

# Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil

2018

Número 11 (Noviembre 2018)

Legislación

Comentarios


2. Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual (CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO)

I. El dispositivo contractual y su general aplicación a las personas con discapacidad

## I. EL DISPOSITIVO CONTRACTUAL Y SU GENERAL APLICACIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tras la incorporación de la Convención de Nueva York al Ordenamiento Jurídico español, las discusiones doctrinales se han centrado, básicamente, en determinar si la regulación de las instituciones tutelares, en general, y su modelo principal, la tutela, en particular, se adecúan a los dictados del texto internacional. Sin embargo, la problemática que suscita el artículo 12 va más allá y presenta otras implicaciones y dificultades que no son fáciles de soslayar, pues afectan a principios y conceptos plenamente arraigados en nuestro imaginario jurídico tales como la plena capacidad, el consentimiento libre e informado o la validez y los vicios del consentimiento. Son principios y conceptos que se insertan a la perfección en un sistema contractual que, sin embargo, se exporta a la toma de decisiones «no contractuales<sup>4)</sup>», donde ya no se integraría, a mi entender, con la misma coherencia.

En el derecho español, y, en general, en todos los derechos continentales, existe una lógica sistemática en la regulación del consentimiento, la capacidad contractual y la sanción de ineficacia derivada de la falta de uno y otra. Así, todo el entramado sistemático responde a un modelo que excluye a quienes no pueden consentir por falta de capacidad (menores e «*incapacitados*») y se articula un mecanismo (la representación legal) que les facilita o permite la intervención en el tráfico contractual; e incluso, si se interviene en el tráfico sin presentar la exigida capacidad de entender y querer o manifestando un consentimiento viciado, se aplica el régimen de la invalidez e ineficacia y se impide la producción de efectos al acto concluido por quien no cumple con aquellas exigencias.

Esta descripción refleja el sistema originario de nuestro  [Código civil](#) al que, paulatinamente, se ha incorporado el reconocimiento de un campo de actuación a estas personas (menores e *incapacitados*), sin que, por ello, se haya cuestionado la aptitud del sistema consensual para responder a todas las situaciones en las que la toma de decisión de una persona menor o con discapacidad aparece comprometida.

Así en la regulación originaria del Código civil se equiparaba la minoría de edad con la incapacidad. La incapacidad por razón de edad y la incapacidad por demencia o imbecilidad, sordomudez, prodigalidad e interdicción civil, recibían un, prácticamente, idéntico tratamiento legal cuyo rasgo específico era su consideración general como «*incapaces*» para actuar por sí mismos y por sí solos en todos los actos de la vida civil.

Esta consideración determinaba la constitución de un régimen de representación y sustitución que permitía la válida actuación en el tráfico patrimonial del representante

legal de los menores e incapacitados, quedando éstos al margen de las decisiones que les afectaban e identificándose, entonces, su interés con el de su representante legal. Asimismo tal consideración se reflejaba en una configuración de la patria potestad autoritaria, atribuida en exclusiva al padre y marido, con un poder omnímodo sobre la mujer y los hijos, y en una complicada tutela de carácter familiar que se constituía con una finalidad casi exclusivamente patrimonial; el interés de menores e incapacitados se identificaba con el interés familiar personificado en el padre y tutor.

Desde entonces hasta ahora, y si bien a distinto ritmo, ambas categorías han experimentado una profunda evolución:

a) Respecto de los niños, aquella concepción queda superada por una corriente que reivindica su reconocimiento como titulares de derechos, plasmada en la aprobación de la Convención internacional sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 que, si bien parte de la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia en razón de su especial vulnerabilidad y reconoce, en su Preámbulo, el papel de la familia como *grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y, en particular, de los niños*, marca el inicio de una nueva filosofía, basada en aquel reconocimiento general de la titularidad de los derechos y de su capacidad gradual para ejercerlos, matizando la posibilidad de ejercicio (autonomía) con la protección que, por razón de edad, merecen<sup>2)</sup>. En coherencia con este enfoque se instaura como principio rector de todas las decisiones y actuaciones que les afecten «el interés del menor» al que se atribuye carácter prevalente o superior frente a cualesquiera otros (art. 3 CIDN y [art. 2 LOPJM](#)). Desde la perspectiva de la protección, se mantiene, como entonces, un régimen de representación y sustitución (patria potestad o tutela), pero atemperado por las reglas que, de una parte, facultan la actuación del menor y permiten tener en cuenta su opinión en los asuntos que le afecten <sup>3)</sup> y, de otra, por la naturaleza de *officium* que se atribuye a la patria potestad y tutela que deberán ser ejercidas siempre en interés de los niños, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

b) Respecto de los mayores de edad, se aprecia también una notable evolución desde la regulación del Código civil originario hasta nuestros días, fruto de la configuración de los cargos tutelares como un deber que se ejerce en beneficio de la persona protegida (art. 216 Cc), de la introducción de los principios de graduabilidad de la incapacitación, que permite adecuar las medidas de protección a las necesidades particulares de cada persona, y de pluralidad de guarda, que permite optar por un régimen legal de asistencia o de representación. Igualmente existe un especial reconocimiento del papel de la familia tanto en el Código civil (entre otros arts. 223 y 234 Cc) como en la Convención de Nueva York que expresamente afirma: *Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones*. Se reconoce a estas personas, en abstracto, la capacidad para realizar actos por sí solos ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de *incapacitación* (art. 267, 287 y 289 Cc), de suerte que este estatuto presenta importantes similitudes con el régimen previsto para los menores como titulares de derechos y con una capacidad progresiva de ejercicio, siendo en este caso obligado atender a la capacidad conservada o residual. A ello debe unirse la aprobación de la tan citada Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad que, a semejanza de la Convención de los Derechos del niño, exige a los Estados Parte que

garanticen a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos sin discriminación, de suerte que, sólo con este fin, se admitirá la superposición de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Así pues, el tratamiento jurídico unitario y excluyente de la menor y mayor edad «incapaz» ha persistido hasta que, impulsado por los textos internacionales, el legislador se ha visto obligado a reconocer la capacidad gradual en los menores de edad y la capacidad conservada en los mayores.

Por tanto, se observa, de una parte, una ampliación de la esfera de actuación de estas personas, de manera más clara para el menor de edad, pues la ley se ocupa de su reconocimiento con especial detalle, mientras que en el caso de la persona mayor, se remite, en la mayoría de los supuestos a la sentencia de modificación de la capacidad que, como ya se ha visto, más que subrayar la capacidad residual o conservada, y por tanto reconocer un ámbito de capacidad (que al menor le reconoce la ley), la sentencia calla y provoca que, de forma automática, se extienda la incapacitación más allá de lo en ella previsto y se excluya de la toma de decisión a la persona mayor vulnerable. Así por ejemplo el art. 20.1. de la ley 14/2007, de investigación biomédica establece que *la investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones...*

Y, de otra parte, se observa que aún se conserva, en algunas instituciones, la igualdad de trato para el menor y mayor edad vulnerable cuando es bien evidente que la situación de partida de éste presenta, normalmente, una complejidad personal y patrimonial que exige una respuesta adaptada y diversa <sup>4)</sup>. Especialmente grave consideramos la identidad de trato en la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo dada por la [LO 11/2015, de 21 de septiembre](#) para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, en cuya exposición de motivos únicamente se encuentran referencias a las niñas menores y a la necesidad de que los titulares de la patria potestad y, en su defecto, los tutores, cumplan con los deberes que les impone la ley también en relación con esta materia. Se trataba aquí de derogar la norma que permitía a las menores consentir la interrupción del embarazo por sí mismas y por sí solas y de exigir nuevamente el consentimiento de los padres y tutores. Su extensión de forma refleja a las mujeres con discapacidad intelectual o mental en régimen de protección vulnera, sin duda alguna, el artículo 23 de la Convención de Nueva York que recoge los derechos que corresponden a la persona con discapacidad en el ámbito familiar.

