

Colección **JURÍDICA GENERAL**

Monografías

El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad

(El Derecho español a la luz del artículo
23 de la Convención de Nueva York)

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Valladolid

Prólogo

Rafael de Asís

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL

TÍTULOS PUBLICADOS

- El incumplimiento no esencial de la obligación**, *Susana Navas Navarro* (2004).
- Derecho nobiliario**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2005).
- La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario**, *José Antonio Magdalena Anda (Coord.)* (2005).
- Derecho agrario**, *Carlos Vattier Fuenzalida e Isabel Espín Alba* (2005).
- Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional**, *Susana Navas Navarro (Directora)* (2006).
- Democracia y derechos humanos en Europa y en América**, *Amaya Úbeda de Torres* (2006).
- Derecho de obligaciones y contratos**, *Carlos Rogel Vide* (2007).
- Comentarios breves a la Ley de arbitraje**, *Ernesto Díaz-Bastien (Coord.)* (2007).
- La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, *Rosario León Jiménez* (2007).
- Estudios de Derecho Civil**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores**, *Miguel Navarro Castro* (2008).
- De los derechos de la nieve al derecho de la nieve. Tres estudios jurídicos relacionados con la práctica del esquí**, *Ignacio Arroyo Martínez* (2008).
- Deporte y derecho administrativo sancionador**, *Javier Rodríguez Ten* (2008).
- La interpretación del testamento**, *Antoni Vaquer Aloy* (2008).
- Derecho de la persona**, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2008).
- Derecho de cosas**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Historia del Derecho**, *José Sánchez-Arcilla Bernal* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Ceuta y Melilla, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Valencia**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad**, *M.^a Dolores Díaz Palarea y Dulce M.^a Santana Vega (Coords.)* (2008).
- Transexualidad y tutela civil de la persona**, *Isabel Espín Alba* (2008).
- Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa**, *Luis Javier Gutiérrez Jerez* (2009).
- El caballo y el Derecho civil**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2009).
- Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico**, *Carmen L. García Pérez, Ascensión Leciñena Ibarra y María Luisa Mestre Rodríguez* (2009).
- Personas y derechos de la personalidad**, *Juan José Bonilla Sánchez* (2010).
- Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía**, *Gabriel García Cantero* (2010).
- La posesión de los bienes hereditarios**, *Justo J. Gómez Díez* (2010).
- Derecho de sucesiones**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
- Derecho de la familia**, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2010).
- La reforma del régimen jurídico del deporte profesional**, *Antonio Millán Garrido (Coord.)* (2010).
- Estudios sobre libertad religiosa**, *Lorenzo Martín-Retortillo Baquer* (2011).
- Derecho matrimonial económico**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2011).
- Derecho de la Unión Europea**, *Carlos Francisco Molina del Pozo* (2011).
- Las liberalidades de uso**, *Carlos Rogel Vide* (2011).

El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo, Paloma de Barrón Arniches (2011).

La reproducción asistida y su régimen jurídico, Francisco Javier Jiménez Muñoz (2012).

En torno a la sucesión en los títulos nobiliarios, Carlos Rogel Vide y Ernesto Díaz-Bastien (2012).

La ocupación explicada con ejemplos, José Luis Moreu Ballonga (2013).

Orígenes medievales del Derecho civil. El universo de las formas. Lo jurídico y lo metajurídico, Jesús Ignacio Fernández Domingo (2013).

Sociedad de gananciales y vivienda conyugal, Carmen Fernández Canales (2013).

El precio en la compraventa y su determinación, Carlos Rogel Vide (2013).

Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo, Miguel L. Lacruz Mantecón (2013).

Derecho de obligaciones y contratos, Carlos Rogel Vide (2ª edición, 2013).

Los medicamentos genéricos, entre la propiedad privada y la salud pública, Antonio Juberías Sánchez (2013)

Aceptación y contraoferta, Carlos Rogel Vide (2014).

Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración, Olivier Soro Russell (2014).

Derecho financiero y tributario I, José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli (2014).

La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013, Marta Blanco Carrasco (2014).

La mera tolerancia, Jesús Ignacio Fernández Domingo (2014)

Derecho de la Unión Europea, Carlos Francisco Molina del Pozo (2ª edición, 2015).

La nuda propiedad, Carlos Rogel Vide (2015).

Derecho financiero y tributario I, José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli (2ª edición, 2015).

Daños medioambientales y derecho al silencio, Luis Martínez Vázquez de Castro (2015).

Ética pública y participación ciudadana en el control de las cuentas públicas, Luis Vacas García-Alós (2015).

