

*foro de debate jurídico*

**Apoyo a los mayores  
en el ejercicio de su capacidad**

**Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma  
de la legislación civil en materia de discapacidad**

**Cristina de Amunátegui Rodríguez**

*Catedrática de Derecho civil*

**REUS**  
EDITORIAL



Foro Reus de Debate Jurídico  
Coordinador: Carlos Rogel Vide

**Miembros:**

*Salomé Adrober Biosca, Cristina de Amunátegui Rodríguez, María Luisa Aparicio González, Lourdes Arastey Sabún, Moisés Barrio Andrés, Martín Bassols Coma (†), Javier Borrego Borrego, Raúl Canosa Usera, Antonio Castán Pérez-Gómez, Luis Javier Cortés Domínguez, Valentín Cortés Domínguez (vicepresidente), Juan Miguel de la Cuétara Martínez, Silvia Díaz Alabart, Federico Durán López, Margarita Fuenteseca Degeneffe, Enrique Giménez-Reyna, Amparo Grau, Beatriz Gutiérrez del Solar, Carlos Lema Devesa, Manuel Jesús Marín López, Víctor Moreno Catena, Antonio Mozo Seoane, Milagros Otero Parga, Javier Pascual Casado, José Luis Piñar Mañas, Álvaro Rodríguez Bereijo (presidente), Carlos Rogel Vide, Eduardo Serrano Gómez, José Antonio Vega Vega, Rosario de Vicente Martínez.*

## PONENCIAS PUBLICADAS

1. *El ámbito tridimensional de la propiedad inmueble*. Carlos Rogel Vide, 2017.
2. *Ciberdelitos: Amenazas criminales del ciberespacio*. Moisés Barrio Andrés, 2017.
3. *La financiación de las Comunidades Autónomas: reflexiones para su revisión*. Enrique Giménez-Reyna, 2018.
4. *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: Problemas y posibles soluciones*. Silvia Díaz Alabart, 2018.
5. *La atribución legal de discrecionalidad. En torno a la discrecionalidad valorativa*. Antonio Mozo Seoane, 2018.
6. *Alcohol, drogas y delitos contra la seguridad vial*. Rosario de Vicente Martínez, 2018.
7. *El plagio como infracción de los derechos de autor*. José Antonio Vega Vega, 2018.
8. *Responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos -en torno al artículo 1903 del Código civil-*. Carlos Rogel Vide, 2018.
9. *La seguridad del tráfico de bienes en Roma*. Margarita Fuenteseca Degeffé, 2019.
10. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Cristina de Amunátegui Rodríguez, 2019.

*Foro de debate jurídico*

Ponencias

Director de la Colección: Carlos Rogel Vide

Catedrático de Derecho civil

# **APOYO A LOS MAYORES EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD**

**Reflexiones a la vista del Anteproyecto de  
reforma de la legislación civil en materia de  
discapacidad**

*Cristina de Amunátegui Rodríguez*

Catedrática de Derecho civil

Universidad Complutense de Madrid

**REUS**  
EDITORIAL

Madrid, 2019

© Cristina de Amunátegui Rodríguez  
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición  
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid  
+34 91 521 36 19 – +34 91 522 30 54  
reus@editorialreus.es  
www.editorialreus.es

1ª edición, REUS, S.A. (Febrero, 2019)  
ISBN: 978-84-290-2125-7  
Depósito Legal: M-6479-2019  
Diseño de portada: Editorial Reus  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A las Cuatro esquinas,  
Lo mejor de cada casa  
y Equipo jaar,  
gracias por vuestra amistad*





## INTRODUCCIÓN\*

En los últimos meses estamos asistiendo a un buen número de iniciativas legislativas y reformas ya materializadas que se están ocupando de la protección de las personas con discapacidad, lo que evidencia una preocupación por parte del legislador de acometer una modificación en profundidad de la materia.

Por citar las más recientes manifestaciones de este movimiento en un orden cronológico habría que destacar el Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento, la proyectada reforma del art. 49 de la Constitución<sup>1</sup>; o la ya

---

\* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación DER2015-69120-R, “La nueva protección jurídica de las personas vulnerables”, dirigido por CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO y JAVIER GARCÍA MEDINA; así como del Grupo de Investigación UCM, “Nuevas perspectivas del Derecho Civil”, dirigido por LUIS A. ANGUITA VILLANUEVA.

