

**NOTAS SOBRE EL APOYO A LA AUTODETERMINACIÓN  
DE LA PERSONA INCAPACITADA EN EL CÓDIGO CIVIL A PARTIR  
DE LA CONVENCION NU SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD**

Joaquín María RIVERA ÁLVAREZ  
*Sección Departamental de Derecho Civil  
E.U. Trabajo Social  
Universidad Complutense*

**SUMARIO:**

- I. RAZÓN DE LA COMUNICACIÓN
- II. LA NECESIDAD DE UNA ASISTENCIA PERSONAL QUE MEJORE O MANTENGA LAS CAPACIDADES DE AUTODETERMINACIÓN DEL SUJETO DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO
- III. PROBLEMAS DE UNA CONFIGURACIÓN NORMATIVA ACTUAL EN LAS INSTITUCIONES CIVILES Y PROPOSICIONES DE REFORMA

## I. RAZÓN DE LA COMUNICACIÓN

La ratificación y vigencia actual de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CIDPD— ha planteado, tanto en nuestro legislador como en las instituciones y los autores, una serie de reflexiones sobre la necesidad de adaptar nuestra legislación civil actual a la misma. Ciertamente son diversas las propuestas y planteamientos que se deducen en el campo de las Instituciones civiles a la espera del cumplimiento de la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo: «El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006». El Gobierno ha aprobado el anteproyecto que, es cierto, ya se encuentra realizado por el Ministerio de Justicia y que, a decir de la mayoría de la doctrina, tiene exclusivamente carácter estricto y formal —es decir, tiende al cambio de denominación de las personas beneficiarias y de los procedimientos esencialmente.

Al albur de estas tendencias reformadoras, nos interesa estudiar el impacto que tiene la convención sobre la regulación civil de la obligación que tiene el guardador de vela. Y especialmente, sobre su papel a la hora de mantener o mejorar la capacidad y aptitudes de autodeterminación (habilitación y rehabilitación). El derecho a la habilitación y rehabilitación exigido en el art. 26 de la Convención a los Estados pretende que las personas con discapacidad «puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación

plena en todos los aspectos de la vida». De forma que, la convención exige a los estados su actuación para procurar servicios y programas, tanto generales de habilitación o rehabilitación, como en los específicos de los ámbitos de salud, empleo, educación y servicios sociales. Para la efectividad de dichos programas, la convención recoge varias proposiciones normativas: primera, que dichos servicios y programas comiencen en la etapa más temprana posible; segundo, que se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; tercero, que apoyen la voluntaria participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, estando a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales. Pues bien, en este punto debemos recordar la normativa civil existente, en ella se debe resaltar las obligaciones que tienen los tutores de vela de los tutelados, lo cual se particulariza en la obligación de alimentarlos y promover la adquisición y recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad [art. 269.1.º y 2.º del CC, art. 222.-38<sup>(1)</sup> del Código Civil catalán —sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo II (Autonomía en el ámbito de la salud) del Título I del Libro segundo— y art. 124 de la Ley aragonesa de Derecho de la Persona<sup>(2)</sup>]. De ahí que debemos preguntarnos dos cuestiones esencialmente: ¿hasta qué punto, a través de las instituciones civiles de guarda se sirve al cumplimiento de nuestro estado de las obligaciones descritas en el art. 26 de la Convención?, ¿Cómo, en la dinámica del procedimiento de modificación de la capacidad y del ejercicio de las funciones tuitivas puede salvaguardarse dicho derecho?

Para contestar dichas cuestiones, con carácter previo, por su interés, comentaremos dos propuestas actuales que me sirven de acicate: una recogida en el documento para el debate de la Fundación Tutelar Extremeña, titulado «Configuración jurídica de un modelo de apoyos. Planteamientos y propuestas del sistema de medidas de apoyo que viene aplicando FUTUEX

- 
- (1) 1. «El tutor debe asegurar el bienestar moral y material de la persona incapacitada y debe respetar tanto como sea posible los deseos que ésta exprese de acuerdo con su capacidad natural; 2. El tutor debe hacer todo lo que sea necesario para favorecer la recuperación de la capacidad del tutelado y su inserción en la sociedad o, si eso no es posible, para prevenir su empeoramiento y para mitigar las consecuencias de la incapacidad».
  - (2) «El tutor del incapacitado no está obligado a tenerle en su compañía, pero debe procurarle la atención especializada que requiera, así como promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad.»

en Extremadura y otras propuestas de reforma legislativa», Olivenza febrero 2010<sup>(3)</sup>; La segunda parte del trabajo de un grupo de fiscales especializados del que destacamos el denominado «Conclusiones de las jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas. Madrid. 19 y 20 de octubre de 2009. La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad y sus efectos en el Derecho Interno<sup>(4)</sup>». Ambas pretenden la modificación legislativa del modelo de sustitución que entienden es el actual de nuestro Código Civil por el de apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad —tal como indica el art. 12 de la convención—. Dicho cambio procuraría el establecimiento de una salvaguardia efectiva a los derechos establecidos por la convención, en el sentido indicado por el art. 12.4 de la Convención («las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona»). De ambas propuestas surge por lo tanto, teniendo presente que no hay dos personas iguales en el ámbito de la discapacidad, la conclusión de que debe existir un sistema más flexible y respetuoso con la autonomía del sujeto que el actual que sólo distingue entre incapacitación parcial y total.

Sin embargo conviene detenerse en las diferencias entre las proposiciones. La primera, de la Fundación, se apoya en su experiencia actual en la adopción de medidas de apoyo; que la entidad aplica en paralelo al sistema de incapacitación judicial. Entienden que lo que hay que graduar no es tanto la capacidad como el apoyo «para, dentro de la voluntad de la persona, garantizar el ejercicio pleno de ésta mediante un mecanismo que pueda servir de auxilio o de asesoramiento a la efectiva graduación judicial<sup>(5)</sup>». Pretende un sistema de guarda legal, distinto del de los menores, y único, es decir, no diferenciado según sea total o parcial la falta de capacidad, con posibilidades de actuación, permanente o temporal, mayores o menores en función de las necesidades de atención. Y en este punto, para

---

(3) En [http://www.futuex.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3115&Itemid=182](http://www.futuex.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3115&Itemid=182).

(4) En [http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1240559967837&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_buscadorDocEspecialista&vest=1240559967837](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1240559967837&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorDocEspecialista&vest=1240559967837).

