

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARIA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga*

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid*

**JORGE A. CERDIO HERRAN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ**  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Jefa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

**OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*

**TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrato de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia*

**MARTA LORENTE SARRIENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*

**RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)*

# CLAVES PARA LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO A LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

**SOFÍA DE SALAS MURILLO**  
**M<sup>a</sup> VICTORIA MAYOR DEL HOYO**  
*Directoras*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

**tirant lo blanch**

Valencia, 2019

Copyright © 2019

AUTORES

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© Sofía de Salas Murillo,  
M<sup>re</sup> Victoria Mayor del Hoyo y otros

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELEF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
DEPÓSITO LEGAL: V-1518-2019  
ISBN: 978-84-1313-364-5  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoria de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresad/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresad/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSSCTirant.pdf>

SALOMÉ ADROHER BIOSCA  
CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ  
ERIC FONGARO  
CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO  
FRANCISCO DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO  
DANIELA JARUFE CONTRERAS  
JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE  
ASCENSIÓN LECIÑENA IBARRA  
ANTONIO LEGERÉN-MOLINA  
LEONARDO LENTI  
CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ  
PHILIPPE MEIER  
ADORACIÓN PADIAL ALBÁS  
MARINA PÉREZ MONGE  
JORDI RIBOT IGUALADA  
INÉS SÁNCHEZ-VENTURA MORER  
DOLORS TOLDRÀ ROCA  
INMACULADA VIVAS TESÓN

# Índice

Prólogo .....	11
<i>Antonio Pau</i>	
Presentación del volumen colectivo .....	15
<b>I. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS EN EL ENTORNO INTERNACIONAL</b>	
La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la regulación de la capacidad jurídica en el Código civil y comercial argentino.....	25
<i>Jorge Nicolás Lafferrère</i>	
Panorama y propuestas para Chile en cuanto a la modificación de las normas sobre capacidad jurídica de la persona con discapacidad.....	47
<i>Daniela Jarufe Contreras</i>	
L'implémentation de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées dans l'espace juridique européen. Le droit suisse de la protection de l'adulte.....	67
<i>Philippe Meier</i>	
La implementacion de la Convención de Naciones Unidas en el entorno europeo: la "amministrazione di sostegno" italiana.....	87
<i>Leonardo Lenzi</i>	
La compatibilité du droit français à la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées.....	109
<i>Eric Fougère</i>	
<b>II. EL PROTAGONISMO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL DISEÑO Y GESTIÓN DEL SISTEMA DE APOYO</b>	
El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo.....	125
<i>Cristina de Annunátegui Rodríguez</i>	
La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos ..	165
<i>Antonio Legerén-Molina</i>	
<b>III. APOYOS DE ORIGEN JUDICIAL: LA CURATELA COMO INSTITUCIÓN PRINCIPAL DEL NUEVO SISTEMA Y EL DEFENSOR JUDICIAL</b>	
La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento	215
<i>Jordi Ribot Igualada</i>	

Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote.....	253
<i>Carlos Martínez de Aguirre Aldaz</i>	
Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses.....	271
<i>Irés Sánchez-Ventura Morer</i>	
<b>IV. LA GUARDA DE HECHO</b>	
La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad.....	293
<i>Ascensión Lecina Ibarra</i>	
La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad.....	321
<i>Martina Pérez Monge</i>	
El apoyo solidario: la guarda de hecho.....	343
<i>Dolores Toldrà Roca</i>	
<b>V. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO AL DISEÑO DEL NUEVO SISTEMA</b>	
La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018.....	361
<i>Cristina Giliarte Martín-Calero</i>	
El respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad y el reconocimiento de la diversidad: Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5103/2018, de 4 de junio.....	395
<i>Adoración Padial Albás</i>	
<b>VI. OTRAS CLAVES EN LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO</b>	
El ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad.....	409
<i>Immaculada Vivas Tascón</i>	
La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad.....	445
<i>Salomé Adroher Biosca</i>	
Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018.....	467
<i>Francisco de Asís González Camiño</i>	

## Prólogo

La reforma del régimen jurídico de la discapacidad es absolutamente indispensable. Algunas voces se han alzado en estos últimos tiempos afirmando que la visión de la discapacidad que mantiene la Convención de las Naciones Unidas de 2006 es compatible con nuestro Derecho positivo. Y no es así. Basta con apuntar una razón: no tiene ya sentido proclamar la incapacidad de la persona con discapacidad—que eso es lo que supone la incapacitación—; de lo que se trata es de lo contrario, de apoyar su capacidad—la que cada persona tenga en cada caso—. El centro de gravedad se ha desplazado: ya no está en la persona con discapacidad, sino en la sociedad en la que ella vive. Es la sociedad la que tiene que cambiar. La sociedad tiene que poner rampas, que en unos casos serán rampas físicas, y en otros serán rampas jurídicas. No hay que cambiar a la persona con discapacidad. No hay que incapacitarla, no hay que limitar los actos jurídicos que puede realizar, no hay que cambiarle el estado civil.

