



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Observatori de  
Bioètica i Dret  
Universitat de Barcelona



FLACSO  
ARGENTINA

# Revista de Bioética y Derecho

## Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

### ARTÍCULO

**El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad**

**Cognitive impairment in old age. Between vulnerability and disability**

**La deterioració cognitiva en la vellesa. Entre la vulnerabilitat i la discapacitat**

**ESTHER ARROYO AMAYUELAS \***

\* Esther Arroyo Amayuelas. Profesora Titular de Derecho Civil, Instituto Transjus Universidad de Barcelona.  
E-mail: earroyo@ub.edu.

\* Trabajo llevado a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2017 SGR 151 y en desarrollo de una de las líneas de investigación del Instituto Transjus de la U. Barcelona. El trabajo fue presentado en la "Jornada sobre envejecimiento, vulnerabilidad y situaciones de abuso", que tuvo lugar en la Universidad de Barcelona el 24 de octubre de 2018. Agradezco a los profesores M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso (UAB) y Jordi Ribot Igualada los comentarios a una lectura previa del manuscrito antes de su publicación.

Copyright (c) 2019 Esther Arroyo Amayuelas



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

## Resumen

En las páginas que siguen se ilustran las tendencias que existen en Europa en materia de protección de adultos y el impacto que ha tenido el Convenio de Nueva York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, en los sistemas jurídicos nacionales. Más concretamente, se analiza el sistema legal de protección en Cataluña, denominado "*assistència*", que es una institución adecuada para una multitud de casos, pero especialmente apta para aquellas personas frágiles que, debido a su avanzada edad, sufren un deterioro físico y/o mental o intelectual. La conclusión es que esta institución debe sustituir a aquellas otras que implican una limitación judicial de la capacidad de obrar y convertirse en una institución de aplicación general no sólo en Cataluña, sino también en todo el territorio español.

**Palabras clave:** protección de los adultos; discapacidad; tutela; curatela; asistencia.

## Abstract

The following pages illustrate the trends in Europe in terms of adult protection and the impact the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (New York, 2006) has on national legal systems. In particular, the paper analyses the legal system of guardianship in Catalonia, called "*assistència*", which is a suitable institution for a myriad of cases and seems to be especially convenient for those fragile people who, due to advanced age, suffer physical and/or mental or intellectual deterioration. The conclusion is that it should replace institutions that involve judicial limitation of legal capacity and become an institution of general application in the whole Spanish territory.

**Keywords:** adult protection; disability; guardianship; assistance.

## Resum

En les pàgines que segueixen s'il·lustren les tendències que existeixen a Europa en matèria de protecció d'adults i l'impacte que ha tingut el Conveni de Nova York, de 2006, sobre els drets de les persones amb discapacitat, en els sistemes jurídics nacionals. Més concretament, s'analitza el sistema legal de protecció a Catalunya, denominat "*assistència*", que és una institució adequada per a una multitud de casos, però especialment apta per a aquelles persones fràgils que, a causa de la seva avançada edat, sofreixen una deterioració física i mental o intel·lectual. La conclusió és que aquesta institució ha de substituir aquelles altres que impliquin una limitació judicial de la capacitat d'obrar i convertir-se en una institució d'aplicació general no només a Catalunya, sinó també a tot el territori espanyol.

**Paraules clau:** protecció dels adults; discapacitat; tutela; curatela; assistència.

*... Will you still need me, will you still feed me when I'm sixty four...  
[The Beatles, Sgt. Pepper's Lonely Hearts Club Band (1967)].*

## 1. Introducción

España es una sociedad envejecida. Según datos de 2016, un 18,7% de la población española era mayor de 65 años. También en Cataluña, en el año 2017, el 18,6% de la población lo era, frente al 15,8% de menores de 15 años. Aunque ese porcentaje coloca al país por debajo de la media europea,<sup>1</sup> lo cierto es que las cifras de población envejecida han ido creciendo desde el año 1996 y, en cambio, las de jóvenes entre 10 y 14 años ha decrecido paulatinamente hasta el punto de que, en 2017, por cada 100 habitantes de menos de 15 años, había 117,5 mayores de 65.<sup>2</sup> A esa explosión demográfica limitada deben sumarse los avances médicos que incrementan la longevidad de las personas. Las previsiones apuntan a que, en España, en el año 2050, las personas mayores de 65 años representarán más del 30% del total de la población y los octogenarios llegarán a superar la cifra de cuatro millones.<sup>3</sup>

Interesa hoy analizar aquí el envejecimiento desde el punto de vista de la vulnerabilidad de las personas mayores y, en particular, la que se manifiesta en las dificultades para tomar decisiones.<sup>4</sup> Conviene dejar claro, de entrada, que no existen en el ordenamiento jurídico instituciones de apoyo específicamente vinculadas a la vejez y que es la discapacidad sobrevenida, generalmente provocada por enfermedades neurodegenerativas lo que, en general, nos lleva a hablar de instituciones de protección en la tercera edad.

Las páginas que siguen, a la vez que ilustran cuáles son las tendencias en Europa en materia de protección de adultos, tratan de analizar, más particularmente, el régimen jurídico de la asistencia en Cataluña, que es una institución especialmente conveniente y oportuna para aquellas personas frágiles que, por causa de una edad avanzada sufren un deterioro físico y/o mental o intelectual que, quizás, no es suficiente para considerarlas susceptibles de incapacitación, pero que sí basta

---

<sup>1</sup> Italia es el país más envejecido, con un 22,3% de población que supera los 65 años, seguido de Grecia (21,5%), Alemania (21,2%), Portugal (21,1%); Irlanda el que menos, con un 13,5 %. La media europea se sitúa en un 19,4%. Fuente: Portal Estadístico STATISTA (base de datos de la U. Barcelona).

<sup>2</sup> Fuente: Institut d'Estadística de Catalunya (Idescat): <https://www.idescat.cat/pub/?id=aec&n=285>

<sup>3</sup> Fuente: "El envejecimiento de la población", *Lychnos. Cuadernos de la Fundación General CSIC*, 2. Disponible en: [http://www.fgcsc.es/lychnos/es\\_es/articulos/envejecimiento\\_poblacion](http://www.fgcsc.es/lychnos/es_es/articulos/envejecimiento_poblacion). Vid. también Abellán García – Ayala García – Pujol Rodríguez (2017).

<sup>4</sup> Para un enfoque global, con recomendaciones, Casado – Rodríguez – Vilà (2016).

para sostener que no conservan la libre determinación para tomar decisiones. Se concluirá que, a la vista de la gran flexibilidad que la asistencia ofrece, debería convertirse en una institución de aplicación generalizada y, por supuesto, en Cataluña.

## 2. La protección de adultos en el ámbito internacional

Tanto el Convenio de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>5</sup> como la Recomendación R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>6</sup> van mucho más allá de la ancianidad y abarcan, en general, cualquier situación de discapacidad (también, pues, la que no trae causa de la edad). El citado Convenio de Nueva York y, en concreto, su art. 12, establece el derecho de las personas con discapacidad —esto es, aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo<sup>7</sup>— al reconocimiento de su capacidad jurídica (legal) en igualdad de condiciones que las demás; y el derecho a que se defina un sistema de apoyo a esa capacidad, que comprende tanto la titularidad como el ejercicio de los derechos.<sup>8</sup> Esos apoyos deben ser respetuosos con los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y deben adaptarse a las circunstancias de cada una, además de estar sometidos a control judicial periódico.<sup>9</sup> Igual que la Resolución antes citada, el Convenio de Nueva York exige que los ordenamientos se rijan por los principios de proporcionalidad —solo se debe intervenir en los asuntos del adulto en la medida en que sus necesidades lo exijan<sup>10</sup>— y de subsidiariedad —solo se debe proporcionar asistencia en la medida en que aquellos no estén ya atendidos de otra manera.

