

reducir daños, los que se caracterizan por el autoconsumo controlado y los de educación sanitaria para prevenir y controlar los trastornos adictivos.

El último tipo de proceso clave se concreta en un seguimiento posterior al alta terapéutica, dado que los pacientes sometidos a estos tipos de tratamiento son pacientes crónicos y con una baja probabilidad de obtener el alta definitiva, por ello, el control posterior al alta se concreta para evitar la posibilidad de sufrir recaídas o detectarla, llevando a cabo por lo general un control telefónico o presencial de duración corta con una periodicidad que se haya fijado con carácter previo.

Por último, los procesos de soporte pueden estar compuestos por la Gestión de Sistemas de Información, por Gestión de Recursos Humanos, por Formación de Personal, Gestión de Instalaciones y Gestión del Contacto Telefónico. En el caso concreto de los sistemas de información se caracterizan por ser una herramienta necesaria para que los profesionales puedan cumplir sus funciones de suministrar información a los pacientes, los recursos humanos, sin embargo, se concretan en la gestión de los profesionales para que el funcionamiento de las Unidades de Conductas Adictivas sea efectivo, así como la necesaria formación de los profesionales que componen las mismas, para adaptarse a todos los tratamientos de acuerdo a cada paciente. Las instalaciones que componen las UCA deberá ser controlada y supervisada ya que dispensan medicamentos a los pacientes, así como también debe de planificarse su ubicación. Por último, se trata de gestionar el contacto telefónico con los pacientes, ya que en muchas ocasiones son los propios profesionales los que deben de atender las llamadas, ya que las UCA carecen de personal administrativo que realice tal labor.

Las conductas adictivas legales se definen como aquellas sustancias que generan en las personas que las consumen, efectos negativos tanto para sí mismo como para las personas de su entorno como familia, trabajo o relaciones sociales. Aunque están reguladas legalmente, su consumo podría convertirse en dependencia, reincidencia y continuidad, considerándolo como un vicio, pero que no llega a constituirse como enfermedad. Dado que no se considera como una enfermedad, genera una percepción inferior del riesgo que pueden producir, aunque son muchas las personas tanto adultas como jóvenes que se consideran consumidores de ellas. Las más relevantes son el tabaco, el alcohol y los

psicofármaco que, a pesar de considerarse como drogas legales, son las que producen un mayor número de enfermos y fallecimientos en España, y por tanto, resulta necesario instaurar una serie de medidas y actuaciones que prevengan, eviten y retrasen el consumo de este tipo de sustancias mediante la formación y creación de una red social, que tenga la finalidad de conseguir una autogestión y adquisición de hábitos saludables.

Existen también otro tipo de drogas denominadas ilegales, y que a pesar de todos los programas que se han instaurado con finalidad preventiva, el consumo de las mismas se sigue manteniendo en la actualidad. El consumo de heroína marcó el inicio del fenómeno de las drogas ilegales en España, donde se han tratado a más de 300.000 personas dependientes de dicha sustancia, otras 20.000 han fallecido por sobredosis, y otra 100.000 personas se contagiaron de VIH por haber compartido jeringuillas para su consumo, y muchos otros fallecieron por contraer hepatitis. Sin embargo, el consumo de heroína se ha visto disminuido a lo largo del tiempo, ya que el consumo de otro tipo de sustancias ilegales como el cannabis o la cocaína se ha visto aumentado.

Sin embargo, para la sociedad el consumo de drogas va ligado al concepto de adicción, pero existen otras muchas conductas consideradas altamente adictivas, que no implican el consumo de drogas. Podrían darse conductas adictivas en el juego, en el sexo, en el trabajo o incluso ser adicto a las compras o a internet.

La adicción al juego patológico se define como un trastorno en el que la persona que lo padece se encuentra obligada, a través de una urgencia psicológica difícilmente controlable, a jugar, conllevando dicha conducta un deterioro progresivo en la conducta en el juego. En cuanto a la adicción al trabajo se ven afectadas aquellas personas que emplean todo su tiempo en trabajar, ya que lo consideran como una necesidad vital, sin tener en cuenta que esto produce una disminución o incluso una eliminación de su vida familiar, social y personal.

Otras conductas adictivas sin precisar del consumo de drogas son la adicción a las compras, caracterizada por una necesidad irresistible de comprar de forma repetida y compulsiva objetos innecesarios, sin tener en cuenta el precio del mismo, produciendo un deterioro económico importante en la persona que lo padece, o la adicción al sexo

denominada también hipersexualidad, que consiste en una necesidad extrema de practicar actividad sexual con todo tipo de personas, incluso anónimas.

Todas estas conductas se caracterizan por no precisar del consumo de drogas, pero que tienen un grado de adicción importante y que precisarían de tratamiento para paliar los efectos derivados de dichas conductas adictivas.

d) Experiencia de aplicación en Elche (desde 2013 a 2019)

En los Juzgados de Elche se procedió a la especialización del Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Elche en materia de incapacidades e internamientos en enero de 2013. Dicha competencia era exclusiva pero no excluyente para ese Juzgado. Hasta ese momento, se habían tramitado de manera procedimientos de Tratamiento Ambulatorio Involuntario en cada uno de los Juzgados de Primera Instancia, no siendo unánime el criterio de los Magistrados en cuanto a la posibilidad de su tramitación.

Unificada la competencia y el criterio sobre la materia, se han tramitado en este Juzgado, hasta el año 2019, 105 expedientes de Tratamiento Ambulatorio Involuntario, en su mayor parte a instancia de la propia Unidad de Agudos o de las Unidades de Salud Mental, para casos de esquizofrenia o trastorno esquizoafectivo, en menor grado, para supuestos de trastorno bipolar o ideaciones delirantes, y en un pequeño porcentaje, para casos de trastorno de la personalidad o patología dual asociada a consumos. El resultado ha sido claramente satisfactorio en casos de enfermedad mental grave, pues el control judicial del tratamiento ha evitado abandonos de medicación, descompensaciones, nuevos ingresos, y agresiones a familiares con resultado de orden de alejamiento, lo que ha mejorado sensiblemente la calidad de vida de los enfermos y la convivencia familiar. Sin embargo, el resultado ha sido escaso en los supuestos de trastorno de la personalidad, difícilmente controlables con tratamiento farmacológico, y de patología dual, dado que, pese a que se ha intentado forzar la asistencia del enfermo a la UCA, la eficacia del tratamiento impuesto es muy reducida, habiéndose conseguido en muy pocos casos una adhesión adecuada de los pacientes con comportamientos adictivos, bien por consumo de sustancias psicoactivas o alcohol, bien por juego patológico, en relación con los cuales la evolución positiva ha sido muy lenta y costosa. Mayor éxito se ha producido en aquellos casos en que el TAI ha permitido una adhesión al tratamiento psiquiátrico, que ha llevado al paciente a

comprender el riesgo de sus conductas adictivas, y, con ello, a una voluntariedad del tratamiento en Unidad de Conductas Adictivas .

3. Esfera patrimonial/negocial:

3.1 Actuaciones afectadas

Actualmente la protección patrimonial de las personas con discapacidad es un instrumento jurídico de interés para aquellas personas que padezcan una discapacidad física o sensorial grave, para personas de avanzada edad que comprueban una merma progresiva de sus facultades intelectivas, y quieran prever lo necesario para la administración futura de sus bienes, o para los padres de las personas que sufran una discapacidad intelectual, que pretendan garantizar el bienestar económico de sus hijos articulando mecanismos que garanticen el destino de los bienes que ponen a su disposición.

