

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

ÁREA DE DERECHO CIVIL



GRADO EN DERECHO

Trabajo Fin de Grado

LAS ALTERNATIVAS A LA INCAPACITACIÓN

Realizado por **MARÍA DEL SOL COVES GARCÍA**

Dirigido por la Prof. **MARÍA ENCARNACIÓN AGANZO RAMÓN**

Convocatoria junio 2020

RESUMEN

La discapacidad se define como una patología que conlleva deficiencias en cualquier grado: intelectual, física, mental o sensorial y que además es previsible a largo plazo, y dicha situación supone un obstáculo para el desarrollo en sociedad de aquellas personas que la padezcan pues pueden verse imposibilitadas para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

Actualmente, el punto de partida para promover la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos fundamentales lo constituye la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad, suscrita por España, que proclama como principios básicos el respeto a la dignidad personal, la promoción de la autonomía individual, y la toma de decisiones libres en los ámbitos personal, patrimonial y sanitario.

La legislación actual proclama la posibilidad de acudir a un procedimiento de determinación de la capacidad de obrar que conlleva una adecuación de la capacidad de obrar, relativa a la posibilidad de ejercitar derechos y cumplir obligaciones, que se resuelve mediante sentencia dictada por un Juez. Mediante este procedimiento, se determina el órgano tutelar que más se ajuste a la necesidad de cada persona. Dicha legislación se recoge fundamentalmente en nuestro decimonónico Código Civil, que, si bien ha sido objeto de numerosas reformas a lo largo de los años, precisa una reforma integral para su adecuación a las normas de la Convención, que ha dado lugar al Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, actualmente en trámite parlamentario.

Dado que según los principios de la convención la declaración de falta de capacidad debe realizarse con carácter restringido, actualmente existen en España otras posibilidades que suponen una alternativa a la tramitación de un procedimiento judicial, y que suponen una menor injerencia en la autonomía y desarrollo de las personas con discapacidad, reemplazando el modelo de sustitución con representación y defensa, por medidas de apoyos y asistencia, con respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Tales alternativas se desarrollan en los diferentes ámbitos de la vida de la persona con discapacidad:

-En cuanto al ámbito personal, se plantean como alternativas la posibilidad de establecer un régimen de acompañamientos, nombramiento de un simple defensor judicial o guardador de hecho, la intervención de los Servicios Sociales en aquellas actuaciones que no pueda realizar la persona por sí misma, e incluso formalizar documentos de voluntades anticipadas, que plasmen para el futuro cuáles son las decisiones que para el caso de discapacidad adopta una persona mientras se encuentra en plenitud de facultades.

- En el ámbito sanitario introduce como novedad la figura del Tratamiento Ambulatorio Involuntario, además del otorgamiento de consentimiento en las intervenciones quirúrgicas.

- En el ámbito patrimonial/negocial existe un amplio abanico de alternativas a una posible incapacitación como la autotutela, poderes preventivos, posibilidad de intervención notarial y la constitución del patrimonio protegido.

Palabras clave: discapacidad, incapacitación, Convención Nueva York, alternativas

ÍNDICE

I. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. SITUACIÓN DE LA QUE PARTIMOS.

1. Incapacitación y causas (Código Civil)9
2. Procedimiento de incapacidad (regulación LEC)11
3. Órganos tutelares: tutela y curatela13

3.1. Tutela

- a) *¿Quién se somete a tutela?*14
- b) *Tipos y nombramiento tutor*15
- c) *Control judicial*15
- d) *Obligaciones tutor*.....16
- e) *Extinción tutela*.....18

3.2 Curatela

- a) *¿Quién se somete a curatela?*18
- b) *Nombramiento*19
- c) *Objeto de la curatela*19
- d) *Deberes del curador*20
- e) *Posibles obligaciones*20
- f) *Control judicial*21
- g) *Extinción curatela*21

II. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DICIEMBRE DE 2006

1. Principios básicos22
2. Derecho comparado: adaptación a la Convención de los países de nuestro entorno.....23
3. Adaptación de nuestra legislación a los principios de la convención:

3.1 Reformas	26
3.2 Interpretación jurisprudencial	30
3.3 Práctica de juzgados y tribunales	32
3.4 Adaptación legislativa. Anteproyecto de ley.....	34

III. ALTERNATIVAS A LA INCAPACITACIÓN

1. Esfera personal:

1.1 Actuaciones afectadas	37
---------------------------------	----

1.2 Posibles apoyos: acompañamientos, actuación de los Servicios Sociales, defensores judiciales, guarda de hecho, voluntades anticipadas..38

2. Esfera sanitaria:

2.1 Actuaciones afectadas.....	43
--------------------------------	----

2.2 Autonomía del paciente	43
----------------------------------	----

2.3 Consentimiento en intervenciones quirúrgicas	44
--	----

2.4 Tratamiento ambulatorio involuntario:	46
---	----

a) Soporte legislativo y jurisprudencial

b) Asistencia psiquiátrica

c) Conductas adictivas: asistencia UCA legales, ilegales, juego patológico.

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

3. Esfera patrimonial/negocial:

3.1 Actuaciones afectadas	70
---------------------------------	----

3.2 Autotutela	72
3.3 Poderes preventivos y con efectos subsistentes	73
3.4 Intervención notarial.....	76
3.5 Patrimonio protegido	78
2. Derecho al voto.....	83
3. Otras actuaciones	
5.1 Autorización para la esterilización	87
5.2 Privación de licencias administrativas (permiso de conducir, tenencia de armas, otras...)	89



INTRODUCCION

El número de personas con algún grado de discapacidad en España está incrementándose de manera considerable. De hecho, en 2018, 13.000 personas superaban los 100 años, se prevé que en el año 2029 la esperanza de vida se incrementará hasta los 84 años en varones y 88'7 años en mujeres. Dentro de quince años once millones de personas serán mayores de 64 años (tres millones más que en la actualidad), y al ritmo demográfico en que nos encontramos, dentro de 50 años esa cifra se incrementará en un 87 %. De los procedimientos de incapacidad que se tramitan en los Juzgados, 190.000 lo son respecto a personas con discapacidad intelectual, 300.000 respecto a personas con enfermedad mental o trastorno mental, y 700.000 respecto a personas con deterioro cognitivo propio de la edad. En España de 700.000 a 800.000 personas sufren enfermedad de Alzheimer, viven en residencias el 4'5% de las personas mayores de 65 años, existen plazas para 4'1 por cada 100 personas mayores de 65 años., y el 63% de las personas mayores de 65 años que residen en residencias sufren trastornos neurocognitivos. Con tales datos, resulta imprescindible realizar un estudio de la discapacidad, tratamiento legal y posibilidades futuras para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos por parte de estas personas, garantizando en lo posible su autonomía para la toma de decisiones.

La regulación de la discapacidad y los procedimientos de incapacitación han supuesto en la actualidad motivo de diferentes cambios y modificaciones en el ordenamiento jurídico español, tras la promulgación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, numerosos preceptos tanto del Código Civil, como de la Ley de Enjuiciamiento Civil han sufrido reformas para adaptar la normativa a las exigencias de la Convención.

El principal objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la regulación de la discapacidad en España, legislación actual, mecanismos para su adaptación a los principios de la convención, reformas en tramitación parlamentaria, y posibles alternativas a la tramitación de un procedimiento judicial, consultando para ello diferentes fuentes bibliográficas, libros, páginas web, o artículos de revistas.

El trabajo consta de cinco partes diferenciadas, la primera parte se centra en el estudio de la legislación española actual, donde se expondrá la conceptualización y aspectos generales de la incapacitación y sus causas, así como el procedimiento para declarar la falta de capacidad de una persona y los organismos tutelares que pueden nombrarse para la representación y defensa de la persona con discapacidad: tutela y curatela.

La segunda parte del trabajo consta de un análisis pormenorizado de la Convención de Nueva York sobre las personas con discapacidad, determinando cuáles son los principios básicos que la rigen, e introduciendo una explicación relativa al derecho comparado, para comprobar la adaptación realizada por otros países a los principios de la Convención. Se lleva a cabo también el estudio de la adaptación realizada por parte de nuestra legislación española, introduciendo reformas, interpretaciones jurisprudenciales y prácticas realizadas en tribunales y juzgados. Por último, explicamos el Anteproyecto de Ley que se inició a consecuencia de la promulgación de la *Ley 26/2011 de Adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, que reflejó diferentes reformas del ordenamiento jurídico interno.

La tercera parte del proyecto se centra en las alternativas posibles para evitar un procedimiento de incapacitación judicial, profundizando en las diferentes esferas de actuación de una persona con discapacidad, e introduciendo alternativas relativas a medidas de apoyo y asistencia que no precisen de un régimen de sustitución y representación de la persona, y que favorezcan siempre la autonomía individual y la promoción de su participación en las decisiones que se tengan que adoptar en relación a su persona. Para ello, se concretan medidas relativas a reducir aquellas que impliquen una mayor representación, e incrementar las encaminadas a favorecer los regímenes de asistencia y apoyo que generen seguridad jurídica, evitando al máximo los casos conflictivos y contenciosos en los que resulte imprescindible acudir a los Tribunales. Por último, las partes cuatro y cinco del programa irán dirigidas al estudio del derecho al voto de las personas con discapacidad así como posibilidad de otorgar autorización para proceder a la esterilización y otras limitaciones que pueden acordarse por esta vía.

DESARROLLO

I. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: SITUACIÓN DE LA QUE PARTIMOS.

1. Incapacitación y causas (Código Civil)

El Código Civil español, en su redacción originaria en su artículo 200 disponía que estaban sujetos a tutela tanto los menores que no estuvieran emancipados, como aquellas personas que sufrieran circunstancias de gravedad que pudieran suponer la pérdida o privación de la capacidad de obrar. Anteriormente, se consideraban que las personas que se encontraban en estas situaciones eran las que adolecían de locura, demencia, falta de escritura o lectura, sordomudez o prodigalidad. Posteriormente, la Ley 13/1983 de 24 de Octubre de Reforma del Código Civil en materia de tutela, modificó el concepto de tutela que se tenía en la antigüedad y el concepto de incapacitación. Una de las reformas más importantes que supuso esta ley fue la relativa a las causas de incapacitación, describiéndolas de manera general, estableciendo un control judicial de declaración de incapacitación que solo podía realizarse mediante una sentencia judicial que lo determinara, e introduciendo una nueva forma tutiva, que fue la curatela, además de las ya existentes de tutela y el defensor judicial. Otra de las novedades que introdujo dicha Ley fue la posibilidad de incapacitar a un menor de edad cuando concurrieran una serie de circunstancias.

