English MCA 2005. For UN Convention demands updated legal answers according to the new human rights-based model we conclude with some proposals to improve the Spanish guardianship and proxy legal system.

KEY WORDS: UN Convention on the rights of persons with disabilities; disability; competence; guardianship; decision-making process.

I. PLANTEAMIENTO

La evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad y sus consecuencias en la vida de la persona es innegable en nuestro ordenamiento, habiendo discurrido en paralelo a la transformación de los modelos explicativos de la discapacidad. La mencionada evolución ha tenido lugar más bien en el ámbito del Derecho público, y no tanto en el Derecho privado, aunque paradójicamente se halle en éste la regulación del núcleo de la cuestión: la capacidad de las personas para actuar válidamente en el Derecho, las repercusiones de la falta de capacidad y el proceso general de toma de decisiones. Con excepción de la reforma puntual operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre —atinentemente a algunos aspectos patrimoniales—, y de la llevada a cabo por la LEC 2000 —que se tradujo más bien en una reordenación normativa—,

la regulación del CC se basa en los principios de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, un hito en su momento, aunque asentada en un modelo teórico diferente. Además —quizás lo más importante—, las reglas de la reforma de 1983 no han sido aplicadas con la extensión que cabía esperar y desear, y en la práctica han consolidado finalmente un modelo rígido, preconfeccionado y casi inmutable, en el que la «incapacitación absoluta» y, por ende, la tutela constituyen las respuestas generales a la situación de falta de capacidad, apoyándose en la consideración de la representación y la administración del patrimonio como un modelo cómodo para las necesidades del Derecho privado. En consecuencia, la gradualidad y la necesidad de adecuación de la capacidad al autogobierno del individuo no han sido implantadas y, en cierto modo, se ha frustrado así la eficacia del sistema articulado en torno a la incapacitación.

El panorama precedente obedece esencialmente a dos razones: el excesivo peso que el modelo expuesto tiene en la actuación del juez ordinario, con escasos apoyos en una regulación legal genérica que apenas auxilia su labor, y la escasa permeabilidad (¿desconocimiento, desatención?) del Derecho privado a los principios y propuestas que han fundamentado la reforma en el ámbito del Derecho público (que no es un síntoma aislado en esta cuestión). La entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 diciembre 2006)¹ añade a las razones teóricas un argumento normativo para considerar obligatorio el replanteamiento de los procesos de toma de decisiones en el ordenamiento jurídico-privado español. Comenzaremos con la exposición y evaluación crítica del contexto teórico y normativo en el que ha de tener lugar la revisión: los principales modelos explicativos de la discapacidad y las respuestas normativas de la Convención. A continuación, tras describir el régimen de Derecho privado en punto a la capacidad, la incapacidad y la toma de decisiones, pondremos de relieve los problemas y las contradicciones existentes y abriremos paso a la posibilidad de reforma, anticipada por el propio legislador en 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 en 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 y de la normativa tri-

¹ Instrumento de ratificación de 27 de noviembre de 2007 (BOE n.º 96, de 21 abril 2008). La Convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

butaria con esta finalidad. En busca de contribuciones para el proceso de reforma examinaremos algunas experiencias de Derecho comparado, con especial hincapié en el Derecho inglés, y finalizaremos extrayendo algunas conclusiones y formulando algunas sugerencias incorporables a nuestro sistema jurídico.

En el ámbito jurídico, discapacidad e incapacidad no son términos coextensos. Para la Convención son personas con discapacidad 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» (art. 1, párrafo segundo)². La finalidad de estas páginas es analizar aquellas situaciones personales en las que la discapacidad —y no otras causas— dificulta o impide la toma de decisiones autónomas, determinando la incapacidad o falta de capacidad para ello, cuyo régimen jurídico tiene rasgos propios, en buena medida derivados de la Convención.

II. LOS MODELOS EXPLICATIVOS DE LA DISCAPACIDAD

La concepción y el tratamiento de la discapacidad han adoptado muchas formas a lo largo de la historia. La evolución reciente de dichas concepciones se puede explicar a través de la dialéctica entre los principales modelos de análisis de la discapacidad: el modelo médico y el modelo social³. El *modelo médico* considera la discapacidad como un problema individual o personal, causado por una enfermedad, deficiencia o condición de salud. La realidad biológica es el punto de partida de la deficiencia y la discapacidad, y las limitaciones que éstas provocan en el funcionamiento del individuo se subsanan a través de tratamiento médico curativo y rehabilitador y mediante políticas de atención a la salud orientadas a la compensación y adaptación de la persona con discapacidad.

El modelo médico centra sus respuestas en el individuo y sus limitaciones, sin apenas atender a los efectos y las relaciones entre el en-

² La expresión «persona con discapacidad» también ha sido definida, para sus respectivos ámbitos de aplicación, por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (art. 2.2), y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (art. 1.2), precisada después por el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre. Además, la DA 8.^a de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, la establece como terminología normativa de referencia.

³ OLIVER, M. (2009), *Understanding disability: from theory to practice*, second revised edition, London, Palgrave-Macmillan; PALACIOS, A. (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI.

torno social y la realidad biológica. Para corregir esta laguna surge el *modelo social*, que desplaza la atención al entorno: la discapacidad ya no es un atributo de la persona, sino el resultado de su interacción con las condiciones y estructuras sociales. La discapacidad es una construcción social, y la respuesta debe provenir de intervenciones en el entorno que remuevan las diversas barreras que conducen a la exclusión o marginación de las personas con discapacidad, haciendo posible su integración y su participación en la vida social⁴. El modelo social ha influido en la evolución de políticas sociales y legislativas de las personas con discapacidad. Un ejemplo destacado es el del Reino Unido, lugar de origen del modelo, siendo apreciables sus aportaciones en la *Mental Capacity Act* (MCA 2005) y en otras normas como la *Disability Discrimination Act* (DDA 1995) o la *Equality Act* (EA 2010), que actualiza y reemplaza algunas de las disposiciones de la DDA 1995. Algo semejante sucede en el caso de la Convención, que ha tenido en cuenta rasgos del modelo social.

La repercusión política del modelo social no debe ocultar la existencia de factores criticables en su propuesta. Su omisión de las causas médicas u orgánicas de la discapacidad y su reducción a los factores sociales resulta contraintuitiva y deforma la realidad. Además, la radicalización y la politización del modelo han empobrecido su versión inicial (UPIAS, 1976)⁵, generando dificultades conceptuales para la comprensión y el tratamiento integrales de un fenómeno complejo como la discapacidad. Entre los aspectos cuestionables destacan la sobrevaloración de la sociedad como causa de la discapacidad y de la discriminación de las personas con discapacidad; la inadecuación del modelo social para el tratamiento de ciertos tipos de discapacidad —v.gr., motivados por deficiencias intelectuales severas—, especialmente en comparación con otros —v.gr., originados por deficiencias visuales, auditivas o físicas—; la falta de consideración de factores distintos de los sociales que también influyen en la determinación de la discapacidad, sí reconocidos por el modelo médico; y una concepción estrecha y limitada de la justicia⁶.

⁴ OLIVER, M. (2009), *Understanding disability: from theory to practice*, cit.

⁵ UNION OF PHYSICALLY IMPAIRED AGAINST SEGREGATION (UPIAS) (1976), *Fundamental Principles of Disability*, London, UPIAS/Disability Alliance.

⁶ SHAKESPEARE, T. (2006), *Disability rights and wrongs*, London, Routledge; STEIN, M. S. (2007), «Disability human rights», *California Law Review*, 95, págs. 75-122, 91-93; TERZI, L. (2009), «Vagaries of the natural lottery? Human diversity, disability, and justice: a capability perspective», en BROWNLEE, K., y CURETON, A (eds.), *Disability and Disadvantage*, Oxford, Oxford University Press, págs. 91-93.

Por su influencia en la Convención merece ser mencionada una tercera propuesta, más reciente: el *modelo de la diversidad*⁷. Este modelo acoge algunos postulados del modelo social y también del movimiento de vida independiente, como su énfasis en el ejercicio de la libertad y en la noción de independencia, entendida como control sobre la propia vida⁸, y, sobre todo, subraya el valor de la discapacidad en cuanto rasgo de la diversidad humana y factor de enriquecimiento social. La justicia para las personas con discapacidad no se logra negando la diferencia, mediante la asimilación y la homogeneidad, ni tampoco mitigándola, a través de medidas de compensación, sino por medio de la aceptación y el cuidado de la diferencia que implica la discapacidad⁹.

Al igual que el modelo social, el modelo de la diversidad ha dado visibilidad a las personas con discapacidad, insistiendo en la discapacidad como rasgo que configura decisivamente la identidad personal y proporciona cierto sentido de pertenencia, y valorando la discapacidad de forma positiva, como circunstancia que enriquece la sociedad. Es cierto que la justicia necesita la perspectiva y la participación de las personas con discapacidad en la definición del concepto de discapacidad y de las políticas referidas a ellas. Se debe contemplar la diferencia en cuanto hecho genérico, que como tal es un rasgo universal y universalizable: todos somos diversos, y cada persona con discapacidad es diferente. En cambio, es cuestionable y no sería deseable universalizar una diferencia específica como la discapacidad o la diversidad funcional. Aceptar la discapacidad no es lo mismo que promoverla. Se deben reconocer y atender las necesidades de la persona con discapacidad, pero no convertir en absoluto uno de los rasgos de la identidad, pretendiendo la universalización o generalización de la discapacidad y, con ello, la perspectiva de una persona o de un

⁷ PALACIOS, A., y ROMANACH, J. (2006), *El modelo de la diversidad. La Bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Madrid, Diversitas; SILVERS, A. (2009), «No talent? Beyond the worst off! A diverse theory of justice for disability», en BROWNLEE, K., y CURETON, A. (eds.), *Disability and Disadvantage*, cit., págs. 163-199; TERZI, L. (2009), «Vagaries of the natural lottery?...», cit., págs. 86-111; GUIBET LAFAYE, C., y ROMANACH CABRERO, J. (2010), «Diversity Ethics. An alternative to Peter Singer's Ethics», *Dilemata*, 3, págs. 95-116.

⁸ DEJONG, G. (1979), *The Movement for independent living: origins, ideology and implications for disability research*, Michigan, Michigan State University; SHAPIRO, J. P. (1993), *No pity. People with disabilities forging a new civil rights movement*, New York, Three Rivers Press; GARCÍA ALONSO, J. V. (coord.) (2003), *El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales*, Madrid, Fundación Luis Vives.

⁹ SILVERS, A. (2009), «No talent? Beyond the worst off!...», cit., págs. 163-199.

grupo determinado¹⁰. El reconocimiento de la diversidad y la política identitaria, propia también del modelo social, tienen aspectos positivos, como la visibilidad de la discapacidad, el sentido de pertenencia, la identificación y el apoyo mutuos en la lucha contra la discriminación o la injusticia, pero un énfasis excesivo en la discapacidad como identidad puede anular la facultad de decisión individual, rehabilitar actitudes paternalistas que se quieren desterrar y resultar incompatible con la pretensión de justicia.

III. EL MODELO DE LA CONVENCION: EL MODELO DE LOS DERECHOS

Estos tres modelos explicativos contribuyen a caracterizar la discapacidad, pero no bastan por sí solos para justificar, describir e interpretar la Convención. Es necesario armonizar sus aportaciones y eludir cierta polaridad reforzando la relación entre los factores internos o individuales —tipo de discapacidad, actitud hacia ella, capacidades personales— y los factores externos, sociales o contextuales —actitudes y reacciones sociales, obstáculos físicos, institucionales, económicos, etc.— de la discapacidad.

Éste es el propósito del modelo biopsicosocial de la *Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud* de la Organización Mundial de la Salud (CIF 2001)¹¹, que sirve de fundamento científico-conceptual a la Convención. Frente al predominio del modelo médico o rehabilitador de clasificaciones anteriores, centradas en las consecuencias de enfermedades (CIDDM 1980)¹², la CIF 2001 propone una clasificación de componentes de salud de aplicación universal, válida para todas las personas y no sólo para las personas con discapacidad, que integra los aspectos biomédicos y sociales. Sus elementos clave son las funciones, las actividades y la participación y los

¹⁰ En esta línea de crítica, también DE ASÍS, R. (2006), «Presentación», en PALACIOS, A., y ROMANACH, J., *El modelo de la diversidad...*, cit., págs. 24-25.

¹¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION (2001), *International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)*, Geneva, World Health Organization. Versión en español: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, Madrid, OMS, OPS, IMSERSO, 2001.

¹² WORLD HEALTH ORGANIZATION (1980), *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH)*, Geneva, World Health Organization. Versión en español: *Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad (CIDDM)*, Madrid, IMSERSO, 1983.

factores ambientales o contextuales, y su contrapartida son las deficiencias, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación, que se refieren a los problemas o dificultades en alguno de los componentes anteriores. Para la CIF 2001, el significado de la discapacidad ya no depende sólo de la persona, sino también de los grupos sociales de los que forma parte: de la discapacidad como deficiencia y responsabilidad individual se ha pasado a la discapacidad como diferencia y al reconocimiento de la responsabilidad social. La discapacidad es un fenómeno multidimensional, resultado de la interacción de las personas con su entorno físico y social, que integra los diversos factores del funcionamiento y la discapacidad junto a los factores ambientales que interactúan con ellos¹³.

Desde el punto de vista normativo, ¿por qué es el modelo de los derechos el modelo adecuado para describir e interpretar la Convención? Los derechos humanos son un lenguaje compartido de la filosofía práctica con pretensión de validez universal. Se reconocen en razón de la condición de persona y reflejan y garantizan valores de forma universal. Constituyen *universalia iuris materialis*, un elemento que ha de estar presente, en cualquier tiempo y lugar, en todo sistema jurídico que pretenda respuestas justas en materia de discapacidad. Además de la universalidad objetiva o de contenido, los derechos son universales desde un punto de vista subjetivo, tanto en relación con sus titulares (todas las personas) como en relación con sus destinatarios (eficacia *erga omnes*: individuos, grupos y poderes públicos)¹⁴. Por otra parte, los derechos desempeñan un rol esencial en dos factores de transformación de los sistemas jurídico-políticos contemporáneos: la constitucionalización y la superación del marco del Estado. Bajo la forma de derechos fundamentales constituyen un elemento nuclear de los Estados constitucionales de Derecho, y para la comunidad internacional la noción de derechos humanos representa el eje de las iniciativas de justicia.

La trascendencia de la Convención en la transición al modelo de los derechos debe evaluarse en clave cualitativa. La Convención no es una mera etapa más en el proceso de garantía de los derechos de las personas con discapacidad, sino la primera respuesta normativa en clave de derechos de carácter integral, universal, jurídicamente vinculan-

¹³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (2001), *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF), cit., págs. 4-22, 262.

¹⁴ ALEXY, R. (2010), *La institucionalización de la justicia*, J. A. Seoane (ed.), traducción de J. A. Seoane, E. R. Sodero y P. Rodríguez, 2.^a ed. ampliada, Granada, Comares, págs. 61-67.

te y aplicable. Se abandona la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad y se reconoce su condición de sujeto de derechos en todas las etapas y esferas de la vida.

La Convención culmina la evolución de la comprensión ética y del tratamiento jurídico de la discapacidad, confirmando el modelo de los derechos. En el ámbito internacional, tras una etapa inicial asentada en el modelo médico y la concepción biológica de la discapacidad, que dio lugar a un tratamiento benéfico y paternalista de las personas con discapacidad, a partir de los años setenta del pasado siglo surgen las primeras Declaraciones de derechos de las personas con discapacidad, combatiendo la desigualdad aún con resabios paternalistas: Declaración de los derechos del retrasado mental (1971) y Declaración de los derechos de los impedidos (1975). En las décadas posteriores continúan los avances y la incorporación de los postulados del modelo social, destacando el Programa de acción mundial para los impedidos (1982) y, sobre todo, las Normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1993), las cuales, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, fomentaron la inclusión de las personas con discapacidad y la protección de sus derechos, allanando la aparición de la Convención¹⁵.