El instrumento fundamental se encuentra regulado en la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que establece cuáles son las condiciones necesarias para proceder a la constitución, control y gestión del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, destacando como objetivo la atención de las necesidades vitales de las personas en cuyo interés se haya constituido, y además designa a aquellas personas beneficiarias, concreta derechos, condiciones y ventajas de la constitución del patrimonio. Esta ley se aplica a aquellas personas que padezcan una discapacidad intelectual con grado igual o superior al 33 por ciento, o que sufran discapacidad física o intelectual con grado igual o superior al 65. Las personas legitimadas para constituirlo podrían ser las mismas personas que padecen la discapacidad, siempre y cuando ostenten capacidad de obrar suficiente, o bien los padres, tutores o representantes legales de la persona que tengan interés legítimo.

El punto de partida de la protección de la persona viene definido por la autonomía de la persona con discapacidad en la esfera patrimonial, ya que de poca utilidad sería proclamar el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona con discapacidad si carece de medios y de recursos materiales para respaldar dicha autonomía. La esfera patrimonial, por tanto, se establece como un ámbito relevante para conseguir el goce pleno de los derechos

fundamentales y libertades de las personas que sufren una discapacidad y el respeto a la dignidad inherente a cada una de ellas. En consecuencia, la esfera patrimonial y su protección se constituye como un corolario de la esfera personal definida anteriormente.

Otras posibilidades de actuación la constituyen la autotutela, los poderes preventivos o con efectos subsistentes, y la intervención notarial.

3.2 Autotutela

La ley 41/2003, de 18 de Noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad abarca, además de todo lo relativo al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, el concepto de la autotutela. El contenido de la ley incorpora diferentes modificaciones para mejorar y aumentar las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos para la satisfacción de las necesidades de estas personas. Además, el concepto de autotutela podemos encontrarlo en el Código Civil en su artículo 223 aunque no explícitamente, incluye en el párrafo dos la siguiente afirmación *“Asimismo, cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”*.

La autotutela, por tanto, se define como la posibilidad que tiene una persona que ostenta capacidad de obrar de llevar a cabo la adopción de disposiciones que estime convenientes en previsión de que pueda llegar a producirse su propia incapacitación, lo cual puede llegar a ser muy relevantes en el caso de las enfermedades degenerativas. Se regula esta figura introduciendo modificaciones en el Código Civil, como la reforma que afecta al artículo 1732 del Código Civil, que establece que la incapacitación judicial de la persona, anterior al otorgamiento del mandato, no podría ser causa de extinción si el propio mandante ha dispuesto su continuación, sin perjuicio de que pueda ser acordada la extinción por parte del Juez cuando se constituye la tutela. Otra de las reformas importantes fue la modificación del artículo 757.1 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, en la que se legitimaba al presunto incapaz para promover su incapacitación. Por tanto, en términos jurídicos se define como una figura legal que permite a una persona que ostente capacidad de obrar, para el caso de que fuera posteriormente incapacitada de manera judicial, dejar constancia de cómo quiere que se lleve a cabo la

organización y administración de los asuntos que tengan que ver con su persona y bienes, incluyendo la posible designación de tutor.

Respecto de quien puede otorgar un documento de autotutela se determina que será cualquier persona con capacidad de obrar, conocida como capacidad natural, que resulte consciente del acto que está realizando y quiera formalizarlo de forma voluntaria ante notario, que deberá comprobar la capacidad de la persona, su voluntad respecto del acto que va a llevar a cabo y la adecuará al ordenamiento jurídico para que produzca efectos. Se formalizará el documento en escritura pública, que deberá contener tanto aspectos positivos referidos a la persona a la que nombra tutor, estableciendo tanto órganos de control como de fiscalización de dicha tutela, y el modo de ejercerla y todas las disposiciones necesarias que desee sobre su persona o respecto de sus bienes, como disposiciones negativas referidas a qué persona no se podrá nombrar como su tutor. Sí resultaría conveniente, sin embargo, nombrar a tutores sustitutos para el caso de que el primer tutor designado por parte de la persona no pudiera llevar a cabo la función de tutor o no quiera.

Además, el documento deberá publicitarse, a los efectos de la comunicación que se va a producir entre la Notaria y el Registro Civil, donde conste el nombre del notario que ha autorizado el documento, el número de protocolo y la fecha en que se produjo la autorización, siendo necesario incluir las partidas de nacimiento con anterioridad a acudir a la Notaria. La designación que se haya por parte del autotutelado vinculará al Juez, sin perjuicio de que pueda no tomarlo en consideración si lo exige el beneficio del incapacitado, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 224 y 234 del Código Civil. Sin embargo, el Juez podría revisar el cambio que pueda producirse en las circunstancias que llevaron al interesado a nombrar o rechazar a una persona como su tutor, completando este régimen de autotutela con la comunicación necesaria al Registro Civil, donde posteriormente el Juez podrá obtener la certificación.

Por último, la autotutela produce efectos solo en el caso de que el Juez haya declarado incapaz a una persona mediante sentencia de incapacitación, y será en ese preciso momento cuando se tenga en cuenta la voluntad que recogió la persona incapacitada en su documento de autotutela.

3.4 Poderes preventivos y con efectos subsistentes

La Convención de los Derechos de las personas con discapacidad exigía establecer un equilibrio entre el desenvolvimiento libre de las personas con discapacidad para poder ejercitar sus derechos y libertades, siempre desde el respeto a la autonomía personal, disminuyendo aquellas medidas que supongan una mayor representación y aumentando los mecanismos que favorezcan un régimen de asistencia y apoyo y que genere seguridad jurídica, de forma que se reduzcan al máximo los casos conflictivos y contenciosos ante los Tribunales de Justicia. Para ello, se han introducido alternativas a la incapacitación como la autotutela, o en este caso concreto, el otorgamiento de poderes preventivos para dotar a la persona de una protección jurídica efectiva.

Se constituyen como una forma diferente de afrontar aquellas situaciones que puedan derivar a una posible incapacidad, y que la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad modificó los artículos 223.2 y 1732 del Código Civil, introduciendo dos tipos de manifestaciones de poderes preventivos:

1. El poder subsistente incluso en caso de declaración de incapacidad del poderdante, en cuyo caso el apoderado actuaría estando el poderdante capacitado, y el poder sería objeto de revocación en cualquier momento, pero el poderdante anticipándose a una futura incapacidad, que en principio revocaría de forma automática el poder, decide que esa posible incapacidad que se pudiera producir no provoque la extinción de los poderes otorgados y que por tanto, el apoderado pueda seguir actuando en nombre del poderdante.
2. Otra manifestación es el poder que empieza a surtir efectos en el caso de que se declare la incapacidad del poderdante, que a diferencia de lo que ocurre con la manifestación anterior, sólo en caso de incapacidad del poderdante, nunca con carácter anterior a dicha declaración, el apoderado podrá actuar en nombre y cuenta del poderdante.

Sin perjuicio de las dos manifestaciones previstas en la regulación legal, la definición de poderes preventivos se constituye como “aquél poder que subsiste incluso en caso de que se declare la incapacidad del poderdante, en el que el poderdante anticipándose a una posible incapacitación, que normalmente revocaría el poder, decide que esta incapacidad no provoque dicha extinción y en consecuencia, que el apodera pueda seguir actuando en su nombre”.

Para otorgar poderes preventivos es necesario el cumplimiento de diferentes requisitos previstos para esta figura. Deberá el poderdante tener capacidad en el momento en que se otorgan los poderes, para todos y cada uno de los actos para los que se pretende otorgar poder a un tercero, además la persona nombrada como apoderado deberá ostentar capacidad para ello, y deberá escogerse a la persona con cautela dado que el poderdante posteriormente no podría hacer uso de un seguimiento del cumplimiento de las instrucciones. En este sentido, se podrá proponer apoderamientos de carácter mancomunado mediante las causas serán varios los interesados que gestionen tanto el patrimonio como el cuidado del poderdante. Los poderes preventivos deben incluir también las facultades que se otorgan, es decir, si se trata de un poder especial o general, o incluso precisiones respecto de la extinción de poder, autorización para decidir sobre el destino de bienes, la posibilidad de internamiento en una residente, sometimiento a determinados tratamientos médicos, elección del lugar de residencia, etc. Por último, habrá que dejar constancia de la existencia del poder en el Registro Civil, y según la naturaleza también podrá ser objeto de inscripción en el Registro de voluntades anticipadas.