Actualmente, la regulación de la incapacitación se recoge en dos textos normativos fundamentales, por una parte se encuentra reflejada en los artículos 199 a 201 del Código Civil y por otra parte en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Título I, Capítulo II denominado de los ‘‘procesos sobre la capacidad de las personas’’ artículos 756 a 763. Sin embargo los artículos 202 a 214 fueron posteriormente derogados por el apartado 2.1º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil.

En el ámbito nacional, también existen en España otras normas que desarrollan dicha materia sobre todo en situaciones limitativas de la autonomía personal, para ello se

aprobó la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, que se promulgó con el objetivo principal de proteger la masa patrimonial de las personas con discapacidad, promoviendo a su vez la satisfacción de sus necesidades, introduciendo por primera vez en España la figura fundamental de la autotutela.

En cuanto al ámbito internacional cabe destacar la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de Diciembre de 2006, realizada en Nueva York y firmada por España el 30 de marzo de 2007, que ha conllevado en España la publicación posterior de la Ley 26/2011 de 1 de Agosto, de Adaptación normativa de la Convención Internacional.

Por último, en el terreno autonómico también se han desarrollado diferentes leyes para el desarrollo de dicha materia como la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, o la Ley 11/2003, de 10 de Abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad.

En cuanto al concepto de incapacitación (aunque actualmente se prefiere la denominación de *determinación de la capacidad*) podemos definirla como una privación/determinación de la capacidad de obrar de la persona acordada mediante sentencia dictada por un Juez. Hay que diferenciar la capacidad de obrar de la capacidad jurídica de la persona que se tiene por el simple hecho de nacer, y que consiste en ser titular tanto de derechos como de obligaciones. En un procedimiento de incapacitación la capacidad que se ve afectada es la de obrar, es decir, la capacidad que tiene cada persona para poder realizar actos jurídicos válidos y eficaces, así como también ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Las causas de incapacitación se encuentran reguladas en el artículo 200 del Código Civil, y se entiende como tales “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. La enfermedad o deficiencia debe mermar o modificar la capacidad intelectual y volitiva de la persona, llegando a afectar incluso a la posibilidad de toma de decisiones o a la personalidad, además se debe entender que dicha enfermedad que puede derivar en un procedimiento de incapacitación debe perdurar en el tiempo, entendiéndose como duradera o de cierta

continuidad. Por último, para llegar a cabo un procedimiento de incapacitación, se debe constatar que existe una falta de autogobierno por parte de la persona que se va a declarar como incapaz, es decir, la ausencia de posibilidad de gestión de dicha persona por ella misma. Las deficiencias de carácter físico sólo podrán ser tenidas en cuenta cuando supongan la absoluta imposibilidad de comunicación de la persona.

La finalidad, por tanto, de llevar a cabo un proceso de incapacitación es otorgar una protección a la persona cuya falta de capacidad se declara, o bien a sus propios bienes. Dicha protección se puede llevar a cabo a través de diferentes órganos tutelares, que en nuestra legislación son la tutela, curatela y la figura del defensor judicial, que veremos más adelante.

2. Procedimiento de incapacitación (Ley Enjuiciamiento Civil)

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero, supuso una modificación en la regulación de la incapacitación, dado que los artículos 202 a 214 del Código Civil quedaron derogados, para posteriormente encontrar la respuesta en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el su Capítulo II “De los procesos sobre la capacidad de las personas” artículos 756 a 763.

Los artículos mencionados tratan de resolver cuestiones relativas a todo el procedimiento que debe tramitarse para llevar a cabo la incapacitación de una persona, desde la competencia del Juez que debe dictar la sentencia, las personas legitimadas para solicitar la incapacitación, a quién afecta dicha situación y forma de representación, hasta la determinación de las medidas cautelares que pueden adoptarse en caso de conocerse algunas de las causas que dan lugar a un procedimiento de incapacitación.

Se trata de un procedimiento que tiene por finalidad que un Juez de Primera Instancia declare la falta de capacidad de una persona dado que existe una situación en la que dicha persona tiene dificultad para gobernarse y regirse a sí misma, así como para disponer y administrar adecuadamente sus bienes, como consecuencia de una afectación de sus facultades mentales derivadas de una deficiencia o enfermedad persistente y

duradera en el tiempo, como dispone el artículo 200 del Código Civil como causas para proceder a la incapacitación.

El punto de partida para llevar a cabo un procedimiento de incapacitación es determinar la competencia para conocer de las demandas interpuestas relativas a la capacidad de una persona, la cual corresponderá al Juez de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona sobre la que vaya a solicitarse la declaración de incapacidad, según dispone el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la legitimación activa, es decir, la posibilidad de interponer la demanda de incapacitación e iniciar el procedimiento, están legitimados según lo dispuesto en el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el presunto incapaz, el cónyuge o cualquier persona que tenga asimilada situación, como podría ser la pareja de hecho, los descendientes del presunto incapaz, si tuviera hijos a su cargo, los ascendientes o incluso los hermanos del mismo. Puede además darse la situación en la que no existan las personas mencionadas anteriormente, o de existir, no hubieran solicitado el procedimiento de incapacitación, en cuyo caso estaría legitimado el propio Ministerio Fiscal para la interposición de la demanda. Por lo que refiere a la legitimación pasiva en el procedimiento, el presunto incapaz podrá ir acompañado de la representación designada por él mismo, abogado y procurador, y en defecto de elección voluntaria, será el propio Ministerio Fiscal el que proceda a la representación. En caso de que sea el Ministerio Fiscal quien haya promovido el procedimiento, el Letrado de la Administración de Justicia deberá designar un defensor judicial.

Además, se puede dar la situación de que el tribunal competente, de oficio, tenga conocimiento de que existen causas para incapacitar a una persona, en cuyo caso deberán adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la protección del presunto incapaz y poner en conocimiento del Ministerio Fiscal dicha situación para que pueda instar un procedimiento de incapacitación.

El procedimiento como tal se iniciaría mediante una demanda en la cual se procede a solicitar la declaración de incapacidad por parte de las personas legitimadas mencionadas anteriormente, que deberá ir acompañada de todos los documentos necesarios para acreditar fehacientemente que la persona que se pretende incapacitar sufre de alguna

enfermedad o deficiencia que le impide gobernarse por sí mismo y que además sea constitutiva de iniciar un procedimiento de incapacitación. Una vez que la demanda se ha admitido a trámite, el Juez, antes de proceder a dictar sentencia, deberá realizar tres actuaciones de pruebas preceptivas, que consisten en la audiencia con los familiares más próximos al presunto incapaz, el examen de la persona por parte del Juez, así como la emisión de un dictamen por parte del médico forense. Además de éstas, puede proponerse y acordarse en cualquier momento cualquier otro medio de prueba que se considere procedente (p.ej. informe de los servicios sociales, petición de historia clínica, audiencia de otras personas de su entorno,,), sin ajustarse a los plazos y requisitos formales del resto de los procedimientos declarativos.

Por último, se dictará sentencia , que debe de cumplir todas las formalidades exigidas en el artículo 760 de la LEC, así como determinar el régimen al que quedaría sometida la persona con capacidad modificada judicialmente y el nombramiento de las personas que deben de representarlo, tomar las decisiones que le afecten, y decidir incluso sobre la necesidad o no de internamiento del mismo.

En cualquier, momento, de producirse un cambio en las capacidades de la persona para tomar las decisiones que le afecten, puede modificarse el alcance de la falta de capacidad declarada, a través de un nuevo procedimiento en el que puede llegar, incluso a reintegrarse la capacidad en caso de haber superado la persona las deficiencias que le afectaban. En este sentido puede considerarse que la sentencia dictada no producirá efectos de cosa juzgada.

3. Órganos tutelares: tutela y curatela

3.1 La tutela

Con anterioridad a la redacción actual del Código Civil, existía una regulación anterior basada en la idea de que el simple hecho de privar a una persona de libertad, conllevaba la necesidad irremediable de otorgarle un régimen de representación y defensa. Para ello, se procedía al nombramiento de un organismo tutelar, compuesto en

su caso por un tutor, protutor y un consejo de familia como regla general, sin embargo en caso de tratarse de un menor de edad, tenía que estar sujeto a tutela cuando se demostrara que los padres no podían ejercer la patria potestad. Por último, se utilizaba la figura del defensor judicial en el caso de que existieran intereses contrapuestos entre los padres y el hijo, o el tutor y el tutelado.

Actualmente, los órganos tutelares se encuentran regulados en el Código Civil en su artículo 215, en el cual se dispone que la protección de una persona o de sus bienes se podrá llevar a cabo mediante la figura de la tutela, la curatela o el defensor judicial. Las características principales de los órganos tutelares podríamos resumirlas en cuatro: tienen carácter obligatorio, independientemente de que puedan existir mecanismos para no utilizarlos; normalmente quien adquiere el cargo tuitivo será familiar cercano a la persona con capacidad modificada judicialmente; las resoluciones que se dicten deberán ser objeto de inscripción en el Registro Civil, como forma de poner en conocimiento de terceros la situación y capacidad de las personas; y por último, la realización de contratos por parte del tutelado quedan limitados, ya que si se diera la situación de que una persona afectada por un órgano tutelar realizara en su nombre un contrato, podría declararse nulo de pleno derecho, ya que debería haberse realizado mediante su representante, de igual forma sucede cuando es el curador o defensor judicial quien realiza esos actos, dado que podrían ser objeto de anulación, y por último, cuando se precise de una autorización judicial para realizar cualquier acto y el tutor prescinda de ella, podrá conllevar la nulidad de los actos realizados.

Cada una de estas tres instituciones procede en casos diversos y tiene un fundamento, funcionamiento y estructura diferente que se deben analizar por separado.