Expuesta hasta aquí la evolución experimentada por ambos colectivos en el reconocimiento de sus derechos, concretamente, en la ampliación de su esfera de actuación a través de la capacidad progresiva y de la capacidad conservada, es evidente que, en ambos casos, existen parcelas de decisión vedadas al titular y que corresponden a su representante legal; realidad que no plantea especiales dificultades respecto del menor edad toda vez que existe la emancipación y, sin duda, el advenimiento de la mayor edad. Ahora bien, desde el punto de vista del mayor edad vulnerable, conviene plantearse si el modelo consensual concebido básicamente para el tráfico patrimonial es el adecuado para todo proceso de toma de decisiones (elegir dónde y con quién vivir, actos y tratamientos médicos, actos de la vida corriente, actos relacionados con la esfera personal y familiar) y, en su caso, cuáles son las alternativas al binomio capacidad – incapacidad que aún se intuye en el Código civil, a pesar de haber instaurado la curatela como fórmula de asistencia a la toma de decisión de la persona protegida y de haber reconocido un ámbito de actuación por disposición expresa de la ley o de la sentencia de modificación de la

capacidad <sup>5)</sup>.

Son muchas las decisiones «no contractuales» que puede adoptar la persona con discapacidad en los distintos aspectos de su vida, por ejemplo, en la esfera personal y familiar, y allí no sólo será cuestión de capacidad para consentir (matrimonio, reconocimiento de hijos, esterilización, interrupción del embarazo) sino cuestión de capacidad para mantener relaciones personales de naturaleza familiar, ostentar la titularidad y el ejercicio de la patria potestad...; por tanto, de una cuestión de derechos que, a mi juicio, no pueden quedar cercenados por un modelo «contractual» que se exporte a todas las relaciones jurídicas de las que es titular la persona con discapacidad <sup>6)</sup>.

---

## NOTAS AL PIE DE PÁGINA

---

1

En un reciente trabajo, CARRASCO PERERA, A., «Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad», <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 12 de Octubre de 2018, se refiere a este tipo de actos como actos *cuyas consecuencias no se externalizan ordinariamente* y se muestra partidario de dispensarles un régimen separado y distinto de los negocios de tráfico patrimonial oneroso *inter vivos*.

2

Vid. la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

3

Así, su derecho a ser oído en los asuntos que le conciernan ( [art. 9 LOPJM](#)), consentir actuaciones en el ámbito de la salud ( [art. 9.4](#) y [9.5 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 clínica), la constitución del acogimiento (art. 173 Cc) o la adopción (art. 177 Cc), el reconocimiento de hijo extramatrimonial (art. 121 Cc), hacer testamento (art. 663 Cc), celebrar un contrato de trabajo ( [art. 7.b ET](#)).

4

En distinto sentido ALEMANY, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2018, n.º 52, pg. 214, considera que la Convención de Nueva York incurre en un grave error al ignora(r) la tradicional analogía con la minoridad.

En parecidos términos se plantea esta cuestión respecto del ámbito biosanitario, RAMIRO AVILÉS, M.A., «*Discapacidad, salud, sanidad e investigación*», en Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español, Cuenca Gómez (Editora), Dykinson, Madrid, 2010, pg. 153, que deja apuntadas las vías que pueden explorarse para la articulación del artículo 12: *i) la capacidad es la misma en el ámbito biosanitario que en el civil o ii) atendiendo a la especificidad propia del ámbito sanitario que hizo que la Ley 41/2002 rebajase la mayoría de edad a los 16 años, la capacidad es diferente en el ámbito biosanitario que en el civil.*

---

En este sentido, y de forma más llana y gráfica, CARRASCO PERERA, *Discapacidad personal...* cit, pg. 2, entiende que *en aquellos actos de valor jurídico que sólo importan al discapacitado, o que importan al discapacitado más que a nadie, no se pueden establecer restricciones fundadas en un escrutinio de la capacidad de obrar.*