Como se ha indicado, el Convenio de Nueva York data del año 2006. Sin embargo, en 2016, esto es, diez años más tarde, el Parlamento Europeo todavía tenía que llamar la atención sobre el hecho de que numerosos Estados seguían negando o restringiendo, mediante acciones judiciales, la capacidad jurídica (recuérdese: comprensiva de la titularidad de derechos y de su ejercicio) de las personas con discapacidad intelectual y pedía expresamente a los Estados miembros que

---

<sup>5</sup> Sobre el impacto en España, Lorenzo García (2016, pp. 39 ss).

<sup>6</sup> Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados (Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660 reunión de Delegados de los Ministros).

<sup>7</sup> Art. 1.2 Convenio de Nueva York.

<sup>8</sup> Para la explicación del término “capacidad jurídica”, Martínez de Aguirre (2013, pp. 23-24); Pérez de Ontiveros Baquero (2009, pp. 346-347).

<sup>9</sup> Art. 12.4 Convenio de Nueva York.

<sup>10</sup> STEDH Shtukaturov c. Rusia de 27 de junio de 2008 (§ 95); STEDH Lashin c. Rusia de 22 de abril de 2013 (§ 92).

plantearan de manera positiva esa cuestión, orientándola hacia la inclusión con apoyo, más que a la exclusión automática.<sup>11</sup> Previamente, la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas había evacuado un documento en el que claramente advertía de la discriminación en que se incurre cuando se permite al juez establecer que una persona tome decisiones en nombre de otra, bien a través de la tutela, bien a través de la curatela, que el documento identifica, respectivamente, con la incapacitación total y la parcial (entendiéndose que esta última significa que “un juez decide que otra persona tome algunas de tus decisiones, pero no todas”). En definitiva, el documento insiste en la necesidad de proporcionar ayuda en el ejercicio de derechos y la emisión de declaraciones por considerar que la capacidad mental varía según quién o con qué criterios se valore; y estima, por consiguiente, que no puede ser un parámetro válido para negar a la persona la toma de decisiones, como votar o casarse, o privarla de su libertad o privacidad.<sup>12</sup> El nuevo modelo deja de lado la representación, que implica sustitución en la toma de decisiones, y se centra en el apoyo para tomarlas; por consiguiente, abandona la idea paternalista de protección para asumir un enfoque basado en los derechos humanos. Aun así, qué duda cabe de que no son planteamientos radicalmente incompatibles. Lo único —y no es poco— que persigue el Convenio de Nueva York es no excluir de la sociedad a aquellos que también forman parte de ella y *podrían igualmente decidir por su cuenta provistos de los necesarios apoyos*. Se trata, en todo caso, de evitar una respuesta judicial que no sea individualizada.

## 2.1. Pluralidad de modelos en Europa

Todos los sistemas jurídicos prevén un sistema de protección para los adultos que no son capaces de gestionar por sí mismos su persona o sus asuntos patrimoniales. Actualmente coexisten en

---

<sup>11</sup> Informe 2015/2258(INI). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Helga Stevens. Documento A8-0203/2016, § 62, p. 18.

<sup>12</sup> Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, realizado entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014. Antes, la STEDH *Krušković c. Croacia* de 21 de junio de 2011 había condenado al Estado croata por ignorar el reconocimiento de paternidad de un sujeto privado de capacidad y, en consecuencia, interferir en su vida privada y familiar. Lo mismo, a propósito del derecho a contraer matrimonio, STEDH *Lashin c. Rusia* de 22 de abril de 2013 (§ 92). Sin embargo, esa privación de derechos no es evidente en todos los países, por lo menos recientemente en España. Así, la STS 15 de marzo de 2018 (RJ\2018\1090), aprecia la capacidad de testar de un incapacitado sometido a curatela y otra STS de 15 de marzo de 2018 (RJ\2018\1478) admite la capacidad para contraer matrimonio de un sujeto que ya estaba sometido a un proceso de incapacitación (pero la sentencia cuenta con un voto particular contrario). Son decisiones que previamente han contado con el favor de la doctrina. Así, Guilarte Martín-Calero (2018 pp. 55-94); Parra Lucán (2015, pp. 109-110, 113 ss).

Europa ordenamientos que conocen una única institución flexible que puede adaptarse a las circunstancias (*vgr.* Alemania, *Betreuer*<sup>13</sup>; Bélgica, *Administrateur*<sup>14</sup>) y otros que, por el contrario, prevén una pluralidad (*vgr.* Reino Unido<sup>15</sup>, Suiza<sup>16</sup>, Francia<sup>17</sup>, Italia<sup>18</sup>, España y Cataluña<sup>19</sup>) aunque, en este segundo grupo, no faltan ejemplos en que la tendencia es la de otorgar un rol marginal a las instituciones que comportan un régimen de actuación más severo.<sup>20</sup> En cada sistema, es la autoridad competente, que acostumbra a ser un juez, quien las nombra. Sin embargo, también existen medidas de carácter estrictamente privado o extrajudicial adoptadas por las mismas personas ante la eventualidad de una futura incapacitación (allí donde todavía existe) o, en general, ante la eventual necesidad futura de protección, como los llamados poderes o mandatos de protección (*vgr.* Alemania<sup>21</sup>, Austria<sup>22</sup>, España<sup>23</sup>, Francia<sup>24</sup>, Reino Unido<sup>25</sup>, Suiza<sup>26</sup>) y, en particular, para otorgar consentimiento ante distintas actuaciones médicas en el caso de que la persona no pueda prestarlo por sí misma (*living will*, testamento vital). De hecho, reformas recientes en algunos ordenamientos jurídicos, como la que ha entrado en vigor en Austria en fecha 1 de julio de 2018, muestran que el nombramiento judicial de representante es una última *ratio*.<sup>27</sup>

---

<sup>13</sup> §§ 1896-1901 BGB.

<sup>14</sup> Arts. 491 ss, 494 ss *Code civil*. *Vid.* Leleu (2016 ; 3ª ed., pp. 22 ss); Gallus – Halteren (2014). Otras contribuciones en *Conseil Francophone de la Fédération Royale du Notariat Belge* (2014).

<sup>15</sup> *Mental Health Act* 1983, §§ 7-9 (*Guardianship*). Otros representantes específicos pueden ser nombrados para cuestiones concretas, según la *Mental Capacity Act* 2005, §§ 16, 19 (*Appointment of deputies*) y §§ 35-39 (*Appointment of independent mental capacity advocates*).

<sup>16</sup> *Curatelle d'accompagnement* (art. 393.2 CC), *de représentation* (art. 394.2 CC), *de gestion du patrimoine* (art. 395 CC), *de coopération* (art. 396.2 CC). *Vid.* Meier – De Luze (2014, pp. 70 ss) ; Meier (2016, pp. 11 ss).