4. *¿Quién se somete a tutela?*

La figura de la tutela procede, según lo dispuesto en el artículo 222 del Código Civil, respecto de las personas cuya falta de capacidad se declara por sentencia judicial firme, los menores no emancipados que no estén bajo patria potestad, así como los sujetos que se encuentren en situación de patria potestad prorrogada y menores en situación de

desamparo. Consiste en un mecanismo para proteger a las personas que no gozan de plena capacidad de obrar, es decir, de capacidad para ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones, dado que tienen sus facultades limitadas, complementándose dicha falta de capacidad con la figura del tutor. La función principal del tutor consiste en ejercitar tanto derechos como facultades sobre la persona o el patrimonio del tutelado con la finalidad última de proceder a la adecuada protección del mismo.

5. Tipos tutela y nombramiento tutor

Existen actualmente dos tipos de tutela, una denominada familiar, en cuyo caso se trata de un régimen en el que el tutor nombrado pertenece al ámbito familiar de la persona objeto de tutela, y otro tipo de tutela denominado institucional, en el que el tutor puede pertenecer al ámbito familiar o no del tutelado, pero actúa siempre bajo las indicaciones de las autoridades que correspondan. La designación del tutor la deberá llevar a cabo el Juez, quien procederá a su nombramiento y llevará un control de todas las actuaciones que realice. Existe en nuestra regulación actual un orden de preferencia respecto a quien debe ser tutor de la persona declarada incapaz, sin perjuicio de que el Juez puede proceder a su modificación si así lo estimara necesario. El artículo 234 del Código Civil dispone que para el nombramiento del tutor se preferirá en primer lugar al designado por el propio tutelado, dado que según lo dispuesto en el artículo 223 del Código Civil, cualquier persona que prevea que puede ser declarada judicialmente incapacitada, puede disponer en su testamento la persona que quiere que ejerza su tutela, en segundo lugar, el cónyuge que conviva con el tutelado, en defecto de éste, los padres, o en su lugar la persona o personas que hayan designado los padres en el testamento, y por último, podría nombrarse como tutor en última opción, a descendientes, ascendientes o hermano que designe el propio Juez.

6. Control judicial del tutor

El tutor ostenta cierta libertad para actuar en nombre y por cuenta del representado, pero existen limitaciones para llevar a cabo ciertos actos, sujetos a autorización judicial por parte del Juez. Dichos actos podrían ser por ejemplo, la solicitud de internamiento de la persona tutelada, realizar actos de venta o transmisión de bienes u objetos titularidad del tutelado, proceder a la renuncia de derechos o aceptación de acuerdos que puedan perjudicar los intereses de la persona, participar en la herencia del tutelado, solicitar préstamos en nombre de él, llevar a cabo la interposición de demandas, o bien realizar gastos extraordinarios en los bienes de titularidad de la persona objeto de tutela. En todos estos casos, deberá promoverse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para su autorización conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria.

7. Obligaciones del tutor

El tutor, además de ejercer la representación y defensa del tutelado, debe respetar unas obligaciones generales de actuación conforme a las que deberá procurar de alimentos al tutelado, educarlo y ofrecer una formación completa, fomentar la inclusión del mismo en la sociedad y velar por una recuperación o adquisición de la capacidad de la persona, y por último, poner en conocimiento del Juez todas las cuestiones relativas a la situación del menor o del incapaz, así como rendición de cuentas referidas a la administración.

Las obligaciones que debe cumplir el tutor se pueden diferenciar en tres momentos distintos: antes de aceptar el cargo tutelar, durante el ejercicio de la tutela, y cuando se produce el cese de la misma.

En cuanto al primer momento, referido a las obligaciones a cumplir por parte del tutor con anterioridad a la aceptación del cargo de la tutela, se establecen una serie de imposiciones que tienen como finalidad la protección del patrimonio del tutelado, determinando sobre qué bienes concretos debe llevarse a cabo la actuación del tutor. Como primera obligación, el Juez puede imponer al tutor la aportación de una fianza que sirva para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que deriven de la tutela, estableciendo tanto la modalidad como la cuantía que corresponda abonar. Sin embargo,

si se diera el caso de que es una entidad pública la que ejerciera la tutela del menor o incapacitado, no se deberá prestar fianza.

La segunda obligación establece la necesidad de constituir un inventario de bienes del tutelado por parte del tutor, en un plazo máximo de sesenta días desde que la persona hubiera aceptado el cargo de tutor. Esta obligación es determinante para ofrecer una protección eficaz del patrimonio del tutelado, así como para evidenciar las modificaciones y evoluciones que pueda sufrir su patrimonio. La constitución del inventario se llevará a cabo, por el cauce previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, con intervención del Ministerio Fiscal, además de las personas que se deban de citar según lo determinado por parte del Letrado de la Administración de Justicia.

Por último, para velar por el aseguramiento de bienes como el dinero, joyas, objetos valiosos, documentos importantes, podrá exigirse la constitución en depósito para dejarlas en un establecimiento determinado, para que no queden en manos del tutor.

En el momento en que se acepta el cargo por parte del tutor, surgen otra serie de obligaciones diferentes, que tienen como finalidad, ya no la protección del patrimonio del tutelado, si no la de velar por la situación personal y patrimonial del tutelado en los diferentes ámbitos.

En cuanto al ámbito personal, el tutor se encuentra obligado a llevar a cabo todas las obligaciones del artículo 269 del Código Civil nombradas anteriormente, proporcionarle alimentos, velar por una educación completa, procurar la recuperación de la capacidad del tutelado, e informar de todas las cuestiones de especial importancia referentes a la situación del menor o incapacitado al Juez. Deberá fomentar igualmente el tutor la plena integración del tutelado tanto en su familia amplia como en su entorno social.

En el ámbito patrimonial, sin embargo, el tutor tiene como obligaciones principales rendir cuentas al Juez de la administración del patrimonio del tutelado, otorgándole en el plazo de veinte días, un informe donde se refleje la situación de la persona objeto de tutela, así como también la rendición de cuentas de la administración de los bienes. Dado que la finalidad última de dichas obligaciones es conservar el patrimonio del tutelado durante todo el tiempo que dure la constitución de la tutela, dicha rendición

deberá cumplir unas condiciones específicas, deberá ser rigurosa, contable, justificable mediante documentos, y numérica, debiendo el tutor administrar con la diligencia de un buen padre de familia. La rendición de cuentas deberá llevarse a cabo con una periodicidad anual.

Por último, cuando se produce el cese en las funciones del tutor o el fallecimiento del tutelado, deberá presentar cuenta general de la tutela en el plazo de tres meses, justificando toda la administración y actuaciones que ha llevado a cabo. La falta de aprobación de dicha cuenta podrá dar lugar a las acciones civiles o penales oportunas.

8. *Extinción de la tutela*

La tutela podrá considerarse extinguida en el caso de que la persona privada de la patria potestad la recupere posteriormente o si se da el caso de que se dicte una resolución que finalice el procedimiento de incapacitación, o que se modifique la situación del tutelado pasando a encontrarse bajo la figura de la curatela. También, por supuesto, tanto en caso de fallecimiento del tutelado como del tutor.

3.2 La curatela

La curatela se trata de una institución que tiene como finalidad la protección del patrimonio del menor o de la persona incapacitada judicialmente, y que requiere el nombramiento de un curador, para que en lugar de nombrar a un tutor que lo represente, como ocurre en el caso de la tutela, este órgano tutelar trata de ofrecer una asistencia a dicha persona para llevar a cabo la realización de determinados actos que precisen de su intervención, complementando la capacidad de la persona sujeta a curatela.

Se encuentra regulada en los artículos 287 y siguientes del Código Civil, y procederá, según lo dispuesto en dichos preceptos, cuando exista una sentencia de incapacitación o

modificativa de la capacidad, que determine como forma de protección la curatela, y que además, la sentencia deberá determinar para que actos tiene potestad el curador, normalmente, se utiliza en aquellos supuestos en que la capacidad de la persona se ve modifica sólo en algunos aspectos, como podría ser el ámbito patrimonial.

a) ¿Quién se somete a curatela?

Se encuentran sometidos a tutela, por lo dispuesto en el artículo 286 del Código Civil, las personas emancipadas cuyos padres hubieran fallecido o no pudieran ejercitar la asistencia necesaria, los que hubieran obtenido la equiparación a la mayoría de edad, con limitaciones, que se concede antes de cumplir dieciocho años siempre y cuando se cumplan determinados requisitos. Por último, también estarán sujetos a curatela los pródigos, o las personas que tras una resolución judicial, se hayan determinado que deben estar bajo la protección de la figura de la curatela.

b) Nombramiento

La curatela se lleva a cabo a través del dictamen de una resolución judicial, la cual debe determinar los actos que precisan de autorización y evaluar la capacidad de autogestión de la persona para determinar en qué ámbitos debe intervenir el curador, así como proceder al nombramiento del mismo. En el caso de que la persona sometida a curatela hubiera estado anteriormente en situación de tutela, la persona que fue tutora, se nombrará curadora a menos que el Juez disponga otra cosa en la sentencia.

El artículo 274 del Código Civil, establece para el nombramiento del curador, un orden de prelación similar al que existía para el nombramiento de tutor, y en este caso la autoridad, antes de proceder al nombramiento, deberá examinar si existe cualquier tipo de propuesta por parte de la persona que precisa de la asistencia y apoyo, en caso contrario podrá ejercer la figura de curador, en primer lugar el cónyuge o situación asimilable como por ejemplo pareja de hecho, en su defecto hijos o descendientes, en caso de existir multitud, se escogerá preferentemente a quien conviva con la persona objeto de curatela. En caso de no poder designar como curador a alguno de los

anteriormente nombrados, podrá serlo el progenitor o ascendiente, con la misma regla nombrada anteriormente, donde prima la convivencia con la persona precisada de asistencia, o bien podrá ejercer como curador también el hermano/a de la persona o el que hubiera estado actuando como guardador de hecho.

c) Objeto de la curatela

Los diferentes sujetos para los que la legislación prevé la figura de la curatela, deben de tratarse de manera diferenciada y por tanto, tienen un tratamiento jurídico distinto. En cuanto a los emancipados, pródigos, y los que se le otorga el beneficio de la mayoría de edad, se establece que el curador podrá ejercitar los actos que no puedan realizar por sí solos, o bien que en la sentencia se hayan determinado. Sin embargo, respecto de las personas con capacidad modificada judicialmente, la curatela se extenderá tan solo a aquellos actos que establezca la sentencia de incapacitación. De lo contrario, y si en la sentencia no se especificaran cuáles son esos actos, el artículo 290 del Código Civil establece que el curador podrá llevar a cabo los mismos actos en los que el tutor precisara de autorización judicial, como por ejemplo: solicitud de internamiento, enajenación bienes o solicitud de préstamos.

d) Deberes del curador

Como deberes o exigencias a cumplir por parte de la persona que va a desempeñar el papel de curador, se encuentran las siguientes: necesidad de mantener un contacto personal y cercado con la persona que necesita de la asistencia o apoyo requerido, desempeñar con la diligencia exigida todas las actuaciones que se le han encomendado en calidad de curador, y tener en cuenta y respetar las preferencias y la voluntad cuando se tengan que realizar actuaciones que precisen del apoyo del curador. Otro de los deberes que debe de cumplir la figura del curador es velar para que la persona sujeta a curatela pueda desarrollar su propia toma de decisiones, con la finalidad de proporcionarle una mayor autonomía. Por último, debe promover y fomentar las aptitudes de la persona que precisa de apoyo, para que en un futuro dicha persona pudiera llegar a tomar decisiones con la autonomía necesaria y sin necesidad de ningún tipo de apoyo.

e) Posibles obligaciones del curador

A la figura del curador se le pueden imponer diferentes obligaciones a la hora de ejercer las facultades de las cuales dispone, con el fin de que se lleve a cabo un uso adecuado de las mismas para no interferir en el patrimonio de la persona afectada.