<sup>1</sup> Sobre el texto aprobado por el Consejo de Ministros, ver nota 15.

publicada LO 2/2018, de 5 de diciembre de reforma de la legislación electoral para garantizar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad<sup>2</sup>.

Voy a explicar un poco el orden que seguiré en estas consideraciones que tienen como exclusiva pretensión presentar una descripción de la situación, en relación a la modificación de la protección de las personas en líneas generales, por lo que estructuraré la exposición abordando especialmente tres cuestiones:

I. Una introducción general sobre la situación actual en el panorama español y la exigida necesidad de reforma

II. Una descripción de lo que significa un sistema de apoyos, paradigma de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y del Anteproyecto de reforma elaborado por la Comisión de Codificación, aprobado en el Consejo de Ministros, y

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, la consecutiva en el BOE, LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, menciona ya la situación de los datos de las personas con discapacidad fallecidas, haciendo referencia a su desempeño por quien hubiese sido designado para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales funciones se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

III. Unas reflexiones sobre cómo encajan los mayores en este sistema de apoyos y los medios con los que cuentan para diseñar su protección.



## **I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE REFORMA Y LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN PRESIDIR LA MISMA**

Desde hace unas décadas está siendo una constante preocupación en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno proceder a una modificación de los sistemas de protección de las personas vulnerables.

Sin duda, ver cómo se van articulando los diferentes estándares de protección en la búsqueda de un sistema coherente y adecuado revela la dificultad de encontrar un modelo comprensivo de las diversas situaciones que requieren de una salvaguarda adecuada.

Vaya por delante que no sólo se trata de una cuestión estrictamente jurídica, pues son muchas las circunstancias sociales, familiares, médicas, demográficas, económicas, sociológicas y más que influyen en el tratamiento de la cuestión.

Podríamos destacar como razones más evidentes la transformación de las estructuras familiares

compuestas cada vez por un número más reducido de personas, junto con los cambios surgidos por la incorporación de la mujer al trabajo; los avances científicos en el tratamiento, evolución y recuperación de ciertas dolencias y enfermedades psíquicas y mentales; el progresivo envejecimiento de la población, prolongándose la esperanza de vida mucho más allá de la edad de jubilación, con el agravante de encontrarnos personas mayores de 65 ó 70 años que cuidan de sus propios ascendientes; y la traslación de la protección hacia las entidades públicas o de asistencia social, siendo ya una posibilidad a barajar la profesionalización de la protección o la entrada a los movimientos asociativos de voluntariado en los que parece que acabará instalándose esa función de cuidado de los más vulnerables<sup>3</sup>, atendiendo a la inoperancia del sistema de pensiones para poder afrontar los

---

<sup>3</sup> Existen iniciativas en diferentes países tendentes a la profesionalización de las personas que pueden brindar apoyos a otros, o bien numerosas manifestaciones de ayuda a través de movimientos asociativos, colaborativos o de voluntariado. Experiencias como en “cohousing”, como alternativa a las residencias para mayores, los llamados círculos de apoyo, los apoyos por pares o iguales, o la llamada PCP o Planificación Centrada en la Persona son nuevas formas de brindar apoyo a las personas con discapacidad.

costes que implica el sostenimiento de las personas mayores<sup>4</sup>. En un futuro, más o menos lejano, entre la insuficiencia del Estado para acometer la protección las personas y la transformación de los modelos familiares, habrá que acudir a otras maneras de salvaguardar a los que necesiten ayuda, sea a través de la autoprevisión de los propios sujetos o mediante el recurso al voluntariado o la colaboración.

Volviendo con las cuestiones generales, de los sistemas de protección basados en el aislamiento o apartamiento de los discapacitados o enfermos mentales se cambió a los modelos llamados médicos, como es el vigente en el Código civil español, pasando hacia los que se conciben como modelos de apoyo o sociales, que es donde se acomodan los derechos más avanzados.