Con carácter general, el poder no se extingue con la declaración de incapacidad judicial, si no que es objeto de subsistencia, lo que a su vez evita las situaciones de indefensión y abuso en caso de que el apoderado realizara sus funciones de manera desleal, ya que el poderdante, no podría llevar a cabo la revocación del poder por haber perdido capacidad para ello, por tanto, la revocación del mismo le pertenecería al tutor cuando lo considere conveniente. Sin embargo, sí podría determinarse la extinción para las causas previstas en el 1732 del Código Civil, entre las que se encuentran que el poderdante aún goce de capacidad.

Los poderes preventivos sólo pueden ir encaminados a establecer facultades respecto de la gestión del patrimonio de la persona que lo otorga, ya que el poder empezaría a producir efectos en caso de que se declare la incapacidad de la persona que otorgó el poder, y solamente en dicha situación, el apoderado podrá realizar actuaciones en nombre de él. Además, el poderdante puede precisar el término y el alcance del concepto de incapacidad, y qué se entiende por ello, y puede otorgar facultades muy amplias, relativas al ámbito personal, donde se incluyen cuestiones médicas, fijación de residencia, facultad para poder iniciar o no un procedimiento de incapacitación, así como también podrá otorgar facultades en el ámbito patrimonial.

Este tipo de alternativa a la incapacitación puede presentar tanto ventajas como inconvenientes, como ventaja se establece que el apoderado no está sujeto a los mismos controles a los que se sujeta el tutor, pero el inconveniente radica en que este escaso control judicial deja en manos del apoderado al poderdante, de ahí la extendida denominación “poder de ruina”, sin perjuicio de que el Notario pueda establecer mecanismos de control si se solicitan por las partes. Incluso el propio apoderado podría nombrar un sustituto. La sentencia de incapacitación tampoco provoca por sí misma la revocación de dicho poder, ya que esta circunstancia debe declararse expresamente, y cabe la coexistencia de poderes junto con un régimen tutelar.

El apoderado podrá renunciar en cualquier momento según lo previsto en el artículo 1736 del Código Civil, siempre, e incluso se podrá fijar una retribución para el apoderado sin perjuicio de que también pueda exigir, en caso de que se le hayan causado perjuicios, la indemnización correspondiente.

Tanto la autotutela como los poderes preventivos se constituyen como documentos notariales para prevenir la posible incapacitación, pero se diferencian en los siguientes aspectos:

| AUTOTUTELA |
|---|
| La propia persona designa un tutor para el caso de que se le declare incapaz |
| Debe haber juicio que declara a la persona incapaz |
| Entra en vigor solo en caso de incapacitación |
| Se realiza mediante documento notarial |
| El juez de forma motivada puede no designar |
| No entra en vigor de forma inmediata desde que se produce la discapacidad de la persona |

| PODERES PREVENTIVOS |
|--|
| La propia persona designa un apoderado para que le represente en caso de perder la capacidad |
| No es necesario juicio de incapacidad 3.7 |
| Debe especificarse expresamente su subsistencia en caso de incapacitación |
| Se realiza mediante documento notarial 3.10 |
| El juez de forma motivada puede dejar sin efecto el poder |
| Entra en vigor de forma inmediata desde el momento que se produce la discapacidad o cuando lo disponga el mandante 3.13 3.14 3.15 3.16 |

3.17 Intervención notarial

La intervención notarial tiene un papel importante tanto en la promoción como en el respeto de todos los derechos que pertenecen a las personas con discapacidad para poder ejercer su capacidad jurídica ante la autoridad por excelencia existente para ejercitar dichos derechos que es la autoridad notarial.

En el informe las Naciones Unidas presentado a la Asamblea General en fecha de Diciembre de 2017 se entendió la figura del Notario asimilándolo al concepto de autoridad, destacando la importancia del juicio de capacidad notarial y a la necesidad de formación del mismo, más concretamente se definió en su punto 77 como “ *En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que van a entablar una relación jurídica*” y añade diciendo que el Notario deberá conocer todo lo relativo al reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas y sin que en ningún caso suponga dicha medida de apoyo una restricción de dicha capacidad jurídica.

Con carácter general, cuando una persona padece alguna discapacidad pero no ha sido incapacitada judicialmente y pretende concluir algún negocio de carácter jurídico para el que precisaría de asistencia o apoyo, detectado por el Notario, los ordenamientos jurídicos nacionales, sin embargo, establecen como única salida en la previa incapacitación con anterioridad a recibir ese régimen de asistencia, y que por tanto, comporta la privación de capacidad de la persona.

Por tanto, para evitar un régimen de incapacitación que limite la capacidad jurídica de la persona que padece algún tipo de discapacidad, se prevé la figura de la intervención notarial, que otorga apoyo a todo ciudadano que quiera ejercitar su capacidad jurídica, capacidad de autorregulación y el ejercicio de su autonomía personal, con independencia de su procedencia o de su condición, y que permite a las personas ejercitar derechos de cualquier índole, como por ejemplo de carácter patrimonial, como contratos de compraventa o préstamos hipotecarios, personal relativos a poderes preventivos o autotutela, también se incluye actos que tengan que ver con el patrimonio familiar, como las capitulaciones matrimoniales, divorcio o reconocimiento de hijos, e incluso de carácter sucesorio respecto de testamentos o particiones hereditarias.

El notario, según lo dispuesto en la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad, puede ofrecer "apoyo" para llevar a cabo el ejercicio de sus derechos y deberes por parte de las personas afectadas por determinada discapacidad, aportando asesoramiento y consejo sobre el alcance o las consecuencias que se puedan derivar del negocios. Resalta la función del notario como una función de apoyo institucional y para salvaguardar tanto en sentido positivo como negativo, relativo al respeto de los derechos, voluntad y preferencias de dicha persona por un lado, y en sentido negativo para evitar que se produzcan abusos o influencia negativa sobre la persona.

En el proceso notarial se requieren una serie condiciones para que se lleve a cabo de manera efectiva y que garantice el asesoramiento eficaz de la persona con discapacidad. En primer lugar, la persona defiende cuáles son sus voluntades y preferencias para el caso concreto, otorgando el notario la función de asesoramiento y consejo para ejercitar el derecho, siempre respetando la capacidad legal que tengan las personas que van a intervenir en el proceso, además cabe la posibilidad de acceder a los apoyos necesarios

siempre en condiciones de igualdad, y por último, se concreta el juicio de capacidad, discernimiento y comprensión por parte del Notario en todos y cada uno de los actos notariales que se realicen, para garantizar efectividad y relevancia de la igualdad, siendo necesario que los derechos que se vayan a ejercitar ostenten validez y eficacia y que no constituyan como una razón de discapacidad.

El proceso notarial acaba con la prestación del denominado consentimiento informado por parte de la persona que precisa de asistencia, y que se concreta en la necesidad de que las personas que van a otorgar cualquier documento público notarial, hayan comprendido gracias a la intervención notarial, la adecuación de ese negocio que se lleva a cabo por sus pretensiones, de que se ajusta a la legalidad pertinente en virtud de un control llevado a cabo por el Notario, que la forma jurídica adoptada en el negocio es conforme y adecuada a su voluntad y por último, que conoce todos los efectos derivados del acto jurídico que va a autorizar. La finalidad del consentimiento informado se concreta en la necesidad de que el contrato que se celebre sea acorde a una voluntad informada, consciente y expresada de forma libre y que para formalizarlo, el otorgante ha tenido que recibir apoyo notarial.