<sup>17</sup> Fundamentalmente, *sauvegarde en justice* (arts. 491-1 a 6 *Code Civil*), *tutelle* (arts. 493 ss *Code civil*) y *curatelle* (arts. 508 ss *Code Civil*). *Vid.* Douchy (2003, pp. 238-240). Para una valoración crítica del conjunto del sistema, Schütz (2016, pp. 1-22).

<sup>18</sup> *Interdizione* (art. 414), *inabilitazione* (art. 415), *amministratore di sostegno* (art. 404-413) CC italiano.

<sup>19</sup> Tutela (art. 222-1 ss CCCat; art. 222 ss CC español); curatela (arts. 223-1 CCCat; arts. 286 ss CC esp.); *assistència* (arts. 226-1 ss CCCat).

<sup>20</sup> En ese sentido se orienta ahora también la reforma francesa. *Vid.* Caron Déglise (2018). Debo la referencia a Cristina Guilarte Martín-Calero.

<sup>21</sup> *Vorsorgevollmacht* (§ 1901a, 1904, 1906 BGB).

<sup>22</sup> Además del *Vorsorgevollmacht* (§§ 260-263 ABGB) [mandato de protección] y "*Gewählte Erwachsenenvertretung*" (§§ 264-267 ABGB) [representante del adulto nombrado en un apoderamiento formal]. El segundo está bajo control judicial y requiere formalidades en su otorgamiento; el primero, ni lo uno ni lo otro.

<sup>23</sup> Art. 1732, II CC. *Vid.* Amunátegui Rodríguez (2008).

<sup>24</sup> *Mandat de protection future* (arts. 477-488 *Code civil*).

<sup>25</sup> *Enduring Powers of Attorney/Lasting Powers of Attorney*. Sobre el tema, Bartlett (2008, p. 15, pp. 66-72).

<sup>26</sup> *Mandat pour cause d'inaptitude*, arts. 360-369 CC suizo. *Vid.* Meier (2016, pp. 4-5, 7-8).

<sup>27</sup> *Gerichtliche Erwachsenenvertretung* (§§ 271-276 ABGB).

En este país, junto a la diversidad de formas de proveer al apoderamiento,<sup>28</sup> la habilitación familiar es una alternativa o mecanismo sustitutivo al otorgamiento de poder.<sup>29</sup> Esto último sucede también en Francia<sup>30</sup> y Suiza.<sup>31</sup> Seguramente —pero conviene expresar dudas— en esa línea se orientaría también la reforma prevista en el CC, si se atiende al mayor protagonismo que adquiere la guarda de hecho.<sup>32</sup>

## 2.2. El binomio capacidad - incapacidad/incapacitación

Mucho antes de que irrumpiera en el panorama jurídico internacional el Convenio de Nueva York, sobre los derechos de las personas con discapacidad, algunos países ya habían abolido el procedimiento de incapacitación. El ejemplo paradigmático es Alemania, donde ahora solo existen causas de que dan lugar a que una persona sea puesta bajo la supervisión de otra<sup>33</sup>, sin que ello afecte a la capacidad de obrar de la persona protegida.<sup>34</sup> Esa es la línea seguida, recientemente, en Austria.<sup>35</sup> Sin embargo, en muchos otros la puesta en protección es consecuencia irremediable de la falta de capacidad de obrar, total o parcial, del adulto, que es precisamente la que da la medida de las facultades representativas o de complemento de capacidad que el juez confiere a quien debe velar por los intereses del sujeto. Solo algunos de esos ordenamientos adoptan un procedimiento específico de restricción judicial de la capacidad de obrar, si bien en ellos la incapacitación admite distintos grados (España<sup>36</sup>, Italia<sup>37</sup>). Ahora bien, junto con las instituciones propias de la incapacidad de obrar (para casos graves y aun otros que también lo son, aunque menos), existen

---

<sup>28</sup> Vid. *supra* nota 22.

<sup>29</sup> *Gesetzliche Erwachsenenvertretung* (§§ 268-270 ABGB), también bajo el control judicial.

<sup>30</sup> *Habilitation familiale* (arts. 491-1 a 12 Code civil). Vid. una rápida visión general en Peterka (2015, esp. pp. 1973-1974); Schütz (2016, pp. 19-21).

<sup>31</sup> Meier (2016, pp. 9-11).

<sup>32</sup> A propósito del anteproyecto de reforma del CC en materia de discapacidad, vid. *infra* epígrafe IV. Ya abogaba por el reconocimiento de la guarda como apoyo legal, en el CC, Leciñena Ibarra (2015, pp., 42-45).

<sup>33</sup> § 1896 BGB: “[...] enfermedad psíquica o [...] discapacidad física, psíquica o mental [...]”

<sup>34</sup> Sin embargo, el juez puede establecer una reserva de consentimiento para determinados negocios que supongan grave peligro para el asistido (§ 1903 BGB). Sobre el régimen, Rainer (2013, pp. 90-92).

<sup>35</sup> § 239 (1) ABGB: “[...] personas mayores de edad cuya capacidad de decisión esté restringida debido a una enfermedad mental o a una deficiencia comparable [...]”; § 242 (1) ABGB: “La capacidad de obrar de una persona representada no se verá limitada por un apoderamiento o una representación adulta”.

<sup>36</sup> Arts. 199-200 CC (incapacitación); art. 756 ss LEC (procesos de modificación judicial de la capacidad que pueden dar lugar a tutela o curatela).

<sup>37</sup> Así, la *interdizione* y la *inhabilitazione* (arts. 414-432 CC italiano). Para las diferencias, Trabucchi (2017, pp. 307-311).

otras que no presuponen su pérdida, en situaciones de incapacidad transitoria, o para déficits cognitivos sin trascendencia grave, como la *sauvegarde en justice* (Francia),<sup>38</sup> la *curatelle d'accompagnement* (Suiza)<sup>39</sup> o *l'assistència* (Cataluña).<sup>40</sup> *L'amministrazione di sostegno* (Italia), a pesar de asimilarse a estas últimas, presenta la particularidad de que sí comporta limitación de capacidad de obrar del sujeto (salvo, quizás, que se trate de una discapacidad física).<sup>41</sup>

### 2.3. Breve sinopsis sobre las tendencias europeas

Por lo general, se observa que existen instituciones específicas de protección de adultos menos incisivas y más flexibles que la tutela que, por eso mismo, se convierte en institución residual. Además, algunos sistemas no requieren privar a la persona de la capacidad de obrar, ni total ni parcialmente, porque no es necesario, y es contrario a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del adulto. Y, sobre todo, cada vez más la protección tiende a organizarse como un traje a medida, de forma más personalizada, y con claro respeto de la autonomía privada. Es decir que, en lugar de presumir la incapacidad para una serie de actos, se impone un enfoque más funcional que tenga en cuenta si el sujeto es o no capaz en relación con el tipo concreto de acto que es preciso llevar a cabo. Todo ello va en la línea de lo que exige la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho de las personas mayores a una vida digna e independiente (art. 25) y el de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía e integración social (art. 26). Además, para los países firmantes del Convenio de Nueva York, es una imposición voluntariamente asumida.