El contrato de sociedad civil: delimitación y régimen jurídico, Eduardo Serrano Gómez (2015).

Convivencia de padres e hijos mayores de edad, Miguel L. Lacruz Mantecón (2016).

Separaciones y divorcios ante notario, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.-Coord.) (2016).

El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual, Olivier Soro Russell (2016).

Derecho de cosas, Carlos Rogel Vide (2ª edición, 2016).

La perfección del contrato –últimas tendencias–, Ignacio de Cuevillas Matozzi y Rocco Favale (2016).

Derecho de obligaciones y contratos, Carlos Rogel Vide (3ª edición, 2016).

Los gastos del pago, Verónica de Priego Fernández (2016).

Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa, Antonio Mozo Seoane (2017).

Préstamo para compra de vivienda y vinculación de ambos contratos, Miguel Ángel Tenas Alós (2017).

La sucesión legal del Estado, Miguel L. Lacruz Mantecón (2017).

Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.) y Manuel García Mayo (Coord.) (2017).

Derecho de supresión de datos o derecho al olvido, Ana Isabel Berrocal Lanzarot (2017).

El nombre de las personas, Jesús Ignacio Fernández Domingo (2017).

Derecho de la familia, Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba (2ª edición, 2018).

Derecho de la persona, Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba (2ª edición, 2018).

La modificación de los alimentos a los hijos, Carmen Callejo Rodríguez (2018).

Derecho Privado Romano, Adela López Pedreira, Elena Sánchez Collado, Santiago Castán Pérez-Gómez, María Amparo Núñez Martí, Xesús Pérez López (2018).

- La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona**, *Cristina de Amunátegui Rodríguez* (2018).
- Los robots y el Derecho**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2018).
- La partición efectuada por el causante. Régimen del Código civil y aragonés, con breve referencia a otros Derechos forales**, *Elena Bellod Fernández de Palencia* (2018).
- Derecho de la Unión Europea**, *Carlos Francisco Molina del Pozo* (3ª edición, 2019).
- Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico**, *Manuel García Mayo* (2019)
- Derecho financiero y tributario I**, *José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli* (6ª edición, 2019).
- Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios**, *Mª Patricia Represa Polo* (2019).
- El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)**, *Cristina Guilarte Martín-Calero* (2019).

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL
Monografías

Directores:
CARLOS ROGEL VIDE
CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ
Catedráticos de Derecho civil UCM

**EL DERECHO A LA VIDA
FAMILIAR DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD**
(El Derecho español a la luz del artículo 23 de
la Convención de Nueva York)

Cristina Guilarte Martín-Calero
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid

Prólogo
Rafael de Asís
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2019

El presente trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación *La nueva protección jurídica de las personas vulnerables* (DER2015-69120-R MINECO-FEDER) y *El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español* (JCYL, VA163G18).

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2019)
ISBN: 978-84-290-2173-8
Depósito Legal: M 34290-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

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 mi madre, el pilar de nuestra casa

PRÓLOGO

Por distintas razones, que expondré de manera desordenada, constituye para mí un auténtico placer escribir unas líneas de presentación de la obra *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, escrita por la catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, Cristina Guilarte Martín-Calero.

Se trata de un libro que se proyecta en una temática nuclear no sólo para el Derecho de la discapacidad y para los derechos de las personas con discapacidad, sino también para los derechos humanos y para el propio Derecho en general. La obra, como señala su título, se refiere al derecho a la vida familiar (y por tanto a los derechos presentes en ese entorno), tomando como referencia el artículo 23 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, lo que obliga a la autora a comenzar el trabajo abordando la cuestión de la capacidad jurídica y el importante artículo 12 de esa misma norma internacional.

Como es sabido, ese artículo 12, que es el que más discusión generó cuando se aprobó la Convención, reconoce el derecho a una igual capacidad jurídica a las personas con discapacidad y permite cuestionar la incapacitación jurídica y con ello los mecanismos de sustitución de la voluntad.

No hay que dedicar mucho esfuerzo para destacar la relevancia que esta cuestión tiene para las personas con discapacidad y para un modelo jurídico construido sobre una idea de capacidad de la que la Convención se separa. Abordar su estudio, desde un enfoque que conjuga la perspectiva civilista y el enfoque de derechos humanos, constituye, sin duda, una de las grandes virtudes de este libro.