La intervención notarial, se trata, en definitiva de asumir una labor que pueda suponer una mejora en el desarrollo de las personas con discapacidad, velando siempre por su inclusión en la sociedad y que su voluntad se tenga en cuenta para regir su persona y bienes.

3.18 Patrimonio protegido

El patrimonio protegido de las personas con discapacidad ha resultado tan relevante que ha conllevado la necesidad de crear una ley específica para su regulación, la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Esta Ley trata de establecer las condiciones y forma de gestión del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, teniendo como finalidad atender las necesidades vitales y que se constituye en interés de la persona. Precisa la Ley las personas beneficiarias del mismo, los derechos que incluye, y las condiciones particulares que supone la constitución de dicho patrimonio.

Esta ley se aplica a aquellas personas que padezcan una discapacidad intelectual con un grado que sea superior o igual al 33 por ciento, o de lo contrario, que sufran una discapacidad física o sensorial con grado igual o superior al 65. En su Exposición de Motivos se hace constar que *“hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de la asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deban afrontarse”*.

Y añade, *“esta ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”*. De esta forma, señala *“el objeto inmediato de esta ley es la constitución de una masa patrimonial que queda inmediata y directamente vinculada a una persona con discapacidad”*.

El artículo 1 de la Ley define más concretamente qué se entiende por patrimonio protegido de la persona con discapacidad, destacando que se trata de una masa con carácter patrimonial, que no ostenta personalidad jurídica propia, y que se constituye por todos los bienes y derechos aportados a la entidad a título gratuito, y cuyo régimen jurídico concreta establece los mecanismos para conseguir la finalidad de permitir que esos bienes y derechos que se hayan aportado, que pueden consistir en dinero, depósitos en cuentas corrientes, rentas de carácter vitalicio, fincas de cualquier tipo, deudas, obligaciones o incluso seguros en favor del beneficiario y todo lo que derive de ellos, como frutos productos o rentas, satisfagan las necesidades vitales que pueda tener el beneficiario.

Las características más relevantes de esta figura legal son: el patrimonio protegido constituido ostenta personalidad jurídica propia, se diferencia del patrimonio personal que tenga el titular beneficiario, y queda sometido a condiciones de administración y supervisión específicas.

El negocio jurídico mediante el cual se constituye el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, se destacan elementos personales, reales y formales. En cuanto a los elementos personales, referido a los sujetos que están legitimados para constituir el patrimonio protegido y quienes pueden ser beneficiarios del mismo. El constituyente puede ser la persona con discapacidad cuando lo haya realizado cuando ostentaba capacidad plena, o en caso de no existir la capacidad plena, estarán legitimados los tutores, curadores, guardadores de hecho y cualquier persona que tenga cierto interés legítimo, y que en caso de haber oposición, deberá ser el Juez quien autorice. Y por otro lado, el beneficiario será aquella persona que se encuentre afectada por una discapacidad igual o superior al 33 por cien, en caso de tratarse de carácter psíquico, o una persona que esté afectada por una minusvalía física o sensorial del 65 por cien. Por último, se destaca como elemento personal la figura del administrador, que será previamente designado en el documento público objeto de constitución del patrimonio, y en caso de no haber nada previsto, se designará por el Juez previo informe del Ministerio Fiscal, a excepción de aquellas personas que sean tutores.

En cuanto a los elementos reales, se definen como aquellos bienes y derechos que se han aportado por las personas legitimadas para constituir el patrimonio y que en todo caso, deberán estar libres de cualquier acción legal que se pueda ejercitar por parte de los acreedores, entendiéndose incluidos también los frutos, rendimientos o productividad derivada del patrimonio.

Se precisan las condiciones relativas a las aportaciones que se vayan a realizar al patrimonio protegido en el artículo 4 de la Ley, en el cual se dispone lo siguiente:

- 1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución.*

2. *Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.*
3. *Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes o derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil foral o especial que, en su caso, fueran aplicables.*

Además, las aportaciones que se realicen deberán cumplir una serie de características, como la necesidad de que los bienes o derechos sean de contenido económico o patrimonial, que sean susceptibles de producir frutos o rentas, que se consideren suficientes para cumplir la finalidad de satisfacer las necesidades que tenga la persona con discapacidad, que puedan ser objeto de transmisión, además de realizarse a título gratuito y que en el caso de que existieran terceros que ostenten interés legítimo, las aportaciones no pueden hacerse a término.

Los elementos formales tienen la finalidad de dejar constancia legal de todos y cada uno de los bienes que van a constituir el patrimonio protegido de la persona con discapacidad y para ello, el requisito esencial es el patrimonio protegido deberá constituirse mediante documento público o resolución judicial, donde conste el inventario donde se incluyan todos los bienes y derechos para proceder a su administración, control y conservación de los mismos. Posteriormente, deberá darse publicidad a la escritura pública o a la resolución judicial, llevando a cabo la inscripción en los Registros Públicos para que quede constancia de cuál es la forma de administración del patrimonio protegido, cuando no corresponda directamente al titular

del mismo, si no a padres, tutor o curador, y también debe constar en el Registro de la Propiedad lo relativo al conjunto de bienes objeto de aportación al patrimonio.

Por lo que respecta a la administración del patrimonio protegido, podrían diferenciarse dos clases o tipos de administración, la considerada especial, en el caso de que el beneficiario del patrimonio sea quien lo constituye, y por tanto, la administración quedará sometida a las reglas o directrices establecidas por el beneficiario en concreto. O de lo contrario, puede darse una administración general, que se producirá en todos los demás casos distintos al nombrado anteriormente, y que se caracteriza por la necesidad de obtener por parte del Juez una autorización para llevar a cabo los actos por el tutor en los que se precisan, según lo dispuesto en los artículos 270 y 271 del Código Civil, sin perjuicio de que el propio administrador, podrá pedir al Ministerio Fiscal, que el Juez otorgue la autorización cuando existan circunstancias concretas.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 concreta dos tipos diferentes de supervisión del patrimonio, la que determina el constituyente denominada voluntaria, y la denominada institucional que corresponde al Ministerio Fiscal. La supervisión voluntaria permite al constituyente determinar cuáles van a ser las reglas para supervisar y vigilar el patrimonio y todo lo que respecta a su administración, mediante el cual la persona que constituye el patrimonio tendrá libertad para fijar las reglas que estime oportunas para proceder al control del patrimonio protegido, así como podrá nombrar las personas que integrarán el órgano de supervisión, así como sus sustitutos, y la forma de actuación, conjunta o solidaria. Sin embargo, si se diera el caso de que el constituyente no procediera a una supervisión voluntaria, podrá darse una supervisión institucional por parte del Ministerio fiscal, quien abarcará funciones tanto de control de la administración del patrimonio protegido, como también determinará cuestiones relativas a la constitución o extinción del mismo.

Lo relativo a la extinción del patrimonio protegido viene definido en el artículo 6 de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, donde se definen y concretan dos circunstancias por las que se produce la extinción del patrimonio, siendo una de ellas el fallecimiento del beneficiario, pasando a ser parte de la herencia tanto los bienes como los derechos que componían el patrimonio protegido, y que se de la

situación de que el beneficiario no cumpla las condiciones o porcentajes de minusvalías requeridos para la constitución del patrimonio, pero en cuyo caso el beneficiario pasará a ser titular de los bienes y derechos que conformaban dicho patrimonio.