Como posible obligación, puede el Juez determinar cuando lo estime necesario la constitución de una fianza como medida para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del curador. Será el Juez el que determine tanto la posible modificación de esta medida como la cuantía en la que se basa la fianza. Sin embargo, ha habido controversia en relación a la prestación de fianza en situaciones en que el curador no ejercita acciones de índole patrimonial, ya que en este caso, sería desproporcionado obligarle al curador la constitución de la fianza.

Como ocurría en la figura de la tutela, también aquí se precisará de la realización de un inventario de bienes de la persona a cuyo favor se haya establecido la asistencia o el apoyo con un plazo máximo de formación del inventario de sesenta días desde la aceptación del cargo.

f) Control judicial

Existen diferentes situaciones en las que, independientemente de que el curador tenga las facultades para ofrecer apoyo y asistencia a la persona afectada, deberá pedir autorización judicial para llevar a cabo determinados actos, como los descritos en el artículo 285 del Código Civil, entre los cuales se encuentran los actos que conlleven una trascendencia o afectación a la esfera personal o familiar cuando exista imposibilidad de realización por parte del afectado, la enajenación de bienes de mayor valor, alhajas, u objetos con un significancia especial, aceptación de herencias sin beneficio de inventario, interponer demandas en nombre y por cuenta del afectado, o por ejemplo pedir préstamo o de lo contrario prestar aval o constituir fianza en nombre de él.

Por tanto, en todos estos casos las facultades de las que goza el curador se verían limitadas en todas estas situaciones que abarca el artículo 285, por considerarlas de

especial incidencia y relevancia para el patrimonio de la persona necesitada de apoyo o asistencia.

g) Extinción curatela

La asistencia y el apoyo que ejerce el curador se verá extinguido por dos causas principales, descritas en el artículo 289 del Código Civil, y que se pueden concretar en el fallecimiento de la persona afectada, en este caso, dado que con el fallecimiento se extingue la capacidad jurídica de una persona, no serían necesarios por tanto los apoyos que viniera ejerciendo en curador, así como cuando se determine mediante resolución judicial que la medida ya no sea necesaria cuando se haya llevado a cabo un procedimiento de revisión o hayan cambiado las circunstancias, en ese caso, podrá extinguirse la figura de la curatela.

II. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DICIEMBRE DE 2006

1. Principios básicos

La idea fundamental que abarca la Convención de Nueva York es la necesidad de promover la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo que conllevaría a su vez el respeto a la dignidad inherente a su persona. Se entiende por personas con discapacidad todas aquellas que tengan deficiencias en cualquier grado: intelectual, físicas, mentales, o sensoriales y que además sea previsible a largo plazo, y que dicha situación suponga un obstáculo para su desarrollo en sociedad en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

Los principios básicos se encuentran regulados en el artículo 3 de dicha Convención, y se pueden resumir en el respeto a la dignidad de cada persona, la promoción de su autonomía individual para poder llevar a cabo una toma de decisiones libre en su esfera personal, patrimonial y sanitaria, y velar por la independencia de las personas. La

situación en la que se encuentre una persona con discapacidad tampoco debe de ser discriminatoria por razón de su condición, como tampoco debe suponer un obstáculo para poder participar en todas las acciones que puedan llevarse a cabo en la sociedad y que puedan ver perjudicada su inclusión y participación en ellas. Además de la necesidad de establecer un respeto a la diferencia y una comprensión hacia las personas con discapacidad, entendiendo que forman parte de la diversidad que compone la sociedad. También se destaca en la redacción de la Convención la necesidad de ofrecer oportunidades de accesibilidad a las diferentes situaciones que puedan darse en una sociedad, y por consiguiente la igualdad de oportunidades para personas calificadas como ‘personas con discapacidad’ y para cualquier otro tipo de diversidad de personas. Los dos últimos principios tratan de promover la igualdad entre hombre y mujer en el ámbito de la discapacidad y además la necesidad de crear una evolución constante para la adaptación de medidas para la protección de la identidad de los niños/as con discapacidad y promover la definición de sus facultades.

La Convención de Nueva York, por tanto, tiene el objetivo último de lograr la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad, y hablar de inclusión es garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos a las personas, en términos de igualdad de condiciones, dicho instrumento internacional supone un cambio en la concepción de la discapacidad en la sociedad, y se pretende suprimir las desventajas sociales que puedan sufrir las personas con discapacidad en el ámbito social, para cubrir todas las necesidades en los ámbitos de salud, educación, empleo, participación activa política, velar por la no discriminación y posibilitarles oportunidades de rehabilitación.

Lo que se pretende entonces es promover el ejercicio eficaz e igualitario de los derechos inherentes a cada persona, sin límites ni restricciones que puedan condicionar su formación como ciudadano y por tanto, adoptar todos los ajustes necesarios para lograr una verdadera igualdad de condiciones.

2. Derecho comparado

Como propósito principal de los países firmantes de dicha Convención se encuentra la necesidad de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad sin ningún tipo de discriminación hacia ellas. Además, se comprometen a

adoptar todo tipo de medidas tanto legislativas como administrativas para poder garantizar el ejercicio de sus derechos, tratar de derogar o suprimir aquellas leyes que supongan una discriminación para las personas con discapacidad y a su vez la adopción de todas las medidas que sean necesarias para garantizarlo, en el ámbito de la política, la protección y promoción de dichos derechos. Promover el cumplimiento y eliminar toda forma de actuación que sea contraria a la Convención y tomar medidas adecuadas para que no exista ningún tipo de discriminación hacia las personas con discapacidad por parte de ningún tipo de empresa o persona.

Otro de los compromisos que deben adoptar los países firmantes es la constante adaptación y desarrollo de bienes o servicios para poder satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad, incluyendo entre esas medidas las técnicas de comunicación e información, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos, etc..

También deben de velar para que la información sobre ayudas, formas de asistencia, dispositivos técnicos, sean accesibles a las personas con discapacidad, así como también promover su formación profesional y personal.

La Unión Europea trata de realizar un trabajo de implementación de la Convención en los diferentes países firmantes, con la finalidad de que se lleve a cabo, en caso de que sea necesario, una modificación de todas las leyes europeas que supongan una discriminación hacia las personas con discapacidad, tratando de unificar la legislación que tenga como sustento principal los ideales de la Convención.

Sin embargo, existe una disparidad manifiesta a la hora de adaptar y cumplir con los propósitos de la Convención en los países europeos firmantes, ya que algunos países como ocurre con el caso de Francia o Suecia, promueven una participación activa de las personas con discapacidad en la sociedad, otros, como Finlandia, a pesar de no haber llevado a cabo la ratificación de la Convención, es uno de los países más avanzados en este aspecto, ya que promueve la adaptación progresiva de todas y cada una de las normas que componen la Convención de Nueva York.

Sin perjuicio del nombramiento de estos países, los cuales están realizando las adaptaciones necesarias para otorgar un cumplimiento efectivo de la misma, existen

otros Estados miembros, sin embargo, que están retrocediendo en este ámbito, es el caso de Hungría, quien prohíbe taxativamente el derecho al voto de las personas que tengan una discapacidad psicosocial, por tanto se pone de relieve que, aun siendo un país europeo firmante de la misma, no se han adoptado decisiones adaptativas de su legislación a la Convención.

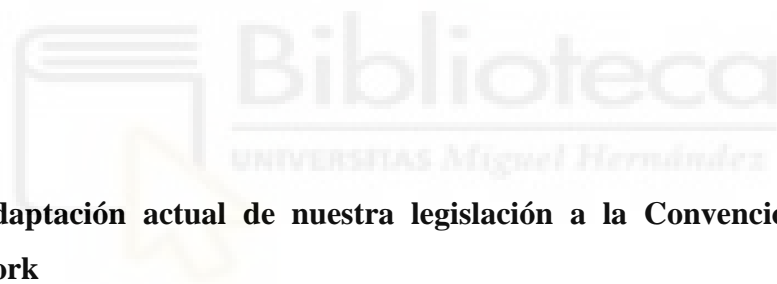
Estados miembros como Italia, Bélgica, Francia o Alemania, han optado por reformar su legislación básica en materia de discapacidad, para promulgar una mayor protección e inclusión de las personas con discapacidad, con el objetivo de adaptar su normativa a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En el caso de Alemania, el Código Civil alemán fue reformado en el año 1998, imponiendo como única medida adaptativa de la Convención el régimen de asistencia de la persona con discapacidad, desarrollado en los artículos 1896.1 y 1902 del mismo, exponiendo que una persona con la mayoría de edad cumplida, si se encontrara afectada por algún tipo de enfermedad o discapacidad de cualquier tipo, podrá solicitar o se le impondrá de oficio, un asistente legal, para todos los asuntos que precisen de una representación en el ámbito de la legalidad.