En el ámbito nacional español, el punto de partida es la Constitución española de 1978 (CE), que incluye una referencia expresa a la discapacidad en su artículo 49, imponiendo a los poderes públicos el mandato de realizar «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Cumpliendo este mandato se da un primer paso legislativo con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, norma pionera y valiosa que incorpora medidas iniciales de igualdad y libertad. Más de dos décadas después se avanza en la consolidación del modelo de los derechos con la Ley

¹⁵ Cfr. QUINN, G., y DEGENER, T. (2002), *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas; CARDONA LLORÉNS, J. (2007), «La Organización de las Naciones Unidas y las personas con discapacidad», en FERNÁNDEZ LIESA, C. (coord.), *Protección jurídica de la dependencia en el ámbito internacional*, Madrid, BOE, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Universidad Carlos III de Madrid, págs. 47-83; KAYESS, R., y FRENCH, P. (2008), «Out of darkness into light? Introducing the Convention on the rights of persons with disabilities», *Human Rights Law Review*, 8/1, págs. 1-34.

51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que desarrolla el régimen constitucional de la igualdad (arts. 1.1, 14 y 9.º.2 CE). En el ámbito jurídico-privado destaca la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. La tercera gran respuesta legislativa es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en la que cobra mayor importancia la autonomía: garantizada la igualdad, esto es, el contexto básico para el ejercicio de los derechos, la finalidad es proporcionar un grado suficiente de autonomía para el desarrollo del plan de vida de cada persona con discapacidad. Ahora, desde la entrada en vigor de la Convención, surgen nuevas iniciativas legislativas que pretenden acomodar el sistema jurídico español a la Convención y consolidarla normativamente¹⁶.

IV. LA REGULACIÓN DE LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN

1. *Contexto normativo*

Los rasgos del modelo de los derechos están presentes en el Preámbulo y el texto articulado de la Convención, como se refleja en la ambiciosa declaración del párrafo primero de su artículo 1: «El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente». Tras delimitar el ámbito subjetivo de aplicación, esto es, quiénes están incluidos entre las personas con discapacidad a los efectos de la Convención, eludiendo definirla en sentido estricto (art. 1, párrafo segundo), define otros conceptos clave para determinar el alcance de los derechos y los deberes, entre ellos «discriminación por motivos de discapacidad», «ajustes razonables» y «diseño universal» (art. 2). Luego enuncia los prin-

¹⁶ Cfr. DE LORENZO, R., y PÉREZ BUENO, L. C. (dirs.) (2007), *Tratado sobre discapacidad*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi; PÉREZ BUENO, L. C. (dir.) (2009), *Hacia un Derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi. Diversas propuestas de interpretación y desarrollo jurídico de la Convención en <http://www.convenciondiscapacidad.es/> (visita 20.9.2010).

cipios generales de la Convención y del modelo de los derechos (art. 3), completando esta declaración con una larga serie de obligaciones generales para los Estados (art. 4), concretadas sustantiva y procedimentalmente en artículos posteriores, y un extenso catálogo de derechos (arts. 5-30) que desarrolla los principios del artículo 3, incluyendo una labor de toma de conciencia y cambio de la sociedad (art. 8). Después, en orden a garantizar su aplicabilidad y eficacia, regula procedimientos y órganos de aplicación, control y supervisión (arts. 31-40), entre los que sobresale el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 34), y finaliza con varios preceptos de carácter más técnico (arts. 41-50).

Las coordenadas normativas de la Convención están en su artículo 3, completadas y precisadas en el resto del texto articulado. Se trata de una combinación de principios comunes y generalmente aceptados en el marco de los derechos humanos y de principios más novedosos y específicos de la discapacidad. Entre los primeros están los principios de dignidad «inherente» [art. 3.a)], autonomía individual [art. 3.a)], independencia de las personas [art. 3.a)], no discriminación [art. 3.b)], igualdad de oportunidades [art. 3.e)] e igualdad entre el hombre y la mujer [art. 3.g)]. Entre los segundos estarían los principios de participación e inclusión sociales [art. 3.c)], diferencia y diversidad [art. 3.d)], accesibilidad [art. 3.f)] y respeto de la evolución de las facultades y derecho a preservar la identidad de los niños con discapacidad [art. 3.h)].

Los principios confirman que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos y de justicia, ajena a las actitudes paternalistas del pasado. Su punto de partida es un principio categórico e incondicionado, fundamento de todos los derechos: la dignidad de cualquier persona, con o sin discapacidad. La dignidad instituye una obligación universal de respeto incondicionado, pero se trata de un principio formal, sin contenido determinado, que ha de ser completado y actualizado mediante otros principios. Es el caso de la no discriminación y la igualdad de oportunidades y de los principios de independencia personal y autonomía individual, que se perfilan y completan con los principios del respeto de la diferencia y la diversidad, la participación e inclusión sociales y el principio de accesibilidad.

El ideal normativo de la Convención y el modelo de los derechos no se colman con la igualdad formal y de oportunidades, sino con la autonomía de las personas con discapacidad. Así ha de ser, en la medida en que la organización jurídico-política y la fundamentación ética de nuestra sociedad contemporánea descansan en la autonomía per-

sonal, entendida como un ideal regulativo y valioso que exige ser realizado, también en el caso de la persona con discapacidad¹⁷.

Una interpretación adecuada de los principios y objetivos de la Convención debe partir de que la condición humana sintetiza dos rasgos aparentemente antagónicos: la autonomía y la dependencia. Por ello, la mención a la independencia personal [art. 3.a)] debe ser entendida como interdependencia reflexiva, en la que el reconocimiento de la dependencia y su conversión en oportunidad de vida son las claves de la autonomía. Y la mención de la autonomía individual de la persona con discapacidad [art. 3.a)] remite a la capacidad de expresar el carácter personal de la propia vida en sus decisiones y acciones, con conciencia de sus limitaciones y de la necesidad de servicios y sistemas de apoyo, personales y materiales, que posibiliten el ejercicio de sus capacidades y derechos, así como la inclusión y la participación plenas y efectivas en la comunidad en igualdad de condiciones (arts. 1, 3, 9, 12, 19).

Esta perspectiva explica que la participación se considere una condición básica del tratamiento jurídico de la discapacidad, presente en varios lugares y modos en el texto de la Convención: Preámbulo [letras e), m), y)], noción de discapacidad (art. 1, párrafo segundo), principio general [art. 3.c)] y derecho (arts. 29 y 30, así como arts. 19, 24 y 26), desdoblándose como representación o participación política (art. 29). A través de la autonomía y de otras capacidades y derechos, la persona con discapacidad participa en diferentes áreas de la vida social; y, a la inversa, su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones exige la promoción de sus capacidades y la garantía de procedimientos, materiales y sistemas de apoyo que permitan ejercer su autonomía.

2. Criterios normativos sobre la capacidad: el artículo 12

Desde este contexto normativo debe abordarse la interpretación del precepto más directamente relacionado con los procesos de toma de decisiones de las personas con discapacidad: el artículo 12. Su título, *Igual reconocimiento como persona ante la ley (Equal recognition before the law; Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité)*, y el empleo de la expresión «capacidad jurídica» (*legal capacity; capacité juridique*) pueden llamar a engaño, al restrin-

¹⁷ Cfr. SEOANE, J. A. (2010), «Las autonomías del paciente», *Dilemata*, 3, págs. 61-75.

gir en exceso el contenido de lo dispuesto en el artículo y emplear dicha expresión como sinónimo tanto de la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar. Esta distinción no está literalmente presente en el artículo 12, aunque sí se pueden inferir los dos significados¹⁸.

En el artículo 12.1 se trata la capacidad jurídica en sentido estricto, esto es, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, equiparada a la personalidad jurídica. El artículo 12.2 puede ser interpretado de modo que la expresión «capacidad jurídica» aúne ambos significados: la capacidad jurídica de la persona con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones que el resto de las personas. La discapacidad no puede ser causa de falta de reconocimiento o minoración de la personalidad jurídica. Esta afirmación es consecuencia de la proclamación de la «dignidad inherente» de la persona con discapacidad [art. 1, párrafo primero; art. 3.a)], de la interdicción de la discriminación [arts. 2 y 3.b)] y de la exigencia de condiciones de igualdad para el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [art. 1, párrafo primero, y art. 3.3.e) y g)]. Pero cabe también interpretar la expresión «capacidad jurídica» como referida a nuestra capacidad de obrar, o aptitud para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones de forma eficaz. La alusión a la igualdad de condiciones, en el sentido de equiparación, y la referencia a «todos los aspectos de la vida» admite esta interpretación, que se sustenta también en los mencionados artículos 1 y 3.

El artículo 12.3 se refiere indiscutiblemente a la capacidad de obrar, y no a la capacidad de obrar plena, sino a la capacidad de obrar limitada o disminuida, exigiendo la provisión de medidas de apoyo para suplir tales limitaciones en su ejercicio. Este precepto expresa el propósito de completar el modelo de toma de decisiones y actuación centrado en la sustitución con un modelo de asistencia o apoyos ajustado a las necesidades de cada persona con discapacidad. Esto no debe conducir a descartar el modelo de sustitución ni a rechazar de pleno la incapacitación (o modificación de la capacidad de obrar, según la DA 1.^a de la Ley 1/2009, de 25 de marzo) o la tutela, pues existirán casos donde ése sea el nivel de apoyo necesario, ajustado y proporcionado. El objetivo primordial es modificar la interpretación y concebir de modo más amplio las necesidades de apoyo, que en ciertos casos extremos podrán requerir la sustitución en la toma de decisiones, pero

¹⁸ En sentido similar, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009), «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *RDP y C*, n.º 23, pág. 349.

siempre completado y modulado por el principio de participación, que obliga a integrar en la mayor medida posible a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones. En suma, el modelo de apoyos busca otorgar mayor protagonismo a la persona con discapacidad. Así debe interpretarse el artículo 12.3, en clave sistemática, en relación con los artículos 1 y 3, en especial con los principios de «autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas» [art. 3.a)]. Esta postura se ve reforzada por la remisión a otros principios del propio artículo 3: no discriminación [3.b), definido en el art. 2], participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad [3.c)], respeto por la diferencia [3.d)] e igualdad de oportunidades [3.e)]. Finalmente, resulta pertinente recordar otros preceptos de la Convención (arts. 18, 19, 20 y 22) que subrayan la variabilidad de las medidas y sistemas de apoyo, y apuntalan la tesis del rechazo de la primacía de medidas drásticas como la sustitución a favor de una modalidad de ejercicio de los derechos elegida por cada persona con discapacidad.

El artículo 12.4 impone al Estado español, como parte de la Convención, evitar abusos en las medidas relativas a la capacidad jurídica, incidiendo una vez más en la participación de la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones al exigir que tales medidas «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona». Además de respetar la autonomía de la persona con discapacidad, las salvaguardias deben asegurar que no haya conflictos de intereses o influencias indebidas. En relación con las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad establece otras condiciones: su proporcionalidad y adaptación a las circunstancias de cada persona; su aplicación en el plazo más corto posible; su sujeción a exámenes periódicos por una autoridad u órgano competente, independiente e imparcial. Estas condiciones implican la revisabilidad y la evaluación obligatorias —y no la mera posibilidad u optatividad— de la capacidad y de las medidas de apoyo adoptadas. También el examen de la incidencia y la intensidad de la protección, variable en razón del tipo de discapacidad —v.gr., física o intelectual—¹⁹, de cada persona y a lo largo del tiempo en cada caso individual. El examen de la proporcionalidad y adaptación o ajuste de las medidas a cada caso in-

¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2010), «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en DE SALAS MURILLO, S. (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, págs. 185 y ss.

dividual deberá realizarse en función de la capacidad natural de la persona.

Finalmente, el artículo 12.5 precisa las cuestiones tratadas en el número 4 en relación con el ámbito económico y patrimonial, tanto para evitar que las personas con discapacidad sufran daños o abusos en relación con sus bienes y su patrimonio como para reforzar su autonomía en el control de sus propios asuntos económicos y financieros.

V. CAPACIDAD, INCAPACIDAD Y TOMA DE DECISIONES EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

No es nuestro objetivo exponer de manera exhaustiva el régimen del Derecho español en la materia, sino sólo hacer referencia a los criterios básicos del sistema de toma de decisiones de la persona con discapacidad en nuestro sistema jurídico y a los problemas que genera, con especial referencia a la evolución de la cuestión²⁰. La exposición se centrará en el ámbito del Derecho común, sin obviar las esperadas intervenciones de los Derechos civiles de las CC.AA.²¹, que en algún caso ya cuentan con un verdadero sistema casi completo frente al del CC, y que en otros sólo han aportado ciertas especificidades, algunas incorporadas al CC en sucesivas reformas²². Ejemplo del primer caso es la reciente Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, que establece un cambio importante en estas materias: las instituciones de guarda (algunos cambios en la guarda de hecho y tutela); la regulación de poderes preventivos; el patrimonio protegido, entre otras novedades; y, sobre todo, por lo aquí analizado, regula una nueva figura: la *asistencia* —de clara inspiración en las regulaciones italiana y alemana—, que constituye un modelo nuevo de protección de la persona y de su toma de decisiones. Se trata de una figura que pone énfasis en la capacidad natural de las

²⁰ En este sentido, son puntos de partida doctrinales indiscutibles AMORÓS GUARDIOLA, M., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coords.) (1986), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1976), *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid, Taurus; GETE-ALONSO CALERA, M. C. (1992), *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2.^a ed., Madrid, Cívitas; GORDILLO CAÑAS, A. (1986), *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, Tecnos; RAMOS CHAPARRRO, E. (1995), *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos.

²¹ Véase la reciente Ley 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón.

²² Es el caso, por ejemplo, del Derecho civil de Galicia, cuya Ley 1/2006 regula la autotutela.

personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, sin ignorar que la posibilidad de abusos reclama la previsión de mecanismos de control adecuados. Así, según el artículo 226.1, «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». Como se puede deducir del artículo 226.2, el contenido de la figura es sumamente flexible —cabe en el ámbito personal y/o patrimonial— y determinado por la autoridad judicial. En todo caso, «en el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas»²³.

1. *La respuesta jurídica a la incapacidad*

Las líneas y respuestas fundamentales del sistema diseñado por el CC para los procesos de toma de decisiones de las personas con discapacidad son las siguientes.

- a) Desde la mayoría de edad la persona goza de la presunción de capacidad, que sólo se quiebra, de forma general, en un proceso judicial (art. 199 CC). Si además de la capacidad de obrar en abstracto la persona puede decidir por sí misma —tiene capacidad intelectual y volitiva respecto de los actos y negocios concretos—, ella tomaría las decisiones y otorgaría los actos y negocios en el ámbito personal y patrimonial, en virtud del principio de autonomía —reforzado para las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre—. En el caso de que la persona con discapacidad carezca de capa-

²³ En el ámbito patrimonial (art. 226.3) el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma.

cidad natural para realizar el acto o negocio de que se trate, éste se consideraría nulo de pleno derecho, precisamente por faltar el consentimiento²⁴. A reserva de lo que se dirá respecto de la guarda de hecho y del régimen de Derecho sanitario, no está previsto ningún mecanismo de sustitución o asistencia *ad hoc*²⁵, por lo que es complicado que esta persona ejercite sus derechos con normalidad. Otra cosa son concretas actuaciones que atienden a la persona con discapacidad independientemente de su incapacitación, en particular las medidas patrimoniales reguladas en la Ley 41/2003 (patrimonio protegido, contrato de alimentos), que facilitan y tratan de mejorar el bienestar de las mismas, pero que no van en esa línea²⁶.

- b) Si la persona con discapacidad carece regularmente de capacidad para la celebración de actos o negocios jurídicos y para prestar consentimiento en el ámbito de su persona y patrimonio, la opción propuesta en el Derecho español es la incapacitación, siempre que cumpla los requisitos del artículo 200 CC, que supone un pronunciamiento o juicio general sobre su capacidad. Comoquiera que la incapacitación no se configura como un deber u obligación ni de la persona ni del cuidador, el propio CC atiende a la situación del sujeto que no ha sido incapacitado regulando ciertos efectos de su situación jurídica. Estos efectos son concretos y, además, se regulan a posteriori, lo cual introduce elementos de inseguridad jurídica en el proceso de toma de decisiones para el propio sujeto incapaz y para el guardador.
- c) En el caso de que la persona haya previsto su situación de incapacidad futura se abren otras alternativas. Al margen de sus atribuciones en el ámbito del propio proceso de incapacitación

²⁴ Existen fundadas opiniones a favor de la anulabilidad, y deja abierta la puerta a esta fórmula, que no se alegó, la STS de 19 noviembre 2004 (RJ 2004/6910).