Por último, el patrimonio protegido podrá ser objeto de control judicial en diferentes momentos, tanto en el momento inicial de constitución del patrimonio, si se diera el caso de que tutor, padres o curador presentara negativa injustificada para constituir el patrimonio, la persona solicitante del mismo podrá requerir al Ministerio Fiscal, para que solicite al Juez la constitución de dicho patrimonio. También se controla judicialmente el momento de extinción del patrimonio, ya que será función del administrador rendir cuentas de las gestiones que ha llevado a cabo y que será objeto de comprobación posterior por parte del Juez y del Ministerio Fiscal. Y finalmente, el Ministerio Fiscal tiene facultad para actuar de oficio o bien a solicitud de cualquier persona interesada, además de que debe ser oído en todas las actuaciones que se lleven a cabo y debe de supervisar en la administración del patrimonio.

4. Derecho al voto.

En la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad existe una referencia al derecho de sufragio expresamente reconocido por ella, y que va encaminada a evitar la limitación de tal derecho cuando se den supuestos de incapacitación. El derecho de sufragio, se constituye como uno de los derechos de carácter político más relevantes establecidos en el artículo 23.1 de la Constitución Española, que establece requisitos de mayoría de edad y ciudadanía para proceder a su ejercicio, reconociendo el derecho de sufragio activo más concretamente en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de 19 de Junio de 1985 en su artículo 2.

El reconocimiento de este derecho se tiene que poner en relación con otro tipo diferentes de derechos reconocidos también en la Constitución: dignidad inherente de las personas (artículo 10.1), principio general de no discriminación (artículo 14), el de libertad ideológica (artículo 16) y por último el principio rector que supone el amparo por parte de los poderes políticos a las personas que tengan una disminución física o psíquica (artículo 49).

La Convención de Nueva York lo proclama en el artículo 29 dedicado a la “Participación en la vida política y pública”, estableciendo que serán los propios Estados firmantes de la Convención los que deberán garantizar que las personas con discapacidad podrán gozar de los derechos de carácter político y podrán ejercerlos en igualdad de condiciones, comprometiéndose a adoptar una serie de medidas:

Asegurar que las personas con discapacidad tendrán una participación plena y efectiva en la vida política y pública y siempre en igualdad de condiciones con las demás personas, introduciendo la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ser votadas incluso elegidas mediante la forma de garantizar que todo los procedimientos y materiales electorales sean los más adecuados y accesibles para su comprensión, promover la protección del derecho de las personas a poder emitir su voto en secreto sin sufrir ningún tipo de intimidación y la posibilidad de presentarse como candidatos a elecciones, con el correspondiente ejercicio de cargos y desempeño de funciones públicas. Se garantizará su libertad de expresión en referencia a la voluntad como figura de elector y siempre a petición de las personas se podrá otorgar asistencia para la realización del voto.

Sin embargo, la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de Julio, de Régimen Electoral, en su artículo 3.1 b) establecía que las personas que hubieran sido declarados incapaces mediante un sentencia judicial firme, carecerían de derecho de sufragio, siempre que en la sentencia se hubiera especificado la negativa al derecho de sufragio, sin perjuicio de que los Jueces y Tribunales, en este punto, debieran pronunciarse sobre dicha incapacidad que afecta al ejercicio del derecho de sufragio. A tenor de este precepto, y dado que la limitación de un derecho fundamental, como es el derecho de sufragio, limita y afecta al desarrollo libre de la personalidad que consagra el artículo 10 de la Constitución Española, la privación solo podía llevarse a cabo en virtud de sentencia judicial donde se declare expresamente dicha privación.

Por tanto, para poder limitar el derecho de sufragio de una persona debía existir una acreditación referido al estado físico y psíquico de la persona, el cual le imposibilitaba para poder tomar una decisión libre y consciente sobre su elección para que una persona le represente en el ámbito político.

Se exige, según el espíritu de la Convención, respetar en todo caso la autonomía de la persona que ha sufrido una modificación de su capacidad, en el ámbito del ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho de sufragio, por lo que no podría privársele de él con carácter general, si no solo en casos excepciones que los Jueces determinen realizando un análisis de todos los elementos probatorios que obtengan relativos a las facultades que tiene cada persona para poder ejercitar su derecho de sufragio. Por tanto, el Juez encargado del procedimiento de declaración de incapacidad de una persona, también deberá pronunciarse sobre la incapacidad para poder ejercer su derecho a voto, de modo que la declaración de incapacidad no determina, precisamente, la pérdida de derecho de sufragio de forma automática, si no estudiada y analiza caso por caso.

Es decir, cabe incluso en el supuesto de que se haya modificado la capacidad, la persona puede seguir conservando su derecho de sufragio, salvo que expresamente en la sentencia de forma motivada se le haya privado de forma expresa. Se debe de probar, además de la situación de aquellas personas que no puedan regir su persona y bienes, que la persona sufre una discapacidad que le impide o limita para poder llevar a cabo su derecho de sufragio.

El derecho de sufragio, además, se constituye como personalísimo e intransferible, por tanto, no podrá optarse por otra forma de votación que no sea de manera personal y directa o bien por correo ordinario, no resultando posible el voto mediante sustitución u otorgamiento de poderes. Sin embargo, sí sería posible adoptar medios y apoyos a la persona con discapacidad para que ejercite su derecho a voto, y por tanto, no lo viera limitado.

En definitiva, para proceder a la privación y limitación del derecho de sufragio debe haber una fundamentación precisa y debe adoptarse de manera restrictiva, dado que la regla general es proteger y mantener el ejercicio de este derecho fundamental.

A la vista todo ello la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, ha modificado lo dispuesto en el art. 3 2º LOREG, señalando que *"toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente cualquiera que sea su forma de comunicarlo y*

con los medios de apoyo que requiera”, lo que ha puesto punto final al debate suscitado en relación con la posibilidad de privación del derecho de sufragio activo en relación con las personas con capacidad modificada judicialmente.

5. Otras actuaciones

En los procedimientos de determinación de la capacidad pueden plantearse otro tipo de solicitudes complementarias en relación con las personas con discapacidad, que, si bien llegaron a concederse de manera indiscriminada en otros tiempos, en la actualidad, a la vista de la nueva perspectiva de la discapacidad, se aplican con carácter muy restrictivo. Se trata, por ejemplo, de la autorización para la esterilización, o de la privación de licencias de tipo administrativo, como pudieran ser la licencia de conducir, o la licencia para la tenencia de armas, que puede llevarse a cabo por la administración competente a petición de la autoridad judicial.

5.1 Autorización para la esterilización

El concepto de esterilización se concreta definiéndolo como una intervención quirúrgica que tiene como objetivo principal conseguir la infertilidad, es decir, evitar la concepción de las personas. En el caso concreto de los hombres se le denomina vasectomía, sin embargo, hay causas que pueden determinar que la operación no llegue a su fin, como por ejemplo que exista una duplicidad de uno o ambos conductos deferentes, o que se haya producido una recanalización espontánea de dichos conductos, o incluso por la realización de algún gesto quirúrgico deficiente. En el caso concreto de las mujeres se lo conoce como ligadura de trompas, considerado además de un método permanente de planificación familiar, podría evitar riesgos graves derivados de la salud de la persona embarazada.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 4 abril 2000, al respecto de esta autorización judicial, ha señalado que “...el Legislador de 1995 y, antes aún, el de 1989, que introdujo, mediante la oportuna Reforma del Código penal, esta posibilidad de esterilización legal de incapacitados, pretendieron con la incorporación del requisito de intervención judicial, tras un debate social tan intenso como lógico en materia así de sensible del que guardamos perfecta memoria, salvaguardar por esta vía algo tan esencial

como el derecho de todo ser humano a la conservación de su capacidad generatriz, que en el caso de quienes no tienen suficiente capacidad para decidir por sí mismos, precisa una mayor tutela. Y así, mientras que el consentimiento, libre y consciente, del plenamente capaz, en esta clase de intervenciones, se muestra suficiente para la completa validación de la actuación del facultativo, desde criterios de conveniencia meramente subjetiva propios de la voluntad de quien consiente, para el incapacitado esa legitimación de la conducta no puede sino provenir de la decisión del Juez que, en su función constitucional de tutela de los derechos del individuo, ha de asentarse obligadamente en el dato objetivo "...del mayor interés del incapaz...", apoyada tanto en la petición de su representante legal, como en el dictamen técnico de dos especialistas y la exploración personal del propio sujeto, con la garantía añadida que supone, además, la intervención del Ministerio Público”.