(5) Futuex: «Configuración jurídica del modelo de apoyos», pág. 5.

medir cuáles son las medidas de apoyo sobre las que debe instaurarse se debe partir de la incorporación en el procedimiento de modificación de la capacidad de un PLAN DE ATENCIÓN INDIVIDUALIZADO. Para su realización debería contarse con un «equipo multidisciplinar que, en coordinación y movilización de los recursos comunitarios, desarrolla el análisis o establecimiento de medidas de apoyo lo más ajustadas y personalizadas a las características intrínsecas y extrínsecas de cada persona con discapacidad<sup>(6)</sup>». Actualmente, la fundación cuenta con un equipo multidisciplinar; éste está compuesto con un especialista jurídico y un equipo psicosocial de coordinación y gestión, formado por un psicólogo y un trabajador social, un técnico administrativo y siete delegados de apoyo. Dicho equipo psicosocial realiza un Plan de Atención Individualizado que identifica las medidas de apoyo necesarias. Con posterioridad, se asigna a la persona un Delegado de Apoyo que sirve como gestor del seguimiento y referente del apoyo que sirve «para proporcionar el amparo necesario a la persona con discapacidad en todas las áreas de desarrollo, sirviendo de complemento y apoyo para cubrir las necesidades de salud y seguridad, cognitivas, morales, afectivo-emocionales, educativas, profesionales, de autonomía personal, de inclusión social, de ocio y tiempo libre, sanitario-higiénicas, sociales, etc. necesarias, así como en cualesquiera áreas de funcionamiento en la comunidad y administrativo-económico que se hayan determinado<sup>(7)</sup>». A partir de su trabajo se realiza una evaluación y, en función de los resultados, una reprogramación de los Planes de Atención Individualizados. Por último, debe contarse con una jurisdicción especial, los jueces y tribunales de Protección, junto con equipos de fiscalía igualmente especializados; dentro de los órganos jurisdiccionales también se encontrarían los equipos multidisciplinarios.

La segunda propuesta examinada —la nacida del grupo de fiscales especializados en la protección de personas con discapacidad— pretende, desde la figura de la curatela, articular medidas concretas e individualizadas de apoyo, distinguiéndose diferentes ámbitos (el personal y de salud, el patrimonial, el de inclusión social y el de vida independiente). En ellas

---

(6) Ob. cit., pág. 10.

(7) Ob. cit., pág. 12. Dicho delegado, próximo al lugar de domicilio del tutelado, tendrá un programa de formación para proporcionarle las estrategias y herramientas necesarias y adecuadas a las exigencias de cada caso.

el curador debe evitar restringir la voluntad de la persona con discapacidad. La tutela debe ser constituida excepcionalmente sólo en los casos de ausencia de capacidad de obrar. De forma que el procedimiento judicial de modificación no tiene por finalidad la restricción de capacidad sino la adopción de medidas de apoyo o salvaguardas. Para ello, se necesita —conforme a nuestra comunicación—: 1.º la especialización de los jueces y tribunales, con competencia en uno o varios partidos, y la optimización de los organismos técnicos de apoyo (Instituto de Medicina Legal, psicólogos y psiquiatras y trabajadores sociales adscritos); 2.º determinar en la demanda la razón por la que se insta el procedimiento —es decir, especificar en qué medida se mejora o no la condición del sujeto con la adopción de medidas de apoyo o salvaguarda—; 3.º mejorar el informe médico/forense en su contenido, determinando dentro de los contenidos mínimos: a) las habilidades de la vida independiente (Autocuidado: Aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento, etc. Instrumentales cotidianas: Comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda etc.); b) Habilidades económico-jurídico-administrativas (Conocimiento de su situación económica. Capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos etc. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros. Capacidad para realizar disposiciones testamentarias. Capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor); c) Habilidades sobre la salud: Manejo de medicamentos. Seguimiento de pautas alimenticias. Autocuidado: cuidado de heridas, úlceras, etc. Consentimiento del tratamiento; d) Habilidades para el transporte y manejo de armas: Capacidad para la conducción de vehículos. Capacidad para el manejo de armas; e) Habilidades en relación con este procedimiento: Conoce el objeto del procedimiento. Conoce sus consecuencias, y f) Capacidad contractual. Conoce el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial<sup>(8)</sup>. 4.º establecer en la sentencia judicial «con total individualización: a) El régimen de apoyos y salvaguardias. b) Persona o personas, o Institución en quien recaiga el nom-

(8) Dichas determinaciones han pasado al modelo de requerimiento medico-forense o facultativo previo a la demanda y demanda que LOPEZ EBRI, G.A., *Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos para la protección de las personas con discapacidad. Formularios y dictámenes*, Fundación Equitas, Valencia 2009, págs. 15-16, 22-23.

bramiento. c) Los mecanismos de control para su desarrollo. d) La duración temporal, cuando así proceda».

## II. LA NECESIDAD DE UNA ASISTENCIA PERSONAL QUE MEJORE O MANTENGA LAS CAPACIDADES DE AUTODETERMINACIÓN DEL SUJETO DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO

Desde una perspectiva valorativa y conforme a las tendencias sociales actuales —la denominada perspectiva socio ecológica—, el modelo de apoyo individualizado es claramente un método benigno porque favorece la autodeterminación del sujeto y permite el respeto de dignidad de la persona. A ello podemos llegar en base a que, puesto en balanza el principio de autonomía con el principio que exige la protección del sujeto «débil» debe preponderar el primero, en tanto el sujeto tenga facultades y aptitudes mínimas que permiten el conocimiento previo de las repercusiones y la libre toma de una decisión. Ahora bien, no pudiendo éste usar total o parcialmente de su autonomía por consecuencia de la enfermedad o deficiencia, debe considerarse la intervención de terceros que, en base al mismo principio, deben actuar de la forma más atenuada posible en el ámbito de decisión del sujeto: apoyo —dirigido a que el sujeto comprendido y respetado en su decisión— en vez de control y/o sustitución de la voluntad<sup>(9)</sup>. Como nos dice Van Loon<sup>(10)</sup>: «la independencia no está relacionada con hacer cosas en solitario o sin ayuda, sino que está ligada a obtener asistencia cuándo y cómo la necesita la persona. La noción de “control en principio” implica que la persona tiene el control de su vida aunque puede que otros realicen el contenido físico o intelectual de ciertas tareas».

También deónticamente, los principios recogidos en la Convención de respeto de la dignidad inherente, autonomía individual —incluso la libertad de tomar las propias decisiones—, independencia y de participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad [art. 3 a y d) de la convención], pueden plenamente incardinarse en nuestro Derecho, sin que exista una

---

(9) Claramente esta preponderancia en el campo de los servicios de discapacidad, en WEHMEYER, M.L., «Autodeterminación: una visión de conjunto conceptual y análisis empírico», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 32 (2), núm. 194, 2001, pág. 8.