²⁵ Excluimos como remedio general la operatividad del defensor judicial (art. 299 CC), dado su carácter transitorio y su función supletoria de otras instituciones tutelares o de guarda en casos de crisis. También excluimos, básicamente por las mismas razones, al administrador del artículo 299 bis CC. No obstante, estas dos figuras pueden remediar en concreto la carencia de capacidad de la persona para llevar a cabo ciertos actos jurídicos si el juez así lo considera.

²⁶ Sobre el patrimonio protegido y sus ventajas e inconvenientes en la práctica, cfr. DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2004), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Associació Catalana Naibu; VIVAS TESÓN, I. (2010), «La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», *RCDI*, marzo-abril, págs. 585 y ss.

(art. 223 CC), tras la reforma de 2003 cabe la posibilidad del mandato preventivo del artículo 1732 CC, a través del cual se evita la extinción del mandato por incapacidad del mandante, precisamente porque se dijo expresamente o porque se concibió con ese objetivo²⁷. Más opciones se han diseñado en el campo del Derecho sanitario, en el cual las instrucciones previas (art. 11 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y en numerosas normas autonómicas)²⁸ constituyen instrumentos eficaces para auxiliar la toma de decisiones en actos médicos o similares. El problema de todas estas posibilidades es que se exige, en general, la capacidad de obrar y, obviamente, la capacidad del sujeto para llevar a cabo el acto al tiempo de su otorgamiento, por lo que quedan relegadas a las hipótesis en que sea posible la previsión de la incapacidad.

En atención al panorama expuesto, la solución general del Derecho español pasa por la incapacidad de la persona²⁹ como único método eficaz de asegurar que la persona ya incurso en incapacidad para tomar decisiones pueda realizar actos y negocios jurídicos con plena eficacia jurídica —no claudicante—. Esto es así pese a estar concebida como una medida de carácter excepcional, en tanto que limitativa de la capacidad de la persona y enervadora de la presunción de capacidad. En efecto, la doble naturaleza judicial/legal de la incapacidad pone de manifiesto la propia excepcionalidad de la figura y garantiza, también

²⁷ El mandato preventivo supone el nombramiento de una persona que gestione con poder especial o general los asuntos del mandante, normalmente una vez que esa persona es incapacitada. El mandatario coincidiría, por tanto, en caso de incapacidad con el tutor, que si no es el mismo puede suponer algún problema de compatibilidad. Sobre el alcance de esta reforma, cfr. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2008), *Incapacitación y mandato*, Barcelona, Ed. Bosch, págs. 175 y ss.; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2009), «La representación voluntaria de los incapaces: una manifestación de la autonomía de la voluntad de quien puede prever su pérdida de capacidad», *RCDI*, enero/febrero, págs. 97 y ss. Muy crítica con la figura, MUÑIZ ESPADA, E. (2009), «La incapacidad y las reformas...», cit., págs 310 y ss.

²⁸ SEOANE, J. A. (2006), «Derecho y planificación anticipada de la atención. Panorama jurídico de las instrucciones previas en España», *Derecho y Salud*, 14/1, págs. 285-295.

²⁹ De ahí que en su momento definiéramos la incapacidad como capacitación de la persona, porque en realidad es la única posibilidad *de lege data* de la persona con discapacidad para ser visible jurídicamente y para tomar decisiones válidas. Cfr. ÁLVAREZ LATA, N., y SEOANE, J. A. (1998), «Capacidad e incapacidad en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental: la incapacidad», en SEOANE, J. A. (coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, Fundación Paideia, págs. 91-197, 139-142.

doblemente, el indiscutido principio de presunción de capacidad que preside nuestro Derecho. Así lo constata la jurisprudencia en aplicación de los artículos 199 y 200 CC, advirtiendo de las garantías que han de presidir el proceso, que afecta a principios constitucionales y a la propia dignidad de la persona, lo cual evita claramente peligros³⁰ y refuerza la consideración de la presunción de capacidad como principio general³¹. Pero, curiosamente, pese a este reconocimiento, no hay otro expediente menos excepcional o agresivo para la toma de decisiones de la persona, ya porque su situación de incapacidad no sea permanente y sea excesivo este mecanismo, ya porque no cumpla los requisitos del artículo 200 CC pero comparta la situación de vulnerabilidad o desasistencia propia de estos sujetos, ya porque no desea (ella o su entorno) una medida regularmente incapacitante.

Así las cosas, el modelo del sistema español gira en torno al proceso de incapacitación, cuya función radica en la protección del incapaz: «ésta y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o psíquicas de protegerse a sí misma» (cfr. STS de 31 diciembre 1991 [RJ 1991/9483]; SAP Barcelona de 22 abril 2003 [AC 2003/2030]), aspecto éste que se repite en la STS de 29 abril 2009 (RJ 2009/2901): «Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona». En cierta medida, este fundamento claramente proteccionista, que está en la más honda percepción del operador jurídico, determina la propia concepción del sistema y su aplicación, una suerte de *vis expansiva* de la incapacitación y la irradiación de los ámbitos de incapacidad a los de capacidad, precisamente por esta concepción protectora: si se trata sólo de proteger, cuanta más protección, mejor³². El interés del presunto incapaz, lo que la STS de 29 abril 2009 aborda como «el exclusivo interés de la persona», acaba identificándose únicamente, o al menos de modo preferente, con su protección.

La incapacitación, desde la propia ley, se configura como un sistema graduable, revisable y, en cierta medida, abierto. De los artículos 199-200 CC se colige que la incapacitación no puede ser uniforme; la

³⁰ Uno de ellos, el abuso de la incapacitación como medida asociada al envejecimiento: SAP Barcelona de 10 octubre 2003 (AC 2003/2045).

³¹ Vid. SSTS de 7 diciembre 1983 (RJ 1983/6922); 4 enero 1991 (RJ 1991/106); 3 septiembre 1996 (RJ 1996/9747); 19 mayo 1998 (RJ 1998/3378).

³² Verdaderamente sintomática es la SAP Barcelona de 24 marzo 2009 (AC 2009/1380).

incapacitación no puede consistir nunca en despojar a la persona de toda su capacidad de obrar; tampoco se configura como una institución de perfiles únicos para todos los sometidos a ella, precisamente por fundamentarse *in fine* en el déficit de autogobierno, que no es igual para todos (cfr. STS de 31 diciembre 1991, RJ 9483). Tal conclusión resulta refrendada por las normas procesales de la LEC, que exigen al juez la determinación de la extensión y efectos de la incapacitación y una más estricta práctica de pruebas en el proceso³³ y por el principio de pluralidad de guarda legal (art. 215 CC), que instaura un sistema basado en la diversidad de la guarda de acuerdo precisamente con la diversidad de la incapacidad de la persona, palpable para los incapacitados en el artículo 200 CC. Así, frente a la tutela (o la prórroga o rehabilitación de la patria potestad), modelo de sustitución por excelencia, en el que el tutor representa al incapacitado, administra su patrimonio y también vela por él, se plantea la opción de la curatela, a la que el CC dedica unos pocos preceptos, en una asimetría normativa que augura su carácter residual. Frente a la incapacitación como única opción, la ley propone entonces dos posibilidades: la tutela y la curatela (mal llamadas incapacitación total y parcial en la jurisprudencia), que además se regulan dispositivamente en el CC a través de lo que, salvo que otra cosa diga el juez, son las principales atribuciones de dichos cargos. Se trata de modelos poco flexibles, que en principio no se mezclan, sino que se proponen y es el juez quien elige, aunque dentro de cada uno, si el juez quisiera, se podría definir muy ampliamente el estatuto para cada persona. Pero lo cierto es que no hay una suerte de fórmula mixta en la que el juez diseñe un «traje a medida» (mezcla de asistencia, administración e incluso representación), a pesar de que puede ocurrir en la práctica y de que ha sido propuesto desde hace tiempo en nuestra doctrina³⁴.

La curatela se aparta del modelo de sustitución y sólo exige la intervención o asistencia del curador a los actos que el juez —o en su de-

³³ Sobre la naturaleza constitucional de las pruebas del proceso de incapacitación y la necesidad de que se practiquen so pena de nulidad, vid. SSTS de 16 marzo 2001 (RJ 2001/6635); 15 julio 2005 (RJ 2005/6531); SAP Sevilla de 31 mayo 2006 (AC 2007/29). Ahondando en aquel alcance constitucional y vinculando la práctica de estas pruebas con el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE, vid. STC 174/2002, de 9 de octubre. Sobre esta resolución, vid. ÁLVAREZ LATA, N. (2003), «Dos cuestiones sobre el proceso de incapacitación (A propósito de la STC 174/2002, de 9 de octubre)», *AJA*, n.º 580, 2003.

³⁴ GETE-ALONSO, M. C. (1991), «Comentario al art. 287», en *Comentarios al CC*, T. I, pág. 701. En este sentido, véase el artículo 136 de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón.

fecto la ley— decida (arts. 286-289 CC). Esta modalidad parte de la constatación de que la capacidad de la persona para tomar decisiones no esté totalmente anulada. A pesar de que su implantación es escasa, los casos más frecuentes de curatela en la jurisprudencia son los siguientes: a) retraso mental ligero o moderado (SSTS de 31 diciembre 1991 [RJ 1991/9483]; 30 junio 2004 [RJ 2004/4283]; SAP Madrid 2009 [AC 2009/4283]); b) ciertas enfermedades mentales, y en especial las de carácter cíclico (SSTS de 10 febrero 1986 [RJ 1986/520]; 20 mayo 1994 [RJ 1994/3723]; 16 septiembre 1999 [RJ 1999/6938]; 16 marzo 2001 [RJ 2001/6635]; 17 octubre 2008 [RJ 2008/5703]; SSAP Málaga de 22 septiembre 2009 [JUR 2010/95318]; Madrid de 29 junio 2010 [JUR 2010/31581], en la que se entiende finalmente más apropiada la tutela); c) debilidad mental como consecuencia de la edad avanzada de la persona (demencias seniles, etc.), generalmente en casos de inicio de la demencia degenerativa (SSAP Zaragoza de 10 julio 1996 [AC 1996/1571]; Barcelona de 22 noviembre 1999 [AC 1999/8282]); d) conductas pródigas que tengan fundamento en trastornos o desarreglos psíquicos (SAP Castellón de 11 febrero 2005 [AC 2005/369]); y e) politoxicomanías graves (SAP Barcelona de 18 febrero 2010 [JUR 2010/146293]).

No obstante, la tutela sigue siendo, con creces, el resultado general de los procesos de incapacitación. La curatela se percibe por el juez como fórmula blanda, arriesgada y vaga. Para satisfacer el afán de protección de la persona la sustitución es más cómoda, y también resulta así para el guardador. Además, otros factores se unen a que la curatela quede relegada. Uno de ellos, de carácter sistemático, resultaría fácilmente salvable: la eventual interacción del artículo 287 CC con el artículo 171 CC, que tras la reforma de 1996, y para cubrir la incongruencia con el artículo 222, vendría a apoyar la posibilidad de una patria potestad rehabilitada o prorrogada con contenido asistencial cuando se cumplan los requisitos del precepto (cuando el incapacitado es soltero y vive en compañía de sus padres o de uno de ellos: SAP Madrid de 11 marzo 1999 [AC 1999/805]). Pese a todo, la dicción del propio artículo 287 CC y, sobre todo, el principio de pluralidad de guarda (art. 215 CC) y la inconveniencia de la desnaturalización de las instituciones siguen siendo argumentos para la posición de que sólo cabe la prórroga o rehabilitación de la patria potestad en el caso de que sea la tutela la institución de guarda apropiada, y no cuando lo sea la curatela (últimamente, parece que se ha superado: SSAP Asturias de 3 noviembre 2009 [AC 2010/572] y Baleares de 9 febrero 2010 [JUR 2010/134774]). Un segundo factor es el perfil patrimonial de la figura, de acuerdo con sus

antecedentes, que ha constituido un obstáculo importante, al menos teórico —*de facto*, el curador procederá habitualmente al cuidado de la persona, como lo hace el guardador de hecho—, para considerar idónea o siquiera factible la curatela como institución de guarda de los incapacitados, quienes necesitan alguna protección personal, pese a sus índices superiores de autogobierno (STS de 26 julio 1999 [RJ 1999/7845]). Sin embargo, la construcción exclusivamente patrimonial de esta curatela puede ser revisada en la actualidad sobre la base de los siguientes argumentos: a) los actos en los que el curador ha de intervenir son los que imponga la sentencia y éstos «no tienen que ser de naturaleza exclusivamente patrimonial [...]» (STS de 31 diciembre 1991 [RJ 1991/9483]), ya que el artículo 289 CC no limita al ámbito patrimonial la intervención del curador (cfr. SAP Madrid 2009 [AC 2009/2096]); b) en todo caso, e incluso a falta de concreción del juez, puede entenderse incluida en la curatela la existencia de un contenido personal desde un punto de vista estático: el *deber de velar por el incapacitado* que afecta a todo cargo tutelar, como concreción de lo dispuesto, para todos los cargos, en los artículos 215 y 216 CC³⁵.

Lo anterior deriva en el arrinconamiento de la curatela para las hipótesis en las que la persona puede autogobernarse en el plano personal pero tiene dificultades para gestionar con normalidad su patrimonio³⁶, siendo, casi siempre, la necesidad de ayuda constante de terceras personas un factor impeditivo de la curatela³⁷, que se denomina sin ambages, en algunas resoluciones, incapacidad patrimonial³⁸. Y, a la postre, conlleva la falta de coordinación entre la capacidad natural y el órgano de guarda. No puede ser más clara la SAP Barcelona de 29 noviembre 2005 [JUR 2006\48823]: «es de observar de las actuaciones que Don Narciso precisa en *su incapacidad parcial*, calificada de permanente, no sólo una asistencia o complemento de capacidad para determinados negocios, sino que alguien que pueda defenderle y protegerle tanto en la esfera personal, en necesidad de control y seguimiento médico, y de administración de todo su patrimonio, por lo que cuestionándose en esta alzada la procedencia de tutor o curador, este último recogido en la sentencia recurrida, entendemos que debe estimarse la

³⁵ Véase el artículo 136.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón.

³⁶ Véase, por ejemplo, la STS de 20 noviembre 2002 (RJ 2002/10266) y la SAP Islas Baleares de 15 julio 1999 (AC 1999/7887).

³⁷ SSAP Castellón de 18 marzo 2005 (AC 2005/1201); La Rioja de 13 marzo 2007 (AC 2007/1068); Badajoz de 9 diciembre 2009 (JUR 2010/50205); **Zamora de 7 marzo 2005** (AC 2005/566).

³⁸ SAP Madrid de 22 marzo 2010 (JUR 2010/206584).

petición de la representación del mismo incapacitado y del Ministerio Fiscal, procediendo el nombramiento de tutor...»³⁹.

La consecuencia global de lo señalado es que el prototipo de fallos en un juicio de incapacitación viene dado por consideraciones generales y absolutas, casi prerredactadas, que, a juicio del TS —no puede ser más explícita la STS de 29 abril 2009 [RJ 2009/2901]—, resultan plenamente coherentes con el espíritu de la regulación del CC. He aquí algunas: «todo lo cual determina y comporta, *en definitiva y sin necesidad de mayores consideraciones*, su imposibilidad de autogobierno y la necesidad de auxilio de terceras personas, tanto en el aspecto patrimonial, como en el personal, por lo que procede declararle *plenamente incapaz a todos los efectos legales*» (SAP Barcelona de 22 abril 2003 [AC 2003/2030], acerca de una persona con demencia senil); «X es totalmente incapaz para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, e incluso para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo, y para testar, quedando sometida al régimen de tutela. Asimismo, se autoriza su internamiento en un centro adecuado a sus limitaciones» (SAP Vizcaya de 19 junio 2007 [AC 2007\2052]); «incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y bienes, así como para el ejercicio de sufragio y en consecuencia se nombra tutor...» (cfr. STS de 29 abril 2009 [RJ 2009/2901]).

