

SANDRA CAMACHO CLAVIJO

**EL DERECHO CIVIL INCLUSIVO:
EL NUEVO MODELO DE DISCAPACIDAD
POR ENFERMEDAD MENTAL**

**La innovación tecnológica y la solidaridad
como sistema de apoyo**

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

Este trabajo es el resultado del proyecto «El Derecho Civil catalán inclusivo: hacia un nuevo modelo de discapacidad mental. La innovación tecnológica y la solidaridad como sistema de apoyo del ejercicio de la capacidad natural», Premio Ferrer Eguizábal 2019 al mejor proyecto de investigación sobre Derecho civil catalán.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Sandra Camacho Clavijo
© Colegio Notarial de Cataluña
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-466-7
Depósito legal: M. 21.541-2022
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.
MADRID, 2022



*En memoria de mi padre, Ernesto Camacho Clavé, buena persona,
buen esposo, buen padre, cuyo recuerdo y enseñanzas
me acompañan siempre.*

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO I. LA ENFERMEDAD MENTAL DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-HISTÓRICA	17
1. LA ENFERMEDAD MENTAL EN DERECHO ROMANO: <i>¿QUID EST FUROR?</i>	17
2. EL CUIDADO DEL ENFERMO MENTAL: LA <i>CURA FURIOSI</i>	20
3. LA ENFERMEDAD MENTAL EN EL DERECHO HISPANO-VISIGODO	24
3.1. El Código de Eurico	25
3.2. El Breviario de Alarico y la <i>Lex Visigothorum</i>	26
4. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ENFERMO MENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEDIEVAL	28
5. EL INTERNAMIENTO Y TRATAMIENTO DEL ENFERMO MENTAL EN EL DESPERTAR DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN	33
6. LA INTERDICCIÓN GRADUAL COMO PROTECCIÓN DEL ENFERMO MENTAL EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN	37
7. DESDE LA MEMORIA DE DURÁN Y BAS A LOS PROYECTOS DE APÉNDICE CATALANES	40
8. LA SUPRESIÓN DE LA CURATELA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889 O EL FIN DE UNA PROTECCIÓN <i>AD HOC</i> DEL INCAPACITADO POR TRASTORNO MENTAL	44
9. LA PROTECCIÓN DEL LOCO O DEMENTE: DEL SISTEMA TUTELAR FAMILIAR AL SISTEMA DE TUTELA JUDICIAL	46
CAPÍTULO II. DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL Y CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: HACIA LA CAPACITACION TECNOLÓGICA	53
1. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS	

	Pág.
CON DISCAPACIDAD (CDPD): ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD MENTAL	53
1.1. La recepción de la CDPD: ajustes necesarios	53
1.2. El concepto de discapacidad en la CDPD	56
1.3. El concepto positivo de discapacidad tras la CDPD: de la minusvalía a la discapacidad	57
2. LA ENFERMEDAD MENTAL EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CDPD).....	60
3. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	63
3.1. Introducción.....	63
3.2. La persona modificada gracias a la tecnología: la subjetividad <i>ciborg</i>	63
3.3. La innovación tecnológica y la discapacidad: hacia la capacitación tecnológica	66
3.3.1. Corrección tecnológica total de la deficiencia: supresión de la deficiencia en el binomio conceptual de la discapacidad	68
3.3.2. Corrección tecnológica parcial de la deficiencia: modificación del concepto mismo de deficiencia al incorporar la corrección tecnológica de la deficiencia padecida por el sujeto	70
CAPÍTULO III. LA REFORMA DEL DERECHO CIVIL: LA INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA CDPD ...	73
1. EL CONCEPTO DE «CAPACIDAD JURÍDICA» EN EL ART. 12 DE LA CDPD.....	73
2. LA CUESTIONADA INTERPRETACIÓN DEL ENCAJE DE LA CAPACIDAD NATURAL EN EL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE OBRAR CON ANTERIORIDAD A LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL	78
3. LA CORRELACIÓN ENTRE DEFICIENCIA LIMITATIVA E INCAPACITACIÓN COMO DISFUNCIONALIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ANTERIOR A LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.....	81
4. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.....	84
4.1. Introducción.....	84
4.2. La tipificación del derecho de la persona con discapacidad a recibir apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica	85
4.3. El supuesto de hecho del sistema de apoyos.....	87
5. La proyectada reforma del Libro II del Código Civil de Cataluña: la integración del concepto de capacidad jurídica según la CDPD.....	91