(10) «Autodeterminación para todos. Autodeterminación en Arduin», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 37(4), núm. 220, 2006.

contradicción de éstos con lo dispuesto en la Constitución Española dado que ésta prioriza la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos de nuestro ordenamiento —véase su desarrollo en el art. 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre— y describe la atención que debe garantizar nuestro estado no sólo desde el aspecto de la previsión o tratamiento sino desde la rehabilitación e inclusión, exigiendo también una acción política dirigida a la tutela de los derechos fundamentales y sociales que se garantizan en el Título I de la Constitución (art. 49 de la CE). Fuera del campo de la norma del art. 12 de la convención, nos interesa poner en valor también el art. 26 (Habilitación y Rehabilitación) que procura obligar a los estados al establecimiento de servicios y programas dirigidos a mantener y lograr «la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida». Sin el mismo, la efectividad de los principios antes aludidos y de la norma del art. 12 de la Convención estarían gravemente comprometidos. Dicha habilitación, no sólo pretende el acceso a la educación y la formación, sino también «aprender a través de la experiencia»<sup>(11)</sup>.

En tercer lugar, debemos resolver el problema de la necesidad de la asistencia o apoyo, considerándolo desde la perspectiva empírica: ver si dentro del proceso de mantenimiento y mejora de las capacidades de autodeterminación, la asistencia personal no sólo es un método adecuado sino imprescindible para el cumplimiento de sus fines. Dicha necesidad, como se nos recuerda constantemente, debe cubrir muy diferentes campos de actuación del sujeto (enfoque multidimensional): sanitario, asistencial, moral, educativo, laboral/profesional, de ocio y tiempo libre...etc. Y realmente tiene dos momentos claros: uno primero de formación de las aptitudes, capacidades y voluntad del sujeto —previo a la toma de decisiones—; y otra, más puntual, al momento de la toma de decisiones —haciéndolas, por ejemplo, ver todas las posibilidades de un problema, haciéndolo comprensible cognitivamente o ampliando la información sobre las consecuencias de los actos— por ejemplo<sup>(12)</sup>.

(11) VAN LOON, J: «Autodeterminación...», págs. 39-40.

(12) Este aspecto dinámico en HERRERA MARTÍN-CARO, E., «¿Qué es autodeterminación?», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 37 (4), núm. 220, 2006, págs. 81 y ss.

Lo primero que debemos tener claro es que la discapacidad intelectual no se considera como un «absoluto», es decir, algo que resulta invariable en el sujeto que la sufre, sino que es «una limitación del funcionamiento humano que ejemplifica la interacción entre la persona y su entorno»; de esta forma, en función de los apoyos individualizados que reciba, podrá mejorar su funcionamiento individual y su calidad de vida<sup>(13)</sup>. Dicha conclusión es mucho más problemática en el supuesto de la enfermedad mental o de las enfermedades o deficiencias que se derivan de procesos de envejecimiento en donde la atención va más dirigida al mantenimiento, en lo posible, de la capacidad de autodeterminación. No obstante, el marco conceptual actual del funcionamiento humano es un término que agrupa cinco dimensiones (habilidades intelectuales, comportamiento adaptativo, salud, participación y contexto) —necesaria distinción para lograr diagnosticar— y una descripción general del papel que los apoyos tienen en dicho funcionamiento<sup>(14)</sup>. A partir de dicho marco, se establecen indicadores que permiten trazar cuál es la calidad de vida de la persona con discapacidad:

---

(13) SCHALOCK, R.L., «La nueva definición de discapacidad intelectual, apoyos individuales y resultados personales», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 40 (1), núm. 229, PG. 23.

(14) *Ibidem*, pág. 26-27: Habilidades intelectuales (razonamiento, planificación, resolución de problemas, pensamiento abstracto, comprensión de ideas complejas, aprendizaje rápido y aprendizaje mediante la experiencia), comportamiento adaptativo (conjunto de habilidades prácticas, sociales, y conceptuales, que las personas han aprendido para funcionar en sus vidas diarias), salud (estado de bienestar social, mental y físico pleno), participación (rendimiento de las personas en actividades sociales: vida doméstica, trabajo, educación, ocio, vida espiritual y actividades culturales); contexto (factores medioambientales que conforman el entorno actitudinal, social y físico, y los factores personales que se componen de rasgos de la persona que pueden desempeñar un papel en el funcionamiento humano y, por extensión en la discapacidad).

<b>Factor de calidad de Vida</b>	<b>Dimensión</b>	<b>Indicadores de ejemplo</b>
Independencia	Desarrollo personal	Nivel educativo, habilidades personales, comportamiento adaptativo
	Autodeterminación	Elecciones, decisiones, autonomía, control personal, objetivos personales
Participación social	Relaciones interpersonales	Redes sociales, amistades, actividades sociales, interacciones, relaciones
	Inclusión social	Integración y participación en la comunidad, papeles comunitarios, apoyos
	Derechos	Humanos (respeto, dignidad, igualdad)
Bienestar		Legales (acceso, tratamiento legal justo)
	Bienestar emocional	Seguridad, experiencias positivas, satisfacción, autoconcepto, ausencia de estrés
	Bienestar físico	Estado de salud y nutrición, entretenimiento, ocio
	Bienestar material	Situación financiera, estatus laboral, vivienda, posesiones

Tabla 1: (VAN LOON 2009, R.L. SCHALOCK, 2009).

Este marco conceptual ha tenido relativa relevancia, pues permite la creación de una planificación centrada en la persona y la aparición del plan individualizado de apoyos —que hemos visto anteriormente en la Fundación Tutelar de Extremadura, pero también se ha ido extendiendo—. A la hora de evaluarlo, se ha llegado a la conclusión y la comprobación empírica de que se produce la mejora de la situación personal del sujeto con discapacidad.

El Plan Individual de Apoyos es descrito como «un mecanismo de integración y alineamiento ...que proporciona una plantilla para orientar al

personal en su aproximación al desarrollo e implementación del plan desde las perspectivas de una planificación del futuro centrada en la persona como base para maximizar el potencial humano y el bienestar subjetivo» y en él, los apoyos individualizados aparecen «como vehículo para mejorar una vida de calidad», si bien focalizada en los apoyos extraordinarios, específicos, que «necesita la persona para participar correctamente en las actividades vitales más importantes<sup>(15)</sup>».

Pues bien, a partir de los intereses, las preferencias, las necesidades y red social del sujeto —descritas en el plan individualizado de apoyo— aparece la intervención del asistente personal— como prestador de servicios esencialmente— cómo «puente a la comunidad»<sup>(16)</sup>. Este plan debe ser flexible al objeto de ir adaptándose a la situación del sujeto beneficiario. En función de lo dicho, se describe los posibles campos de actuación del asistente personal, como una actuación concreta de apoyo a la autodeterminación del sujeto. En este punto, se ofrece por diferentes autores (R. L. SCHALOCK, J. VAN LOON, M. A. VERDUGO) una escala de intensidad de apoyos en el que, en cada apoyo, se mide la frecuencia y el tiempo del apoyo diario. De esta manera, se fijan estrategias de apoyo<sup>(17)</sup>.