2. Criterios para la toma de decisiones

Partamos ya de la premisa de que la persona ha sido incapacitada: ¿cómo se gesta el proceso de toma de decisiones? ¿Para qué actos? ¿Cuáles son los criterios? En el caso de incapacitación con sometimiento a tutela, la toma de decisiones se traslada por regla general al tutor que representará a la persona incapacitada, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo el incapacitado, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación (art. 267 CC) o para los que la ley no considere suficiente la prestación del consentimiento por el tutor. Es raro que el juez diseñe un ámbito en el que el incapacitado pueda actuar sin el tutor, aunque podría hacerlo (negocios de pequeño valor, ámbito personal, etc.). No obstante, la ley esta-

³⁹ Incluso el carácter revisable de la sentencia de incapacitación, lejos de constituir una ventaja, se alza en ocasiones como una verdadera excusa para analizar a fondo el alcance de la capacidad del sujeto en ciertos casos dudosos, demorando dicho análisis para el caso de mejoría (STS de 7 julio 2004 [RJ 2004/001]).

blece ciertas esferas en las que, por ser la regla la capacidad natural en el momento de realizar el acto, la sentencia de incapacitación no prejuzgaría su autonomía en estos casos⁴⁰; es el caso de los denominados actos personalísimos, casi todos de repercusión personal.

La inherencia característica de los derechos y actos personalísimos conlleva necesariamente la premisa de que su ejercicio es competencia del titular, y por ello se debe desvincular la incapacitación del ejercicio de los derechos más personales. El incapacitado como titular de sus derechos puede ejercitarlos si para el acto concreto posee capacidad suficiente para entender y querer los efectos del acto, esto es, capacidad natural, sin que la declaración de incapacitación sea óbice para dicho ejercicio. Atribuir la titularidad sin conceder la posibilidad de ejercitarlos significaría no sólo no reconocer la capacidad jurídica, sino además negar la propia subjetividad de los derechos. Además, esta idea coincide con la regulación de ciertos negocios personalísimos, ya en el propio Código —claramente en los arts. 56, 663 y 121 CC⁴¹—, ya en leyes especiales, y revelaría cierta tendencia del legislador a favor de la irrelevancia de la declaración de incapacitación en la esfera personal, la cual es, a nuestro juicio, plenamente coherente con el propio concepto de los derechos personalísimos. Sin embargo, es palpable en la doctrina y la jurisprudencia cierta reticencia a este ejercicio —que no se tiene con respecto al menor, a quien siempre se le ha reconocido una esfera amplia de actuación en el ámbito personal y familiar, consagrada en el artículo 162.1.º CC: «de acuerdo con sus condiciones de madurez»⁴²—. Dicha reticencia tiene en realidad su origen

⁴⁰ Hemos defendido en otros lugares esta tesis [cfr. ÁLVAREZ LATA, N. (2001), «El ejercicio de acciones y derechos personalísimos...», cit., págs. 24 y ss.]. No obstante, muchos autores son reacios a tal interpretación, entendiendo que la ley tiene que hacer referencia a la aptitud del incapacitado y en caso de silencio el incapacitado no decide, aunque lo haga en intervalo lúcido. Una visión actual del problema en TENA PIAZUELO, I. (2010), «La capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica», en DE SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global...*, cit., págs. 125 y ss.

⁴¹ En estas hipótesis, además, se suele operar con un concepto laxo de capacidad natural. Así, por ejemplo, por lo que atañe a la capacidad para contraer matrimonio, se reconoce que la concurrencia de determinadas deficiencias o anomalías psíquicas no graves no impide el matrimonio. Asimismo, es gráfica la jurisprudencia acerca del artículo 663 CC que interpreta muy generosamente la expresión «cabal juicio» (cfr. SSTS de 29 marzo 2004 [RJ 2004/2310]; 4 octubre 2007 [RJ 2007/7401]; 26 abril 2008 [RJ 2008/2680]).

⁴² Entiende la STS de 29 abril 2009 (RJ 2009/2901) que «aunque el art. 162 CC aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el art. 760.1 LEC», aunque reconoce que «tal cuestión no está desarrollada en nuestro ordenamiento». Abunda en ello PÉREZ DE ONTIVEROS, C. (2009), «La Convención internacional...», cit., págs. 353 y ss.

en la concepción de la incapacitación como excluyente de toda la capacidad de obrar del sujeto: únicamente cuando la ley o la sentencia de incapacitación lo faculten para la realización de un acto en concreto podrá el incapacitado llevarlo a cabo. Lo señalado puede ser cierto para el ámbito patrimonial, dada la amplitud con la que se expresa el artículo 1263 CC, pero no ha de proyectarse al ámbito personal, en donde el incapacitado conserva su capacidad de obrar. Por otro lado, el citado artículo 267 CC, que delimita el ámbito de representación del tutor para los actos que el incapacitado no pueda realizar por sí solo, «ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación», sólo aparentemente puede alzarse en argumento de esta interpretación, en la medida en que la propia doctrina excluye su operatividad en la esfera personal, puesto que no puede hablarse de representación en este ámbito. Tampoco se puede utilizar como justificación de esta postura el argumento de que la incapacitación instaura la presunción de incapacidad natural del sometido a ella⁴³. El juego de esta presunción sería en todo caso *iuris tantum* y no impediría —aunque sí dificultaría— que, ante la prueba de la existencia de juicio en el incapacitado, éste ejercitara válidamente los derechos que por su condición de incapacitado la ley o la sentencia no le vetan. Con todo, creemos equivocado sostener que desde la incapacitación la presunción de capacidad cambia de signo⁴⁴.

La regla general (el ejercicio del derecho por su titular) no impide que en ocasiones quepa la representación, precisamente cuando se quiebren los presupuestos para la toma de decisiones (falta de capacidad para el acto; la inexistencia de madurez, de juicio suficiente para llevarlo a cabo). La percepción de esta cuestión ha cambiado notablemente desde la STC 311/2000, de 18 de diciembre, que ha planteado seriamente la posibilidad de que el representante legal del incapacitado actúe en el ejercicio de derechos personalísimos, aunque la ley no lo diga. Esta posición ha sido refrendada, con matizaciones, en el ámbito sanitario para ciertos actos referidos a la vida y salud en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002. En la sociedad y en el Derecho va arraigando la consideración del incapacitado como una persona con plenos derechos, señaladamente los consagrados en la Constitución y referidos en la Sentencia: principio de igualdad, tutela judicial efectiva, por

⁴³ Cfr. ROCA I TRÍAS, E., y MONTÉS PENADÉS, V. (1995), *Derecho de familia*, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 56.

⁴⁴ Así, ALBALADEJO, M. (2006), *Derecho civil*, 17.^a ed., Madrid, Edisofer, pág. 277.

lo que el riesgo de que tales derechos constitucionales se vulneren a causa del no ejercicio conduce a un nuevo punto de vista en esta materia alejado de la tradicional prohibición de la representación en el ámbito de los derechos más personales. Además, hay otros actos en los que la ley impone la autorización judicial como regla general. Es el caso de la esterilización de la persona incapacitada con grave deficiencia psíquica (art. 156 CP)⁴⁵ y de los actos del artículo 271 CC, que limitan la actuación del tutor como garantía para el sujeto, para los que el juez debe considerar precisamente su oportunidad en razón de su interés. Se trata de actos con especial incidencia, actual o futura, en la vertiente patrimonial y personal (artículo 271.1.º CC: internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, que se ha de poner en conexión con el artículo 763 LEC, que regula el internamiento por razón de trastorno psíquico)⁴⁶.

Al margen de estos actos más conflictivos, la intervención del tutor se proyecta en la sustitución del consentimiento. Pero ¿bajo qué criterio se toma la decisión? Tampoco en este punto el modelo español está muy desarrollado. La referencia básica está en el artículo 216 CC, que prescribe que todas las instituciones de guarda se ejerzan en beneficio del tutelado (STS de 4 octubre 1984 [RJ 1984/4755]). Este principio —presente en otras normas bajo la denominación de mayor interés del incapaz (art. 156 CP) o interés superior del menor (art. 2.º LO 1/1996)— actúa como criterio rector de la actuación del guardador y significa que éste ha de buscar el (mayor) interés del tutelado, interés que ha de prevalecer sobre otros intereses en juego y, por supuesto, sobre el interés del guardador. Frente a orientaciones extremadamente paternalistas, que postulan como elemento interpretativo un «principio de afecto», el beneficio del tutelado ha de entenderse desde la condi-

⁴⁵ La STC 215/1994, de 14 de julio, consideró proporcionada y justificada la esterilización de incapaces *ex* artículo 428 CP 1989, antecesor del actual 156 CP, apoyándose en la dignidad de la persona con discapacidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), su integridad moral (art. 15.1 CE), el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos (art. 39.3 CE), el derecho a la protección de la salud de la persona con discapacidad (art. 43.1 CE) y el derecho a disfrutar de todos los derechos que la Constitución establece en su Título I (art. 49 CE).

⁴⁶ La STC 129/99, de 1 de julio, descartó la inconstitucionalidad de la regulación en ley ordinaria de las reglas procedimentales del internamiento del párrafo segundo del artículo 211 CC —ahora en el art. 763 LEC—, en tanto que «no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo y, en consecuencia, dicha regulación no puede considerarse incluida en el ámbito reservado a la Ley Orgánica» [vid. especialmente el comentario de MARÍN LÓPEZ, J. J. (1999), «Los locos y su libertad: el art. 211 del Código civil (Comentario a la STC 129/1999, de 1 de julio)», *RDP y C*, n.º 13, págs. 227 y ss.]

ción de éste como sujeto de derechos y, frente a criterios subjetivos, ha de operarse con parámetros objetivos o cuasi-objetivos. Cuestión distinta es que el tutelado tuviese suficiente juicio para emitir cuál es su preferencia o el tutor tuviera pruebas evidentes de cuál es: pero esto, *stricto sensu*, no es su beneficio, sino la propia decisión del incapaz, y a ello, también estrictamente, no obliga el 216 CC. Es así que desde el sistema general no se involucra a la persona incapacitada en la toma de decisiones. Al margen del ámbito sanitario, existe un resquicio en el artículo 223.II CC, fruto de la reforma operada por la Ley 41/2003, que incorporó la posibilidad de que el sujeto, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, adoptase en documento público notarial *cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes*, incluida la designación de tutor⁴⁷. Así las cosas, las decisiones del incapacitado previamente adoptadas habrán de vincular al tutor en el proceso de toma de decisiones.

Menos diseñado en todos los aspectos está el sistema de la curatela, lo cual provoca importantes problemas aplicativos, ya que la ley se refiere muchas veces al incapacitado, sin mayores precisiones, en la línea de la uniformidad (y no graduabilidad) que aquí se denuncia. En principio, el encargo del curador se limita a la función de asistencia, cualquiera que sea su modalidad: el término «intervención» del artículo 288 CC coincidiría con el de «asistencia» del 289 CC, que se proyecta sobre aquellos actos que la persona incapacitada no pueda realizar por sí misma. Será el juez quien establezca en la sentencia de incapacitación cuáles son éstos, teniendo en cuenta la capacidad de obrar que se le permita al incapacitado. Pero la determinación en la sentencia, siendo recomendable, no es *de lege data* preceptiva: inmediatamente el artículo 290 CC salva la posible omisión y evita que ésta pueda ser considerada una infracción del deber del juez de establecer la extensión y los límites de la incapacitación *ex* artículo 760.1 LEC. Como complemento de lo que pueda establecer la sentencia

⁴⁷ La exigencia y valoración de «capacidad de obrar suficiente» plantea la duda de si el sometido a curatela pueda otorgarlo. Así lo cree, en función de que es «casi» capaz, la SAP Navarra de 14 junio 2005 (AC 2005/1813): «Cabe cuestionarse si cabe que la persona incapacitada parcialmente y a quien la sentencia de incapacitación no haya modificado la capacidad de obrar sobre su persona puede designarse tutor para el supuesto de una incapacitación total. Si la sentencia de incapacitación no ha privado de ese ámbito a la persona y goza de suficiente capacidad natural, no hay razón para negarle la legitimación para disponer la autotutela, máxime cuando, como es el caso, sólo se le incapacita para regir sus bienes». Por otro lado, si la exigencia de capacidad concreta (al margen de la capacidad de obrar general) para el acto es muy rigurosa se reduce la operatividad de la figura a los casos de hipótesis.

existen otros preceptos que disponen legalmente la asistencia del curador para determinados actos: v.gr., para aceptar la herencia, salvo que la sentencia de incapacitación diga otra cosa (cfr. art. 996 CC, que no concuerda exactamente con el 271.4.º CC), o para otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1330 CC). El curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia (STS de 31 diciembre 1991 [RJ 1991/9483]). La intervención del curador —como asistencia o como complemento de capacidad— ha de ser para cada acto en concreto —no sería viable un asentimiento general— y normalmente se prestará en el momento de la celebración del negocio de que se trate, compareciendo con el propio sujeto. En cualquier caso, el ejercicio de la curatela se ha de regir siempre por el principio de beneficio del sujeto sometido a guarda (cfr. art. 216 CC).

3. *Un ámbito singular: el Derecho sanitario*

Al margen del modelo general permanecen ciertos actos y decisiones propios del ámbito sanitario, en el que existe una constante necesidad de exigir una decisión sobre sujetos que temporal o permanentemente pueden tener afectada la capacidad. En este ámbito se reducen las formalidades propias de la designación de representante, pues lo habitual es que decidan familiares o allegados, salvo que la ley establezca otra cosa o la persona ahora incapaz haya otorgado instrucciones previas, en cuyo caso habría que respetar las decisiones adoptadas anteriormente, cuando aún era capaz.

El régimen legal general del consentimiento de las personas que no son capaces de tomar decisiones es confuso e impreciso, principalmente en la norma de referencia, que es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínicas (LBAP), junto con el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina del Consejo de Europa, aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1997. Además, el régimen jurídico debe completarse con las correspondientes normas autonómicas, que han desarrollado y matizado algunas cuestiones en la última década, y breves regulaciones contenidas en las abundantes leyes especiales.

Los escenarios de la toma de decisiones en el ámbito sanitario son tres y, en razón del principio de autonomía de la voluntad (art. 2

LBAP), deben seguir este orden: 1) la decisión de un paciente capaz en el momento presente, manifestada a través del consentimiento informado (art. 8 LBAP); 2) la decisión de un paciente en un momento pasado, durante la capacidad, para un momento posterior de incapacidad, a través de las instrucciones previas (art. 11 LBAP); y 3) la decisión durante la incapacidad de un paciente: consentimiento por representación (art. 9 LBAP).

La regla general para la toma de decisiones en el ámbito asistencial es el respeto de la autonomía del paciente (art. 2 LBAP) expresada a través del consentimiento informado (art. 8 LBAP), que es la manifestación de la conformidad libre, voluntaria, consciente e informada de una persona capaz en relación con una intervención o actuación que afecta a su salud.

Si el paciente carece de capacidad suficiente para tomar decisiones a juicio del «médico responsable de la asistencia» [art. 9.3.a) LBAP] y no puede prestar su consentimiento, ha de comprobarse, en primer lugar, si existen instrucciones previas. Las instrucciones previas son una institución introducida en nuestro ordenamiento jurídico estatal por el artículo 9 CDHB y el artículo 11 LBAP, que proyecta el ejercicio de la autonomía del paciente *ad futurum*. Mediante ellas una persona manifiesta anticipadamente su voluntad en relación con los cuidados y tratamientos de su salud, mientras es capaz, con la finalidad de que se cumpla en un momento posterior en el que ya no sea capaz de expresarla personalmente. Además, el otorgante puede incluir en el documento de instrucciones previas otras decisiones, como la designación de un representante, que carece de facultad de decisión sobre las situaciones ya previstas en el documento y que actúa como interlocutor con el equipo asistencial, velando por el respeto y el cumplimiento de las instrucciones previas.