CAPÍTULO IV. EL TRATAMIENTO DEL TRASTORNO MENTAL GRAVE MEDIANTE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS: HACIA UN NUEVO SISTEMA DE APOYO Y RECUPERACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL	95
1. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ENFERMEDAD MENTAL.....	95
1.1. El trastorno mental grave o severo (TMS): características.....	97
1.1.1. Que exista un diagnóstico de trastorno mental según criterios CIE-10 o DSM-IV-TR.....	97
1.1.2. Que la enfermedad tenga una duración determinada.	99
1.1.3. Que como consecuencia de la enfermedad exista un importante grado de disfunción social	100
1.2. El concepto de trastorno mental como objeto de estudio	100
2. EL TRATAMIENTO DEL TRASTORNO MENTAL MEDIANTE EL SISTEMA ROBÓTICO DE ESTIMULACIÓN CEREBRAL PROFUNDA (DBS) EN CATALUÑA	101
3. LA REVISIÓN DEL TRASTORNO MENTAL COMO ENFERMEDAD O DEFICIENCIA PERSISTENTE Y LA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA ROBÓTICO DE ESTIMULACIÓN CEREBRAL PROFUNDA (DBS).....	104
3.1. El concepto de persistencia de la enfermedad o deficiencia: una propuesta de interpretación semántica	104
3.2. La revisión de la «persistencia» del trastorno mental a la luz de los nuevos tratamientos robóticos de estimulación profunda.....	106
4. LA TECNOLOGÍA COMO SISTEMA DE APOYO PARA LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA DISCAPACITADA SEGÚN LA CDPD	109
4.1. La delimitación y alcance de la derogada expresión «gobernarse por sí mismo».....	109
4.2. La errónea equivalencia entre «falta de autogobierno» y «falta o insuficiente sistema de apoyo de terceros o de apoyo tecnológico» anterior a la reforma del Código Civil	110
4.3. El restablecimiento de la capacidad natural en el sistema de impulso cerebral profundo (DBS): ¿apoyo necesario en el ejercicio de la capacidad jurídica según la CDPD?	113
CAPÍTULO V. LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL Y LA SOLIDARIDAD COMO SISTEMA DE APOYO: DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS A LA GUARDA DE HECHO	115
1. LA DEFINICIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN EL MODELO DE APOYOS A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	115
2. LA ASISTENCIA DE HECHO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL: UNA REALIDAD PRÁCTICA.	118
3. LA ASISTENCIA DE HECHO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL: LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS	121

	Pág.
3.1. La gestión de negocios ajenos como expresión de la configuración jurídica de la solidaridad puntual prestada por el particular	121
3.2. La aplicación de las normas de la gestión de negocios ajenos a la ayuda del particular a la persona con discapacidad: cuestiones jurídicas planteadas	122
3.2.1. La gestión de asuntos ajenos: concepto y naturaleza jurídica	122
3.2.2. Un concepto amplio de «gestión»: gestión jurídica y gestión material	126
3.2.3. La ayuda a la persona con discapacidad: del acto de injerencia a la solidaridad «justificada» del particular.	128
3.2.4. La presencia y conocimiento del dueño: ¿tiene valor jurídico el silencio?	134
4. LA ASISTENCIA Y APOYO DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL: LA GUARDA DE HECHO	139
4.1. La guarda de hecho: una práctica asistencial nada provisional	139
4.2. La configuración personal del concepto de guarda de hecho: ¿quién es guardador?	140
4.2.1. Introducción	140
4.2.2. La guarda de hecho como institución de apoyo	141
4.3. El alcance de la guarda de hecho: una propuesta inclusiva del apoyo de la persona en la evolución de la enfermedad psíquica	143
4.4. La obligación de «cuidar» del guardador: especial referencia a la intervención del guardador en el tratamiento psiquiátrico	145
4.4.1. Significado de la obligación de cuidar	145
4.4.2. La facultad de recibir la información asistencial relativa a la salud del guardado y de prestar el consentimiento informado previo a la intervención: especial referencia al tratamiento psiquiátrico	147
4.4.3. La acreditación del guardador de hecho	151
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES	155
1. EL CONCEPTO DE ENFERMEDAD MENTAL	155
2. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA ENFERMEDAD MENTAL TRAS LA APROBACIÓN DE LA CDPD	156
3. LA REDEFINICIÓN DE UN CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EXIGIDA POR LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (LA DENOMINADA SUBJETIVIDAD <i>CÍBORG</i>) EN LA CORRECCIÓN DE DEFICIENCIAS FÍSICAS, MENTALES Y SENSORIALES	156
4. LA REFORMA OPERADA EN EL DERECHO CIVIL: LA LEY 8/2021 POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y	