---

(15) SCHALOCK, R.L., Ob. cit., págs. 29-30.

(16) VAN LOON, J., «Un sistema de apoyos centrado en la persona. Mejoras en la calidad de vida a través de los apoyos» *Siglo Cero, Revista española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 40 (1), núm. 229, 2009, pág. 42.

(17) Futuex, ob. cit., pág. 13, específicamente, indican que parten de un modelo de atención: ver HOLBURN, S.; GORDON, A., y VIEZTE, P. M., *Person-Centered planning made easy*, P. Brookes Publishing Co, Baltimore 2007, y fijan diversas estrategias:

— Ayuda a la persona con discapacidad en su formación integral, en el proceso personal y en el desarrollo de sus habilidades. Ayudar a la persona con discapacidad a desarrollar un modelo de comportamiento social y un adecuado ajuste emocional, actuando como figura referencial, bajo los principios de aceptación incondicional y respeto y como agente activo que apoya para abastecer las condiciones necesarias. En la recogida de datos se emplean los registros que informen acerca del estado global del tutelado y proponer al órgano coordinador las propuestas que considere pudieran beneficiar a la persona. Además de mantener colaboración y coordinación con los recursos de atención intervinientes.

— Salvaguarda del estado psíquico y físico de la persona, promoviendo conductas y hábitos de vida saludables y actuar con la mayor eficacia posible de cara a que ésta acceda a una correcta cobertura socio-sanitaria.

— Atención de sus condiciones materiales de vida (alojamiento, vestido, salud, alimentación). Los mecanismos con los que contamos, desde una perspectiva no intrusiva en la intimidad de las personas se basan en la observación y recogida de información.

Claro está que no todas las enfermedades o deficiencias de naturaleza física, psíquica o sensorial permiten, por su intensidad/gravedad y permanencia, que se pueda trabajar sobre los aspectos de autodeterminación eficazmente para la consecución de una vida independiente y con autodeterminación. De ese modo, la necesidad de una asistencia dirigida a estos campos de mejora y mantenimiento de la autodeterminación puede resultar esencial o preterida por la necesidad de asistencia para los actos más básicos de la vida ordinaria (alimentación, vestido, cuidado personal..., etc.). El paradigma personal del sujeto que necesita la asistencia en el primer caso es el sujeto con discapacidad psíquica o intelectual o enfermedad mental moderada declarada o no administrativamente; éste puede o no ser objeto de un proceso de modificación de la capacidad de las personas que determine, tal como actualmente se contempla, la constitución preferente de una curatela o, en el caso actual del Código Civil catalán, un asistente personal<sup>(18)</sup>. Y ello no sólo en función de que, de las dificultades que tenga para interactuar con el

---

— Fomento de la participación en actividades de ocio efectivas e integradoras. Ofrecer alternativas individualizadas y grupales que persigan una ocupación del tiempo libre lo más normalizada posible y, a poder ser, una beneficiosa comunicación familiar.

— Acceso, información y participación en los programas de actividades que afecten a la persona. Informar sobre los cambios y servicios de los que disfruta esta y los efectos que pueden provocar en su vida.

— Potenciación y promoción de unas condiciones de habitabilidad adecuada. En su caso gestionar los servicios, recursos y prestaciones sociales que correspondan.

— Promoción de una correcta higiene personal y hábitos eficaces en el auto-cuidado.

— Apoyo a la persona en las habilidades y destrezas adaptativas.

— Intervención con las herramientas que tenemos a nuestro alcance, para promover un buen estado de ánimo, y un correcto ajuste personal. Intervención multidisciplinar, de cara a potenciar la evolución dinámica de las personas a través de la promoción de sus capacidades.

— Respeto y atención del grado de autonomía individual, con el fin de hacerles partícipes de las tareas cotidianas que favorezcan su integración social. Y en su caso, desarrollar la autonomía, para que puedan auto-gestionarse, con los apoyos necesarios, evitando conductas de sobreprotección y actitudes paternalistas.

- (18) Para la configuración a lo que constituye la figura nueva tenemos presente varias normas: la primera que determina el sujeto pasivo de la institución (art. 226-1: «La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas»), la segunda su función, en nuestro ámbito (art. 226-2: «En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los arts. 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y

medio, no pueda gobernar su persona o bienes (art. 200 del CC), sino por considerar en atención de las incumbencias patrimoniales o personales se necesita de institucionalizar un sistema de protección. Si no hubiera dicho proceso el sujeto puede ser atendido por un guardador de hecho. En todos los casos, puede tratarse de personas físicas —cuidadoras informales— o personas jurídicas —cuidadores profesionalizados—. En el segundo caso, están los sujetos con discapacidades intelectuales o enfermedades mentales más severas, en donde la guarda debe centrarse e intensificarse en aspectos más básicos y, en donde la respuesta tradicional desde las instituciones tutelares, ha sido la tutela. Sin embargo, si bien parcialmente, sí puede también trabajarse la mejora y mantenimiento de la autodeterminación en este ámbito de sujetos, tal como indican estudios recientes<sup>(19)</sup>.

De ello se deduce conclusivamente, que las necesidades de una atención multidisciplinar se trazan sobre un ámbito subjetivo más amplio que aquel que cubre la normativa civil de las personas con problemas de autogobierno. Y por ello, dicha necesidad subjetivamente se debe cubrir por un servicio o programa de ámbito general para todas las personas con discapacidad. Ahora bien, aunque las instituciones civiles tienen otras finalidades, no debe olvidar que además de protección al sujeto mediante la fijación de un sistema actualmente de apoyo, debe procurarse la mejora y mantenimiento de la autodeterminación cómo finalidad última.

### III. PROBLEMAS DE UNA CONFIGURACIÓN NORMATIVA ACTUAL EN LAS INSTITUCIONES CIVILES Y PROPOSICIONES DE REFORMA

En este punto, a partir de la exigencia deóntica del mantenimiento o mejora de las capacidades de autodeterminación, conviene preguntarse: ¿cómo y quién tiene en su mano el cumplimiento de dicho programa prestacional en concreto? Primero, podemos colegir que, en general, se impone por la

---

no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas») y la tercera, su constitución procesal —mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

(19) WEHMEYER, M. I., «Autodeterminación y personas con discapacidades severas», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 37(4), núm. 220, 2006, págs. 5 a 16. En contra de la idea de la que parte MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en DE SALAS MURILLO, S. (coord.), «Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad», *El Justicia de Aragón*, Zaragoza 2010, pág. 194.

Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad dicha obligación a nuestro Estado, cómo indicamos anteriormente. Éste claramente no ha desarrollado un sistema universal y coordinado de atención personal las personas con discapacidad a pesar de la existencia previa del mandato constitucional del art. 49 de la CE<sup>(20)</sup>. Y el Estado —se entiende entidades centrales o autonómicas— no ha determinado un grupo de órganos y un juego de competencias que procurarán con exclusividad frente a otros, alternativa o abiertamente el ejercicio de una serie de facultades y el cumplimiento de una serie de obligaciones tendentes a la satisfacción de la necesidad de habilitación y rehabilitación del sujeto con objeto de mantener o mejorar las aptitudes y capacidades de autodeterminación<sup>(21)</sup>.

En este punto, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, determina en su art. 1 que su propósito es el «de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». Aparentemente se pretende dicha regulación y garantía, configurando un sistema complejo en donde aquel que es descrito como sujeto dependiente —definición más limitada que la de discapacidad— tiene derecho a recibir una serie de servicios y prestaciones de las comu-

---

(20) Ver los problemas que se plantean en el ámbito de la Ley 39/2006, en mi trabajo: «Autonomía y dependencia: la necesidad de una construcción normativa que procure facilitar el acceso a los derechos reconocidos por la Ley 39/2006 cuando están impicadas personas incapaces para gobernarse», *Portulalia, Revista de Trabajo Social*, vol. 9 (2), 2009. Más recientemente ver: ASIS ROIG, R., y BARRANCO AVILES, M. C., *El impacto de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, Ediciones Cinca, Madrid 2010.

(21) GIL RODRÍGUEZ, J., «La entidad pública y las instituciones privadas en la tutela de incapaces desamparados», en PÉREZ DE VARGAS, J. (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid 2006, pág. 85, nos dice que puede atribuirse «al propio constituyente una mención de las instituciones tutelares, pensadas como garantía de bienestar de las personas con desventaja o como instrumento regenerador del ejercicio de derechos». Ahora bien, ni plantea su papel dentro de un sistema general —entendiendo coordinadamente los mecanismos de protección administrativa con los civiles— ni les da o atribuye medios materiales o económicos con los que procurar dichas finalidades. Lo cual se deduce por el autor de dos graves problemas: primero, la complejidad y, diríamos nosotros, la heterogeneidad de los mecanismos de atención, y el segundo, los problemas de la distribución competencial de la legislación civil, la de seguridad social o salud y la de servicios sociales, que dificulta seriamente un planteamiento global y estatal de los problemas —cosa que nunca se ha resuelto a través de los mecanismos legislativos de armonización del art. 150 de la CE

nidades autónomas, cuya finalidad deberá «orientarse a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades» (art. 13 de la ley). Y, entre ellos, podría destacarse por su relevancia en nuestra comunicación, las de los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal y la de prestación económica de asistencia personal (arts. 15, 19 y 21 y ss.). Sin embargo, debemos entender que, todos los servicios y la prestación a que hemos hecho referencia, deben, sobre la base del programa individual de atención (art. 29 de la Ley 39/2006), servir a los propósitos que manejamos y que son trazados en el cuerpo de principios de la ley (art. 3): atención integral e integrada, universalidad en el acceso, valoración personal de las necesidades, el establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental.

De esta forma, dogmáticamente, no debería haber gran diferencia entre el programa individual de atención y los planes individualizados de atención antes vistos; debiéndose configurar en los planes y demás actuaciones generales criterios de actuación encaminados a la habilitación y rehabilitación de las capacidades y aptitudes del sujeto, tanto en el plano de la autodeterminación como su participación y bienestar con carácter universal, individualizado y multidisciplinar. Y ello con independencia de la propia existencia y configuración del servicio de prevención que recoge el art. 21 de la ley o del servicio de promoción de la autonomía, no desarrollado por la ley y sólo contemplado en el art. 15; estos servicios deberían ser más generales y actuar transversalmente junto con el servicio o prestación determinada por el programa individual de atención. En este sentido, se indica en el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, art. 6:

1. Los servicios de promoción de la autonomía personal tienen por finalidad desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria.

2. Son servicios de promoción para la autonomía personal los de asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, los de habilitación, los de terapia ocupacional, así como cualesquiera otros programas de intervención que se establezcan con la misma finalidad.

3. La intensidad de este servicio se adecuará a las necesidades personales de promoción de la autonomía, a la infraestructura de los recursos existentes y a las normas que se establezcan por las correspondientes comunidades autónomas o administración que, en su caso, tenga la competencia.

Más difícil implementación tiene la figura del asistente personal, cuya finalidad en la ley es como nos dice el art. 19: «... la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria». Como vemos tiene diferente trazado —por menos extenso— que el de la propia convención en donde éste aparece en el art. 19 «... para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta». Sin embargo, su generalización no es posible, al operar, primero, como una ayuda económica a la contratación u obtención del servicio externo a la ley; segundo, por arbitrarse como remedio para las situaciones de gran dependencia<sup>(22)</sup>. Y además, en confrontación con los servicios que deben ser prioritarios y con las demás prestaciones (art. 14.2 de la ley).

De forma que, no hay una plena identidad entre el modelo trazado por la Fundación Tutelar de Extremadura y otras entidades públicas y privadas —modelo socio— ecológico y la Ley 39/2006 —además de tampoco confrontar plenamente esta ley con la convención—. Pero, si además, lo confrontamos con la realidad de la aplicación de la ley por las comunidades autónomas, la crítica se extendería, por varias razones, entre las que destacamos: primero, la excesiva concentración del sistema en las prestaciones económicas de cuidado familiar o no profesional; segundo, el formalismo en el programa de atención individual que tiende telegráficamente a identificar un servicio sin un tratamiento multidisciplinar, individual e integrado de todas las necesidades del sujeto en situación de dependencia; tercero, la falta de desarrollo de los servicios de prevención y promoción de la autonomía en la mayoría de las comunidades autónomas. En este último, de nuevo nos encontramos con que se configura dicho servicio, como servicio social generalizado, especializado y público en donde aparece la figura del

---

(22) ASIS ROIG, R., y BARRANCO AVILES, M. C., ob. cit., pág. 48 y ss. PÉREZ BUENO, C. L. (dir.): *Análisis de los desarrollos normativos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, 1.ª ed., CERMI, Madrid 2009, pág. 36.

«mentor» o asistente<sup>(23)</sup>. Si bien esta figura a decir de CERMI, deberá ser «un profesional, debidamente cualificado, que gestionará individualizadamente la atención a las personas en situación de dependencia o con necesidades de apoyo acogidas al SEPAP, a través del itinerario de autonomía personal definido para cada una de ellas<sup>(24)</sup>».

No obstante lo dicho, la creencia de que sólo se debe instaurar un sistema público de servicios, programas y auxilios a asistentes personales, sin la asistencia de la familia, si la hay, o de las instituciones tutelares que puedan intervenir para subvertir a los fines trazados, es erróneo y contrario a las bases del modelo fijado para la mejora de la autodeterminación conforme hemos visto anteriormente. De ahí que nazca una especie de corresponsabilidad, Estado-instituciones tutelares para la mejora y mantenimiento de la autodeterminación que debe trazarse, conforme al examen de nuestra regulación actual, si bien, como veremos no está exento de problemas el camino que trazamos.