Diferente adaptación es la que adopta el sistema italiano, que llevó a cabo la reforma de su Código Civil en el año 2004, introduciendo como forma de adaptar la Convención a su legislación básica, dos sistemas diferentes para otorgarle protección a las personas con discapacidad, el primero de ellos se basa en una forma de apoyo y de administración para las personas que se encuentren en una situación vulnerable por razón de padecer una enfermedad o discapacidad que le impida gestionar sus intereses de manera autónomo. Sin embargo, la segunda forma de protección que ofrece el sistema italiano es el basado en la incapacitación, sistema también vigente hoy en día en nuestra legislación española de referencia, que afecta a los menores emancipados y a mayores de edad siempre y cuando se encuentren afectados por una enfermedad mental de la que deriva una imposibilidad de gestión por sí mismo, en cuyo caso se procedería al nombramiento de un tutor.

En Francia, la reforma de la Ley 2007/308, de 5 de Marzo de 2007 fue la que promovió una protección tanto para personas de avanzada edad, como para las personas consideradas vulnerables y que precisan por tanto de un grado de protección mayor. Se llevó a cabo la introducción de un régimen de asistencia, en forma de curatela, como forma de adaptación de la Convención, para promover la autonomía como una medida judicial que no es incompatible con el desarrollo de la capacidad de la persona.

Por último, en Bélgica, se reformaron a través de la Ley de 13 de Marzo de 2013 los regímenes de incapacidad, optando por la asistencia como método para que las personas con discapacidad, puedan llevar a cabo un ejercicio pleno de sus derechos, teniendo presente como punto de referencia la dignidad humana inherente a cada persona.



3 Adaptación actual de nuestra legislación a la Convención de Nueva York

3.1 Reformas

El artículo 12 de la Convención de Nueva York, que se desarrolla con la idea de “igual reconocimiento de la persona ante la ley” sienta las bases de la cuestión relativa a la capacidad jurídica de la persona y determina la necesidad de una modificación legislativa profunda en nuestro país. Dicho artículo se basa en tres ideas fundamentales, la primera de ellas es la basada en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que incluye tanto la capacidad para ser titular de derechos como para ejercitarlos, la segunda idea es la promoción de apoyo a las personas con discapacidad, para que en lugar de que se lleve a cabo la representación como apoyo extremo y en último término, puedan establecerse apoyos para que la persona puede gestionarse por sí misma sin necesidad de acudir a la figura de la representación. Y la última de las ideas

es la adopción de medidas para la adaptación al nuevo modelo, con garantías necesarias para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tanto en el ejercicio de sus derechos como en la toma de decisiones.

La legislación española debe adaptarse concretamente a esta concepción que abarca la Convención sobre la igualdad de las personas ante la ley en su artículo 12. La reforma que se ha llevado a cabo para poder ajustarse a dicha Convención, fue la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención internacional sobre Derechos de las personas con discapacidad, viéndose modificadas las normas siguientes:

- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
- Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- 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 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil.
- Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

- Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

La Convención de Nueva York tiene como objetivo principal la promulgación de la igualdad de oportunidades y así garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, así como también el respeto a la dignidad individual de cada uno de ellos. El artículo 12 de la Convención de Nueva York ha sido el más relevante y en el cual se refleja esa necesidad de adaptación de la legislación española a la Convención, dado que es la plasmación de la igualdad de las personas con discapacidad y de la necesidad de reconocimiento por parte de los Estados Miembros firmantes de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y de promulgar todas las medidas necesarias para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones, teniendo en cuenta siempre la opinión y preferencias de la persona. Dicho reconocimiento abarcaría tanto la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones como la necesidad de poder ejercitarlos. Dicho artículo profundiza a su vez en un cambio de percepción respecto a las personas con discapacidad, teniendo como finalidad introducir un régimen que permite la representación de estos en todas las situaciones en las que exista una necesidad constatada para poder realizar todas las tareas esenciales, en lugar de un régimen de sustitución de la persona con discapacidad, dado que se vería gravemente perjudica su capacidad de decisión en todos los aspectos.

Resulta imprescindible, por tanto, una reforma del Código Civil en materia de discapacidad que tenga como finalidad la adaptación de la legislación española a la Convención de Nueva York, para que las medidas que se adopten en relación con las personas de incapacidad sean sólo las imprescindibles, proporcionales al grado de discapacidad que padezca esa persona, limitativas por el tiempo imprescindible y siendo revisadas de forma periódica por la autoridad competente que trate dicha materia.

Y ello toda vez que la legislación vigente alude a un régimen de sustitución, donde la persona con discapacidad ve anulada su capacidad de decisión respecto a las situaciones que se le puedan plantear, mientras que la Convención aboga por un régimen más libre en el que puedan tenerse en cuenta todas y cada una de las preferencias de la persona con discapacidad, proveyéndole tan solo de los apoyos que precise, con la finalidad última de que sea la propia persona con discapacidad la que pueda tomar sus propias decisiones sin necesidad de acudir al extremo que sería un régimen de sustitución.

El punto partida de la reforma fue la Ley 26/2011 de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que fue la ley que supuso la modificación del Derecho Español, además de otros textos legislativos como el Real Decreto Legislativo de 1/2013 de 29 de Noviembre , por el cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como también la reforma de nuestro Código Penal fruto de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo.

Con la finalidad de llevar a cabo esa adaptación necesaria de la Convención de Nueva York a nuestra legislación española, el Consejo de Ministros de España aprobó el 10 de Julio de 2009, la creación de un grupo de trabajo interministerial que se encargara de realizar un estudio sobre la normativa española con el único fin de proceder a readaptarla a las previsiones contempladas en la Convención. El día 30 de Marzo de 2010 el Consejo de Ministros finalmente aprobó el denominado ‘‘Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad’’.

Dicho informe destaca la idea de que la Convención no trata de implantar nuevos derechos a la legislación española, sino la previsión de una serie de medidas que reflejen una posición no discriminatoria hacia las personas con discapacidad, y garantizarles por tanto el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones. Supone la Convención, además, un cambio en la comprensión del concepto de discapacidad, entendiéndola como una cuestión que repercute en el ámbito de los derechos humanos, y discriminando la idea de preocupación social.

El enfoque de adaptación debe abarcar en términos de globalidad a todos los ámbitos del Derecho positivo español, como lo son los ámbitos civiles, penales, administrativos, mercantil o laborales, para ello, se impuso la necesidad de llevar a cabo diversas modificaciones normativas, con el fin último de llevar a cabo la adaptación legislativa española a los presupuestos de la Convención sobre todo en dos cauces normativos: el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, con el objetivo de garantizar la máxima autonomía individual de la persona, deberán modificarse los preceptos que versen sobre las figuras del tutor o curador para favorecer una mayor protección de las personas, otorgando un contenido explícito de todas las funciones de apoyo que deban de realizar dichas personas.

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, las modificaciones que se prevén para adaptarla a la Convención también se centran en el artículo 12 de la misma, así como también el 13, dedicado al acceso a la justicia, el 8 referido a la toma de conciencia, y por último al artículo 9, que define temas de accesibilidad.

Todas las reformas anteriormente nombradas que tienen que realizarse, deben quedar reflejadas en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una de las más significantes fue la necesidad de estudiar la posibilidad de introducir previsiones, para que si el Juez estimare que la causa que determina la declaración de incapacidad de una persona, pueda llegar a tener carácter temporal, pueda determinar tanto la duración como la posible revisión de la incapacidad plasmándolo en la sentencia, con la finalidad de proceder a su ampliación o modificación en caso de que resultara necesario, y siempre acorde a las previsiones del artículo 12.4 de la Convención.

3.2 Interpretación jurisprudencial

También por vía jurisprudencial nuestros tribunales han ido ajustando la interpretación de nuestros preceptos legales a los principios de la Convención. Una de las sentencias más relevantes en el ámbito de la incapacitación en España fue la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 2009*, dictada tras la tramitación de un procedimiento de incapacitación. El fiscal del caso, alegó una serie de preceptos en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos, planteando dudas acerca del procedimiento de

incapacitación civil español en relación con su necesaria adecuación a la Convención de Nueva York, expuso por tanto, todos y cada uno de los argumentos que consideró necesarios a tener en cuenta en la resolución de la cuestión.

El argumento más relevante que defendió el Ministerio fiscal fue el basado en la concepción de “modelo social de discapacidad” que empleaba la Convención, en contraposición con el “modelo rehabilitador” que constaba en la legislación actual, dicho argumento centraba su defensa en la necesidad de abandonar el concepto tradicional de incapacidad, basado en un régimen de sustitución, para introducir un sistema actual de apoyos que garantice y refleje el principio de no discriminación proclamado en la Convención. Estableciendo como punto de partida una igualdad efectiva, que asegure una proporción de medios de apoyo a la persona con discapacidad para que pueda desarrollarse plenamente en condiciones de absoluta igualdad respecto al resto de personas.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la resolución de dicha cuestión no aprobó los argumentos aportados por el Fiscal, declarando que el procedimiento de incapacitación español sí estaba ajustado tanto a los preceptos de la Constitución Española, como a la Convención internacional, señalando lo siguiente: *"En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 , lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 Código Civil), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 Ley de Enjuiciamiento Civil) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 Código Civil), se erigen en garantías esenciales del*

proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable".

De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 Ley de Enjuiciamiento Civil . 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada".

Otra sentencia relevante en materia de incapacidad fue la dictada por el *Tribunal Supremo el 21 de Septiembre de 2011*, en relación a la legitimación del tutor en materia de divorcio, dándose la situación de que la persona incapacitada se consideró que estaba totalmente imposibilitada para gobernarse por sí misma ya que sufría una tetraplejía que derivó en estado de coma como consecuencia de un accidente de circulación.

La sentencia, en su fundamento de derecho sexto, estableció que en este caso concreto entraban en colisión dos derechos fundamentales que había que destacar, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y la libertad de elección respecto a la situación matrimonial de cada uno. Se planteó la problemática de si los derechos considerados como de la esfera personal, podían llevarse a cabo a través de un representante legal, lo cual se resolvió estableciendo que, a falta de una regulación específica sobre esta materia, podrían ejercitarse siempre y cuando la persona incapacitada no pudieran actuar por sí misma.