	<u>Pág.</u>
PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.....	159
4.1. Las disfunciones evidenciadas en el sistema jurídico español anterior a la reforma.....	159
4.2. La reforma operada en el Derecho civil.....	160
5. INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, EN PARTICULAR DEL SISTEMA ROBÓTICO DE ESTIMULACIÓN CEREBRAL PROFUNDA (DBS), EN LA CALIFICACIÓN DE LA ENFERMEDAD MENTAL COMO REQUISITO DE DISCAPACIDAD.....	161
6. LAS PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICAS INHERENTES A LA CONSTRUCCIÓN DE LA SOLIDARIDAD DE TERCEROS COMO GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y GUARDA DE HECHO.....	162
BIBLIOGRAFÍA.....	167

ABREVIATURAS

ACAT	<i>Assistive Context-Aware Toolkit.</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil.</i>
AEN	Asociación Española de Neuropsiquiatría.
BA	Breviario de Alarico o <i>Lex Romana Visigothorum.</i>
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado.</i>
BOCG	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales.</i>
CC	Código Civil español de 1889.
CCC	Código Civil de Cataluña.
CDPD	Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Asamblea de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006).
CE	Constitución española, 1978.
CEr	Código de Eurico.
CF	Codi de Família de Catalunya.
CIE-10	Clasificación Internacional de Enfermedades (10. ^a versión).
Cost.	Costumbre (<i>Consuetudine</i>).
Cod. Iust.	<i>Codex Iustinianus.</i>
C. Th.	<i>Codex Theodosianus</i> (Código de Teodosio II).
D. o Dig.	<i>Digestum.</i>
DBS	<i>Deep brain stimulation.</i>
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference.</i>
DLeg	Decreto Legislativo.
DOGC	<i>Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.</i>
DSM-IV	<i>Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders</i> (IV).
DT	Disposición Transitoria.
EDAD	Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de dependencia.
GAF	<i>Global Assessment of Functioning.</i>
GI	Instituciones de Gayo.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
Inst.	Instituciones.
Iust.	<i>Iustinianus</i> o Justiniano.
LECi 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.
Lib.	Libro.

LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.
LRLCYP	Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
LSSI y CE	Ley 34/2000, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
LTIT	Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares.
LV	<i>Lex Visigothorum</i> .
OMS	Organización Mundial de la Salud.
núm.	número.
p/pp.	página/páginas.
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> .
RD	Real Decreto.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado.
RFID	Radiofrecuencia o <i>Radio Frequency Identification</i> .
RJ	Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Aranzadi.
ROJ	Referencia de CENDOJ, Base de datos jurisprudencial del CGPJ.
rúb.	rúbrica.
s./ss.	siguiente/siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SAAD	Sistema para la autonomía y atención a la dependencia.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
TCE	Traumatismo craneoencefálico.
TEC	Terapia electroconvulsiva.
TDEH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TOC	Trastorno obsesivo compulsivo.
Tít.	Título.
TMS	Trastorno mental severo.
TS	Tribunal Supremo.
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
UE	Epítome de Ulpiano.
Ulp.	Ulpiano.
VVAA	Varios autores.

CAPÍTULO I

LA ENFERMEDAD MENTAL DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-HISTÓRICA

1. LA ENFERMEDAD MENTAL EN EL DERECHO ROMANO: *¿QUID EST FUROR?*

En la antigua civilización griega la explicación demonológica había dominado la concepción de la enfermedad mental. La consideración de la locura como posesión o como consecuencia de la acción de un poder sobrenatural era una convicción generalizada en los pueblos primitivos. Con el paso del tiempo, el estudio del origen natural de toda enfermedad facilitó su conocimiento¹, la anomalía mental tenía su causa en una alteración de la naturaleza, del mismo modo que ocurría con la dolencia corporal. Para la medicina griega, el cerebro era la sede de la razón, del entendimiento. La persona enfermaba cuando su cuerpo entraba en conflicto (*discrasia*)² por la alteración de los cuatro humores orgánicos fundamentales: sangre (en el corazón), flema (cerebro), bilis amarilla (hígado) y bilis negra (bazo)³. Cada humor tenía una cualidad básica: calor, frío, sequedad y humedad. La locura se originaba cuando, debido a factores externos e internos, se producía un exceso de estas cualidades básicas con efectos perjudiciales sobre los órganos. Con fundamento en esta teoría, el Código Hipocrático diagnóstica y clasifica, según los signos externos, las principales enfermedades mentales de la época (epilepsia, melancolía, manía y paranoia) y estudia

¹ Vid. E. H. ACKERKNECHT, *Breve Historia de la Psiquiatría*, Valencia, Seminari d'Estudis sobre la Ciència, 1993, p. 25.

² Así ALCMEON DE TROTONA, quien vivió probablemente en el siglo V a. C., y fue discípulo de PITÁGORAS, lo describe en su obra *De la naturaleza*, de la cual solo han llegado algunos fragmentos. Vid. J. CABRERA FORNEIRO y J. C. FUERTES ROCAÑÍN, *La enfermedad mental ante la ley*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, UPCO-ELA, 1994, pp. 19 y ss.