Nuestro estado arbitra diferentes figuras, órganos e instituciones que tienen encomendada la protección jurídica de las personas incapaces dentro del ámbito de las instituciones civiles. Es cierto que la configuración normativa de dicha protección se ha construido preferentemente para servir esencialmente a los intereses patrimoniales de las personas beneficiarias, pero también se atienden a las necesidades de asistencia y cuidado personales. En este punto, a la hora de fijar la regulación legal, debe recordarse la libertad que tiene el juez para decidir la extensión y límites de la intervención representativa o asistencial en función de las condiciones del suje-

---

(23) PEREZ BUENO, C. L. (dir.), ob. cit., págs. 28 y 29. Ver la instauración del modelo en CERMI, *Propuesta de Modelo de Servicio de Promoción de la Autonomía Personal*, Ediciones Cinca, Madrid 2008, págs. 29-39, indica que el servicio trazará un «itinerario de autonomía personal, que será dinámico y que por tanto estará en función de la situación concreta de la persona atendida en cada momento, conectará integralmente todos los dispositivos y recursos disponibles, tanto los del propio Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, como los del resto de sistemas y regímenes de protección y atención: preventivos, habilitadores, asistenciales, educativos, ocupacionales, formativos, laborales, sanitarios, promocionales, de supresión de barreras, de ocio y tiempo libre, culturales, de apoyo familiar, tecnológicos, de ayudas técnicas, etc. Contará con objetivos mensurables, en plazos temporales, e indicadores de cumplimiento. Se concibe como un itinerario de activación personal y social, en forma de red múltiple, al servicio de la máxima autonomía de la persona beneficiaria».

(24) CERMI, «Propuesta...», pág. 33.

to a proteger, tal como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril del 2009. Esta decisión tiene carácter potencialmente flexible, a partir de la norma del art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo que permite al juez o tribunal resolver con entera libertad no sólo el sistema de guarda a instaurar sino cómo actuará, la extensión de sus poderes de los guardadores y los límites de éstos. De forma que, incluso, a pesar de haber designado generalmente, la institución de la guarda, el tutor podrá no representar sino asistir a la persona tutelada en determinados actos, o viceversa, en las situaciones de curatela. Es cierto que, con ello, se producirá una determinada desnaturalización, pero el juez tiene facultades para que, dentro de las instituciones designadas, pueda adoptar otras medidas de protección (art. 233 del CC) <sup>(25)</sup>.

No obstante esta idea general, no deben esconder una sucesión de problemas más específicos:

Primero, si bien la tutela se ofrece como una institución que señala una serie de normas que recogen las obligaciones de vela y sus manifestaciones [alimentos, educación y formación y rehabilitación<sup>(26)</sup>] nada dice expresamente de las leyes del cuidado y atención personal en los casos de curatela y otras instituciones de protección, en general —salvo el caso de asunción de la representación legal del Ministerio Fiscal en el art. 299 bis del CC—<sup>(27)</sup>. No obstante, se considera que también debe procurarse, de ser necesario, dicha obligación de cuidado; y a tales efectos la labor creadora a la jurisprudencia menor que ha extendido la asistencia de la curatela al ámbito personal en algunos aspectos, como el de consentimiento al tratamien-

(25) DÍAZ ALABART, S. *et alios*, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Inermuamur, Madrid 2004, pág. 65. Más extrema la posición de SERRANO GARCIA, I., *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid 2008, pág. 545: « a mi entender, la curatela es una figura que carece de sentido en el sistema de protección que se dibuja en la reforma del Código de 1983, atendiendo a la flexibilidad que se introduce en la incapacitación y la consiguiente acomodación de la tutela a la incapacitación decretada. Siendo graduable la incapacitación, no hace falta que haya dos figuras de guarda. Basta que se constituya una tutela sin representación, sino como mera asistencia».

(26) Véase los art. 269 del CC, art. 222.-38 del Código Civil catalán —sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo II (Autonomía en el ámbito de la salud) del Título I del Libro segundo— y art. 124 de la Ley aragonesa de Derecho de la Persona.

(27) Véase los arts. 289 y 290 del CC, arts. 222-4 y 222-6 del Código Civil catalán, arts. 136 y 137 de la Ley aragonesa de Derecho de la Persona.

to o intervención médica<sup>(28)</sup> y ello a pesar de que, el modelo de 1983, desde su creación ofrece un fuerte contenido patrimonialista<sup>(29)</sup>. En el Código Civil catalán, se ha introducido la figura del asistente; y en la misma se entiende la necesidad de dar relevancia a los aspectos personales de su actuación (art. 226-2: «En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los arts. 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas»). También se deduce dicha exigencia de asistencia, en otros casos, como en el de la guarda de hecho, tácitamente por cuanto la figura exige la atención y cuidado personal y reiterado de la persona beneficiaria para poder indicarse que realmente nos encontramos ante dicha situación —figura— y permite al juez la petición de información, no sólo de los bienes sino también de la persona beneficiaria (art. 303 del CC).

Como es natural, la falta de extensión a todos los guardadores, de las obligaciones vistas en el ámbito personal, es una incorrección que debería subsanarse, inicialmente, conforme a los mecanismos típicos de integra-

---

(28) Como manifiesta DÍAZ ALABART, S. *es alios: La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ibermutuamur, Madrid 2004, págs. 32 y 34, y 67. También se señala la jurisprudencia de las Sentencias de 31 de diciembre de 1991 y 16 de marzo del 2001. En el primer caso, el sujeto afectado por una retraso mental leve es sometido a curatela, sin que la alusión a los actos sometidos a curatela diferentes a los patrimoniales deba considerarse más que una declaración *obiter dicta*. Por otro lado, conviene indicar que, en la segunda sentencia se limita la capacidad procesal del sujeto, sometiéndole a curatela, por «la existencia de una afección psíquica en la esfera relacionada con las actuaciones procesales, por cuanto que aparece como probado que la recurrente padece un trastorno mental duradero que la induce de forma compulsiva a provocar litigios judiciales, innecesarios en cuanto carentes de base real, lo que supone una personalidad “querellante” que determina una situación de afectación en la aptitud o capacidad para actuar en el campo judicial». En la jurisprudencia de audiencias, véanse, ejemplos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 25 de septiembre de 1997, en un caso de atención del curador del tratamiento médico; Sentencia de TSJ de Cataluña, de 8 de octubre de 2001, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.<sup>a</sup>) de 4 de julio del 2008 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22) de 9 de febrero del 2007, entre otras muchas para unos casos de atención del curador de tratamiento médico y farmacológico, junto con la atención patrimonial.