Sin embargo, la restricción judicial de la capacidad de obrar no se ha erradicado completamente. Por eso, en el año 2016, el Comité nombrado para el seguimiento de la aplicación del Convenio de Nueva York recomendaba la revisión de las normas reguladoras de la tutela (y, por extensión, se sobreentiende, la incapacitación) y, en particular, advertía a España de que debía tomar medidas para reemplazar los regímenes de sustitución en la toma de decisiones por una asistencia en la toma de las mismas, por ser más respetuosas con la autonomía, la voluntad y las

---

<sup>38</sup> Art. 435.1 *Code civil*. Sin embargo, no puede realizar los actos para los cuales se haya designado a una mandatario especial (art. 437 *Code civil*).

<sup>39</sup> Art. 393 CC suizo.

<sup>40</sup> Arts. 226-1 a 7 CCCat. Que no comporta restricción de la capacidad de obrar se deduce del hecho de que, según el art. 226-1 CCCat, solo puede solicitar asistente quien sufra una deficiencia "no incapacitante".

<sup>41</sup> *Vid.* Della Monache & Tommaseo (2016, pp. 502-509); Trabucchi (2017, pp. 306, 307); Ribot Igualada (2013, p. 59).



preferencias de la persona.<sup>42</sup> Ciertamente, hasta la fecha, el legislador español se ha conformado con suprimir de la mayor parte de textos legales la expresión “incapacitación” y sustituirla por la no menos invasiva de la “modificación judicial de la capacidad”.<sup>43</sup> Ahora bien, los jueces fueron los primeros en asegurar que la restricción de la capacidad de obrar no era una medida discriminatoria<sup>44</sup> y, frente a algunas prácticas habituales totalmente abusivas<sup>45</sup>, la reacción se ha venido limitando a potenciar la curatela en detrimento de la tutela, convenientemente adaptada aquella a las particulares circunstancias del sujeto, gracias a haber ampliado las funciones del curador al ámbito personal.<sup>46</sup> Sin embargo ¡cómo negar que velar porque el adulto siga el tratamiento farmacológico prescrito,<sup>47</sup> no es incompatible con ahorrarle el estigma social que comporta limitarle la capacidad de obrar! El problema es que, ante la falta de alternativa —fruto de la pasividad del legislador— los jueces prefieren incapacitar antes que dejar a la persona sin

---

<sup>42</sup> Derechos humanos y Discapacidad. Informe España, 2016, elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos. Informado por el Comité de Apoyo del CERMI para la Convención de la ONU. Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal de 16 de marzo de 2017, pp. 50-51. Una lúcida crítica al documento, Alemany (2018, pp. 201-222).

<sup>43</sup> Vid. DF Primera LRRRC [BOE núm . 73, 26.3] y EM III § 5 LJV. Sin embargo, *vid.* todavía CC, arts. 199 (“incapaz”) y 200 (“incapacitación”), tal y como hace notar, Ribot Igualada (2017b, p. 165, nota 59). Conforme con la distinción, Martínez de Aguirre (2013, p. 30, p. 36).

<sup>44</sup> Entre muchas, STS 29 de abril de 2009 (RJ 2009\2901); STS 13 de mayo de 2015 (RJ 2015\2013); STS 17 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5726); STS 27 de setembre de 2017 (RJ 2017\5913). *Vid.* comentario a la segunda de las sentencias citadas, de Guilarte Martín-Calero (2016, pp. 101-129). Sustancialmente de acuerdo con la idea de que el sistema español es conforme con el Convenio, Pérez de Ontiveros Baquero (2009, pp. 348 ss).

<sup>45</sup> Incapacitar a personas con trastornos leves, o graves pero solo físicos, o plenamente a quien solo tiene ligeros retrasos, o solo con el fin de tener acceso a una pensión o lugar en una residencia. Sobre todo ello, Ribot Igualada (2013, pp. 53-55).

<sup>46</sup> Entre muchas, STS 1 de julio de 2014 (RJ\2014\4518), STS 20 de octubre de 2015 (RJ\2015\4900), STS 27 de septiembre de 2017 (RJ\2017\5913). Ya antes, partidario de ampliar al ámbito personal la institución del curador, Ribot Igualada (2017a, pp. 401-402). También de acuerdo, Guilarte Martín-Calero (2016, pp. 83-84) que, no obstante, con razón, critica que se permita la intervención del curador en actos personalísimos (más respetuosa con la capacidad natural del testador incapacitado sometido a curatela, *vid.* STS 15 de marzo de 2018, RJ\2018\1090). En Aragón, el art. 150.2 Código de Derecho Foral admite la curatela para el incapacitado limitada al ámbito personal.

<sup>47</sup> *Vid.* SAP Asturias de 26 de octubre de 2015 (JUR\2015\258955) y SAP Álava de 16 de octubre de 2017 (JUR\2018\24266), para sendos caso de esquizofrenia sin conciencia de la enfermedad; SAP Alicante de 19 de julio de 2016 (JUR\2016\245436), para un caso de parafrenia, sin conciencia de la enfermedad. Recientemente, la STS 27 de septiembre de 2017 (RJ\2017\5913) incapacita parcialmente y nombra curador a quien tiene un déficit intelectual ligero/moderado, que afecta a decisiones sobre salud, hábitos e higiene, horarios, estancia residencial y desplazamientos. Más ejemplos de “curatelas de salud”, en Ribot Igualada (2017a, p. 406).

ningún tipo de protección.<sup>48</sup> Eso es algo que, en Cataluña tiene mejor solución, gracias a la institución de la *assistència*, como enseguida se explicará.

### 3. La asistencia en Cataluña

La característica principal del Título II del Libro II del CCCat es que mantiene las instituciones de protección tradicionalmente vinculadas a la modificación judicial de la capacidad de obrar, pero también regula otras que no la requieren. Este es el caso de la asistencia, que está especialmente indicada para aquellos adultos con déficits de autonomía, pero con una disminución de facultades físicas o psíquicas que no es incapacitante. La expresión "disminución no incapacitante" de la que se sirve el art. 226-1 CCCat ilustra bien las diferentes intensidades de la falta de autogobierno (esto, es, la gestión de los propios intereses) de manera que si las habilidades que tiene el sujeto normalmente deben servir para discriminar si conviene someterlo a tutela o curatela, tras modificar su capacidad de obrar (art. 200 CC) también, lógicamente, ayudarán a calibrar si esto último es lo que conviene. Por lo tanto, la institución protege sin necesidad de tener que recurrir a la restricción judicial de la capacidad de obrar. Es, igual que la *amministrazione di sostegno* (Italia), la *sauvegarde en justice* (Francia), o la *curatelle d'accompagnement* (Suiza) —y salvando todas las diferencias— una forma de ayuda ideal para aquellos ancianos que, si bien no están incapacitados, tampoco puede decirse que tengan su capacidad intelectual intacta. En el ámbito del CC español no ha sido raro reivindicar una institución de estas características<sup>49</sup> que, además, cubriría muchos otros supuestos, como el de las personas con inteligencia límite.<sup>50</sup> Sin embargo, el CC sigue todavía muy apegado al sistema de incapacitación.