Si la persona carece de capacidad para prestar su consentimiento informado y no existen instrucciones previas se otorga el consentimiento por representación (art. 9.3 LBAP). Si existe representante legal, le corresponde a éste prestar el consentimiento; en caso de que el paciente incapaz carezca de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho [art. 9.3.a) LBAP]. El criterio para la prestación del consentimiento por representación está establecido en el artículo 9.5 LBAP, que dice que «será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».

A la luz del principio de autonomía del paciente y del tenor literal del artículo 9.5 LBAP, que sanciona legalmente el enfoque participativo de la persona con discapacidad, cabría inferir que los valores, decisiones y preferencias de cualquier persona incapaz, e incluso incapacitada, deberían tener mayor presencia en tales procesos decisorios, escuchándose y teniéndose en cuenta su opinión [como sucede en el caso de los menores de edad: art. 9.3.c) LBAP]. No obstante, el legislador parece haber elegido una posición más rígida y menos inclusiva y participativa de las personas que carecen de capacidad, concediendo al representante un protagonismo casi exclusivo. Esta posición, que contradice los principios rectores de la ley y del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, antes y después de la Convención, resulta incoherente con la relajación de las formalidades que ha presidido la regulación, aunque podría buscarse una explicación en la mejorable respuesta legislativa del artículo 9 LBAP⁴⁸.

4. *¿Y la guarda de hecho? La intervención del guardador*

La realidad pone de relieve que buena parte de los supuestos que habrían de someterse a la incapacitación no lo están: la persona que necesita de cierto auxilio se suele amparar en algún pariente o cuidador o institución (vid. SAP Barcelona de 7 septiembre 2000 [AC 2001/34]) que se ocupa de su cuidado básico y, en ocasiones, realiza algunos actos de carácter patrimonial y personal. A la guarda de hecho se refieren los artículos 303 y ss. CC, sin pretensión de mayores delimitaciones—figura aplicable asimismo a la guarda de hecho de menores, con otros perfiles y problemas, de la que prescindiremos en este análisis—. Desde el esquema del CC la guarda de hecho se concibe como situación irregular dentro del sistema. Se comprende así el comedimiento del Código en su regulación y el alcance del artículo 303 CC, que, por un lado, concede al juez la posibilidad de indagar acerca de la guarda de hecho de la que tenga conocimiento, requiriendo al guardador para que le informe de la situación de la persona y bienes del menor o incapaz y, en general, sobre su actuación hasta el momento; y, por otro, permite que el juez establezca las medidas de

⁴⁸ Cfr. SIMÓN, P., y BARRIO, I. M. (2004), *¿Quién decidirá por mí? Ética de las decisiones clínicas en pacientes incapaces*, Madrid, Triacastela. Un enfoque crítico algo distinto en PARRA LUCÁN, M. A. (2003), «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *AC*, n.º 2.

control y vigilancia que considere oportunas, medidas que, entre otras, serán las del artículo 757.2 y 3 LEC y las medidas cautelares del artículo 762 LEC, así como las de los artículos 158 (por remisión expresa del art. 216.II) y 299 bis CC.

Con todo, el CC no precluye la posibilidad de que el guardador tome decisiones por la persona. El artículo 304 CC establece, eso sí, una regla a posteriori para dotar de validez a los actos realizados por el guardador y, de esta manera, favorecer la protección de éste y brindarle un medio de dinamizar su precaria situación en el tráfico jurídico, desde el momento en que se comprueba que dichos actos afectan positivamente a sus intereses, reportándole una objetiva utilidad. Ello no implica que esta regla sirva a priori como un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del menor o incapaz, esto es, de traspaso de la legitimación activa al guardador de hecho. En fin, del artículo 304 CC no se desprende un principio de posibilidad de actuación del guardador de hecho en lugar del sometido a guarda, sino un mecanismo de convalidación de sus actos cuando éstos sean beneficiosos para el guardado (cfr. STS de 8 febrero 1994 [RJ 1994/834]). Los requisitos de la actuación, en orden a que el acto no se anule, son dos: acto realizado en interés del incapaz, entendiendo «interés» no en un sentido subjetivo de «intención», sino en el objetivo de «actuar en representación» (directa o indirecta) del guardado o, quizás, «como si fuera en representación», porque en realidad el guardador de hecho carece de ella; y utilidad para la persona del acto, que ha de concebirse en términos también objetivos, de manera que sí pueden ser impugnados los actos que hubiera realizado el guardador buscando intencionalmente el beneficio del incapaz, pero que al final hayan carecido de provecho objetivo para él.

Pese a su honda implantación social, la guarda de hecho de la persona presuntamente incapaz no es en general muy conflictiva o litigiosa. Los operadores jurídicos y económicos suelen favorecer la actuación del guardador de hecho sobre la base de la solidaridad familiar o de la buena fe, y en tanto no surjan conflictos en el entorno de la persona la facilitarán. Nótese, además, que cada vez hay más referencias al guardador de hecho extramuros del CC: artículos 118 y 443 CP y 61.3 LOPM; artículo 3.1.c) de la Ley 41/2003, de 18 noviembre, que le permite constituir en beneficio del incapaz un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario, y últimamente la DA única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que admite la le-

gitimación del guardador de hecho para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones⁴⁹.

Esta tendencia de reconocimiento del guardador de hecho se deja sentir en las resoluciones que han entrado en el fondo de la guarda. En general, la guarda se entiende por la jurisprudencia como equiparable a la tutela en sentido amplio, a los institutos tutelares en su conjunto: «no hay un curador de hecho ni un defensor judicial de hecho; hay tan solo un guardador de hecho que, sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares», sin que en general merezca reproche, sino todo lo contrario⁵⁰.

La guarda de hecho confiere *derechos al guardador* (sobre la posibilidad de revertir los gastos realizados en su cuidado, más allá del deber de indemnización del artículo 306 CC —en Cataluña, con base en el art. 269 CF, el derecho de reclamar los alimentos—, cfr. SAP Barcelona de 26 junio 2000 [AC 2000/1212]) y también *deberes y obligaciones*, sin que sea posible configurarla como una institución pasiva, cuando exista (muy elocuente es la SAP Las Palmas de 17 mayo 2006 [AC 2006/1228]⁵¹). Asimismo, la jurisprudencia menor ha fundamentado en algunas ocasiones la obligación de rendición de cuentas al guardador⁵², en razón de la aplicación (imperativa) del artículo 303 CC y de la aplicación de las normas de la tutela —en otro caso, quedaría en una posición más favorable que la del tutor, pese a su irregu-

⁴⁹ Esta tendencia se advierte también en el Derecho autonómico. Véase la regulación, más amplia que la del CC, del artículo 225 de la Ley 25/2010, del Libro II del CC catalán, y los artículos 142 y ss. de la Ley 13/2006, de la Persona de Aragón.

⁵⁰ SAP Valladolid de 1 febrero 2005 (AC 2005/550). Vid. también SAP Zamora de 7 marzo 2005 (AC 2005/566); AAP Las Palmas de 14 octubre 2009 (JUR 2010/79434).

⁵¹ Ante la reclamación del hospital por los gastos causados por el ingreso de la persona presuntamente incapaz tras el alta médica, señala que «ha existido una situación de guarda de hecho de sus parientes siquiera mediato a través del mantenimiento del ingreso hospitalario, que hace venir en aplicación el art. 304 del CC: los parientes conocían la situación de desvalimiento del demandado, lo visitaban, se negaban a hacerse cargo de él, habían sido requeridos por la clínica para posibilitar la salida del paciente del centro, etc. La demanda de incapacitación no ha sido promovida hasta fechas muy posteriores, pero el art. 303 del CC admite la guarda *de facto* de personas presuntamente incapaces; tales parientes debieron ejecutar acciones para procurar el cuidado de su pariente fuera del centro hospitalario privado, que no es un centro de tipo asistencial. Por tanto, no puede hacerse repercutir sobre la esfera patrimonial de la sociedad demandante la prolongación de la hospitalización del demandado una vez sanado de sus lesiones acaecidas en accidente de circulación».

⁵² Vid. AAP de 13 febrero 2008 (JUR 2008/174192) y SAP Vizcaya de 25 febrero 2008 (JUR 2008/173822).

laridad—; otras veces parece que la exigencia de rendición de cuentas sólo cabe cuando existan indicios de disposición irregular del patrimonio del incapaz (SAP Ourense de 14 julio 2008 [JUR 2008/344718]), en tanto que el artículo 303 CC dice «podrá» y no «deberá», y además no parece posible la aplicación de los artículos invocados reguladores de la gestión de negocios ajenos. Igualmente, en aplicación del artículo 1903 CC, de acuerdo con la realidad social, se ha entendido que el guardador es responsable de los daños que cause la persona que está bajo su custodia debido a su posición de garante (SAP Guadalajara de 24 julio 2007 [JUR 2008/16530], posición ésta ya auspiciada por alguna resolución del TS (SSTS de 13.9.84 [RJ 4296]; 5.3.97 [RJ 1650]), aunque éstas más bien se fundamentan en el incumplimiento del deber de promover la tutela) y que encontraría apoyo, además, en los artículos 118 CP y 61.3 LOPM, los cuales, en punto a la responsabilidad civil derivada de delito, sí incorporan expresamente la figura del guardador de hecho.

A la luz de la jurisprudencia menor, el margen de actuación del guardador en el ámbito del artículo 304 CC parece ciertamente flexible. En algunas resoluciones se habla sin rubor de que el guardador de hecho administra el patrimonio del presunto incapaz: «no sólo administraba los bienes de la presunta incapaz sino que se preocupaba de su persona» (SAP Vizcaya de 19 junio 2007 [AC 2007/2052]). Por otro lado, la convalidación de actos *ex* artículo 304 CC alcanza no sólo a actos patrimoniales meramente ordinarios, sino a otros que no lo serían, como el rescate de un plan de pensiones con objeto de destinarlo al sostenimiento de su madre (SAP Valladolid de 1 febrero 2005 [AC 2005\550]) o la compraventa de vivienda (SAP Córdoba de 28 diciembre 2007 [JUR 2008\218460]). La flexibilidad se aprecia también en el ejercicio procesal de los derechos, aunque no se haya nombrado un defensor judicial al incapaz (art. 7 LEC) y sea entablada por el guardador con base en poderes dudosos o, incluso, sin ellos; en el ejercicio de la acción de desahucio, en tanto el proceso entablado para recuperar la posesión de la vivienda redunde, como es notorio, en su beneficio, y no puede ser impugnado de conformidad con lo establecido en el artículo 303 del Código Civil (SAP Islas Baleares de 28 marzo 2007 [JUR 2007/263669]); en una acción de responsabilidad extracontractual, con fundamento en que también el guardador era dañado (SAP Asturias de 18 mayo 2009 [JUR 2009/320179]); en la interposición de recurso de apelación (SAP Alicante de 24 abril 2009 [JUR 2009\304171]); en una acción de desalojo de la vivienda que ocupa en precario un tercero (SAP Zamora de 30 septiembre 2009 [JUR 2009/

498148]); en acción de nulidad de testamento (SAP Jaén de 12 mayo 2004 [AC 2004/948]⁵³).

5. *Balance. Problemas detectados y razones para una reforma*

En síntesis, de lo precedente podemos establecer los siguientes puntos débiles de nuestra regulación:

- a) Las respuestas jurídicas a la situación de incapacidad en nuestro sistema son escasas: todo converge en la incapacitación de la persona.
- b) Los principios del nuevo modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad derivados de la Convención necesitan ser trasladados al ámbito jurídico-privado. El principio de protección ha fundamentado de forma casi exclusiva las decisiones sobre la persona que padece alguna incapacidad, descuidando la fundamentación derivada de la Convención, ya existente en la propia Constitución. Asimismo, la protección se propone de forma preferente o incluso como única opción: protección ante todo o sólo protección, obviando su carácter subsidiario frente a la regla general de la capacidad y el carácter primario de la autonomía en la toma de decisiones.

⁵³ Las dos últimas resoluciones comparten razonamiento en estos términos: «A mayor abundamiento, si en los procesos de incapacitación se permite que el presunto incapaz pueda comparecer en el proceso con su propia defensa y representación (artículo 758.1 LEC), nada impide que pueda otorgarse el apoderamiento en los términos que se hizo en la demanda. Aparte de que, según lo preceptuado en el artículo 304 CC, los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad. Ningún otro interés pudo mover a la Sra. María para otorgar el apoderamiento en los términos que lo hizo. De ahí que no proceda hacer mención a deseos o intereses económicos de clase alguna sobre personas que han sido ajenas al procedimiento. Tampoco puede atenderse al Informe que el Ministerio Fiscal emitió el 03 de mayo de 2002 en el proceso de incapacitación, porque hace referencia a la legitimación para promover esos procedimientos (artículo 757 LEC), cuestión distinta de la que nos ocupa». Algunas de estas resoluciones rayan en la ilegalidad. Es el caso del AAP Córdoba de 10 diciembre 2003 (JUR 2003/33285), en el que, para legitimar la adopción de las medidas del artículo 158 CC, con base en el artículo 216.1 CC, para una persona sometida a una guarda de hecho, se señala que «no se puede reservar la presunción de incapacidad únicamente para los que estén incurso en un proceso de incapacitación, puesto que el CC no hace dicha distinción, por lo que debemos entender que la expresión del art. 216.2, en virtud del contenido de los citados 303 a 306 todos del CC, no puede interpretarse de forma restrictiva, debiendo considerarse incluidos en su redacción, a los presuntos incapaces, entendiéndose por tales aquellas personas sobre las que pese una presunción de incapacidad».

- c) La incapacitación se equipara a la falta absoluta de capacidad. La abundancia de declaraciones tan generales conduce a no examinar actos más concretos vinculados con la capacidad natural. Además, a diferencia de lo que acontece para el menor, la regulación de la capacidad para el mayor de edad no suele admitir gradaciones: o se tiene o no se tiene. En aras de la protección y la seguridad jurídica se somete la autonomía.
- d) La persona incapacitada lo acaba siendo para todos los actos, salvo que el juez, excepcionalmente, diga otra cosa. Las resoluciones no manifiestan la evaluación de las capacidades existentes, si es que los exámenes periciales así lo han constatado. En general son fallos preconfigurados, que no matizan ni se ajustan a los rasgos particulares y las necesidades de cada persona. Tampoco es frecuente la revisión de la declaración de incapacidad.
- e) La ley diseña la incapacitación como un sistema abierto, pero la aplicación práctica lo desmiente. Las sentencias se decantan por la tutela como modelo general y son contadas las curatelas. Cabe pensar —y seguramente sea así— que las personas aptas para una curatela no son incapacitadas e integran el campo de aplicación de la guarda de hecho, constituyendo un colectivo que no ve colmadas sus necesidades con esa figura. Por su parte, la parquedad de la regulación legal de la guarda de hecho impide que se alce, en igualdad de condiciones, como alternativa viable.
- f) La incapacitación es un proceso demasiado ambicioso para que funcione en la mayoría de los casos. En primer lugar, porque pretende una definición de la capacidad de la persona en el ámbito patrimonial y personal con proyección *ad futurum*, tarea que se encomienda casi exclusivamente a un juez no especialista. En segundo lugar, porque la mayoría de las veces configura una respuesta incongruente y desproporcionada para lo que en realidad se plantea: los parientes del incapaz no pretenden tanto la incapacitación cuanto la designación de un tutor para realizar un acto o negocio jurídico que urge llevar a cabo, o para proceder al internamiento de la persona, si el centro lo solicita.
- g) No hay unanimidad ni claridad en torno a la posibilidad de realizar actos personalísimos por la persona incapacitada —con capacidad natural para ello— cuando la ley no lo regula expresamente y la sentencia no se pronuncia sobre este extremo.

Queda pendiente igualmente la delimitación de la esfera de actuación del representante en este ámbito.

- h) El panorama legislativo en su conjunto es confuso, pues no aporta criterios unívocos y congruentes, haciendo difícil la tarea de interpretación y aplicación, y disminuyendo la seguridad jurídica. Valga como ejemplo la comparación entre los criterios comunes y los reservados para el ámbito sanitario. En palabras de la STS de 29 abril 2009: «el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer».
- i) Finalmente, y aun no siendo lo más relevante, la terminología conserva un matiz negativo.

