

# ESTUDIO BÁSICO SOBRE LA GUARDA DE HECHO ALGUNAS REFLEXIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES NOTABLES DE LEGE LATA Y LEGE FERENDA

Amaia Tejjido Alonso

---

Francisco Lledó Yagüe (dir.) Oscar Monje Balmaseda (coord.) Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa (coord.) (2020) Estudio básico sobre la guarda de hecho: algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de Lege Lata y de Lege Ferenda. De la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018. Dykinson. Madrid. 137 pp.

La presente obra supone un trabajo singular y novedoso, sobre una materia compleja tratada en profundidad. Se trata de un magnífico libro que analiza la nueva configuración de la guarda de hecho como institución preferente en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Nueva York, y subraya los principales desafíos que se deben afrontar en el transcurso de la adaptación del régimen jurídico existente al respecto.

La obra se encuentra estructurada en 7 capítulos, pivotando todos ellos en torno a la institución de la guarda de hecho, que se referencian brevemente a continuación.

El primero de ellos supone no sólo una introducción al tema objeto de análisis en la obra, sino también el fundamento de todo lo que posteriormente se expone, toda vez que se realiza un sucinto pero minucioso estudio sobre la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

El autor, Sr. Lledó Yagüe, centra su análisis en la patente evolución del concepto de discapacidad en la Convención respecto a la percepción mantenida con anterioridad, produciéndose la inclusión de situaciones diversas que requieren un reconocimiento propio y ajustado a las características de cada una, pasando así de un “modelo de la generalidad” a la “especialidad”. Como

alzaprima el autor, la finalidad de la Convención de Nueva York es dotar a la comunidad internacional de un marco normativo en el que se desarrolle el régimen jurídico de la discapacidad, desde la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad, y, en este sentido, la clave de la Convención reside en la unificación, bajo un mismo concepto, de dos rangos de la personalidad jurídica: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar; exigencias todas ellas proclamadas en el artículo 12 de la Convención.

En el segundo capítulo el catedrático continúa el análisis de la Convención de Nueva York, si bien centrándose en su impacto en el ordenamiento jurídico interno. Así, realiza una comparación entre la legislación existente y el Anteproyecto de Ley de 25 de septiembre de 2018, que tiene por objeto llevar a cabo las reformas en la legislación sustantiva y procesal necesarias para su adaptación al marco jurídico internacional, otorgando especial atención a la reconfiguración de la guarda de hecho como institución clave de la *lege ferenda*.

Precisamente para poner fin a las situaciones de desprotección jurídica a las que se ven abocadas las personas en las que no concurren los presupuestos de incapacitación judicial, pero que carecen de plena autonomía psicofísica, la Convención impulsa el reconocimiento de la plena personalidad jurídica y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De esta forma, desaparece la incapacitación en pos del régimen de guarda legal más adecuado para asistir a la persona con discapacidad, cuya determinación se efectuará tras el correspondiente juicio sobre la capacidad de la misma; lo que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha dado en llamar “*la confección del traje a medida para la persona con discapacidad*”.

Siguiendo el *iter* de la exposición de su compañero, el profesor Dr. Monje Balmaseda dedica el tercer capítulo a analizar la figura del guardador de hecho en la versión actual del Anteproyecto de Ley, destacando el amplio sistema de apoyo judicial formado en torno a la misma.,

Asimismo, expone el autor que la diferencia entre la tutela y la curatela en el nuevo régimen de *lege ferenda*, así como la guarda de hecho, requieren la modificación de los Títulos IX, X, XI y XII del libro primero del Código Civil. La institución de la curatela, de naturaleza asistencial, se presenta, como expone el autor, como la preferente cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, reservando el ámbito de la tutela para los menores no emancipados, no sometidos a la patria potestad o en situación de desamparo.

En el cuarto capítulo de esta obra se aborda la guarda de hecho de manera profunda, realizando un recorrido desde su estado actual hasta su reformulación como una institución de apoyo dotada de estabilidad. Se realiza, en este sentido, una especial referencia a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y a la vigente redacción del art. 303 CC tras la reforma operada por la referida Ley, concluyendo el autor que la autoridad judicial intervendrá en el momento en el que tenga conocimiento de la existencia de la guarda, sin que ello derive necesariamente en una modificación de la capacidad de obrar, siempre que se observe que la guarda de hecho es la institución más adecuada para el beneficio e interés del guardado.

En el quinto capítulo el profesor Dr. Monje Balmaseda realiza un estudio comparativo de las instituciones de guarda en los principales regímenes

jurídicos europeos, a saber: el suizo, el austriaco, el francés, el portugués, el italiano y el alemán. Así, lleva a cabo un breve recorrido sobre la introducción de la Convención en cada uno de los mentados regímenes y las reformas legislativas que se han sucedido con el fin de adaptar las legislaciones internas a los principios básicos postulados en la misma.

Finaliza el autor su intervención en esta obra llevando a cabo una serie de reflexiones sobre cuestiones que el legislador debería considerar en la adaptación legislativa de la guarda de hecho como institución de apoyo estable a la luz de la Convención.

Se apoya el autor en el estudio llevado a cabo por la catedrática de derecho civil, Sra. Parra Lucán, sobre la idoneidad de la guarda de hecho para personas no incapacitadas judicialmente, bien de edad avanzada o bien con determinadas deficiencias o enfermedades que requieran de apoyos puntuales para actos de transcendencia económica o personal. En una futura reforma, la actuación del guardador debiera tener, tal y como defiende al autor, una presunción general de validez, sin necesidad de requerir un procedimiento formal por el que se le habilite judicialmente, y ello sin perjuicio de la posible “anulabilidad” de aquellos actos jurídicos que no redunden en beneficio e interés del guardado.

Por último, toma el relevo la profesora Dra. Gutierrez Barrenengoa, quien realiza un estudio del procedimiento de modificación de la capacidad, reparando no sólo en el desarrollo del propio proceso, sino también en las partes intervinientes y en las especialidades procesales que presenta.

La autora, experta en derecho procesal, expone el debate existente en el ámbito nacional en torno a si la legislación civil y procesal española contraviene, o por el contrario, es compatible, con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Precisamente en el seno de este debate, explica la autora, surge el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en la que se proponen diversas modificaciones del procedimiento de incapacitación judicial existente actualmente, con la finalidad de adaptar el régimen jurídico nacional a la Convención.

Se podría decir que esta obra es de necesaria consulta para aquellas personas que trabajan en el ámbito de la discapacidad, ya sean juristas o trabajadores e integradores sociales, cuyo esfuerzo común se debe dirigir a hacer efectivo en la práctica el pleno goce de los derechos y libertades por todas las personas con discapacidad y promover la dignidad que les es inherente, a la luz de la Convención de Nueva York.