Se podría señalar una segunda razón, ésta de carácter empírico. No se pueden aplicar unas mismas previsiones a la generalidad de las personas con discapacidad. Las previsiones tienen que ser distintas según cada persona, porque cada persona es distinta. Se ha usado mucho, en estos últimos tiempos, la metáfora del traje. Pues bien, los jueces no pueden suministrar a las personas con discapacidad un traje de talla única. Tienen que entregarle un traje cuya talla se corresponda exactamente con sus características personales.

Hay pues dos ideas—incapacitación y rigidez—que han de ser superadas. La incapacitación se supera, con la reforma, mediante el procedimiento de prescripción de apoyos. La rigidez se supera a través de una institución esencialmente graduable, que es la curatela.

La nueva concepción jurídica de la discapacidad intelectual exige un cambio de mentalidad en la sociedad entera, pero especialmente en los juristas. Los juristas—abogados, fiscales, jueces, letrados de la administración de justicia, notarios...—no tienen que preguntarse ante la persona con discapacidad en qué tienen que cambiar su estatuto jurídico, sino en qué tiene que cambiar el mundo para que la persona con discapacidad, tal como es—y cada una es distinta—, pueda desarrollarse plenamente. Dicho en dos palabras: no se trata—como hasta ahora—de limitar, sino de complementar. A la persona con discapacidad no hay que decirle: *no puedes hacer una determinada cosa*; hay que decirle: *aquí tienes el apoyo que necesitas para hacer esa cosa determinada*.

Toda persona con discapacidad es, en mayor o menor medida, una persona capaz. Y es precisamente en su capacidad dónde hay que poner la atención. Hay

# La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad

SALOMÉ ADROHER BIOSCA<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

– El Sr. Schmidt, domiciliado en Austria, era propietario de un inmueble en Viena que donó en noviembre de 2013 a su hija, la Sra. Schmidt residente en Alemania. El Sr. Schmidt fue sometido a tutela por decisión de un tribunal austriaco el 17 de noviembre de 2014 el cual consideró que padecía trastornos psiquiátricos graves desde mayo de 2013. El tutor del Sr. Schmidt solicitó la anulación de la donación y por tanto la cancelación de la inscripción del derecho de propiedad sobre el inmueble a favor de la Sra. Schmidt, y el tribunal austriaco por Auto de 25 de marzo de 2015, accedió a la petición. La Sra. Schmidt aduce la incompetencia de la jurisdicción austriaca según el art. 24.1 del Reglamento UE 1215/2012, toda vez que la acción ejercitada no concierne a un derecho real inmobiliario<sup>2</sup>.

– Una alemana jubilada vive en Tenerife, y debido a las consecuencias del Alzheimer que sufre, el Ministerio Fiscal formula demanda solicitando su incapacitación. Sin embargo, el juez considera que dicha medida no procede por no estar prevista en el Derecho alemán, pero le nombra un “asistente” en aplicación de este Derecho<sup>3</sup>.

– Una peruana reside con su familia en España y dado su importante deterioro cognitivo, un juzgado español declara su incapacidad parcial y le nombra un tutor. El hijo, como guardador, se traslada con ella a Perú y el juez español se plantea cómo realizar el control del ejercicio de la tutela desde España<sup>4</sup>.

– Un español divorciado de un primer matrimonio del que tiene varias hijas, contrae matrimonio en China con ciudadana china con la que llevaba 10 años

---

1 Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado. Universidad Pontificia Comillas. Capítulo realizado en el marco del Proyecto MINICO DER2016-73342-R “Prospectiva sobre el ejercicio de la discapacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores” (IIPP Soñía de Salas Murillo, Soñía M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo).

2 Sentencia del TJUE de 16 de noviembre de 2016. (ECLI: EU: C: 2016:881)

3 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 8 de familia y tutelas de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero de 2006 (no publicada).

4 Sentencia de la AP de Barcelona de 31 de enero de 2017 (JUR 201826821).