El fundamento séptimo de la sentencia, trató el tema de la tutela judicial efectiva, empleando como reflejo el artículo 12.3 de la Convención, que establece que “ *Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la*

justicia en igualdad de condiciones con las demás'' , por tanto la adaptación de la legislación española a la Convención supone la necesidad de garantizar la actuación de la persona incapacitada a través de sus representantes legales, en este caso del tutor, porque de lo contrario se estaría limitando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Concluyó el Tribunal Supremo con lo dispuesto en el fundamento de derecho octavo, determinando que los tutores sí que ostentan legitimidad en materia de divorcio para proceder al ejercicio de la acción civil en nombre de la persona declarada incapaz, siempre que se cumpla el requisito esencial de que la persona incapaz no pueda gobernarse por sí misma ni actuar en condiciones normales.

3.3 Práctica de juzgados y tribunales.

En lo respectivo a los Tribunales de Justicia, hay que citar dos grandes ejemplos de aplicación directa de la Convención. El primer ejemplo fue la *Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011, de 14 de Febrero*, que trata la decisión del otorgamiento de amparo que solicitó una persona que se encontraba en un centro penitenciario y que además había sido declarada incapaz judicialmente. Se alegaba que al no haberle dado la posibilidad de ser oída, prescindiendo de su comparecencia y tampoco le otorgaron la posibilidad de designar profesionales que procedieran a su defensa, existía una vulneración del derecho de defensa, asistencia letrada, y de ejercitar un proceso judicial con todas las garantías, así como también una vulneración de su ejercicio a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional determinó que, además de encontrarse reflejado el derecho a la asistencia letrada y de defensa en el artículo 24.2 de la Constitución Española, encontraba su referencia en el artículo 13 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* dado que en la redacción de dicho artículo se garantiza el desempeño de funciones en un procedimiento judicial de las personas incapacitadas, así como también la necesidad de que las personas que forman la Administración de Justicia, aseguren que dichas personas podrán gozar de un acceso efectivo a la justicia.

Un segundo ejemplo importante en relación a la aplicación directa de la Convención, lo tenemos en la *Sentencia de la Audiencia Nacional, de 2 de Noviembre de 2009*. La

cuestión planteada fue la posibilidad de que a una persona con discapacidad, no se le aplicaran determinados requisitos para obtener una beca.

La beca consistía en unos estudios universitarios del Grado de Derecho, que además del requisito esencial relativo a la capacidad económica del solicitante, se le exigió para su concesión el requisito de haber obtenido en el curso anterior cinco puntos de nota media y no contar con más de un suspenso. La situación que tenía el solicitante era de una asignatura aprobada de seis, y una nota media que no llegaba a la puntuación exigida en la convocatoria de cinco puntos como mínimo, por tanto, la beca le fue denegada. La decisión de denegación de la beca fue recurrida por el solicitante alegando que padecía un grado de discapacidad físico y psíquico del 76% y que la exigencia de resultados en calificaciones y de superación de asignaturas no podía aplicárseles por igual dada las dificultades que pueden llegar a tener.

La resolución de la Audiencia Nacional fue proceder a la estimación del recurso contencioso-administrativo, reconociéndole la concesión de la beca solicitada, así como todos los gastos relativos a matriculación. El argumento que utilizó la Audiencia Nacional para la resolución del recurrente fue que la Convención puede realizar ajustes en la normativa vigente española, con la finalidad última de que se evite la discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio al derecho de obtención de una educación superior, como se considera a los estudios universitarios. El precepto base de la resolución fue el artículo 2 de la Convención, el cual establecía y definía las situaciones que se consideraban discriminatorias, así como también se considera como ajustes necesarios *«las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales»*. La situación que padecía el recurrente entonces, se correspondía con la imposibilidad de seguir con un régimen ordinario de educación y por tanto no podrían exigírseles los mismos requisitos que para una persona que no padeciera ningún tipo de discapacidad.

Los juzgados de primera instancia españoles, en coordinación con la fiscalía, por otra parte, han venido realizando un esfuerzo importante durante los últimos años, para adaptar sus resoluciones a la normativa de la Convención interpretando las normas de nuestro ordenamiento jurídico de la manera más conforme a los principios de la misma. De hecho, se ha consolidado una práctica judicial conforme a la tan sólo se declara la falta de capacidad en aquellos casos en los que, además de causa de incapacidad, existe un motivo que justifique dicho procedimiento, limitándose el pronunciamiento a aquellas actuaciones que la persona no puede realizar por sí misma para las que se le provee estrictamente de los apoyos necesarios. La denominación de los procedimientos ha ido variando en consonancia con este propósito de forma que en la actualidad se tramitan procedimientos de Determinación de la Capacidad de Obrar y Provisión de Apoyos.

IV. Adaptación legislativa. Proyecto de ley

Se encuentra en tramitación parlamentaria un Anteproyecto de Ley por el que se pretende reformar la legislación civil y procesal en material de discapacidad, cuya Exposición de Motivos incide en el hecho de que dicha reforma viene exigida por la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, dicho texto internacional refleja que la discapacidad no tiene que considerarse como un problema propio de la persona que la padece, si no que la sociedad juega un papel importante en la consideración de discapacidad de una persona, en cuanto que ha introducido barreras en el desarrollo social de la persona con discapacidad.

La propuesta de reforma de la legislación española para adaptarla a la Convención tiene su reflejo en tres pilares fundamentales: el artículo 12 del instrumento internacional, el cambio de sistema antiguo por el nuevo y distinto plasmado en la Convención, y la plasmación de dichas reformas en el Código Civil español.

La reforma del ordenamiento jurídico español fue consecuencia directa de la ratificación de la Convención llevada a cabo por España, que se inició con la *Ley 26/2011 de Adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, que reflejó diferentes reformas del ordenamiento jurídico interno.

La nueva regulación que se pretende introducir tiene su fundamento en el artículo 10 de la Constitución Española, que exige: *“el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales, y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”*. La propuesta de proyecto de ley consta de cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El artículo primero, con sesenta y tres apartados, modifica el Código Civil; el artículo segundo afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo tercero reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil con catorce apartados; el artículo cuarto modifica la Ley del Registro Civil y se distribuye en nueve apartados; finalmente, el artículo quinto, referido a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en diez apartados.

El artículo primero por el que se pretende modificar el Código Civil es el más extenso del proyecto, ya que tiene la finalidad de determinar las bases del nuevo sistema basado en el respeto a las preferencias de la persona con discapacidad, y a la voluntad del mismo. La modificación abarca el título XI del Libro Primero del Código Civil, que pasará a nombrarse como *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”*, otorgando unas medidas de apoyo a las personas con discapacidad, que contemplan tanto ayuda para comunicar la toma de decisiones, o acompañamientos esporádicos. La finalidad es evitar al máximo la posibilidad de nombrar un representante legal, el cual solamente será nombrado cuando exista una imposibilidad manifiesta para gestionarse por la persona con discapacidad.

En la nueva regulación también se opta por una preferencia en cuanto a las medidas preventivas, encaminadas a que pueda ser la persona la que decide quién va a ejercer el régimen de representación en vistas a una posible incapacitación futura, ejemplos de estas medidas son los poderes preventivos o la autotutela, que veremos en un epígrafe posterior. La figura del defensor judicial también se introduce en la nueva regulación

como medida empleada para situaciones de apoyo ocasional, por ejemplo en el caso de que el defensor habitual no pudiera ejercer la defensa en condiciones normales.

Otra de las reformas propuestas fue la reubicación en los Títulos XI y XII del Libro Primero del Código Civil, la cual obliga a una reordenación de la materia en cuestiones como la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación. El Título IX, por tanto, pasaría a referirse a aspectos de tutela y guarda de menores, y el Título X reflejaría las cuestiones relativas a la mayoría de edad y a la emancipación.

En cuanto al ámbito procesal, la adaptación normativa que se pretende introducir abarca la necesidad de sustituir los procesos de modificación de la capacidad por otros que promuevan el otorgamiento de apoyos a las personas con discapacidad. En dicho ámbito se llevan a cabo propuestas de reformas de diferentes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ocurre con el artículo 756, que establece que la iniciación de un proceso judicial solo podrá llevarse a cabo si va a procederse al nombramiento del curador, organismo tutelar por el que se opta claramente en detrimento de la tutela, que pasaría a denominarse, en los casos más severos, como curatela representativa. Otra modificación importante es la que afecta al artículo 758, referido al momento de admisión de una demanda y de la posible personación del demandado, en este caso se debe tener toda la información necesaria respecto de las medidas de protección que se hayan adoptado, para respetar de manera efectiva la voluntad del afectado.

Además de las modificaciones que se pretender llevar a cabo en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el anteproyecto de ley también destaca la necesidad de introducir algunos cambios en la *Ley 15/2015, de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria*, con el fin de armonizar todos los textos legales y que no existan discrepancias en materia de tutela de los derechos de las personas. La reforma más relevante fue la relativa al expediente del nombramiento de tutores o curadores, modificando el régimen de rendición de cuentas que deben de llevar a cabo estableciendo que la comparecencia solo deberá llevarse a cabo si el Juez lo solicita expresamente por solicitud de algún interesado, y por otro lado, se permitirá también al Tribunal la ordenación de oficio de una comprobación mediante una prueba pericial si existen en el informe de rendición de cuentas operaciones complejas o susceptibles de justificación.

Por último, 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.

III. ALTERNATIVAS A LA INCAPACITACIÓN

Para solventar la situación en la que una persona con discapacidad puede verse inmersa, sin tener que recurrir a la incapacitación y constitución judicial de la tutela o curatela se vienen arbitrando en los últimos tiempos una serie de mecanismos que constituyen alternativas viables, y que se tienden a sustituir la falta de habilidades de una persona en cada una de las esferas de su personalidad.

1. Esfera personal:

1.1 Actuaciones afectadas

La figura de la asistencia surgió como una medida para proteger a aquellas personas que, aún sufriendo algún tipo de discapacidad intelectual o física, no precisan un organismo tutelar, sino tan solo ayuda para realizar alguna actividad concreta o simples gestiones administrativas, y por tanto podrían solicitar un régimen de apoyos ordinarios a petición del nombramiento de un asistente. La finalidad principal del régimen de asistencia es proporcionar ayuda, apoyos necesarios como los acompañamientos, orientación necesaria en diferentes ámbitos de la vida, y asesoramiento, teniendo además, como premisa principal, que la decisión de establecer el sistema de apoyos pertenece a la persona afectada, siempre teniendo en cuenta sus peticiones y nunca supondrá una sustitución de sus voluntades.