Esta serie de problemas dificulta la implantación del nuevo paradigma de tratamiento jurídico de la discapacidad derivado de la Convención y aconseja replantearse la regulación en nuestro sistema jurídico, a pesar de la tesis mantenida en la STS de 29 abril 2009 (RJ 2009/2901), que con vehemencia fundamenta su conformidad con los principios de la Convención, proponiendo simplemente una lectura acorde con la misma: «sólo 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 la lectura que se propone: 1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Ésta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2.º La incapacitación 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».

No estamos en total desacuerdo con estas palabras, pero entendemos que la sentencia no apunta a la verdadera dimensión del problema, pues se limita a una cuestión que debería considerarse superada (la medida de la incapacitación no puede darse para proteger a la fami-

lia)⁵⁴. La Convención y las demandas de las personas con discapacidad van más allá de lo afirmado en la resolución: no necesitan meramente protección, sino medidas jurídicas que no los inhabiliten y que propicien el ejercicio autónomo de sus derechos en la mayor medida posible. La regulación legal y la argumentación teórica que sustentan el régimen jurídico actual podrían considerarse una respuesta aceptable a las necesidades de las personas con discapacidad, pero incompleta, pues no incorporan íntegramente el modelo articulado en la Convención. Con todo, el mayor problema es su decepcionante aplicación práctica. Una regulación que no es capaz de cumplir sus funciones y satisfacer sus objetivos es un Derecho fútil, una legislación y una práctica jurídica retóricas que hay que modificar. A nuestro juicio, esto es suficiente para certificar su falta de idoneidad y ensayar nuevos modelos que den visibilidad y traduzcan legislativamente los postulados normativos de la Convención, reforzando su aplicabilidad y eficacia.

Se han dado ya algunos pasos en esta dirección. La DF primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, daba al Gobierno un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley para remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarían a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, facilitando su adaptación a las previsiones de la Convención. Más recientemente, ha de destacarse el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010, algunas de ellas atinentes a los Títulos IX y X del Libro primero del Código Civil⁵⁵. Otras medidas, en concreto las referidas a la toma de decisiones en el ámbito sanitario, han sido incluidas en el Anteproyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad elaborado por el Ministerio de Sanidad y Política Social (8 julio 2010), presentado al Consejo de Ministros el 23 de julio de 2010 (arts. 3-6).

⁵⁴ Cfr. ya DE CASTRO, F. (1984), *Derecho civil de España*, Madrid, Cívitas, pág. 305.

⁵⁵ Cfr. págs. 13-15 y 33-34 del citado Informe.

VI. ORIENTACIONES PARA UNA REFORMA DEL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Algunos modelos de Derecho comparado*

El Derecho comparado es rico en experiencias de reforma y su conocimiento puede iluminar el proceso actual de transformación del sistema jurídico español. Aunque tales experiencias son cronológicamente anteriores a la Convención, están informadas por idénticos postulados y principios básicos, en buena medida porque provienen de países que han adoptado los modelos teóricos de la discapacidad que han influido en la Convención. El mejor ejemplo de esta relación es el caso inglés —aplicable en casi toda su extensión a Gales—, cuna del modelo social y objeto de una reciente y profunda revisión por medio de la *Mental Capacity Act* (MCA 2005).

La referencia al Derecho comparado en este punto contradice en cierto modo la conclusión de la STS de 29 abril 2009 (RJ 2009/2901), en la que se señala con cierta ligereza e inexactitud: «De este repaso se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados de protección previstos en el Código civil español y explicitados en el Fundamento Jurídico 5.º de esta sentencia». Un repaso algo más profundo pone de manifiesto que, frente a las clásicas medidas de incapacitación de la persona, las no tan recientes reformas de los países de nuestro entorno han elegido un sistema de apoyos concretos y variables que se ajuste a las necesidades de cada persona con discapacidad, donde ésta recupera su protagonismo y participa en el proceso de toma de decisiones, sin cercenar con declaraciones abstractas y generales su capacidad de obrar.

Prestaremos atención concreta a tres modelos: el italiano, el alemán y el inglés, porque todos ellos abordan de manera específica el tema que nos ocupa, la toma de decisiones, al tiempo que se basan y sostienen una concepción diferente de la (in)capacidad de la persona en coherencia con los principios de la Convención. Junto a estos tres ejemplos sería inexcusable no aludir siquiera a la reciente reforma del Derecho francés a través de la Ley de 5 de marzo de 2007, que ha des-

pertado mucha atención en nuestra doctrina⁵⁶, y que ha incluido, a través de la vía del mandato de protección, un refuerzo importante de la autonomía de la persona en la regulación de la propia incapacidad.

1.1. Italia

En Italia, la reforma relevante data de 2004. La Ley de 9 de enero de 2004 introduce en el ordenamiento jurídico italiano la *amministrazione di sostegno*, que viene a completar —no a sustituir, sino a reformar parcialmente— las clásicas medidas previstas en materia de protección del incapaz: *interdizione e inabilitazione* (muy semejantes a nuestra incapacitación vía tutela y curatela)⁵⁷. A partir de entonces se establece también la posibilidad de que a la persona que padece una enfermedad que implique una disminución física o psíquica y que se encuentre en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de atender a sus propios intereses le sea nombrado por el juez de tutela (jurisdicción especializada) un *amministratore di sostegno* (en adelante, *ads*) que velará por la persona y su patrimonio. Se trata de una medida que, además de otras características, no involucra a la persona en un proceso de incapacitación ni cuestiona, *stricto sensu*, su capacidad de obrar, que conserva salvo para los actos que se atribuyan exclusivamente (a modo de representante) o bajo régimen de asistencia al *ads*. No se produce un juicio sobre la incapacidad de la persona, aunque obviamente la incapacidad del sujeto constituye el fundamento de la aplicación de la medida. El artículo 409 C. Civ. it. claramente establece tal efecto al señalar que el beneficiado por la disposición conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del *ads*, siendo además que el sujeto, en cualquier caso, conserva la capacidad para los actos necesarios y ordinarios de la vida cotidiana.

En todo caso, y de modo semejante a la MCA inglesa, no hay pronunciamientos genéricos de incapacidad de la persona, salvo contadas

⁵⁶ Puede consultarse un resumen de la reforma en MUÑIZ ESPADA, E (2009), «La incapacidad y las reformas del Derecho contractual», *RDP y C*, n.º 23, págs. 307 y ss; ALONSO NÚÑEZ, M. (2010), «El mandato de protección futura en el Derecho francés», *RJN*, enero-junio, págs. 11 y ss.

⁵⁷ CENDON, P., y ROSSI, R. (2009), *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, vol. 1 e 2, Milano, Giuffrè; CIAN, P. (2004), «L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee», *Rivista di diritto civile*, págs. 481 ss.

excepciones. Este extremo es sumamente positivo, ya que evita que el juez haya de comprometer — a la baja, que es lo que acontece en el Derecho español — su juicio sobre la persona con discapacidad, despojándole *in fine*, por si acaso, de toda su capacidad. Con todo, el Derecho italiano deja abierta la posibilidad de que, en caso de gravedad del déficit de autogobierno y/o de habitualidad o estabilidad en la situación que lo provoca, se establezcan las medidas clásicas de *interdizione* e *inabilitazione* en las que, al igual que nuestro proceso de incapacitación, sí se limita considerablemente la capacidad del sujeto⁵⁸ — respecto de las que ha habido una clara disminución —. De hecho, una de las principales cuestiones que ahora se plantea es la precisa delimitación entre tales medidas, ya que se observa que los jueces tutelares aplican criterios diversos. En este sentido, puede verse la sentencia de la Corte Costituzionale de 9 diciembre 2005 (n. 440) y la sentencia de Cassazione de 12 junio 2006 (n. 13584)⁵⁹.

La *amministrazione di sostegno* constituye, por tanto, una medida flexible para la protección de la persona con discapacidad en la que se pueden combinar, según el supuesto concreto que será valorado por un órgano judicial especializado, vías diferentes de tutela de la persona que determinarán el modo de prestación de su consentimiento para los actos patrimoniales y personales: representación, asistencia, plena autonomía. Flexibilidad que además se proyecta en el encargo del *ads*, en el *progetto di sostegno* realizado a la medida del sujeto: no hay una lista de funciones preprogramadas que entran en defecto de pronunciamiento concreto, como acontece en España con el tutor o en Italia con la *inabilitazione* y la *interdizione*. Se rompe así con la clásica dualidad entre representación y asistencia y, lo más importante, con el elenco de actos que cabrían en una y otra hipótesis, lo que a la postre significa que el juez evite el diseño de un estatuto específico para cada persona. Más aún, se rompe también — y así lo han entendido doctrina y jurisprudencia italianas — con la dogmática bipartición entre actos patrimoniales y actos personalísimos, vedados en principio para el vicario

⁵⁸ Sobre el carácter rígido e invalidante de la *interdizione* y los principios de la *amministrazione di sostegno*, vid. la S. Trib. Venecia de 5 julio 2006, en la que se fundamenta el principio de subsidiariedad de la incapacitación frente al *ads*. Asimismo, S. Cass. de 22 abril 2002, n. 9628; Trib. Milano de 26 marzo 2009.

⁵⁹ Cfr. VENCHIARUTTI, A. (2005), «Gli atti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Questioni di validità», en FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, Giuffrè, págs. 159 y ss.; VENCHIARUTTI, A. (2006), «Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, págs. 1005 y ss.

del incapaz (cualquiera que sea su naturaleza jurídica) pero cuya inactividad puede desencadenar consecuencias nefastas para el sujeto. En este sentido, en un intento de dar realización plena a los intereses de la persona con discapacidad que no pueda en el acto concreto decidir por sí misma, la jurisprudencia italiana ha considerado que el *ads* puede, v.gr., presentar demanda de divorcio conjunto (SS. Trib. Módena 26 octubre 2007), renunciar a una herencia (Trib. Módena 11 octubre 2007), separación personal (Trib. Bolonia 2 enero 2006), manifestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario (Trib. Módena 20 marzo 2008)⁶⁰ o para rechazar un tratamiento (Trib. Trieste 3 julio 2009) y otros actos de carácter personal (Trib. Cagliari 15 junio 2010).

Al margen de lo anterior, el modelo que impone la *amministrazione di sostegno* es netamente positivo y rehabilitante para la persona con discapacidad, en tanto que no prejuzga de manera genérica y negativa su capacidad: sólo carecerá de autonomía en el ámbito que el juez expresamente encargue al *ads*, que habrá de ser diseñado teniendo en cuenta las circunstancias concretas del individuo y siempre en su mayor interés, en un intento de ofrecerle mayor calidad de vida y procurarle su mayor realización, eligiendo la alternativa menos agresiva sin poner en entredicho la capacidad de la persona⁶¹. Desde estas coordenadas se explica el artículo 405 C. Civ., que regula muy pormenorizadamente el mandato del *ads*: se establece que el decreto *di nomina* debe contener necesariamente datos del beneficiario y del *amministratore*; la duración del encargo, aunque puede ser por tiempo indeterminado; el objeto del encargo; los actos en los que habrá representación y asistencia por parte del *ads*; los límites y también los gastos periódicos que el *ads* puede realizar con la utilización de dinero del beneficiario; los períodos de control. El régimen de la *amministrazione di sostegno* prevé también la intervención del sujeto en la consideración de su propia protección. Puede pedir la medida (art. 40 C. Civ.) y también intervenir en el nombramiento de quien será el *ads* (art. 408 C. Civ.: a través de un documento público el sujeto puede designar al *ads* previendo su propia incapacidad), en sentido semejante a nuestro artículo 223 CC pero con relación a medidas diferentes. En todo caso, el juez tiene la última palabra. Por su relevancia merece también mencionarse la intervención de los servicios sanitarios y sociales directamente implicados en la tu-

⁶⁰ Noticia de estas resoluciones y su comentario en CENDON, P., y ROSSI, R. (2008), «I compiti dei amministratore di sostegno», <http://www.personaedanno.it/home.aspx>.

⁶¹ Es interesante, en este punto, la S. Tribunal Pinerolo de 9 noviembre 2004, con comentario de VENCHIARUTTI, A. (2005), *Nuova giu. Civ. Comm.*, I, págs. 1 y ss.

tela y asistencia de la persona en el procedimiento de nombramiento del *ads*, ya sea directamente a través de la previsión del artículo 407 C. Civ., iniciando ellos mismos el proceso, ya sea mediante la comunicación al Ministerio Fiscal. De este modo se llama al proceso uno de los colectivos más implicados y cualificados para la evaluación de la capacidad, tratando de fomentar el carácter transversal y multidisciplinar del proceso.

1.2. Alemania

Desde finales de los años noventa y a lo largo de la primera década de este siglo, el tratamiento jurídico de la toma de decisiones de la persona con discapacidad en el Derecho alemán ha experimentado transformaciones importantes reflejadas en la regulación del régimen de la asistencia legal (*rechtliche Betreuung*) en el BGB (§§ 1896 y ss.). Un rasgo global de la nueva regulación es el aumento de la participación de la persona con discapacidad y la consideración de sus valores y preferencias en la determinación de su bienestar como criterio rector de la asistencia legal. En suma, la creciente importancia de la autonomía de la persona asistida y el detrimento recíproco del ámbito y del nivel de protección⁶².

Según el § 1896 (1), si una persona mayor de edad no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos a causa de una enfermedad psíquica o de una discapacidad física, psíquica o mental, el juzgado de tutela le nombra, a petición suya o de oficio, un representante legal. El nombramiento, de acuerdo con el apartado (1a), no se puede realizar contra la voluntad de la persona mayor de edad. En relación con las limitaciones del ámbito de actuación del asistente interesa el apartado (2) del mismo parágrafo 1896, que indica que sólo podrá ser nombrado para un ámbito de funciones en el que sea necesaria la asistencia legal. Señala además que la asistencia no será necesaria cuando se puedan cumplir dichas funciones con idéntica eficacia a través de medidas de menor intensidad y menos restrictivas de la autonomía, como pueda ser un apoderado (*Bevollmächtigter*)⁶³.

⁶² Cfr. *Betreuungsrecht*, Berlin, Bundesministerium der Justiz, 2009. Un comentario de la regulación, previo a la reciente adición de las instrucciones previas, en SCHWAB, D. (2002), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. *Familienrecht II*, 4. Auflage, München, Beck, págs. 1793 y ss.

⁶³ Es decir, admite el carácter subsidiario de la asistencia frente a la regla general de la capacidad y la autonomía. En segundo lugar, limita la asistencia a los ámbitos necesarios, reafirmando la gradualidad. En tercer lugar, aplica el principio de proporcionalidad

Al referirse a la extensión de la asistencia el § 1901 (1) insiste en su gradualidad. El apartado (2) establece el bienestar (*Wohl*) del asistido como criterio rector de la actuación del asistente, y precisa que este bienestar implica la posibilidad de que la vida transcurra, dentro de sus capacidades, con arreglo a los propios deseos y aspiraciones del asistido. El apartado (3) insiste en la consideración de la perspectiva del asistido y en su participación al imponer al asistente legal el deber de atender los deseos del asistido siempre que no contradigan el bienestar de éste; entre tales deseos se incluyen los manifestados antes del nombramiento del asistente legal, salvo que ya no los mantenga. La toma de decisiones en asuntos importantes exige la deliberación entre el asistente y el asistido, salvo que resulte contraria a su bienestar. Por último, en la línea de concebir la capacidad y la autonomía para la toma de decisiones como horizonte normativo de la asistencia merece destacarse el énfasis del § 1901 (4) en la recuperación de la capacidad como función propia del asistente legal, quien, dentro de sus competencias y en la medida de sus posibilidades, debe contribuir a disminuir o mejorar la enfermedad o la discapacidad del asistido, evitar su empeoramiento o atenuar sus consecuencias⁶⁴.