---

<sup>48</sup> Esta es una crítica generalizada en todos los modelos que siguen el sistema de incapacitación. *Vid.* Ribot Igualada (2013, p. 51, p. 55). Por otro lado, apunta a los problemas que se observan en la práctica para el seguimiento del tratamiento psiquiátrico por parte del curador, Salas Murillo (2013a, pp. 29-30).

<sup>49</sup> García Medina – Guilarte Martín-Calero (2011, p. 8). En un contexto más general, Guilarte Martín-Calero (2016, p. 122). *Vid.* además el Título VII del Libro I de la *Propuesta de Código civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Madrid, Tecnos, 2018), arts. 177-1 a 4.

<sup>50</sup> Sobre la necesidad de apoyos para estas personas, Frontera Sancho – Gómez Bahílo (2013, p. 179-190). Por otro lado, Ribot Igualada (2017b, p. 170) constata que, en Cataluña las entidades tutelares están empezado a promover las solicitudes de asistencia por personas con un grado de discapacidad psíquica del 35% y 40%, aunque el éxito de esas peticiones todavía no está asegurado. Si se atiende a los datos que arrojan los repertorios jurisprudenciales en los últimos cuatro años, es un hecho que el número de incapacitaciones ha disminuido en Cataluña (*vid.* Arroyo Amayuelas, Art. 226-1 CCCat, en Egea – Ferrer, *Comentaris...*, pp. 470-472). Por eso, que las cifras de nombramiento de asistente

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, la asistencia solo debería ser posible si los asuntos del mayor de edad no pudieran ser gestionados por otro representante (designado por él mismo, mediante un apoderamiento preventivo)<sup>51</sup> o atendidos de cualquier otro modo (quizás gracias a la familia o un asistente social) aunque, en realidad, ninguna de esas medidas es necesariamente incompatible con la primera.<sup>52</sup>

### 3.1. ¿Qué situaciones, en particular, se contemplan?

De acuerdo con el art. 226.1 CCCat, para poder nombrar asistente la disminución de facultades no debe ser incapacitante. Es preciso analizar caso por caso cómo afecta una determinada enfermedad al autogobierno de las personas, qué grado de autogobierno se estima necesario para evitar la restricción de capacidad, y, en fin, cómo el entorno influye en la decisión que acabe tomando el juez al que se solicita, bien el nombramiento de asistente, bien la incapacitación. El análisis de las sentencias dictadas en el periodo 2012-2016 muestra que no todas las deficiencias psíquicas o físicas desembocan en una falta de capacidad. En particular, son varias las sentencias que tratan de los deterioros cognitivos leves o moderados causados por la edad, lo cual incluye sordera e incluso cierta depresión pero ningún cuadro patológico relevante. Se constata que necesitar compañía y asistencia con el fin de tener unos cuidados adecuados, supervisar determinados actos de administración, y procurar un correcto manejo de los medicamentos no son causa de incapacitación<sup>53</sup>, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, que sí permitían una incapacitación parcial y nombramiento de curador;<sup>54</sup> ahora la inclinación es nombrar un asistente y, a veces, simplemente, un asistente social.<sup>55</sup> En otras partes del Estado, donde el instituto es desconocido, la alternativa a la que se enfrentan los jueces es la de estimar o

---

todavía no sean excesivamente elevadas, no justifica hablar de absoluto fracaso como, por el contrario, entienden los notarios. Así, Serrano de Nicolás (2018, p. 3); Gomá Lanzón (2018).

<sup>51</sup> Art. 222-2 CCCat. *Vid.* además el documento de voluntades anticipadas previsto en el art. 212-3 CCCat.

<sup>52</sup> Ribot (2017b, pp. 175-176); Arroyo Amayuelas (2017, pp. 476-477).

<sup>53</sup> A propósito de un anciano de 89 años, *vid.* SAP Barcelona de 19 de julio de 2012 (JUR\2012\394424); otro, de 101 años, *vid.* SAP Tarragona de 14 de octubre de 2016 (JUR\2017\35901). Parece que la protagonista es una persona mayor, aunque no se expresa la edad, en la SAP Barcelona de 28 de noviembre de 2016 (JUR\2018\18702).

<sup>54</sup> En un supuesto de inicio de demencia degenerativa leve-moderada, tipo Alzheimer, *vid.* SAP Barcelona de 22 de noviembre de 1999 (AC\1999\8282).

<sup>55</sup> Así, SAP Barcelona de 29 de enero de 2014 (JUR\2014\91145), trata de una persona de 82 años con inteligencia límite y con un deterioro típico asociado a la edad.

desestimar la incapacitación solicitada.<sup>56</sup> Habría que concluir igualmente que si solo se trata de velar por que la persona tome la medicación y/o pueda adoptar decisiones cotidianas, como participar en las reuniones de vecinos y, en su caso, tomar acuerdos sobre la instalación de un ascensor, o cuidar de su higiene o realizar los trámites necesarios para cobrar la pensión u otras ayudas sociales, bastaría con la intervención de una tercera persona, como medida asistencia o de apoyo. No es preciso declarar la incapacidad parcial con la finalidad (a veces única) de nombrar un curador para velar porque la persona siguiera el tratamiento farmacológico prescrito que es una práctica que, por el contrario, no ha sido infrecuente en el pasado.<sup>57</sup>

### 3.2. Régimen jurídico de la asistencia

La asistencia solo puede constituirse, a petición de la persona interesada, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 226-1.2 CCCat).<sup>58</sup> Hubiera sido preferible que el legislador se hubiera limitado a establecer que la asistencia —o un asistente determinado— no puede ser impuesta contra la voluntad de la persona vulnerable (así, § 1896(1a) BGB). De hecho, esto último es lo que a veces ha tenido en cuenta la Audiencia de Barcelona al resolver la impugnación de la incapacitación declarada por el juez de primera instancia. Nombra sin previa petición a quien ya venía ocupándose de la persona, bien dando por supuesta la aquiescencia de esta última, bien solicitando su consentimiento expreso.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> SAP Sevilla de 20 de junio de 2001 (AC\2001\1790) [no consta la edad, pero la demandada ya tenía nietos que actuaron como testigos en el proceso de incapacitación]. Por el contrario, cuando el Alzheimer o, en general, la demencia, ya es avanzado y el deterioro cognitivo es total, no se duda en proceder a la incapacitación total. Así, SAP Asturias de 6 de julio de 2007 (JUR\2007\357150); SAP Asturias de 23 de septiembre de 2013 (JUR\2013\316521) que revocan sentencias de primera instancia que, por el contrario, habían sometido al sujeto a curatela.

<sup>57</sup> Vid. SAP Barcelona de 19 de abril de 2007 (JUR\2007\86484): la incapacitada no tenía ninguna enfermedad ni física ni mental, sino solo algún déficit intelectual que únicamente exigía “un complemento en el ámbito personal [...] en el que no desarrolla un comportamiento de cuidado y protección de su propia persona”. Antes, la STJC 8.10.2001 (RJ 2002\6960), aparte de considerar necesario controlar el uso que la incapacitada hacía del dinero, entiende que el curador debe controlarle la medicación para evitar los trastornos derivados de crisis de epilepsia que habían comportado intentos de autólisis.

<sup>58</sup> Con todo, no faltan casos en que el asistente es nombrado en el procedimiento contencioso en que se recurre la incapacitación. Vid. Arroyo Amayuelas (2017, pp. 474-476); Ribot Igualada (2018, p. 283).