El momento actual en nuestro país es importante por una serie de circunstancias o particula-

---

<sup>4</sup> La mayor esperanza de vida y la necesidad de elevados recursos para la atención de las personas mayores afectadas de algunas enfermedades conlleva transformaciones en las prácticas de ahorro y de inversiones de las personas, pues es evidente que la escasa cuantía de las pensiones no alcanza para satisfacer algunos gastos elevados, consumiéndose en esos años el patrimonio ahorrado durante la etapa laboral, en merma de las expectativas hereditarias de los descendientes.

ridades que me gustaría resaltar, y que influyen en el debate abierto sobre toda esta materia:

- En primer lugar tendríamos lo que hay legislado a día de hoy en diversos textos legales, que es lo que en principio deben aplicar los jueces en sus resoluciones y lo que se encuentran como derecho vigente.

- Junto al ser tendríamos lo que es el deber ser, lo que debería haber según ha ido interpretando el Tribunal Supremo<sup>5</sup>, han ido apuntando las Instrucciones de la Fiscalía en el marco de los

---

<sup>5</sup> En el II Congreso Internacional sobre “La reforma del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de discapacidad”, recientemente celebrado en Zaragoza, los días 22 y 23 de noviembre de 2018, la ponencia de la profesora GUILARTE MARTÍN-CALERO, titulada “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección”, expuso las líneas generales que ha seguido el Supremo para adaptarse en su jurisprudencia a las exigencias de la Convención, destacando la necesidad de una perfecta correlación entre la prueba practicada y la resolución judicial; la personalización de las medidas para cada caso; el establecimiento de la curatela como fórmula preferente de protección; o la evolución en cuanto a los actos a los que se extiende la medida, con clara inclusión de medidas personales, como las curatelas de salud.



procedimientos judiciales<sup>6</sup>, junto con las consideraciones de la doctrina que se ha ocupado de la materia, así como las exigencias de los movimientos asociativos de protección de personas vulnerables. Las tendencias y opiniones, con sus diversas argumentaciones, coinciden en la necesidad de reformar el sistema de protección actual.

- Contamos a continuación con la Propuesta de Código Civil elaborada en el marco de la Asociación de Profesores, que, en el plano prelegislativo y doctrinal ha redactado un texto sobre las medidas de guarda y protección con importantes aportaciones nuevas y reconsideración de las instituciones existentes, siempre bajo las premisas y principios de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>7</sup>. La Propuesta ha sido

---

<sup>6</sup> Una descripción de las principales Circulares e Instrucciones de la Fiscalía se recoge en DÍAZ ALABART, S., “Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal”, nota 15), junto con una enumeración de las principales Sentencias recaídas sobre la incidencia de la Convención, texto de una ponencia en Congreso pendiente de publicación que me ha facilitado la autora a quien agradezco su cortesía.

<sup>7</sup> El texto (se puede consultar en la página web de la Asociación desde 2017 en su totalidad, en la dirección <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php>, ha sido

debatida en el marco de la Asociación habiendo quedado abierta a cuantas consideraciones, objeciones, mejoras, o enmiendas se quisieran plantear. También ha sido difundida entre los diversos operadores jurídicos y grupos de profesionales dedicados al Derecho que pudieran tener interés en la misma.

- Seguidamente estaría el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, elaborado por las Secciones Civil y Procesal de la Comisión General de Codificación, aprobado en el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2018, que comienza su tramitación, y a cuyo análisis dedicaré gran parte de estas reflexiones.

- Finalmente creo que el último elemento que forma este conjunto estaría en las respectivas regulaciones autonómicas sobre la materia, que enriquecen extraordinariamente la perspectiva y parten del análisis de lo que debería funcionar en

---

publicado en papel por Tecnos en el 2018), en la parte correspondiente a las instituciones de guarda ha sido elaborado por las profesoras ÁLVAREZ LATA, GUILARTE MARTÍN-CALERO, MAYOR DEL HOYO y yo misma, habiendo sido supervisada por los profesores DÍAZ ALABART y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.



## Índice

|                                                                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Introducción .....</b>                                                                                               | <b>9</b>  |
| <b>I. Introducción: la necesidad de reforma y los principios que deben presidir la misma .....</b>                      | <b>13</b> |
| <b>II. El sistema de apoyos como protección de las personas con discapacidad. Significado .....</b>                     | <b>31</b> |
| <b>III. Situación de los mayores en el ámbito de la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad.....</b> | <b>47</b> |