La preocupación por la autonomía de la persona que carece de capacidad se ha reforzado recientemente por medio de la Tercera Ley de reforma del Derecho de asistencia/tutela (*Betreuungsrecht*), de 29 de julio de 2009. La Ley introduce en el Código Civil alemán la institución de las instrucciones previas del paciente (*Patientenverfügungen*) mediante la adición de los párrafos 1901a y 1901b, que forman un conjunto con el § 1901c —antes § 1901a—. Las instrucciones previas amplían la facultad de tomar decisiones autónomas en relación con la propia vida y salud, otorgando validez y eficacia a las decisiones adoptadas durante la capacidad a personas actualmente incapaces, haciendo posible la previsión de tratamientos futuros⁶⁵. El asistente debe comprobar la voluntad expresada en el documento de instrucciones previas y, si es pertinente, aplicarla y respetarla en el caso concreto. Por el contrario, si no existen instrucciones previas o si lo que el asis-

y el principio de necesidad en el modo de determinar los apoyos o asistencia a la persona con discapacidad, optando por la medida menos invasiva, en la línea del Derecho italiano, el Derecho inglés y el artículo 12.4 de la Convención.

⁶⁴ La participación y el proyecto de vida del asistido son elementos decisivos en la determinación de su bienestar, que con la incorporación de la visión, los valores y las preferencias de la persona asistida se subjetiviza.

⁶⁵ Antes de esta reforma el BGB ya contenía otras disposiciones que regulaban la toma de decisiones en algunos ámbitos referidos a la salud, en especial los §§ 1904 y 1905.

tido ha previsto en ellas no se corresponde con la realidad, el asistente debe determinar cuáles son los deseos y la voluntad presunta del asistido y decidir sobre esa base, prestando especial atención a las manifestaciones escritas u orales previas y a los valores éticos o creencias religiosas del asistido. En orden a determinar la voluntad del asistido se establecen medios de comprobación de su voluntad, como el diálogo entre el asistente y el médico responsable, y la posibilidad de recabar información de familiares o allegados.

Estas disposiciones otorgan primacía al principio de autonomía de la persona que carece de capacidad en los procesos de toma de decisiones y persiguen garantizar su participación sea cual sea su modalidad: personal, documental —por medio del documento de instrucciones previas— e incluso mediante la comprobación de sus deseos, valores, etc., expresados o no como elementos de definición del bienestar, a semejanza de la reforma introducida por la MCA 2005.

1.3. Reino Unido

En el panorama jurídico comparado la normativa más exhaustiva es la derivada de la *Mental Capacity Act 2005*, reformada en 2007, que supone un cambio de paradigma en la regulación de la incapacidad de las personas y, en particular, en el proceso de toma de decisiones⁶⁶. La Ley se completa con el *Code of Practice*, auténtica guía para la interpretación y aplicación del texto legal y elemento de desarrollo, hasta el extremo de retrasar su entrada en vigor⁶⁷. La MCA introduce un conjunto de medidas de apoyo flexibles para asegurar la adecuada toma de decisiones en el caso de personas que carecen de capacidad (*persons/people who lack capacity*), conforme al criterio del mayor interés (*best interests*) y reduciendo al máximo las formalidades y los requisitos procesales. Al tiempo, crea una jurisdicción especializada a cargo del Tribunal de Protección (*Court of Protection*).

La nueva intervención legislativa es resultado de un proceso de evolución de la concepción jurídica y de la consideración social de la

⁶⁶ Sobre la MCA 2005, en general, vid. ASHTON, G.; LETTS, P.; OATES, L., y TERREL, M. (2006), *Mental capacity. The new Law*, Bristol, Jordan; BARTLETT, P. (2008), *The Mental Capacity Act 2005*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION; LAW SOCIETY (2010), *Assessment of mental capacity (A practical guide for doctors and lawyers)*, 3rd ed., London, BMA-Law Society; GREANEY, N.; MORRIS, F., y TAYLOR, B. (2008), *Mental Capacity: a guide to the new law*, 2nd ed., London, The Law Society.

⁶⁷ Cfr. *Court of Protection Practice 2010*, ASHTON, G. (general editor), Bristol, Jordan.

discapacidad en las últimas décadas del siglo XX en Inglaterra. Las actitudes sociales ante la discapacidad han cambiado en tres aspectos significativos. En primer lugar, tiene lugar la transición de un modelo médico, centrado en las limitaciones individuales, a un modelo social, atento a las barreras existentes en la sociedad. En segundo lugar, se detecta el estereotipo y la identificación acrítica de ciertos rasgos físicos o personales con la falta de capacidad como la forma más significativa de discriminación. Finalmente, emerge una mayor conciencia ante los problemas de salud mental y la necesidad de combatir el estigma social de la discapacidad, que se refleja también en la forma de denominar y referirse a las personas con discapacidad. La transformación del tratamiento jurídico de la discapacidad se refleja en la MCA y en la consolidación de un contexto normativo informado por tres rasgos. En primer lugar, se subraya la importancia de la autonomía personal. En segundo lugar, se postula un tipo de atención y apoyos de carácter comunitario, articulados en torno a los servicios sociales, frente al predominio anterior de la institucionalización. Esta fórmula de cuidados en la comunidad proporciona mayor visibilidad y participación de la persona con discapacidad en la vida social. En tercer lugar, se desaprueba cualquier forma de discriminación por razón de discapacidad, sea causada intencionadamente o, como sucede con frecuencia, por ignorancia o pura inadvertencia.

Los cinco principios de la MCA (art. 1) expresan el *ethos* de la Ley, protegen la toma de decisiones de la persona que carece de capacidad y aspiran a maximizar su autonomía y participación en los procesos de toma de decisiones, guiando y limitando la participación de terceros en dicho proceso. Los tres primeros principios se refieren a la determinación de la capacidad y los dos restantes a los criterios de toma de decisiones. El primer principio establece en el artículo 1(2) la presunción de capacidad: un adulto tiene plena capacidad jurídica a menos que se demuestre lo contrario. Este principio no representa una novedad de la MCA, pues existía ya en el *Common Law*. A diferencia de lo que acontece en nuestro entorno jurídico, la capacidad debe ser juzgada en relación con la decisión particular que se ha de tomar y en el momento en el que tal decisión ha de ser tomada. En otras palabras, la capacidad se juzga de forma concreta y puntual, en relación con su objeto y con su tiempo o momento (*decision-specific* y *time-specific*), en coherencia con un sistema en el que la capacidad no constituye un presupuesto de eficacia del negocio, sino un elemento que puede viciarlo. Con todo, este principio se interpreta aún más restrictivamente que en nuestro sistema, ya que se complementa con otros dos. El prin-

cipio de que nadie se considerará incapaz de tomar una decisión salvo que se hayan dado sin éxito todos los pasos viables para ayudarle a tomarla [art. 1(3)]⁶⁸ y el principio de que nadie será tratado como incapaz por el mero hecho de que haya tomado una decisión imprudente, poco sensata o desacertada. Lo que importa es la aptitud para tomar decisiones, no la decisión concreta adoptada, por lo que se rechaza el enfoque basado en el resultado (*outcome approach*)⁶⁹.

Principio clave en la materia y consolidado en el *Common Law* es el del mayor interés, regulado en el artículo 1(5) de este modo: un acto realizado o una decisión tomada bajo esta Ley para o en nombre de una persona que carece de capacidad debe ser hecho o adoptada en su mayor interés⁷⁰. El mayor interés sólo entra en juego cuando se ha confirmado que la persona carece de capacidad y necesita que alguien decida o actúe en su lugar. El legislador ha rechazado definir el concepto de mayor interés, pues podría significar una carga excesiva para quien haya de tomar la decisión e incluso podría fomentar intervenciones innecesarias, y en su lugar ha establecido una serie de factores comunes para determinarlo, sin orden jerárquico y dejando campo abierto para considerar las condiciones relevantes de cada caso y adaptarse a cada circunstancia. La seriedad y la dificultad de este juicio de ponderación exigen flexibilidad, pero con ciertas limitaciones que señala la Ley, como el principio de igual consideración, que rechaza juzgar con base en prejuicios, ideas preconcebidas o la apariencia, o la obligación de considerar todas las circunstancias relevantes. Además, el principio del mayor interés obliga a procurar que la persona recupere su capacidad y, especialmente, a permitir y fomentar su participación o mejorar su aptitud para la participación. En este sentido se impone la obligación de considerar siempre los deseos, sentimientos, creencias y valores de la persona, en especial si existe algún documento escrito realizado cuando tenía capacidad. No olvida, finalmente, consultar el punto de

⁶⁸ Para ello se deben usar procesos y estrategias comunicativas específicas, formas accesibles de proporcionar la información o incluso proporcionar tratamiento médico o de otra índole para que la persona pueda recuperar su capacidad. El capítulo tercero del Código de práctica de la MCA 2005 apunta varias vías de garantizar el cumplimiento de este principio.

⁶⁹ A pesar de que una decisión imprudente no basta por sí sola para indicar la falta de capacidad, y de que el juicio sobre la capacidad es un juicio referido a una decisión concreta, una serie de decisiones poco sensatas o imprudentes, e incluso una decisión obviamente irracional o fuera de lugar, son indicios relevantes para juzgar que una persona carece de capacidad y para adoptar medidas protectoras que eviten que pueda ponerse en peligro o sufrir perjuicios.

⁷⁰ Cfr. DONNELLY, M. (2009), «Best interests, patient participation and the Mental Capacity Act 2005», *Medical Law Review*, 17, págs. 1-29.

vista de terceras personas, titulares de poderes, encargados de su cuidado o simplemente interesados en su bienestar.

El quinto principio [art. 1(6)] es el principio de intervención o de consideración de la alternativa menos restrictiva. Se ponderó considerar este principio como uno de los factores para determinar el mayor interés, pero finalmente el legislador lo ha considerado como un principio autónomo. Significa que antes de adoptar una decisión o de realizar un acto en relación con una persona que carece de capacidad se debe considerar si es posible decidir o actuar. En el caso de que existan varios cursos de acción o varias decisiones posibles se deben explorar todas las posibilidades de decisión o acción en orden a determinar cuál es la menos restrictiva de los derechos y libertad de acción de la persona, e incluso no actuar o no tomar decisión alguna.

La preocupación de la MCA por el lenguaje, tanto en su precisión terminológica como en su uso no discriminatorio o estigmatizador, se ejemplifica en la definición de falta de capacidad. No se habla de personas incapaces (*incapable people*), sino de personas que carecen de capacidad (*people/persons who lack capacity*). A los efectos de esta Ley, una persona carece de capacidad en relación con un asunto si en el momento concreto es incapaz de tomar una decisión por sí misma en relación con dicho asunto a causa de una deficiencia o una alteración en el funcionamiento de la mente o el cerebro [art. 2(1)], sea ésta temporal o permanente [art. 2(2)]. Como ya se señaló, la capacidad es concreta (*decision-specific*) y puntual (*time-specific*). Por otro lado, la incapacidad para tomar decisiones se determina a través de un test funcional (*functional test*), que analiza la influencia de la deficiencia o la alteración en el funcionamiento de la persona, en concreto si es capaz de tomar una decisión concreta. El análisis se centra en el proceso seguido por la persona para alcanzar la decisión (*process approach*) en lugar del resultado (*outcome approach*). En este contexto se introduce el principio de igual consideración (*equal consideration*): la falta de capacidad de una persona no se puede establecer únicamente a causa de su edad, su apariencia, ideas preconcebidas o prejuicios sobre su capacidad, ni tampoco por una condición o un aspecto de su comportamiento.

¿Cuáles son los sistemas en caso de falta de capacidad? La MCA se apoya en la regulación pormenorizada de una especie de guarda de hecho o de cuidado informal, muy acorde con la realidad social, basada en lo que se señala como creencia razonable de falta de capacidad. En efecto, en la mayoría de las decisiones cotidianas referidas al cuidado de una persona no sería apropiado ni necesario realizar una evaluación formal de la capacidad de la persona. Además, buena parte de los

cuidadores informales y de otros terceros con poderes no están cualificados para realizar dicha evaluación formal. En general, se considera suficiente que tengan una creencia razonable (*reasonable belief*) o que crean razonablemente que la persona carece de capacidad para tomar la decisión o consentir la actuación en cuestión sobre la base de los criterios antes aludidos y que se regulan de forma pormenorizada. La justificación es clara: el propósito de la MCA no es tener un sistema general de certificación de la persona como «incapacitada» e identificar a alguien que la sustituya de forma permanente en la toma de decisiones. Evidentemente, cuanta mayor envergadura tenga la decisión, tanto más formal será la evaluación de la capacidad. Para ello se puede recabar la opinión de expertos e incluso someterlo a conocimiento del Tribunal de Protección, que será quien decida evaluando la capacidad del sujeto para ese acto más complejo y, en su caso, otorgando autorización para la realización *ad hoc* del mismo. No debe sorprender esta concepción de la MCA sobre la evaluación de la capacidad, en tanto que incluye un elemento heterónomo en el control de la capacidad. Es lo que ocurre aquí con la guarda de hecho —que también parte de la creencia razonable por parte del guardador de que el sujeto no puede tomar la decisión por sí solo en ese acto—. Pero frente a la regulación de la guarda de hecho en los sistemas continentales, la MCA sostiene que ése es el mejor modelo para la vida cotidiana de las personas, regulando pormenorizadamente los actos que puede llevar a cabo el cuidador, entre los que se incluyen los actos ordinarios de cuidado personal y patrimonial (art. 7) y cuáles resultan excluidos (arts. 6 y 26-29), cómo debe valorar la capacidad de la persona (y cuándo recurrir a un experto o al Tribunal de Protección) y, asimismo, ofrece un respaldo a la actuación del cuidador, regulando la protección (*defences*) frente a la responsabilidad por acciones que contra él se ejerciten por actuaciones llevadas a cabo sin negligencia en el cuidado de la persona (art. 5).

Al margen de este régimen ordinario y cotidiano (sistema de cuidado ordinario con puntuales apoyos para actos personales o patrimoniales extraordinarios), la MCA regula la posibilidad de que la persona que carece de capacidad tenga un representante permanente en la toma de decisiones. Una de las vías es convencional: los denominados, tras la ley, *lasting powers of attorney* (LPA) (art. 9), que sustituyen a los *enduring powers of attorney* (EPA), vigentes desde 1985⁷¹. El nue-

⁷¹ SAMANTA, J. (2009): «Lasting powers of attorney for healthcare under the Mental Capacity Act 2005: enhanced prospective self-determination for future incapacity or a simulacrum?», *Medical Law Review*, 17, págs. 377-409.

vo régimen legal de los poderes de representación duraderos es más flexible y confiere validez para el ámbito patrimonial (*property and affairs*) y personal (*personal welfare*), que comprende asuntos referidos a la salud, los tratamientos médicos y al bienestar de la persona. No obstante, la ley señala límites a la actuación del representante, sometido globalmente al criterio del mayor interés. Igualmente se establece un control de la actuación del representante (*donee*), en la medida en que el Tribunal de Protección puede rechazar su inscripción o registro en caso de que perciba influencia indebida o fraude y puede revocar el poder en los casos en que el representante no actúe según la MCA. El *donor* (otorgante) puede otorgarlos aunque no tenga capacidad para administrar su propiedad o sus negocios, lo cual una vez más determina un ajuste de la capacidad del sujeto para que pueda otorgarlas incluso tras la disminución o la pérdida de cierta capacidad. La otra forma de designación de un representante con carácter más permanente tiene lugar a través de la oportuna petición por parte de la persona, de los cuidadores o de otros terceros legitimados al Tribunal de Protección, que puede designar un sustituto(s) en la toma de decisiones (*deputy*) cuando la persona carezca de capacidad y así lo pidan. En coherencia con el principio de intervención mínima, se entiende que es preferible que se tomen decisiones específicas en lugar de proceder al nombramiento de un representante; y cuando el representante haya de nombrarse, es preferible que lo sea en un ámbito más restringido y por un tiempo más corto. Como en el caso del *donee*, la MCA y el *Code of Practice* establecen los deberes y límites a la actuación de este representante.