De ahí que el Tribunal Constitucional proclamase, en su Sentencia 215/1994, de 14 de Julio, en la que tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del meritado precepto, que la esterilización en estos casos *"Sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez, es decir, por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que, dotada de independencia y de imparcialidad reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigidas, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión. La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás."*

Según lo dispuesto en el artículo 156.1 del Código Penal, abarca el tratamiento no publica estableciendo que *“el consentimiento válido, libre, consciente y emitido de forma expresa exime de la responsabilidad penal en supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizados por facultativos , salvo que el consentimiento haya sido obtenido mediante vicio, precio o recompensa o que el otorgante sea menor de edad o carezca de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no se entendería válido el consentimiento, ni el prestado por su representante ni el otorgado por ellos”*

La posible esterilización de personas incapaces encuentra su reflejo en el artículo 156 apartado 2 del Código Penal, disponiendo como causa de exoneración de responsabilidad aquellas actuaciones que se basen en *“la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, o en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”*

Sin embargo, dicho artículo 156.2 fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015 por la que se reforma el Código Penal, que introdujo como redacción actual la siguiente: *“No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”*

Y fue la Ley Orgánica 1/2015 quien estableció en su disposición adicional primera el procedimiento para esterilizar a las personas que carecían de capacidad para consentir, indicando que podrá llevarse a cabo siempre que esté autorizada por un juez en el momento de iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad o posteriormente, previa audiencia de dos especialistas y del Ministerio Fiscal y siempre habiendo examinado a la persona afectada. Las novedades que introdujo esta nueva regulación podrían concretarse en las siguientes:

Según lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, se pretende sustituir el concepto de *“persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica”* por la definición de *“personas que de forma permanente no puedan prestar consentimiento en modo alguno”*, modificando así el criterio de la deficiencia psíquica por el de simple imposibilidad para otorgar consentimiento válido. Por lo que respecta al procedimiento de esterilización, se cambiará el anterior expediente de jurisdicción voluntaria por un procedimiento

meramente contradictorio, que deberá incluir el dictamen de los dos especialistas y del Ministerio Fiscal y tomando la decisión final siempre previo examen de la persona afectada.

Por último, en el aspecto material, también se procedió al cambio de criterio anterior que se regía por velar por el mayor interés del incapaz, actualmente y tras la introducción de la Ley Orgánica 1/2015, se establece que debe tratarse por supuesto de carácter excepcional en los que se produzca un conflicto entre los bienes jurídicos objeto de protección, que se justificara porque el bien jurídico de la integridad física y derecho a maternidad o paternidad, decae ante otros bienes jurídicos como el de bienestar y el derecho a la sexualidad.

Actualmente, si bien la autorización de esterilización es una posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico al juzgador en determinados supuestos, se viene utilizando de manera muy puntual y restrictiva, tan solo cuando no resulta necesario acudir a métodos anticonceptivos habituales, optándose por métodos de esterilización reversibles. Y ello toda vez que, en casos extremos, se opta por preservar el libre desarrollo de la persona en relación con su sexualidad, cuando presenta capacidad reproductiva, pero por su enfermedad mental, carece del discernimiento necesario para entender la sexualidad en todo su sentido, no comprendiendo completamente la relación que existe entre el acto sexual y la reproducción, así como para ser consciente de las implicaciones que supone la maternidad, existiendo una completa incapacidad para ejercer las cargas que ésta conlleva, tanto a nivel económico como organizativo, o para satisfacer las necesidades diarias de sus hijos.

5.2 .- Privación de licencias administrativas

En ocasiones, la tramitación de un procedimiento de determinación de la capacidad pone de manifiesto la conveniencia de que la persona objeto de mismo deje de llevar a cabo actividades para las que se encuentra administrativamente autorizada. Se trata, principalmente, del permiso de conducción en los supuestos de aquellas personas que por la enfermedad que padecen o por los graves efectos de la medicación que tienen prescrita, pudieran suponer un riesgo para la circulación y para la vida de terceros. En estos casos, resulta perfectamente posible comunicar la situación a la Dirección General

de Tráfico para que proceda a la tramitación pertinente del expediente correspondiente para dejar si efecto la permiso de conducción con independencia del resultado del informe médico que se haya practicado para su concesión.

De la misma manera, en ocasiones debe evitarse la tenencia de armas por parte de las personas que disfrutaban de la preceptiva licencia, al objeto de impedir la realización de actos que pongan en riesgo a terceras personas. En ambos casos, procedería la comunicación a la autoridad competente, y nunca estas circunstancias, por sí solas, deben motivar la interposición de una demanda de determinación de capacidad, pues el problema puede solventarse por otras vías.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Convención de Nueva York ha resultado ser la pieza clave en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, por la importantísima repercusión que ha tenido en el tratamiento de la discapacidad, dado que ha hecho obsoleto el sistema de sustitución que rige nuestra actual legislación, para dar cabida a un sistema de apoyos basado en las asistencias. Por tanto, la idea fundamental que abarca la Convención es la promoción de la igualdad para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, velando así por un sistema de apoyos caracterizado por el respeto de la dignidad de las personas, teniendo como punto de partida siempre la promoción de la autonomía individual para velar por una toma de decisiones libre en las diferentes esferas de la vida tanto personal, como patrimonial y sanitaria.

En base a los principios de la Convención de Nueva York se aboga por incluir en España un amplio abanico de posibilidades que supongan una alternativa a la tramitación de un procedimiento judicial de incapacitación, por ello debe reemplazarse el modelo de sustitución que rige el sistema español actual, instaurando un régimen de apoyos y asistencia que favorezca el respeto a la voluntad y preferencias de la persona que padece una discapacidad, introduciendo un régimen que permita adoptar una representación a favor de la persona con discapacidad que la precise.

SEGUNDA.- Es importante resaltar también la evolución de la legislación española para poder adaptarse a las exigencias y principios de la Convención, que, tras varias reformas, se culmina con un Anteproyecto de Ley que aún hoy se encuentra en tramitación parlamentaria. El punto de partida es el Código Civil español, el cual, en su redacción originaria del artículo 200 ya introducía ciertos conceptos que tenían que ver con la pérdida o privación de la capacidad de obrar. Con posterioridad, con la Ley 13/1983 de 24 de Octubre de Reforma del Código Civil, se modificó el concepto de tutela y el de incapacitación, introduciendo una de las reformas más importantes en esta materia, la relativa a las causas de incapacitación, la introducción de un nuevo órgano tutelar como fue la curatela, y por último la posibilidad de poder incapacitar a un menor si se dieran una serie de circunstancias.