<sup>59</sup> La SAP Barcelona de 15 de febrero de 2016 (JUR\2016\70276) convierte en asistente a quien se postulaba para ser curador de su hermano si se llegaba a declarar la incapacitación parcial que solicitaba. La SAP Barcelona de 18 de febrero de 2014 (JUR\2014\135520), que mantiene la no declaración de incapacitación, nombra asistente a la madre, que era la persona que solicitaba la rehabilitación de la potestad.

La función básica del asistente es proporcionar ayuda y consejo al asistido, según su situación y sus necesidades y el contenido general de la asistencia viene establecido en la sentencia. La ley prevé que pueda abarcar tanto el ámbito personal como patrimonial. La necesidad de apoyo en el ámbito personal se concibe en términos muy amplios (art. 226-2.2 CCCat: “velar por el bienestar de la persona asistida”), con el límite del respeto a la voluntad y las opciones personales del asistido.<sup>60</sup> Por lo general, la asistencia exigirá cuidados relacionados con la higiene, la dieta, la salud, las condiciones de habitabilidad, u otras cuestiones, con el fin de conseguir la plena inserción social del asistido.<sup>61</sup> Parece que en todo caso el juez deberá especificar si el asistente es el destinatario de la información médica (art. 212-1 CCCat) y si puede decidir el tipo de tratamiento ante la eventualidad de que el asistido no pudiera prestar consentimiento o no tuviera un apoderado o representante expresamente designado al efecto (art. 212-2 CCCat). El juez también puede conferir al asistente facultades en el ámbito patrimonial. En particular, el art. 226-2.3 CCCat afirma que el asistente debe “intervenir”, esto es, procurar un acompañamiento o supervisión, y, a veces, autorizar el acto o tomar la decisión en su lugar (representación).<sup>62</sup> Parece claro, por lo demás, que si el asistido puede solicitar al juez que el asistente tenga funciones de administración ordinaria (vgr. pago de alquileres u otros pagos habituales, la obertura de una cuenta corriente, la contratación de servicios sociales, la venta de bienes deteriorables, la inversión en operaciones no arriesgadas, etc.), es que su cometido no es ese como regla general. Sin embargo, la jurisprudencia no duda en otorgárselas, aunque nadie se lo pida, lo que dice muy poco en favor del principio de proporcionalidad.<sup>63</sup> Aun en ese caso, las facultades de administración del asistido continúan intactas (art. 226-2.3 CCCat). Podría suceder, por consiguiente, que asistente y asistido concluyeran negocios contradictorios. La doctrina considera que en ese caso debe prevalecer el primer negocio otorgado si concurre buena fe del tercero. También se sugiere la responsabilidad de la persona protegida frente al tercero de buena fe que resulte perjudicado por la ineficacia del contrato concluido con él, bien por el asistente, bien por la misma persona protegida.<sup>64</sup> En todo caso, debe tenerse en cuenta la posibilidad que tendría el asistente de anular el contrato concluido por el asistido por sí mismo y por si solo si consigue probar la falta de capacidad natural en el momento de concluirlo. De forma incompleta, el art. 226-

---

<sup>60</sup> SAP Barcelona de 7 de mayo de 2013 (JUR 2013\338807).

<sup>61</sup> Ribot Igualada (2013, p. 83). *Vid.* SAP Barcelona de 7 de mayo de 2013 (JUR 2013\338807).

<sup>62</sup> *Vid.* Arroyo Amayuelas (2017, pp. 480-482).

<sup>63</sup> SAP Barcelona de 18 de febrero de 2014 (JUR\2014\135520); SAP Barcelona de 15 de febrero de 2016 (JUR\2016\70276); AAP Lleida de 26 de octubre de 2012 (ECLI:ES:APL:2012:677A). La resolución no menciona la necesidad de ulterior autorización judicial, de manera que hay que entenderla implícita en el nombramiento.

<sup>64</sup> Ribot Igualada (2013, p. 89); Ribot Igualada (2018, pp. 284-285).

3 CCCat solo prevé la posible anulación en las hipótesis en que no se da la preceptiva intervención del asistente cuando esta es necesaria.<sup>65</sup> Sin embargo, si la contratación afecta a negocios de la vida corriente, cabría sostener que la capacidad queda “convalidada” si ya se ha ejecutado el contrato sin perjuicio para el sujeto necesitado de apoyo.

### 3.3. ¿Complemento o alternativa a la modificación judicial de la capacidad?

Podría decirse que la asistencia es un complemento, pero no una alternativa a la incapacitación. Por consiguiente, se diría que cuando la disminución de facultades se va agravando, quizás a medida que avanza la edad, lo procedente es recurrir al juez para que proceda a la modificación de la capacidad (EM III, 9 L. 25/2010).<sup>66</sup> Ahora bien, conviene tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 226-2 y 3 CCCat, las funciones del asistente pueden extenderse al ámbito personal y patrimonial y que, adicionalmente, la ley prevé expresamente que sus facultades se puedan modificar y, por tanto, también ampliar (art. 226-4 CCCat), no solo a instancia del propio asistido, sino también “a instancia de parte”. Esa posible ampliación de las funciones del asistente podría hacer innecesaria la incapacitación, a pesar de la hipotética pérdida de capacidad natural del sujeto. Si bien se mira, el deber de velar por el asistido es un imperativo legal y, para autorizar actos y tratamientos médicos, el asistente siempre actúa –cuando es necesario– como si fuera un representante legal. Y, naturalmente, la discrecionalidad judicial tanto puede dar como resultado la ampliación de los actos que puede llevar a cabo el asistente, como un cambio en sus funciones. Es decir, que allí donde se preveía un simple acompañamiento en la toma de decisiones, podría considerar conveniente acordar la representación. Y si la representación ya estaba prevista en el ámbito patrimonial, pero solo incluía la realización de algunos actos, podría acabar extendiéndose a otros, de administración o de disposición. Claro que es el juez quien deberá valorar si una ampliación de las facultades del asistente puede comportar la misma protección que hipotéticamente comportaría la tutela o la curatela,<sup>67</sup> pero parece que la ley da suficientes instrumentos a este último para constituir un régimen que todavía sea más flexible que el que proporciona cualquiera de estas dos instituciones aisladamente consideradas. Se obtendría la misma protección, pero con la ventaja añadida de no tener que interferir en la capacidad de obrar del sujeto.

---

<sup>65</sup> Además, el artículo está mal redactado. *Vid.* Arroyo Amayuelas (2017, pp. 482-486). La buena fe del tercero no se dará si la asistencia consta inscrita en el Registro Civil.

<sup>66</sup> Ribot Igualada (2017b, pp. 167-168).

<sup>67</sup> Ribot Igualada (2017a, p. 92).

Refuerza esta interpretación el art. 222-2.1 CCCat, que expresamente afirma que "no hay que poner en tutela" (y se entiende que esto significa igualmente "no hay que incapacitar") a las personas que por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico no pueden gobernarse por sí mismas, si al efecto han nombrado un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses. Es decir que, a pesar de la concurrencia de causa de modificación judicial de la capacidad (y es de notar que este supuesto de hecho va más allá del descrito en el art. 226-1.1 CCCat), de ese procedimiento se podría prescindir si la persona tuviera quien la protegiera de acuerdo con las instrucciones establecidas por ella misma en el poder. ¿Por qué no podríamos llegar a la misma conclusión en el caso de que, en lugar de haber otorgado un poder, el sujeto tuviera un asistente que, además, presenta mayores garantías gracias al control judicial de su actuación previsto legalmente (art. 226-6 CCCat)?