Hace algo más de diez años, cuando se aprobó la Convención y se comenzó a analizar su incidencia en el Derecho español, no era fácil encon-

trar planteamientos, elaborados desde el Derecho civil, y que cuestionaran la construcción de la capacidad jurídica presente desde los orígenes de la modernidad. Sin embargo, esto ha cambiado en la actualidad, seguramente gracias a ciertas reformas legislativas y trabajos científicos, a la presión de las propias personas con discapacidad, pero sobre todo a una importante y novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Aun así, queda mucho camino por hacer y no puede afirmarse que el modelo de la Convención sea el mayoritario en el campo jurídico. De ahí la relevancia de *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*; una obra que expresa ese cambio y que da cuenta de cómo es posible abordar la cuestión de la capacidad jurídica, con rigor científico, combinando enfoque de derechos humanos, dogmática civilista, Derecho internacional, Derecho comparado...

Ahora bien, el libro tiene como objetivo estudiar el impacto del artículo 23 de la Convención de Nueva York en el Derecho español, por lo que, una vez abordado el tratamiento de la capacidad jurídica, pasa a estudiar el elenco de derechos que rodean la vida familiar. Se trata, de nuevo, de una cuestión de gran actualidad dentro de la reflexión sobre los derechos del niño y la niña y sobre las personas con discapacidad, y que está siendo objeto de tratamiento por parte de los Comités de Naciones Unidas encargados de supervisar la situación de los derechos de estos colectivos. En este punto, la autora aborda de manera crítica y con propuestas de *lege ferenda*, asuntos como el derecho al matrimonio, el derecho a fundar una familia o el derecho a la vida familiar, deteniéndose en aquellos aspectos que hacen más problemática su satisfacción y pronunciándose sobre sus posibles soluciones. Así, se refiere a las particularidades patrimoniales del matrimonio de la persona con discapacidad, a la separación y el divorcio, a la esterilización forzosa (uno de los dos grandes problemas subrayados por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en su reciente segundo informe sobre España), a la interrupción voluntaria del embarazo, al acceso a las técnicas de reproducción asistida, a la filiación, la patria potestad, la adopción...

En este sentido es un libro que, además de describir la normativa y la jurisprudencia sobre todos estos temas, se posiciona al respecto. Utilizando la terminología bobbiana es, a la vez, una toma de posesión y una toma de posición.

En este sentido constituye un libro de obligada lectura para las personas interesadas en los derechos de las personas con discapacidad, pero además, también, para toda aquella que quiera estar al día en cómo está cambiando

el tratamiento de la capacidad jurídica y sus consecuencias para los derechos relacionados o implicados en la vida familiar.

De alguna manera, el trabajo de Cristina Guilarte, sirve para expresar el encuentro entre dos caminos que partieron del mismo momento histórico, pero que han permanecido generalmente separados, con pequeñas conexiones puntuales, a lo largo de más de dos siglos: el camino de los derechos humanos y el de los derechos personalísimos.

Siempre he animado, tengo que reconocer que sin éxito, a los estudiantes de doctorado, a realizar una tesis que de cuenta de esa historia paralela de los derechos humanos de la Revolución Francesa y de los derechos personalísimos del Código de Napoleón. Unos derechos humanos regulados desde una perspectiva de Derecho público, como límites al poder y con una proyección difícil en el ámbito de las relaciones entre particulares; y unos derechos personalísimos regulados desde una perspectiva de Derecho privado, presidida por el principio de la autonomía de la voluntad. Dos caminos coincidentes en ocasiones en su objeto, pero muchas veces incommunicados en su tratamiento.

Pues bien este libro de Cristina Guilarte expresa de alguna manera ese encuentro y lo hace con la solidez y minuciosidad con la que esta civilista nos tiene acostumbrados y que ha hecho que sea un referente en el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad.

Como ya he señalado, la autora del libro expone de manera valiente no sólo sus posiciones sino posibles vías de reforma de la normativa española. Tengo que reconocer que estoy de acuerdo con buena parte (no todas) de sus propuestas, pero sobre todo, que comparto el enfoque general desde el que las construye. Un enfoque centrado en el instrumento de los apoyos, en la voluntad y preferencias de las personas y en su participación en los asuntos que las conciernen.

Y es que probablemente, estos son algunos de los referentes ineludibles para lograr la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad y acabar con la discriminación que sufren.

En todo caso, lo anterior requiere no solo de reformas normativas sino, sobre todo, de un cambio de mentalidad en la sociedad en general, y en la comunidad jurídica en particular. Trabajos como el que prologo contribuyen sin duda a lograr este cambio.