En la actualidad, la regulación de la incapacitación se recoge tanto en el ya mencionado Código Civil, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, más concretamente en el Título I, Capítulo II que tiene como título “procesos sobre la capacidad de las personas”. Aunque existen otras normas a nivel nacional que también desarrollan esta materia, la regulación más importante y que mas influencia causa a la legislación española fue la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada por España en el año 2007 y que conlleva la posterior publicación de la Ley 26/2011 de 1 de Agosto, de Adaptación normativa de la Convención Internacional, con el objetivo de adaptar la legislación española en materia de discapacidad a las exigencias de la Convención, lo que conllevó a su vez la modificación de muchas normas españolas en relación a dicha materia. A consecuencia de la promulgación de dicha ley se inició la tramitación de un Anteproyecto de Ley, que, aunque se encuentra en tramitación parlamentaria, se pretende reformar la legislación tanto civil como procesal en materia de discapacidad, incidiendo en el hecho de que la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico español encuentra su justificación en las exigencias de la Convención internacional. La propuesta de reforma se basa en tres pilares que se consideran fundamentales: el artículo 12 de la Convención, el cambio del sistema antiguo por el nuevo con plasmación diferente en el instrumento internacional, y por último, la plasmación de las reformas propuestas en nuestro Código Civil. Las modificaciones propuestas en el ámbito civil abarcan la reforma del título XI del Libro I del Código Civil, la preferencia de las medidas preventivas, la reubicación en los

Títulos XI y XII del Libro I del Código Civil, reordenando así la materia en cuestiones de minoría de edad, mayoría y emancipación. Por lo que respecta al ámbito procesal, se trata de modificar todos aquellos procesos que supongan una modificación de la capacidad, promoviendo en su lugar sistemas de apoyo a las personas con discapacidad, modificando artículos como el 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o el 758 de la misma. Por último, el Anteproyecto de Ley también pretende introducir modificaciones en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, con la finalidad de armonizar todos los textos legales para que no existan discrepancias en todo lo relativo a la tutela de los derechos de las personas, reformando cuestiones relativa al expediente de nombramiento de tutores o curadores, o modificando el régimen de rendición de cuentas de los mismos.

Y por tanto, la propuesta de reforma de ley introduce un régimen transitorio, mediante el cual se amplía la legitimación activa para revisar todas y cada una de las medidas que se hubieran adoptado en base a la legislación anterior.

TERCERA.- Resulta importante destacar la labor tanto de la jurisprudencia como de los operadores jurídicos a la hora de interpretar las normas actuales conforme a los principios básicos de la Convención, garantizando siempre el máximo respeto a la voluntad y protección de la persona consiguiendo un menor grado de limitación de sus posibilidades de actuación. Mediante la vía jurisprudencial los tribunales ya han intentado interpretar las sentencias adaptándose a lo previsto en la Convención. En este sentido, la interpretación jurisprudencial va encaminada a instaurar un sistema de apoyos y asistencia a las personas con discapacidad, sin necesidad de acudir al régimen de sustitución que actualmente sigue vigente en el ordenamiento jurídico español. Además otras sentencias mencionadas anteriormente también velan por la necesidad de proteger a las personas en lo que respecta al acceso a la justicia siempre en igualdad de condiciones con el resto de personas, lo que supone una adaptación de la legislación a la Convención, lo que supone la posibilidad de que una persona que resulte incapaz para gobernarse por sí misma, pueda actuar a través de representantes legales para poder tener acceso al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

CUARTA.- Con la finalidad última de no llegar al punto en el que se tenga que incapacitar a una persona mediante la tramitación de un procedimiento judicial, se han

ido instaurando medidas alternativas a la posible incapacitación de una persona en las diferentes esferas de la vida: personal, sanitaria y patrimonial/negocial, las cuales tratan de garantizar los derechos de la persona afectada por una discapacidad, para que la misma quede suficientemente protegida sin necesidad de limitar el resto de sus derechos. Para ello, en la esfera personal existen medidas de asistencia en sustitución de un procedimiento de incapacitación como lo son los acompañamientos, en los que la persona nombrada como asistente de la persona con discapacidad abarca funciones de apoyo para realizar gestiones, trámites o cualquier acción que precise de asistencia que tenga que realizar la persona, o la actuación de los Servicios Sociales, que en algunos aspectos de la vida cotidiana como cumplimentar instancias o personación en organismos oficiales, pueden precisar de apoyo por parte del personal de los Servicios Sociales, y en este caso, no será necesario adoptar otro tipo de medidas más restrictivas de los derechos. Las figuras del defensor judicial y del guardador de hecho también se constituyen como alternativas a un proceso de incapacitación, y que destacan por llevar a cabo funciones, por ejemplo en el caso del defensor judicial, relativas a la representación o asistencia de la persona incapaz en el caso de que no tenga posibilidad de realizarse esas funciones mediante tutor o curador y siempre le serán asignadas por parte del Juez mediante un expediente de jurisdicción voluntaria. El guardador de hecho, por su parte, se nombra cuando una persona distinta a los progenitores del incapaz, asume todas las funciones y actos para proteger a la persona con discapacidad y sus bienes, constituyéndose esta figura como una alternativa de protección jurídica análoga sin necesidad de imponer limitaciones en los diferentes ámbitos de la vida.

- En la esfera personal existe otro tipo de apoyo denominado voluntades anticipadas, mediante el cual se manifiestan las voluntades de forma anticipada acerca del tratamiento de su salud, finalidad de sus órganos o cuidados generales, para en el caso concreto, y si se precisaran de ellas, puedan ser utilizadas en el ámbito sanitario.

- En cuanto a la esfera sanitaria, se establecen como alternativas a la incapacitación, se determinan dos opciones fundamentales, el posible consentimiento en intervenciones quirúrgicas, otorgándole a la persona con discapacidad potestad para decidir y tomar decisiones en el ámbito sanitario, lo cual se conseguirá mediante un consentimiento informado previo, que permita otorgar consentimiento voluntario, libre e informado

para proceder a cualquier intervención, extracción u operación que precise de un consentimiento previo. Otra de las alternativas en la esfera sanitaria es el denominado Tratamiento Ambulatorio Involuntario, que se caracteriza por considerarse una forma de tratamiento de carácter psiquiátrico, que tiene la finalidad primordial de poder asegurar que se lleva a cabo el cumplimiento del tratamiento terapéutico impuesto a todas aquellas personas que padecen algún tipo de enfermedad considerada grave, y para las cuales el abandonar dicho tratamiento prescrito puede suponer una probabilidad elevada de recaída, con sus respectivas hospitalizaciones y urgencias repetitivas.

- En el ámbito patrimonial/negocial, se mencionan las figuras de los poderes preventivos y de la intervención notarial, la primera de las figuras se creó para dotar de protección jurídica a una persona con discapacidad, definiéndose como un poder que subsiste aun incluso de que se declare la posible incapacidad del poderdante, es decir, de la persona que otorga el poder, el cual decide que aunque ese poder pudiera extinguirse en caso de declararse la incapacidad, el apoderado podrá continuar actuando en nombre de la persona incapacitada. Por lo que respecta a la intervención notarial, el notario podrá ofrecer apoyo a toda persona que acuda a ejercitar su capacidad jurídica, y que, por tanto, en negocios jurídicos como contratos de compraventa, préstamos de hipotecas, o actos relativos al ámbito o patrimonio familiar la posible intervención notarial resultaría esencial para la realización de estos negocios jurídicos que, sin el apoyo o asistencia de esta figura notarial, deberían realizarse mediante un representante o tutor.