(29) Ver en general, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿Crisis de la incapacidad?», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2006, págs. 12 y ss., SERRANO GARCÍA, I., ob. cit., págs. 169-170.

ción (analogía y principios generales del derecho). Y ello dado que, en la actualidad, cómo hemos visto, no hay sistema de protección, civil o administrativa, que no deba procurar el cumplimiento de los principios, reglas y obligaciones que fija el Convenio, entre los cuales, se da la determinada en el art. 12.3, por el cual el estado adoptará «las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». Y, como hemos visto, sin un apoyo individualizado y multidisciplinar del sujeto no puede lograrse la mejora de la persona. Por el contrario, en este punto es muy afortunada la descripción que realiza, genéricamente, el art. 221-1 del CC catalán, de todas las figuras de guarda:

«Las funciones de protección de las personas menores de edad, de las que no pueden gobernarse por sí mismas, si no están en potestad parental, y de las que necesitan asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida, de acuerdo con su personalidad, y van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos».

A partir de lo expresado, debe ser general la norma que exige asistencia personal a todo guardador legal<sup>(30)</sup>. En concreto deberíamos exigir que todo guardador procurara, asistido o no por profesionales y servicios, a una atención personal que permita que cada sujeto con discapacidad pueda mantener y potenciar en lo posible su autodeterminación; ofreciendo al sujeto, no sólo la actividad educativa necesaria<sup>(31)</sup>, sino suministrando un aprendizaje informal en donde el sujeto tuviera una serie de campos de actuación individual libre o escasamente controlada donde éste, en interacción con el medio y su entorno personal y familiar, vaya trazando sus preferencias, intereses y satisfaga sus necesidades autónomamente y participe en la comunidad. Y para ello, no olvidemos que necesitamos dar facultades y poderes al sujeto —no sólo desde el aspecto jurídico, sino material—. Y en este punto, el juez, a la hora de determinar los campos de intervención —representativa o asistencial— de las personas guardadoras en la sentencia, debería ser cuidadoso para ofrecer campos

(30) Así lo entendía LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al art. 289», en ALBADALEJO, M: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, IV, 2.ª ed., Edersa, Madrid 1985, pág. 441.

(31) CUENA CASAS, M., «Comentario al art. 269», en RAMS ALBESA, J. (COORD.), *Comentarios al Código Civil*, II-2.º, Bosch Editor, Barcelona 2000, pág. 1991.

de actuación libre de la persona incapacitada —a ser posible—. De esta manera, si encontramos positivo, las propuestas, tanto de la Fundación sobre la necesidad de imponer un plan individualizado de atención en el procedimiento de modificación de la capacidad, como del grupo de fiscales que hemos examinado anteriormente, en donde se trazan campos de actuación más general —mejora del informe pericial— que, posteriormente, permiten identificar ya en la sentencia en cuáles de ellos es necesaria la intervención concreta.

Segundo, se da relevancia absoluta a la naturaleza representativa de la tutela frente a la asistencia o complemento de la curatela o la simple asistencia material. Y en este punto conviene tener presente que, a los efectos de nuestra comunicación, la asistencia personal dirigida al mantenimiento o mejora de la autodeterminación supone una actuación material esencialmente que, salvo en pocas y puntuales ocasiones, tendrá relevancia jurídica —en el sentido de necesitar la actuación complementaria o representativa para dar eficacia jurídica a un acto—: prestación del consentimiento informado para el tratamiento o intervención médica, formalización de testamento vital o documento de voluntades anticipadas, o consentimiento a la realización de prestaciones o actuaciones personalísimas, ejercicio o respeto de derechos fundamentales o libertades públicas. Así, por ejemplo, si bien el sujeto puede no tener capacidad suficiente para decidir vender o, en consonancia, adquirir una vivienda, sin embargo, debe preguntársele y respetársele su elección de residencia —de las posibles que tengan—. Y en este punto, en la conformación de la decisión, el guardador puede formar o permitir que en un entorno profesionalizado se formen, primero, desde planes de estimulación temprana, por ejemplo, la capacidad de autodeterminación, y, puntual y posteriormente, «aconsejar» al sujeto atendido, o permitiendo que otros —técnicos— permitan aconsejar, midiendo razonablemente los pros y contras, de una decisión que debe tomar<sup>(32)</sup>. Y, en todo

---

(32) Dice razonablemente, HERRERA MARTÍN-CARO, E., ob. cit., pág. 83: «padres, familias y profesionales podemos confiar en que los jóvenes y los adultos tienen fortalezas y potencialidades suficientes como para salir adelante con la ayuda y el apoyo que necesitan en cada momento sólo si elegimos ceder parte de nuestro poder y no le sustituimos y no hacemos o hablamos o elegimos por él o por ella y si le preguntamos y le escuchamos y le preguntamos y nos damos las respuestas ya por sabidas de antemano y le permitimos tomar sus decisiones y actuar y equivocarse y aprender de sus errores y crecer».

caso —aun cuando no sea posible la utilización de su propia voluntad, que se oiga, previamente a la persona con discapacidad, en cualquier decisión que deba tomarse por él.

Así en el art. 221-4 del CC catalán (Obligación de informar y escuchar a la persona asistida):

«Las personas titulares de las funciones de protección deben informar y escuchar a la persona asistida de acuerdo con lo establecido por el art. 211-6 si es menor y, si se trata de una persona mayor de edad, siempre que tenga suficiente juicio».

Tercero, es cierto que, a la hora del informe judicial periódico que se imponga (arts. 232 y 233 del CC y art. 221-5 del CC catalán), pudiera el juez tener conocimiento de la dinámica de la atención individualizada, pero, no nos engañemos, no se está dando una información tan precisa actualmente. De forma que ni el juez realiza recomendaciones a los guardadores por él designados, ni éstos realmente están informando de los aspectos del funcionamiento humano del sujeto y el apoyo individualizado recibido —fuera de la general indicación, si procede, de seguir internados o residiendo en centros—. La implementación dentro de la atención personal, de planes individuales de atención con descripción de apoyos individualizados por organizaciones ya tutelares, ya generales de atención a personas incapacitadas, pudiera, en sus diversos momentos de evaluación servir al juez como documento de supervisión de la labor realizada con el sujeto, la evolución del sujeto beneficiario y el tiempo necesario de intervención tutelar. Y preocuparse en los informes judiciales que posteriormente en la fase de control se reclamen, específicamente, sobre todo cuanto menor sea la edad de la persona beneficiaria, por los aspectos de educación, formación y atención temprana de salud o servicios sociales.