Conocí a Cristina Guilarte hace unos años de la mano de otro querido compañero de la Universidad de Valladolid, el profesor Javier García Medina. Desde el primer momento y durante todo este tiempo, la profesora Guilarte me ha demostrado que es una fina jurista, con un excelente conocimiento del Derecho, gran vocación universitaria y enorme capacidad de

Prólogo

trabajo. Cristina Guilarte pertenece a ese colectivo universitario, no muy común, que facilita las cosas y con el que da gusto trabajar.

Es una suerte, para todos los que estamos comprometidos con la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad, contar con la colaboración de una civilista de su talla.

RAFAEL DE ASÍS
Molino de la Hoz
Junio de 2019

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	9
CAPÍTULO PRIMERO. CONTEXTUALIZACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	13
I. Las bases del nuevo sistema: el artículo 12 de la Convención de Nueva York.....	17
II. La conformidad del sistema español de protección con la Convención de Nueva York: necesidad imperiosa de una reforma	31
III. La aplicación de la convención por parte del Tribunal Supremo: un nuevo modelo	38
1. Incapacitación y Convención de Nueva York	39
2. La determinación de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.....	44
a) Perfecta correlación entre la prueba practicada y la convicción del juzgador. Motivación	44
b) La asistencia como fórmula preferente	46
c) Personalización de la medida: actos a los que se extienden los apoyos	51
d) La autonomía de las personas con discapacidad.....	63
e) La interpretación del interés de la persona con discapacidad	66
IV. El dispositivo contractual y su general aplicación a las personas con discapacidad.....	70
1. El modelo del Código Civil: la capacidad para prestar el consentimiento contractual y su propagación a todos los aspectos de la vida	75
2. La capacidad para prestar el consentimiento informado: hacia un modelo de valoración <i>ad casum</i> con garantías.....	79
3. Una propuesta <i>lege ferenda</i>	87

CAPÍTULO SEGUNDO. EL DERECHO AL MATRIMONIO	93
I. El matrimonio de las personas con discapacidad	96
II. Su tratamiento en las distintas reformas del Código civil	99
1. El Código civil de 1989.....	99
2. Su regulación en la Ley de 7 de julio de 1981: el artículo 56.2 del Código civil	100
3. La Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria	113
4. La Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.....	115
5. El carácter discriminatorio de la regla aplicable a las personas con discapacidad.....	119
III. Particularidades patrimoniales derivadas del matrimonio de la persona con discapacidad en el Código civil.....	131
1. El otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por persona con discapacidad mental o intelectual	132
2. Las donaciones por razón de matrimonio	134
3. Previsiones especiales en materia de régimen económico matrimonial: la sociedad legal de gananciales	139
a) La modificación judicial de la capacidad.....	140
b) La imposibilidad de hecho.....	141
IV. La crisis conyugal: separación y divorcio de la persona con discapacidad	143
1. Algunas notas de derecho comparado.....	145
2. El Derecho español: una interpretación conforme a la convención de Nueva York.....	149
CAPÍTULO TERCERO. EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA	159
I. La esterilización involuntaria o forzosa en el Derecho español	163
1. El artículo 428 del Código penal	168
2. El artículo 156 del Código penal (lo 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal).....	174
3. El artículo 156.2 del Código penal (lo 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal)	181
4. Una propuesta <i>lege ferenda</i>	184
II. La interrupción del embarazo de la mujer con discapacidad mental o intelectual	188
1. El consentimiento de la mujer embarazada con discapacidad en las sucesivas reformas del Derecho español	189
2. Análisis crítico de la norma vigente: el doble consentimiento	191
3. La información a suministrar en la interrupción voluntaria del embarazo y la mujer con discapacidad.....	196
III. El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.....	198
IV. La determinación de la filiación de los hijos de las personas con discapacidad	205

V. La renuncia de la madre con discapacidad mental o intelectual a su maternidad	211
CAPÍTULO CUARTO. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	215
I. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vida familiar: especial referencia a la vida familiar de las personas con discapacidad.....	216
II. El derecho a la vida familiar de los padres y madres con discapacidad	230
1. Patria potestad y discapacidad en situación de convivencia de los progenitores.....	233
2. Discapacidad y situaciones de crisis matrimonial: principio de no discriminación e interés del menor	235
3. La discapacidad del progenitor como causa de desamparo del menor	242
3.1. Las medidas de protección	245
3.2. Discapacidad y adopción: el interés del menor	249
3.2.1. Valoración de la familia biológica y retorno del menor.....	251
3.2.2. Valoración de la familia de acogida y mantenimiento de la medida de protección.....	253
III. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas con discapacidad.....	254
BIBLIOGRAFÍA CITADA	267
RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS	279
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	279
Tribunal Constitucional	281
Tribunal Supremo	281
Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	283