Por último, cabe mencionar figuras como la autotutela, como una posibilidad que ostenta la persona con capacidad de obrar de escoger aquellas previsiones que estime necesarias en previsión de que pueda llegar un momento en el que pueda producirse su futura incapacitación, y puede dejar constancia de la organización y administración que quiere que se lleve a cabo con sus bienes, o la posible designación de tutor. Otra posibilidad y alternativa a un proceso de incapacitación es la creación de un patrimonio protegido para las personas con discapacidad, utilizado para atender todas aquellas necesidades vitales que se puedan derivar en interés de la persona, para ello se constituye una masa con carácter patrimonial, que incluye todos aquellas bienes y derechos que se hayan aportado a la entidad, para conseguir que tanto esos bienes como

los derechos incluidos, puedan asegurar y proteger al beneficiario, que en este caso concreto, se correspondería con una persona con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

“Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil”

‘Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica’

‘Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil’

REFERENCIAS INTERNET

Inmaculada Castillo , *‘La incapacitación judicial’* 26 de Diciembre de 2019 (Disponible en <https://www.mundojuridico.info/la-incapacitacion-judicial/>)

María Camacho Ferrer *‘La incapacitación judicial en el ordenamiento jurídico español’* NR2 Abogados (Disponible en <https://fiscalaldia.economistjurist.es/la-incapacitacion-judicial-en-el-ordenamiento-juridico-espanol/>)

‘Las instituciones tutelares, en general’ (Disponible en <http://www.isipedia.com/derecho/grado-en-derecho/derecho-civil-i-derecho-de-familia/las-instituciones-tutelares>)

‘Las instituciones tutelares’ (Disponible en <https://derechouned.com/libro/familia/4998-las-instituciones-tutelares>)

‘Tutela’ en Derecho Civil (Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/tutela> ,)

‘La tutela, curatela y el defensor judicial’ (Disponible en <http://iabogado.com/guia-legal/familia/la-tutela-la-curatela-y-el-defensor-judicial>)

Bárbara Ariño y Manuel Faus *“El tutor y sus funciones según el Código Civil”* (Disponible en <https://practicos-vlex.es/vid/funciones-518678650>)

“Curatela” en Derecho Civil (Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/curatela/>)

“La curatela” Legalitas (Disponible en <https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/Que-es-la-curatela>)

Diego Medina García *“Cuando es necesario el nombramiento de un defensor judicial”* (Disponible en www.elpais.com)

Fundación Jiennense de Tutela *“Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad”*(Disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/GuaPrcticaIncapacidadFJT3edicion.pdf>)

Madison Abogadas *“La guarda de hecho”* (Disponible en <https://madisonabogadas.es/guarda-hecho>)

José Carmelo Llopis *“El testamento vital o documento de voluntades anticipadas”* (Disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1419/73/el-testamento-vital-o-documento-de-voluntades-anticipadas>)

Asociación Española de Fundaciones Tutelares *“La aplicación de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación al consentimiento informado de las personas con discapacidad intelectual con capacidad jurídica modificada”* (Disponible en <http://fundacionestutelares.org/wp-content/uploads/2016/10/Consentimiento-informado-VFCom.pdf>)

Inmaculada Vivas Tesón *“Discapacidad y consentimiento informado en el ámbito sanitario y bioinvestigador”* (Disponible en https://www.researchgate.net/publication/322763289_Discapacidad_y_consentimiento_informado_en_el_ambito_sanitario_y_bioinvestigador)

Junta Castilla y León *“Guía consentimiento informado”* (Disponible en <https://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bioetica/guias-bioetica-castilla-leon.ficheros/1266525-Guia%20de%20Consentimiento%20Informado.pdf>)

Centro de Salud Mental Malvarrosa Valencia *“Tratamiento Ambulatorio involuntario para personas con enfermedad mental grave”*

G. Portero (Médico Forense y Psicólogo Clínico) *“Tratamiento ambulatorio involuntario de carácter civil”*

M^aJosé Martín Vázquez *“Tratamiento Ambulatorio Involuntario”* VIII edición 2005-2007

José Miguel Bort, Magistrado-Juez de Incapacidades de Valencia *“Aspectos Jurídicos del Tratamiento Ambulatorio Involuntario”*

Vicente Magro y fiscales de incapacidades *“Protocolo de actuación sanitaria-judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario”* Audiencia Provincial de Alicante.(Disponible en <https://elderecho.com/protocolo-de-actuacion-sanitaria-judicial-en-supuestos-de-tratamiento-ambulatorio-involuntario>)

“Situación en España del tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) para enfermos mentales graves” (Disponible en <http://fearp.org/wp-content/uploads/2017/06/tai1.pdf>)

Generalitat Valenciana Conselleria de Sanitat *“Proceso de Asistencia en las Unidades de Conductas Adictivas”*(Disponible en <http://www.san.gva.es/documents/156344/5424003/UCA+.pdf>)

Antonio García Pons *“Actuaciones afectadas en la esfera patrimonial negocial”* (Disponible en <https://books.google.es/books?id=-G6UDAAAQBAJ&pg=PA73&lpg=PA73&dq=esfera+patrimonial+persona+discapacidad&source=bl&ots=rMVq8pnzfS&sig=ACfU3U0uDVFnzHyQ1koCwjJuTVC5dFlqOg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiV4te9kqzPAhVS5uAKHQmVB9UQ6AEwAnoECAkQAQ#v=onepage&q=esfera%20patrimonial%20persona%20discapacidad&f=false>)

Fundación Aequitas ‘*Autotutela y poderes en previsión de propia discapacidad*’ (Disponible en https://www.icasal.com/23359/activos/texto/wicas_test2_pdf_23359-J1XGr4pCWkR8w8u6.pdf) y ‘*Guía de buenas prácticas, intervención notarial*’

Francisco Rosales ‘*El poder preventivo como solución a los procesos de incapacidad*’ (Disponible en <https://www.notariofranciscorosales.com/el-poder-preventivo-como-solucion-los-procesos-de-incapacidad/>)

‘*Diferencia autotutela y poderes preventivos*’ (Disponible en <http://tutelarte.es/alternativas-incapacitacion/>)

Marta González Cadahía ‘*La protección patrimonial de las personas con discapacidad*’ (Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/2106/retrieve>)

ARTÍCULOS REVISTA

María Felicia Chamorro y José Manuel Silvero Arévalos ‘*Enfoque de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: las Tecnologías de la Información y Comunicación como elemento de inclusión social*’ Rev. Int. Investig. Cienc. Soc. ISSN Vol. 10 nº2, diciembre 2014 (Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-EnfoqueDeLaConvencionInternacionalSobreLosDerechos-4934380.pdf>)

Pedro A. Munar Bernat ‘*La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad*’ Revista Derecho Civil ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/365-1850-1-PB.pdf>)

Antonio García Pons ‘*El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España*’ (Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElArticulo12DeLaConvencionDeNuevaYorkDe2006SobreLo-4548522.pdf>)

María José Alonso Parreño *“La propuesta de reforma del Código Civil en materia de discapacidad”* (Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/01/la-propuesta-de-reforma-del-codigo-civil-en-materia-de-discapacidad/>)

“Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad” Revista Derecho Civil, vol V, núm 3 (julio-septiembre 2018) (Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/375-1858-1-PB.pdf>)

María Paz García Rubio *“La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”* Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, salón académico, el 14 de Diciembre de 2017 (Disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-77/academia-matritense-del-notariado/8370-la-necesaria-y-urgente-adaptacion-del-codigo-civil-espanol-al-articulo-12-de-la-convencion-de-nueva-york-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad>)

“Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia”, Revista Española de Discapacidad, 3 (1): 193-209 (Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-NuevasMedidasDeProteccionLegalDePersonasConDiscapa-5151746.pdf>)

LIBROS

Esperanza Alcaín Martínez *“La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de los derechos a los hechos”* Tirant lo Blanc, Valencia 2015 (Disponible en http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/09/75_Actas_congreso-ilovepdf-compressed.pdf)

Servicio Extremeño de Salud Consejería de Salud y Política Social Gobierno de Extremadura *“Manual de Técnicos Municipales en prevención de conductas adictivas”* (Disponible en <http://www.drogasextremadura.com/archivos/protocolo-de-tecnicos-conductas-adictivas.pdf>)

PONENCIAS

Natalia Velilla Antolín ‘*La figura del curador y del guardador de hecho, dejando atrás la figura del tutor*’

María Luz Losada Vime ‘*El respeto a la dignidad de las personas discapacitadas y el derecho de sufragio de las mismas*’