³ Es la tesis que desarrolló EMPÉDOCLES (430/490 a. C.), quien describe el origen del mundo por el equilibrio entre cuatro elementos: agua, aire, fuego y tierra, y crea la teoría humoral sobre la base de los cuatro elementos (fuego, tierra, agua, aire) caracterizados por cuatro cualidades (calor, sequedad, humedad, frío), para cada elemento se cuenta con un humor orgánico y la enfermedad es el desequilibrio entre dichos humores. Vid. S. BENNET, *Razón y locura en la antigua Grecia*, Madrid, Akal Universitaria, 1984, p. 266; J. CABRERA FORNEIRO y J. C. FUERTES ROCAÑÍN, *La enfermedad mental...*, op. cit., pp. 19 y ss.

sus recursos terapéuticos⁴. Las leyes griegas ofrecían protección legal al demente y, según relata Platón, previo ejercicio de la acción legal, se atribuía a los hijos la administración del patrimonio de los padres afectados de demencia (*dike paranoias*)⁵. Los dementes no podían contraer matrimonio y carecían de responsabilidad por acciones criminales⁶.

En Roma, la enfermedad dejó de tener interés científico debido a un mayor predominio de las ciencias sociales en detrimento de las ciencias naturales⁷. Este hecho determinó una mera continuidad de las teorías y técnicas médicas griegas y que cuestiones científicas relevantes como la determinación de cuándo una persona era considerada *furiosus* se dejasen a la libre apreciación de jueces y magistrados⁸. Pese a los estudios científicos sobre el enfermo mental, siguió la creencia popular del origen sobrenatural de la enfermedad que era considerada respuesta ante la violación de ciertos tabúes o por la pérdida del favor de las divinidades⁹.

Ahora bien, la preocupación por la protección jurídica del enfermo mental existió ya en el Derecho primitivo romano que en las XII Tablas dispone que: «Si alguien está loco y no tiene custodia, que la potestad sobre él y sus bienes sea de sus agnados y gentiles» («*Si furiosus escit ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecunia que eius potestas esto*» (XII Tablas, Tít. V, 7)¹⁰. A partir de la literalidad de esta disposición, se plantea un amplio debate sobre al alcance del término *furiosus* en Roma. No hay consenso sobre qué significado se le atribuía. Sin duda su difícil interpretación se debe a que los juristas no tuvieron un concepto claro de lo que eran los trastornos mentales.

La utilización de los términos *dementia* y *demens*, unas veces en lugar de *furiosus*, indistintamente, y como términos opuestos otras veces, ha

⁴ Vid. G. ZILBOORG y G. W. HENRY, *Storia de la Psichiatria*, Milano, Feltrinelli Editore, 1973, p. 41; S. BENNET, *Razón y locura...*, op. cit., p. 274; J. A. LÓPEZ FÉREZ, «Hipócrates y los escritos hipocráticos: Origen de la medicina científica», *Revista UNED de Filología*, 1986, pp. 157-175.

⁵ PLATÓN, *Las Leyes*, t. XI, Madrid, edición Patricio de Azcárate, 1872, p. 290: «Si la enfermedad, la vejez, el mal carácter o todas estas causas reunidas hacen que un hombre desvaríe hasta la extravagancia, de manera que ello pase inadvertido a todos los que no vivan con él y arruina su casa, porque sigue siendo el dueño de sus bienes, mientras que el hijo no sabe qué hacer y no puede decidirse a acusarlo de demencia, he aquí lo que la ley prescribe para su caso. El hijo irá a encontrar a los más ancianos de los guardianes de las leyes y les expondrá la triste noticia de su padre. Estos, después de un maduro examen, le dirán si debe o no intentar la acusación. En caso afirmativo ellos mismos le harán de testigos y abogados en la causa; una vez condenado el padre no tendrá ya el derecho de disponer de la mínima parte de sus bienes, pero permanecerá en la casa tratado como un niño, el resto de sus días».

⁶ PLATÓN, *Las Leyes...*, op. cit. (926 A y 864 D).

⁷ Vid. J. CABRERA FORNEIRO y J. C. FUERTES ROCAÑÍN, *La enfermedad mental...*, op. cit., p. 19.

⁸ Vid. F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 188; M.^a L. MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, «De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)», *ADC*, 2004, pp. 775-825, esp. p. 779.

⁹ G. ROSEN, *Locura y Sociedad Sociología Histórica de la enfermedad mental*, Madrid, Alianza Universidad, 1974, p. 96.

¹⁰ Las XII Tablas, Título V, 7: «*Si furiosus escit ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*», vid. P. RIVERO y J. PELEGRÍN, *Las Leyes de las Doce Tablas*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.