Cuarto, en relación con el incumplimiento de las obligaciones antes descritas, una vez examinada la actuación del guardador en general, puede realizarse una crítica a la atención y asistencia personal que determine, actualmente, una serie de medidas, desde la remoción o suspensión de la guarda instituida por la falta de cuidado efectivo como incumplimiento de los deberes (arts. 232, 233 y 247 del CC, arts. 222-32 y 222-33 del CC catalán; art. 113 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón) hasta la adopción de cualquier medida individual de control o atención

en base al art. 216 del CC<sup>(33)</sup>. También, se pueden adoptar, con carácter previo, en las medidas provisionales; si bien éstas están condicionadas por un procedimiento judicial —ver el art. 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 299 y 299 bis del CC—, que, como hemos expuesto en otros trabajos, determinan su imposibilidad de atender a situaciones puntuales o temporales de incapacidad del sujeto. Afortunadamente, la norma en el Derecho catalán se construye con mayor generalidad, así el artículo 221-5 del CC catalán (Medidas de Control): «1. La autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de los titulares de las funciones de protección, de la propia persona asistida o de las personas llamadas al ejercicio de la tutela de acuerdo con el art. 222-10, puede acordar, en cualquier momento, las medidas que estime necesarias para controlar el buen funcionamiento de la institución de protección, sin perjuicio de las medidas de control previstas por la persona interesada o por los progenitores del menor o incapacitado. 2. La autoridad judicial, para el seguimiento de la evolución y de las condiciones de vida de las personas y con relación a medidas de control de la gestión patrimonial, puede requerir la intervención de especialistas, que tienen la consideración de auxiliares de los tribunales».

Así concluyendo:

A) El guardador, sobre todo el del entorno familiar, no tendrá un papel esencial en la configuración o programación de la atención individualizada y multidisciplinar dirigida al mantenimiento o mejora de la autodeterminación. Si bien debe procurar en general esta informalmente «asistencia no profesionalizada»; normalmente permitiendo un aprendizaje a través

---

(33) Es interesante indicar que, el incumplimiento de los deberes inherentes a la tutela o a las demás guardas legales que determine una situación de desamparo, permite la asunción automática de la tutela legal por las entidades públicas que, en cada territorio tengan atribuida la protección de «incapaces», tal como nos indica el art. 239.3.º párrafo del CC. Ahora bien, entendemos que, con respecto a las necesidades examinadas, difícilmente, por sí mismas, podrán determinar una situación de desamparo, por cuanto la desatención en la habilitación o rehabilitación de las personas con discapacidad no puede considerarse, por sí solas falta total (privación) de atención moral o material. Lo cual no induce a pensar que, en caso de incumplimiento, lo más que se procurará es la remoción de la tutela, curatela u otra guarda legal con nombramiento o no de defensor judicial (art. 249 del CC) o la toma de decisiones de control de actividad o de procura de prestaciones o servicios por parte del juez, a la vista del art. 216 del CC.

de la experiencia. Ahora bien, si es posible económica y materialmente, una asistencia profesionalizada, es un sujeto que debe auxiliar o en el que se delega algunos aspectos de los planes individualizados, si existieran, o de los programas individuales de atención. Es cierto que, también, puede ser otro el sujeto, cuidador profesionalizado, asistente personal de la Ley 39/2006, otro familiar o allegado, si bien la responsabilidad para arbitrar un mecanismo de atención en tal sentido puede ser suyo si estamos ante un caso en donde el sujeto con discapacidad no puede gobernarse y decidir sobre la necesidad de atención<sup>(34)</sup>.

B) La programación y atención a las necesidades, preferencias o intereses, como hemos visto, tiene aspectos fuertemente técnicos y profesionalizados que, si además, como indica el art. 26 de la convención, debe atender a todos los marcos de actuación vital de la persona con discapacidad (carácter multidisciplinar), sólo pueden procurarse por quien tiene conocimientos de ellos y capacidad de gestión y económica para llevarlos a cabo. Si ese sujeto no es el guardador legal, éste deberá contratarlos o solicitarlos para su prestación efectiva por los guardadores que no estén en condiciones de prestarlos adecuadamente.

Como se señala<sup>(35)</sup>, sin una mejora de la configuración de la asistencia y coordinación de servicios profesionalizados (servicios sociales, salud, educación, empleo) y recursos financieros, no es posible que las instituciones civiles puedan verdaderamente ayudar a la configuración de un sistema de medios de apoyo a la toma de decisiones. Todo ello, salvo que recaiga en entidades tutelares, privadas o públicas, la encomienda de la guarda, por cuanto en ese caso, sí tendrán, por su carácter profesionalizado, la posibilidad de arbitrar dentro del ámbito personal, un plan individual de atención que procure una asistencia multidisciplinar. También puede prestarse dicho

---

(34) En contra de los criterios de CUENA CASAS, M., ob. cit., pág. 1991, GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al art. 269», en AA.VV., *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 794, y ORDAS ALONSO, M., «Comentario al art. 269», en BERCOVITZ, RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, 2.º ed., Thomson-Aranzadi, Cizur menor, 2006, pág. 438, dado que lo esencial no es arbitrar la constitución de la guarda legal, sino el sistema de prevención, habilitación o rehabilitación de la capacidad.

(35) BARIFFI, F., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», en PEREZ BUENO, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje del Profesor Rafael de Lorenzo*, Thompson Aranzadi, Cizur Menor 2009, pág. 383.

servicio por las entidades, como nos recuerda J. CONDIÑO en el documento «Configuración jurídica de un modelo de apoyo<sup>(36)</sup>»: «Las citadas entidades, especializadas y debidamente acreditadas por la administración, podrían (hasta tanto se fijen la estructuras jurídicas o administrativas) configurarse para formar parte de un sistema de garantía en las medidas —peritaje independiente, preparación de planes individuales, así como asesoramiento e impartición de planes de formación— debiéndose para ello introducir de facto en el procedimiento de la modificación de la capacidad y, en su caso, un desarrollo reglamentario posterior como nueva figura del prestador de apoyo».

También, a partir de la existencia de entidades públicas o privadas que puedan asumir las funciones tutelares o auxiliar a las mismas, debemos ponderar hasta qué punto, si conforme al examen de cada individuo, persona con discapacidad moderada, éste resulta con capacidades y aptitudes de autodeterminación que deban mantenerse o mejorarse, debe considerarse la atención profesionalizada como una primera opción en la elección de los jueces (art. 242 del CC)<sup>(37)</sup> o, en tanto exista entorno familiar, como una serie de organizaciones que permiten con sus servicios y prestaciones, en función de las capacidades económicas de las familias o del propio beneficiario, la atención en estos campos —sirviendo en estos casos como prestadoras de servicios—.

---

(36) Ob. cit., pág. 8.

(37) Las necesidades de los sujetos beneficiarios pueden condicionar la elección del juez: así se debe modificar el criterio de que las entidades de protección de incapaces deben ser el último recurso (GIL RODRÍGUEZ, J., pág. 228) o tener carácter subsidiario (Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/2008).