En realidad, la jurisprudencia ya ha llegado a conclusiones similares. Pueden apreciarse casos en que en jurisdicción voluntaria no se accede al nombramiento de asistente por considerarse "incapacitante" la enfermedad pero, por el contrario, luego la Audiencia revoca esa decisión por entender que, aunque lo sea, es preferible no modificar la capacidad de obrar, máxime cuando los familiares y el Ministerio Fiscal también se oponen a ello (aunque se añade que eso es sin perjuicio de que la incapacitación sea necesaria en algún otro momento posterior).<sup>68</sup> En muchos otros casos el juez no accede a restringir la capacidad de obrar solicitada y, por el contrario, considera necesario nombrar un asistente, como alternativa a la incapacitación.

### 3.4. Propuestas de supresión

Últimamente, los notarios sugieren que el modelo de asistencia judicial sea substituido por una escritura pública de autolimitación del poder de disposición, en la línea de lo previamente admitido por la Resolución de la Dirección General de Entidades Jurídicas y Derecho de 28 de noviembre de 2012<sup>69</sup>, para evitar decisiones irreflexivas.<sup>70</sup> Ahora bien, puesto que eso es siempre posible, no se ve la ventaja de que, adicionalmente, se suprima el nombramiento judicial de asistente. Hay que tener en cuenta que ni el asistido es siempre y en todo caso alguien con un patrimonio del que pueda disponer ni, en la hipótesis de que así fuera, podría compararse su situación con la de un pródigo; sus necesidades pueden no estar limitadas al ámbito patrimonial

---

<sup>68</sup> AAP Lleida de 26 de octubre de 2012 (ECLI:ES:APL:2012:677A).

<sup>69</sup> DOGC n. 6292, de 14 de gener de 2012.

<sup>70</sup> Así, Serrano de Nicolás (2018, p. 3); Gomá Lanzón (2018).

y, en todo caso, la solución a sus problemas no tiene por qué pasar necesariamente por la privación de la legitimación para enajenar bienes inmuebles u otros de extraordinario valor que es, seguramente, en lo que están pensando los notarios. Hay que admitir que existen soluciones más adaptadas a las necesidades de las personas y, en todo caso, menos invasivas, como el control del acto por un tercero, a las que la persona debe poder recurrir si así lo desea. Es dudoso, además, que, dándose el caso de que el interesado no pudiera ya otorgar un poder por falta de capacidad natural, en cambio sí que pudiera auto limitarse el poder de disposición voluntariamente. Para estos casos todavía debería ser posible solicitar al juez que le nombrara asistente y que determinara con qué facultades. Y estas, de acuerdo con el Convenio de Nueva York, deberían ser lo menos invasivas posible.

#### 4. Reflexiones finales

Son distintas las respuestas que cada ordenamiento proporciona cuando las personas mayores de edad padecen una enfermedad mental o intelectual o, por cualquier otra razón, y, en particular, la edad, no pueden ocuparse de todos o algunos de sus asuntos sin riesgo de perjudicarse a sí mismas. Ahora bien, no existe un cuerpo legal separado que trate las necesidades de la gente mayor y, por eso, las ideas de vejez y enfermedad van unidas y, en el CC español, todavía muy apegadas a la incapacitación. Efectivamente, en el CC español no existen mecanismos adecuados para proteger a las personas que, sin tener una capacidad plena, sin embargo no están incapacitadas ni, a la vista de su situación, podrían estarlo en el momento en que necesitan protección. Lo dicho puede no ser cierto en la esfera extrajudicial, donde otros mecanismos, más flexibles que el que proporciona la tutela o curatela precedidas de incapacitación, pueden atender mejor a los intereses de las personas ancianas. En particular, los apoderamientos preventivos. Estos existen también en Cataluña pero aquí, además, se cuenta con otra institución de constitución judicial, como l'*assistència*, que no solo protege sin necesidad de incapacitar sino que, además, puede hacer esta incapacitación innecesaria. La institución es especialmente idónea para las personas que, por razón de edad, son frágiles y vulnerables y ya no pueden gobernarse completamente de forma autónoma. Debería ser una institución llamada a generalizarse, mucho más si se tiene en cuenta que, en el terreno de la protección de adultos con déficits de entendimiento, la legislación europea y supranacional sugiere que tanto la incapacitación como la tutela deberían ser desterradas de los ordenamientos jurídicos. Ahora bien, si se admite que la discapacidad también puede llegar a predicarse de las personas mayores, la única duda razonable es



hasta qué punto la representación estaría prohibida por el Convenio de Nueva York.<sup>71</sup> No, está claro, si el sujeto la consiente voluntariamente. Pero incluso en otros casos en los que el ejercicio individual autónomo de los derechos no es posible y debe arbitrarse una medida judicial, también debería admitirse, no ya la representación como régimen, sino la actuación sustitutiva para algunos actos y como última *ratio* para las personas completamente desprovistas de discernimiento. Son, seguramente, una minoría en las que acaso no piensa el Convenio, pero no entenderlo así podría suponer condenar a la persona vulnerable a la más absoluta desprotección. Aun así, dicho Convenio todavía es útil porque obliga a controlar la manera en que el representante ejerce su función, esto es, no deberá expresar una decisión propia, sino ser portador de la que supuestamente hubiera querido el representado. También por eso sería muy necesario que un juez controlara hasta qué punto es respetuosa con ese planteamiento su actuación.<sup>72</sup>

El legislador español es consciente del necesario cambio de paradigma que conlleva pasar de un sistema de protección a otro de afirmación de derechos y, por eso, la Comisión General de Codificación, ha elevado al Consejo de Ministros una propuesta, que lleva fecha de 13 de setiembre de 2018, y que aquél ha aprobado, en fecha 21 de setiembre, que concreta las reformas que requiere la legislación española (Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento Hipotecario, Ley del Registro Civil) para adaptarla a lo dispuesto por el Convenio de Nueva York.<sup>73</sup> Aunque el anteproyecto hace desaparecer la incapacitación, relega la tutela a los menores de edad y generaliza un sistema de apoyos que tiende a evitar que no sea el propio interesado quien tome sus decisiones y ejercite los derechos de los que es titular, sin embargo no consigue implementar claramente un modelo que abogue por el derecho a decidir de los discapacitados y todavía sigue muy apegado al sistema tradicional. Lo probaría, sin ir más lejos, el mantenimiento de instituciones propias del viejo orden (entiéndase: el CC), como la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (sin perjuicio de actualizar sus contenidos). Desde luego, el texto contempla, en general, la discapacidad, sin aludir específicamente a las situaciones de vulnerabilidad propias de la vejez.

---

<sup>71</sup> Vid. Alemany (2018, pp. 201-222).

<sup>72</sup> Booth (2015, pp. 12-13).