2. *Propuestas de reforma*

Los tres modelos comparados, que han relegado la incapacitación como solución primaria, muestran la vía de transición hacia un sistema de apoyos más flexible, variado y ajustado a las capacidades de la persona. La implantación eficaz de este modelo necesita desplegar una serie de medidas que garanticen la autonomía de la persona y su protección a través de la actuación de los cuidadores y guardadores:

1) Establecimiento claro de los principios claves en la materia, entre ellos autonomía, presunción de capacidad, máxima conservación de la capacidad, participación, protección (con carácter subsidiario), proporcionalidad, adecuación al fin e intervención mínima. No es vano el recordatorio legislativo de las reglas de juego, ahora limitado prác-

ticamente a la declaración del artículo 199 CC y a algunas disposiciones concretas. La definición del marco de principios introduce claridad, publicidad, seguridad jurídica y permite armonizar la pluralidad de principios aplicables, evitando su reducción al principio de protección⁷².

2) Diseño legal pormenorizado de los distintos sistemas. El modelo inglés, que explica el significado y ejemplifica minuciosamente la aplicación práctica de la Ley a través del Código de práctica, constituye una ayuda inestimable para las partes implicadas resolviendo dudas, colmando lagunas y aliviando la tarea del juez y demás aplicadores de la Ley.

3) Temporalidad de las medidas y revisiones y controles periódicos obligatorios de las mismas. Evitar el nombramiento de representantes o asistentes con carácter permanente, opción que obliga a la revisión de la situación de guarda o asistencia, en sintonía con los principios de la Convención y el Derecho comparado.

4) Individualización de las medidas. Cada situación y cada individuo necesitan una respuesta diferente. Ello exige atender a las capacidades de la persona, así como a su entorno y circunstancias personales, sociales y económicas. La variabilidad de tales circunstancias puede determinar la idoneidad de un sistema de apoyo u otro, pero nunca debe condicionar la restricción injustificada de la capacidad de obrar del individuo (algo que ahora acaba ocurriendo al ser la incapacitación, en la práctica, la única respuesta).

5) Simplificación de los procedimientos y especialización de los órganos judiciales, a semejanza del Derecho comparado. Preferencia de la jurisdicción voluntaria frente a la jurisdicción contenciosa, por lo menos en lo que se refiere al sistema de autorizaciones que se propone, ya vigente para algunos actos, y al nombramiento de modelos de

⁷² Como se ha expuesto en páginas anteriores, estos principios están presentes en el Derecho español, a veces con una interpretación o articulación ligeramente diferentes. También se encuentran, con referencia expresa a las personas con discapacidad, en el Derecho comparado, el texto articulado de la Convención y la Recomendación n.º R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre los principios relativos a la protección jurídica de los adultos incapaces, de 23 de febrero de 1999. Algunos principios tienen naturaleza sustantiva o material y otros procedimental o metodológica. Entre estos últimos destaca el principio de proporcionalidad, criterio clave en la adopción de medidas referidas a estas personas, en particular aquellas que se consideren restrictivas de derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad se completa con los principios de adecuación a fin e intervención mínima, que corresponderían, respectivamente, a los subprincipios de adecuación o idoneidad y de necesidad, conforme a su empleo por la doctrina y jurisprudencia constitucionales, a partir de las SSTC 66/1995, de 8 mayo; 55/1996, de 28 marzo; y 207/1996, de 16 diciembre.

apoyo que no se entrometan en la órbita del artículo 199 CC (que no procedan a la declaración de incapacidad del sujeto), que precisarían el carácter contradictorio del proceso.

6) Pluralidad de respuestas y sistemas de apoyo⁷³. Rechazo de la separación del ámbito patrimonial y personal. Sistemas mixtos o combinados y flexibles.

- a) Si existe una planificación anticipada de las decisiones a través de las instituciones existentes (autotutela, mandato preventivo, instrucciones previas), se debe garantizar el respeto de la decisión autónoma de la persona que carece de capacidad en el momento actual. Clarificar el régimen legal y unificar ciertos requisitos, en especial la capacidad para otorgar, rebajando las exigencias de capacidad plena, en virtud de que no es exigible el mismo nivel de capacidad para todos los actos y decisiones. Conocer y respetar los valores y preferencias de la persona con discapacidad. Proporcionar medios para que la voluntad aflore y, sobre todo, para que sea conocida y tenida en cuenta, en el sentido de la MCA 2005 o de la reciente reforma del BGB en 2009.
- b) Refuerzo del sistema actual de la guarda de hecho, que ha de partir de la diferencia entre el cuidado cotidiano y las restantes decisiones de más envergadura. Régimen flexible e informal para los actos cotidianos (principio de confianza en el cuidador), que se debe completar con un sistema más formal de autorización para las decisiones y los actos personales y patrimoniales de mayor envergadura, sin que suponga un juicio declarativo de la falta de capacidad con efectos *ad futurum*. Clara delimitación legal del significado de cuidado diario o ac-

⁷³ El Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010, avanza algunas líneas de la futura reforma en relación con la regulación de la capacidad jurídica (*ex art. 12 CDPD*). La legislación sustantiva y procesal debe adaptarse al espíritu y a la terminología de la Convención. La regulación de la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses ha de ser la estrictamente necesaria para su adecuada protección. Ha de insistirse en el respeto de sus derechos, y conseguir que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y la protección establecidas en su beneficio tomen en consideración sus deseos y preferencias. La incapacitación y la representación legal deben quedar limitadas a las situaciones excepcionales que lo justifiquen. La proporcionalidad y la adaptación de las medidas se reflejarán en la extensión y la intensidad del contenido de la medida y su duración. La regulación de las figuras de guarda debe efectuarse en el marco global de apoyo previsto en la Convención, para asegurar medidas flexibles y adaptables a las necesidades concretas.

tos cotidianos que puede llevar a cabo el guardador, evitando así el problema de conferirle al guardador un poder ilimitado que introduzca un elemento heterónomo que afecte a la capacidad de obrar del guardado⁷⁴.

- c) Incorporación de un modelo de asistencia. En determinados casos puede ser conveniente la existencia de un órgano estable para la toma de decisiones, como muestran los modelos italiano, alemán e inglés. Tampoco en estos casos hay incapacitación del sujeto, sino el traslado *ad casum* de la facultad de decisión o ejecución del acto al órgano designado, de acuerdo con los principios de proporcionalidad e intervención mínima. Las facultades de estos órganos varían en función de las necesidades de cada persona y situación: asistencia, representación e incluso administración de patrimonio, así como, con carácter general, cuidado de la persona. Ampliar la aplicabilidad del modelo de asistencia a situaciones no contempladas en el artículo 199 CC y referidas a personas en situación de vulnerabilidad o con dificultades temporales para el ejercicio autónomo de su capacidad.
- d) Incapacitación como cláusula de cierre o *ultima ratio*. Es decir, mantener esta medida, que puede ser la más adecuada para situaciones complejas de incapacidad que perdura en el tiempo. Concebir la incapacitación como mecanismo garantista que evite que la actuación de la persona incapacitada le cause perjuicios personales o patrimoniales, y no simplemente como procedimiento para definir un sistema de apoyo. El cambio en la terminología ya ha sido considerado por la DF 1.^a de la Ley 1/2009, que sustituye la denominación actual por la de proceso de modificación de la capacidad.
- 7) Principio de actuación conjunta en la toma de decisiones, facilitando la intervención del incapaz en dicho proceso⁷⁵, independientemente de cuál sea el órgano concreto que decida o asista. El principio de participación debe ir acompañado de medidas que permitan la recu-

⁷⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2010), «Panorama general de las figuras...», cit., pág. 206.

⁷⁵ En este sentido se pronuncia el mencionado Anteproyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Ministerio de Sanidad y Política Social, 8 julio 2010). Las medidas de adaptación más relevantes en materia de toma de decisiones se refieren al ámbito sanitario, introduciendo matices para garantizar la adaptación a las capacidades de cada paciente en materia de información y consentimiento (arts. 3-6).

peración de la capacidad y la expresión de su autonomía y preferencias. La conjunción de estos factores conduce a una nueva configuración del criterio del mayor interés o bienestar.

8) Establecimiento de criterios unívocos para el ejercicio de los actos personalísimos, integrando tanto los negocios de esa naturaleza del CC como los de las normas especiales. La regla para estos actos debería proyectar al ámbito de la incapacidad la que se aplica en el artículo 162.1.º CC. No obstante, que la persona, independientemente de su estado de incapacitado, haya de ejercitar estos derechos siempre que tenga condiciones para ello no ha de excluir en ocasiones, cuando de la no realización del acto o derecho en cuestión se deriven perjuicios para el sujeto, la actuación del representante o, en su caso, asistente o guardador.

9) Definición legal de un margen de capacidad de la persona sin capacidad plena —salvo que el juez decida otra cosa en las hipótesis que el déficit de juicio lo demande— para la realización de actos patrimoniales de naturaleza cotidiana, analógicamente a la capacidad del menor para llevar a cabo los actos corrientes de la vida ordinaria (en la línea de la interpretación de la STS de 10 junio 1991). Se trataría de atenuar las consecuencias excesivas derivadas de la regla del artículo 1263.2.º CC e invertir el sentido de la misma para esos actos cotidianos de escaso valor (cfr. art. 409 C. Civ. it. y art. 7 MCA 2005, en conexión con art. 3 de la *Sales of Goods Act* 1979). Se acoge, así, el principio de máxima (conservación de la) capacidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2006): *Derecho civil*, 17.ª ed., Madrid, Edisofer.
- ALEXY, R. (2010): *La institucionalización de la justicia*, J. A. Seoane (ed.), traducción de J. A. Seoane, E. R. Sodero y P. Rodríguez, 2.ª ed. ampliada, Granada, Comares.
- ALONSO NÚÑEZ, M. (2010): «El mandato de protección futura en el Derecho francés», *RJN*, enero-junio.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2001): «El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (Alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)», *RDY C*, n.º 15.
- (2003): «Dos cuestiones sobre el proceso de incapacitación (A propósito de la STC 174/2002, de 9 de octubre)», *AJA*, n.º 580.
- ÁLVAREZ LATA, N., y SEOANE, J. A. (1998): «Capacidad e incapacidad en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental: la incapacitación», en SEOANE, J. A. (coord), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, Fundación Paideia.

- AMORÓS GUARDIOLA, M., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coords.) (1986): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos.
- ASHTON, G.; LETTS, P.; OATES, L., y TERREL, M. (2006): *Mental capacity. The new Law*, Bristol, Jordan.
- BARTLETT, P. (2008): *The Mental Capacity Act 2005*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1976): *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid, Taurus.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION; LAW SOCIETY (2010): *Assesment of mental capacity (A practical guide for doctors and lawyers)*, 3rd ed., London, BMA-Law Society.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2009): «La representación voluntaria de los incapaces: una manifestación de la autonomía de la voluntad de quien puede prever su pérdida de capacidad», *RCDI*, enero-febrero.
- CARDONA LLORÉNS, J. (2007): «La Organización de las Naciones Unidas y las personas con discapacidad», en FERNÁNDEZ LIESA, C. (coord.), *Protección jurídica de la dependencia en el ámbito internacional*, Madrid, BOE, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Universidad Carlos III de Madrid, págs. 47-83.
- CENDON, P., y ROSSI, R. (2008): «I compiti dei amministratore di sostegno», <http://www.personaedanno.it/home.aspx>.
- (2009): *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, vol. 1 e 2, Milano, Giuffrè.
- CIAN, P. (2004): «L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee», *Rivista di diritto civile*, págs. 481 y ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2008): *Incapacitación y mandato*, Barcelona, Ed. Bosch.
- DE ASÍS, R. (2006): «Presentación», en PALACIOS, A., y ROMANACH, J. (2006), *El modelo de la diversidad. La Bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Madrid, Diversitas.
- DE CASTRO, F. (1984): *Derecho civil de España*, Madrid, Cívitas.
- DE LORENZO, R., y PÉREZ BUENO, L. C. (dirs.) (2007): *Tratado sobre discapacidad*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- DEJONG, G. (1979): *The Movement for independent living: origins, ideology and implications for disability research*, Michigan, Michigan State University.
- DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2004): *La protección jurídica de las personas con discapacidad (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Associació Catalana Naibu.
- DONNELLY, M. (2009): «Best interests, patient participation and the Mental Capacity Act 2005», *Medical Law Review*, 17.
- FERRANDO (a cura di) (2005): *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, Giuffrè.
- GARCÍA ALONSO, J. V. (coord.) (2003): *El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales*, Madrid, Fundación Luis Vives.
- GETE-ALONSO, M. C. (1991): «Comentario al art. 287», en AA.VV., *Comentarios al CC*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia.

- GETE-ALONSO CALERA, M. C. (1992): *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2.^aed., Madrid, Cívitas.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1986): *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, Tecnos.
- GREANEY, N.; MORRIS, F., y TAYLOR, B. (2008): *Mental Capacity: a guide to the new law*, 2nd ed., London, The Law Society.
- GUIBET LAFAYE, C., y ROMANACH CABRERO, J. (2010): «Diversity Ethics. An alternative to Peter Singer's Ethics», *Dilemata*, 3.
- KAYESS, R., y FRENCH, P. (2008): «Out of darkness into light? Introducing the Convention on the rights of persons with disabilities», *Human Rights Law Review*, 8.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2010): «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en DE SALAS MURILLO, S. (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón.
- MONTSERRAT PAPPALLETTERE (2005): «L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli», en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II.
- MUÑIZ ESPADA, E (2009): «La incapacidad y las reformas del Derecho contractual», *RDP y C*, n.º 23.
- OLIVER, M. (2009): *Understanding disability: from theory to practice*, second revised edition, London, Palgrave-Macmillan.
- PALACIOS, A. (2008): *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI.
- PALACIOS, A., y ROMANACH, J. (2006): *El modelo de la diversidad. La Bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Madrid, Diversitas.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2003): «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *AC*, n.º 2.
- PÉREZ BUENO, L. C. (dir.) (2009): *Hacia un Derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009): «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *RDP y C*, n.º 23.
- QUINN, G., y DEGENER, T. (2002): *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas.
- RAMOS CHAPARRO, E. (1995): *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos.
- SAMANTA, J. (2009): «Lasting powers of attorney for healthcare under the Mental Capacity Act 2005: enhanced prospective self-determination for future incapacity or a simulacrum?», *Medical Law Review*, 17.
- SCHWAB, D. (2002): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. *Familienrecht II*, 4. Auflage, München, Beck.
- SEOANE, J. A. (2006): «Derecho y planificación anticipada de la atención. Panorama jurídico de las instrucciones previas en España», *Derecho y Salud*, 14.

- SEOANE, J. A. (2010): «Las autonomías del paciente», *Dilemata*, 3.
- SHAPIRO, J. P. (1993): *No pity. People with disabilities forging a new civil rights movement*, New York, Three Rivers Press.
- SHAKESPEARE, T. (2006): *Disability rights and wrongs*, London, Routledge.
- SILVERS, A. (2009): «No talent? Beyond the worst off! A diverse theory of justice for disability», en BROWNLEE, K., y CURETON, A. (eds.), *Disability and Disadvantage*, Oxford, Oxford University Press.
- SIMÓN, P., y BARRIO, I. M. (2004): *¿Quién decidirá por mí? Ética de las decisiones clínicas en pacientes incapaces*, Madrid, Triacastela.
- STEIN, M. S. (2007): «Disability human rights», *California Law Review*, 95.
- TENA PIAZUELO, I. (2010): «La capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica», en DE SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El justicia de Aragón.
- TERZI, L. (2009): «Vagaries of the natural lottery? Human diversity, disability, and justice: a capability perspective», en BROWNLEE, K., y CURETON, A. (eds.), *Disability and Disadvantage*, Oxford, Oxford University Press.
- UNION OF PHYSICALLY IMPAIRED AGAINST SEGREGATION (UPIAS) (1976): *Fundamental Principles of Disability*, London, UPIAS/Disability Alliance.
- VENCHIARUTTI, A. (2005): «Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione. Un primo confronto dopo l'entrata in vigore della L. 9 gennaio 2004, n. 6», *Vita notarile*.
- (2005): «Gli atti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Questioni di validità», en FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, Giuffrè, págs. 159 ss.
- (2006): «Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale», en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, págs. 1005 y ss.
- VIVAS TESÓN, I. (2010): «La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», *RCDI*, marzo-abril.