Las actuaciones o funciones que cumple el régimen de asistencia se destacan en dos marcos: la esfera personal y la patrimonial. En este caso nos centramos en la esfera personal de la persona declarada incapaz, en cuyo caso pueden quedar afectadas áreas como el desarrollo personal y físico, las relaciones interpersonales, la inclusión social, o incluso los derechos que se ostentan para gestionarse por sí mismo.

Por tanto, los principales apoyos en la esfera personal hacen referencia a la toma de decisiones con la finalidad de conseguir el bienestar personal de la persona interesada, además del otorgamiento de consentimiento siempre previa información para proceder a cualquier tipo de intervención o tratamiento médico que deba de prestarse al incapaz, destacando los tratamientos de carácter psiquiátrico, farmacológico o psicológico.

También se incluirán como medida de apoyo, las decisiones que tengan que tomarse con respecto al ámbito laboral, y además, toda la toma de decisiones que se adopte en el terreno familiar: mantenimiento del domicilio, alimentación e higiene personal. Por último, debe velarse también por la necesidad de conservar el derecho de sufragio de la persona declarada incapaz.

1.2 Posibles apoyos: acompañamientos, actuación de los Servicios Sociales, defensores judiciales, guarda de hecho, voluntades anticipadas.

Acompañamientos

Uno de los posibles apoyos que se pueden introducir es el referido a la figura de los acompañamientos, en los que el asistente de la persona incapaz tendrá una función primordial para dar apoyo en gestiones, trámites, reuniones que tenga que llevar a cabo la persona con discapacidad. El acompañamiento que se reciba por la persona deberá cumplir una serie de principios o condiciones relativos a la creación de una relación de confianza entre el asistente y la persona necesitada de apoyos, favorecer la autonomía personal, mejora en las funciones individuales y su posible adaptación al entorno, tratar de complementar aquellas competencias personales, en lugar de escoger un régimen de sustitución de las mismas. Además cabe ofrecer un acompañamiento social, procurar una mejora en la calidad de vida, evitar incidencias que puedan derivar en un peligro para el bienestar y seguridad de la persona. Y por último, promover el respeto a la dignidad de la persona, considerándolo como una condición esencial de la asistencia.

La actuación de los Servicios Sociales

En algunas ocasiones, la situación de discapacidad de la persona es leve, y la misma sólo precisa de ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria, de las gestiones

administrativas que requieren cumplimentación de instancias o personación ante los organismos oficiales, o, incluso, para la organización de horarios o actividades domésticas, para las que resulta suficiente un apoyo por parte del personal encargado de los Servicios Sociales de la zona, trabajador social, educador o auxiliares, sin necesidad de adopción de otras medidas. La coordinación sociosanitaria y de los distintos operadores jurídicos, incluidas las organizaciones de afectados o de familiares, resulta imprescindible para que pueda prosperar este tipo de apoyo.

Defensor Judicial

La figura del defensor judicial tiene una regulación doble, se encuentra recogida por un lado en los artículos 299 a 302 del Código Civil y por otro, tiene su reflejo en la Ley 15/2015 de 2 de Julio de Jurisdicción Voluntaria, en sus artículos 27 a 42. Dicha ley introdujo una novedad importante en dicho ámbito estableciendo que la competencia para proceder a la tramitación y resolución del expediente que regula el defensor judicial, correspondería al Letrado de la Administración de Justicia y no al Juez de Primera Instancia, que era el encargado de realizar dicha gestión con anterioridad.

El defensor judicial se configura como una medida de guarda que lleva a cabo una actuación de carácter provisional y transitoria. La función principal es proceder a la representación o asistencia de la persona declarada incapaz, cuando exista imposibilidad de realizar esas funciones por las personas nombrados como tutor o curador o porque dichas personas no existan.

La tramitación del nombramiento se llevará a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, tanto para menores no emancipados como para personas que tengan su capacidad modificada legalmente, sirve además, para complementar la falta de capacidad que pueda tener la persona para proceder a la gestión tanto de su persona como de su patrimonio.

Se considera necesario el nombramiento de un defensor judicial cuando se den una serie de circunstancias incluidas dentro de los artículos 299 a 302 del Código Civil. Más concretamente, se precisa la necesidad de la figura cuando exista algún tipo de conflicto entre el incapacitado y sus representantes en materia legal, ya sea el curador o el tutor,

también se precisará la intervención del defensor cuando el curador o tutor haya sido destituido de su cargo, o de lo contrario, cuando hayan alegado causas para dejar de ejercer las funciones que tienen atribuidas. Se prevé también la posibilidad de que el Ministerio Fiscal intervenga como defensor judicial del presunto incapaz en el proceso de incapacitación.

Por último, las funciones del defensor judicial se concretarán en aquellas que le haya asignado el Juez en virtud del expediente de jurisdicción voluntaria, pueden darse situaciones en que las facultades se otorguen para realizar un acto en concreto, o que se extiendan para ejercer la administración con carácter provisional de los bienes de la persona incapacitada.

Guarda de hecho

La guarda de hecho viene imponiéndose en los últimos tiempos como la alternativa más viable a la constitución de organismos tutelares. La institución se aplica en aquellos supuestos en los que una persona distinta de los progenitores de la persona incapaz, asume llevar a cabo todos los actos necesarios para la protección de dicha persona así como también de sus bienes, sin necesidad de estar expresamente designada para ello por parte del Juez. Esta figura se creó ya que existen personas que no necesitan ser declaradas judicialmente incapacitadas, porque resulta suficiente el nombramiento de una persona que asuma funciones de apoyo o asistencia, sin necesidad de otorgarle la función de curador o tutor.

Por tanto, dicha figura se constituye como una alternativa a la incapacitación de la persona, ya que podría llevarse a cabo el mismo régimen de protección jurídica análoga sin necesidad de acudir a un procedimiento de incapacitación de la persona con lo que eso conllevaría en cuanto a limitaciones en los ámbitos personal, patrimonial y sanitario. Esta situación se produce en el momento en que una persona, sin tener designación expresa mediante resolución alguna, asume y lleva a cabo la protección de la persona y bienes necesitada de apoyo, en este caso, el Juez puede vigilar y fiscalizar la actuación de la persona que va a ejercer la guarda de hecho, sin necesidad de acudir a un nombramiento expreso de tutor o curador, pudiendo requerirle a dicha persona para que le informe sobre la situación en la que se encuentra la persona y los bienes, y de

controlar la actuación del guardador con medidas de control y vigilancia impuestas por el Juez.

Nuestro ordenamiento jurídico no tiene una amplia regulación en cuanto a este término, pero sin embargo destaca las funciones que se le asignan a la persona que vaya a ejercer de guardador de hecho, las cuales no son las relativas a una representación legal de la persona incapaz, ya que no se permite adoptar el régimen de sustitución en negocios de carácter personal ni patrimonial. En lo que respecta al ámbito personal, cuando se precise por parte del incapaz, el guardador velará por su cuidado, alimentación, asistencia médica, incluso promover su formación y en la medida de lo posible, favorecer la adquisición o mejora de su capacidad. En la esfera patrimonial, se encargará de llevar a cabo la gestión y administración de los bienes de la persona, pero tendrá como límite funciones que sean relativas a ventas, arrendamientos, o actos de disposición, lo que sí se permite al guardador es llevar a cabo actos esenciales como los pagos de suministros. En cualquier caso, deberá rendir cuenta de sus gestiones al juzgador cuando sea requerido. Normalmente, la figura del guardador no será objeto de retribución, sin perjuicio de que el Juez pueda reconocer daños y perjuicios contra el patrimonio de la persona incapaz.

En cuanto a la extinción de la guarda de hecho, se producirá en tres situaciones diferentes: cuando el presunto incapaz haya recuperado la razón y por consiguiente la capacidad, porque se haya declarado el fallecimiento de una de las dos partes, o bien del guardador de hecho o del incapaz, y por último cuando se prescinda de la protección del guardador dada la necesidad de utilizar otras figuras como el defensor judicial, tutor o curador.

Voluntades anticipadas

Una de las formas de apoyo que introdujo la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, reguladora de *“la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”* fue la figura de las voluntades anticipadas o el testamento vital.

Se define como el documento redactado por una persona en el que se acogen las voluntades o manifestaciones de forma anticipada acerca de los cuidados y tratamiento de salud u finalidad de sus órganos, además de poder nombrar un representante, para que pudiera representarle en las actuaciones con el médico o equipo sanitario para que si se diera el caso puedan llegar a ser utilizadas dichas voluntades.

El artículo 11 de dicha Ley, recoge la posibilidad de que la persona mayor de edad, que ostente capacidad de obrar y sea libre, pueda redactar esas manifestaciones con carácter previo, para que se lleven a cumplimiento en el caso de que una incapacidad sobrevenida no le permita tomar decisiones con la autonomía suficiente. El otorgante en cualquier momento mientras se encuentre con capacidad suficiente, podrá llevar a cabo la sustitución, revocación o modificación del contenido de las voluntades, y además si llegado el caso de que debieran de utilizarse dichas voluntades, el otorgante se encontrara con la capacidad plena, podrá tomar por él mismo las decisiones ya que estas prevalecen sobre las instrucciones previamente otorgadas. Sin embargo, si llegado el momento no se encontrara capaz, entonces se utilizarán dichas voluntades anticipadas y entrará en juego la figura del representante si fuera necesario.

En cuanto al contenido esencial que tiene que incluir las voluntades anticipadas se encuentran las instrucciones en relación a las actuaciones médicas que se deban de llevar a cabo cuando el otorgante esté en una situación que le impida expresar su voluntad de manera libre, por darse una falta de capacidad sobrevenida. También puede incluir el destino que ha de darse a sus órganos o del cuerpo en caso de fallecimiento, para fines terapéuticos, docentes o de investigación. Nunca deberán incluir voluntades que vayan en contra del ordenamiento jurídico.

Por último, existen dos formas de otorgar las instrucciones anticipadas, una ante la formación de escritura pública ante notario, y otra, formalizar dichas voluntades ante tres testigos mayores de edad y capaces, de los cuales dos de ellos no podrán tener relación matrimonial, o análoga con el otorgante, así como tampoco relación familiar de segundo grado de consanguinidad o afinidad o relación patrimonial.