<sup>73</sup> Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 13 de setiembre de 2018. A él le dedica un monográfico la Revista de Derecho Civil, 2018, 3 (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>). Antes, vid. el Título VII del Libro I de la *Propuesta de Código civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Madrid, Tecnos, 2018), pp. 103-108, pp. 284 ss.

## Bibliografía

- ◆ AA VV, *Propuesta de Código civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Tecnos, 2018.
- ◆ ABELLÁN GARCÍA, A. – AYALA GARCÍA, A. – PUJOL RODRÍGUEZ, R. “Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos”, Madrid, *Informes de Envejecimiento en Red*, 2017, nº 15, disponible en:  
<http://envejecimiento.csic.es/documentacion/estudiosyresultados/informes/enred-index.html>.
- ◆ ALEMANY, M. “Igualdad y Diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación nº (2014) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, 52, pp. 201-222.
- ◆ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *Incapacitación y Mandato*, Madrid, La Ley-Wolters, 2008.
- ◆ ARROYO AMAYUELAS, E. “Arts. 226-1, 226-3 CCCat”, en EGEA, J.- FERRER, J.(dirs), *Comentaris al Llibre II del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 476-477, pp. 482-486.
- ◆ ASHTON, G. R. – BIELANSKA, C. *Elderly People and the Law*, 2nd ed., Bristol, Jordan Publishing, 2014.
- ◆ BARRÓN ARNICHES, P. “La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad: estudio comparativo con el modelo italiano”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, 4, pp. 1605-1663.
- ◆ BOOTH GLEN, K. “Supported Decision-Making and the Human Right of Legal Capacity”, *Inclusion*, 2015, 3 (1), pp. 2-16, disponible en: <https://doi.org/10.1352/2326-6988-3.1.2>.
- ◆ CARON DEGLISE, A. “Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables”, 26 septembre 2018, disponible en:  
<http://www.le3977.info/rapport-levolution-protection-juridique-personnes/>.
- ◆ CASADO, M. – RODRÍGUEZ, P. – VILÀ, A. *Document sobre envelliment i vulnerabilitat*, Barcelona, 2016.
- ◆ CONSEIL FRANCOPHONE DE LA FEDERATION ROYALE DU NOTARIAT BELGE (ed.), *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la Loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- ◆ FRONTERA SANCHO, M. – GÓMEZ BAHÍLLO, C. “Un estudio sobre la necesidad de reconocimiento, protección y apoyo a las personas con inteligencia límite”, en SALAS MURILLO, S. (dir.), *Los*

*mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad*, Madrid, Dickynson, 2013, pp. 179-190.

- ◆ DELLA MONACHE, S. & TOMMASEO, F. “Note Introd. L I Titolo XII, Capo I: §§ I-III & IV-VI”, en CIAN, G. (cur.), *Commentario Breve al Codice Civile*, 12ª ed., Milanofiori Assago (Milan), Cedam-Wolters Kluwers, 2016, pp. 502-509.
- ◆ DOUCHY, M. *Droit Civil. Introduction. Personnes. Familles*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 2003.
- ◆ GALLUS, N. – HALTEREN, T. *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- ◆ GARCÍA MEDINA, J. – GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La protección jurídica de la ancianidad”, *Oñati Socio-Legal Series*, 2011, 8 (1), pp. 11-15, disponible en: <http://opo.ijsj.net/index.php/osls/article/view/92/145>
- ◆ GOMÁ LANZÓN, F. “Sobre la posibilidad de que una persona con plena capacidad pueda autolimitarse sus facultades de decisión”, Bloc “Hay Derecho”, 16 de noviembre de 2018, disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2018/11/16/sobre-la-posibilidad-de-que-una-persona-con-plena-capacidad-pueda-autolimitarse-sus-facultades-de-decision/>
- ◆ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: El nuevo paradigma de la Sala Primera”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (DIR.) – GARCÍA MEDINA, J. (COORD.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 59-107.
- ◆ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentario a la STS 13 de mayo de 2015”, *CCJC*, 2016, 101, pp. 111-129.
- ◆ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Matrimonio y Discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, 32, pp. 55-94.
- ◆ LECIÑENA IBARRA, A. *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cizur Menor, Thomson – Civitas, 2015.
- ◆ LELEU, YVES-HENRI, *Droit des personnes et des familles*, 3ª ed., Bruxelles, Larcier, 2016.
- ◆ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en SALAS MURILLO, S. (dir.) *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad*, Madrid, Dickynson, 2013, pp. 15-40.

- ◆ MEIER, P. – DE LUZE, E. *Droit Civil Suisse. Droit des personnes (Articles 11-89a CC)*, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2014.
- ◆ MEIER, P. “The Swiss Guardianship Law Reform – A Presentation and a First Assessment in the Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Elder Law Review*, 2016, 10, pp. 1-28.
- ◆ PARRA LUCÁN, M.A. *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Madrid, Ramón Areces ed., 2015.
- ◆ PÉREZ BUENO, L.C. – LORENZO, R. (DIRS.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia*, Madrid, Cermi et al., 2016.
- ◆ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Revista Derecho privado y Constitución*, 2009, 23, pp. 335-368.
- ◆ PETERKA, N. “Déjudiciarisation de l’administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l’ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015”, *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 44, 26 octobre 2015.
- ◆ RAINER, F. “Le traitement des handicapés mentaux en Allemagne”, en SALAS MURILLO, SOFÍA (DIR.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad*, Madrid, Dickynson, 2013, pp. 87-94.
- ◆ RIBOT IGUALADA, J. “L’assistència: abast i limitacions de la nova institució”, en Institut de Dret privat europeu i comparat de la UdG (ed.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família. Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, Documenta, 2013, pp. 49-104.
- ◆ RIBOT IGUALADA, J. “Art. 223-4 CCCat”, en EGEA, J.– FERRER, J. (dirs.), *Comentaris al Llibre II del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 401-402 (citado Ribot Igualada, 2017a).
- ◆ RIBOT IGUALADA, J. “La asistencia en el Derecho de familia catalán”, en SERRANO GARCÍA, I. – CANDAU PÉREZ, A. (coords.), *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 165-183 (citado Ribot Igualada, 2017b).
- ◆ RIBOT IGUALADA, J. *Dret civil. Part general i dret de la persona*, 3ª ed, Barcelona, Atelier, 2018.
- ◆ SALAS MURILLO, S. (dir.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad*, Madrid, Dickynson, 2013.
- ◆ SALAS MURILLO, S. “Repensar la curatela”, *Derecho privado y Constitución*, 2013, 27, pp. 11-48 (citado Salas Murillo, 2013a)

- ◆ SCHÜTZ, ROSE-N. “La représentation des personnes protégées en Droit français”, *Revista de Derecho Civil*, 2016, 3 (2), pp. 1-22.
- ◆ SERRANO DE NICOLÁS, A. “Nombramiento de asistente y limitación voluntaria del poder de disposición”, *La Notaria*, 2018, 1, pp. 1-3.
- ◆ SERRANO GARCÍA, I. – CANDAU PÉREZ, A. (coords.), *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- ◆ TRABUCCHI, A. *Istituzioni di Diritto Civile*, 48ª ed., Milanofiori Asssago (Milan), Wolters-Cedam, 2017.

**Fecha de recepción: 23 de noviembre de 2018**

**Fecha de aceptación: 27 de diciembre de 2018**