2. Esfera sanitaria:

2.1 Actuaciones afectadas

En ocasiones las limitaciones de las personas afectan a la esfera de su salud, bien porque sus patologías psíquicas les impiden tomar decisiones adecuadas en relación con su tratamiento médico o psiquiátrico, o presentar una correcta adhesión al mismo, bien porque su falta de capacidad les impide tomar decisiones en relación con la realización de intervenciones quirúrgicas.

2.2. Autonomía del paciente

La Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de '*la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*' establece como uno de los principios básicos en su artículo 2, el respeto a la dignidad de la persona humana, así como el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad, lo cual se entenderá reflejado cuando deba de utilizarse, transmitir o custodiar toda la documentación e información clínica.

Todo lo relativo a respeto de la autonomía del paciente en el ámbito sanitario se encuentra regulado en los artículos 8 a 13 de dicha ley, donde se reflejan cuestiones tan importantes como el consentimiento informado, sus límites y el caso especial de consentimiento por representación, el derecho a la información para elegir médico o centro sanitario, instrucciones previas, o las formalidades para otorgar el consentimiento.

2.3 Consentimiento en intervenciones quirúrgicas

El punto de partida en este ámbito es la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de '*la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*'. En esta ley se establece con carácter general el previo consentimiento que se debe de otorgar por parte de los pacientes con anterioridad a la realización de cualquier actuación médica. Precisa que debe de obtenerse tras la información aportada al paciente o a su representante legal, una conformidad libre, voluntaria y consciente, haciendo uso pleno de sus facultades para la toma de decisiones.

En este punto se trata de definir cuáles van a ser los criterios a tener en cuenta para la participación de la persona con la capacidad modificada judicialmente a la hora de tomar decisiones en el ámbito sanitario, así como también facilitar su participación empleando un lenguaje accesible, y apoyo en la toma de dichas decisiones, partiendo siempre de la libertad del paciente y teniendo en cuenta sus criterios y opiniones personales.

Uno de los apoyos más importantes en el ámbito sanitario ha sido el otorgar un consentimiento informado a los pacientes, que debe estar caracterizado por el derecho de autodeterminación de la persona y tener en cuenta su propia voluntad, y que se lleva a cabo en todos aquellos casos en los que pueda producirse un ingreso hospitalario, una intervención quirúrgica, extracción de muestras de orina o de sangre, en un trasplante de órganos o incluso en una transfusión de sangre. Las características más importantes de este consentimiento podrían ser: la persona que reciba la información deberá tener capacidad para comprender y expresar su consentimiento, velar por la libertad de decisión y nunca emplear el uso de la coacción, vinculado el consentimiento a la dignidad de la persona y a libertad personal.

La información que se vaya a transmitir al paciente debe ser comprensible, lo que significa que se tiene que tener en cuenta el nivel intelectual y cultural que tenga el destinatario, además debe de ser veraz, en el sentido de que se excluye la utilización de mentiras que puedan confundir al paciente, y por último, la información debe ser adecuada tanto a las circunstancias personales del paciente como su edad o estado de ánimo, además debe ir encaminada a conocer el estado de salud de la persona y a obtener el consentimiento, y nunca irá dirigida dicha información a conseguir una decisión pretendida o determinada del paciente.

En lo que respecta al consentimiento, como ya se ha comentado anteriormente, se debe caracterizar por la concurrencia de tres notas distintivas: libre, voluntario, informado y otorgado con capacidad. La libertad y voluntad de otorgar consentimiento se concreta en la inexistencia de coacción ante el paciente, y la información está referida a la necesidad de que la persona conozca perfectamente cuales son las actuaciones que va a consentir, para derivar en un consentimiento eficaz. Y por último, la persona que otorgue dicho consentimiento debe estar capacitada tanto para comprender la información como para

tomar decisiones al respecto, en defecto de lo cual el consentimiento debería prestarse por el representante legal.

En el ámbito sanitario, existen otro tipo de situaciones especiales a la hora de otorgar el consentimiento informado, como es el caso de las personas que padezcan deficiencias psiquiátricas, demencias o discapacidad intelectual. En cuanto a la enfermedad psíquica, podría llegar a verse afectada tanto la autonomía del paciente, incluso aumento o disminuyendo su capacidad, pero como regla general, deberán considerarse capaces para otorgar el consentimiento informado en las actuaciones sanitarias, ya que normalmente suele darse de forma temporal dicha deficiencia. Sin embargo, si se diera algún tipo de limitación de la capacidad en este ámbito, deberá probarse mediante test de evaluación de la capacidad para personas con enfermedades mentales, los cuales permitirán determinar si la capacidad de la persona queda afectada y deberá otorgarse el consentimiento mediante representante legal, o de lo contrario, si se encuentra capacitada para otorgarlo por ella misma.

La demencia, sin embargo, suele ocasionar una pérdida progresiva e irreversible de capacidad derivada de un deterioro cognitivo. Durante las primeras fases de la enfermedad, se deberá velar porque el paciente participe lo máximo posible en la toma de decisiones y a medida que la capacidad se vaya viendo reducida, deberá actuar por medio de representante legal para otorgar el consentimiento. Por último, en el caso de la discapacidad intelectual, puede darse una afectación moderada, grave y profunda, por lo que dependiendo del grado en el que se encuentre el paciente se garantizará su mayor o menor participación teniendo en cuenta sus facultades.

2.3 Tratamiento ambulatorio involuntario:

El tratamiento ambulatorio involuntario es una forma de tratamiento de carácter psiquiátrico, que se impone de manera coactiva, y tiene como finalidad principal asegurar que se cumple con el tratamiento terapéutico en aquellas personas que padecen una enfermedad mental grave, y para las cuales, el abandono de dicho tratamiento supone una posibilidad elevada de recaída, que conllevaría hospitalizaciones, urgencias repetitivas y frecuentes, así como actitudes auto o heteroagresivas.

La imposición del tratamiento para personas con enfermedades mentales graves pretende mejorar la adherencia al tratamiento, y evitar en la medida de lo posible cualquier tipo de deterioro en las personas, ya que existen muchas personas que padecen problemas relaciones con abuso de tóxicos y no toman la medicación de forma correcta, lo que conllevaría un empeoramiento de la enfermedad a la vez que la manifestación de conductas agresivas o violentas.

La adopción de dicha medida encuentra su justificación en varios aspectos relevantes ya que constituye una vía intermedia entre la posibilidad de incapacitar a una persona y el internamiento judicial, lo cual evitaría que se produjeran ingresos cortos y continuos ya que saturan los servicios hospitalarios. Además se constituye como una herramienta terapéutica, que se ajusta a la situación concreta en la que se encuentra la persona enferma, ante la posible negativa de muchos pacientes de asumir el tratamiento médico prescrito, dado que no suelen reconocer la enfermedad que padecen. El tratamiento ambulatorio involuntario, también trata de evitar el peligro potencial que supone para los pacientes y para el resto de personas que tenga a su alrededor por la posibilidad de que adopte conductas de riesgo.

Por último, se justifica el tratamiento dado que tiene como objetivo facilitar la adopción y el mantenimiento de un tratamiento adecuado, que permita aumentar la conciencia sobre la enfermedad y la adhesión de forma libre a la realización de dicho tratamiento. Además, este tratamiento es mucho menos restrictivo que la posible incapacitación civil o la realización de varios ingresos de forma repetitiva.

a) Soporte legislativo y jurisprudencial

Antecedentes

Los antecedentes del tratamiento ambulatorio involuntario los encontramos en países como Nueva York, Nueva Zelanda, Canadá, Escocia, Inglaterra, Gales, Australia, Francia, Italia, Portugal e Israel.

En el caso concreto de Nueva York, la legislación aprobada tenía como finalidad acudir a un tratamiento ambulatorio supervisado, aplicando la denominada Ley Kendra,

referida a personas que padecen enfermedades mentales de gravedad, para constituir una alternativa o una continuación al ingreso involuntario, para que se produzca un tratamiento eficaz sin períodos de recaídas. La Ley Kendra define que si un médico determinara que el paciente ha incumplido con la orden de someterse a un tratamiento ambulatorio supervisado, y si existe la posibilidad de que el paciente necesite una admisión involuntaria a un hospital, podrá acordarse la toma del paciente en régimen de custodia, para trasladarlo al hospital y donde deberá permanecer hasta 72 horas, hasta que se decida si requiere ser hospitalizado para recibir tratamiento médico.

Se decide la aplicación de dicha ley cuando el Juez decida que el paciente cumple con todos los requisitos y que además se constituye como la medida alternativa menos restrictiva. Los requisitos se definen como, haber cumplido la mayoría de edad, padecer una enfermedad mental, necesidad de supervisión, haya incurrido en incumplimientos anteriores del tratamiento, derivados de haberse llevado a cabo dos hospitalizaciones psiquiátricas en los últimos tres años, o haber adoptado conductas agresivas y violentas sobre sí mismo o hacia las personas de su entorno en un período de 4 años.

Canadá destacó en su legislación la restricción de ingreso hospitalario para aquellas personas que pudieran llevar a cabo el cumplimiento del tratamiento en la comunidad, por tanto, propuso la posibilidad de que el paciente saliera del hospital siempre y cuando cumpliera la condición de seguir el plan terapéutico durante un tiempo variable por determinar, y con posibilidad de prorrogarse.

Sin embargo, países como Escocia, determinaron el ingreso inmediato del paciente en un centro hospitalario para el caso de que se produjera un incumplimiento del tratamiento ambulatorio involuntario.

Nueva Zelanda, por su parte, otorgó autorización a los equipos médicos para que pudieran llevar a cabo la entrada en el domicilio de la persona que padecía la enfermedad mental y para ello eran necesarios el cumplimiento de dos requisitos: la existencia de una enfermedad mental continua o intermitente, y además que existiera un riesgo de daño para el paciente, o incluso para las personas de su alrededor. Se llevan a cabo en dicho procedimiento revisiones clínicas tanto trimestrales como judiciales

durante el primer año y se llevan a cabo a los seis y a los doce meses. Esta orden sería susceptible de revocación y podría acordarse posteriormente el ingreso hospitalario.

En países como Inglaterra o Gales, se concreta un sistema denominado de alta supervisada, que permite la salida del hospital del paciente cumplimiento el tratamiento en comunidad como condición a dicha salida. La aplicación se encuentra restringida para aquellos pacientes ingresados de forma no voluntaria en el hospital, y si se produjera un incumplimiento en las condiciones incluidas en el plan terapéutico, o que se diera un cumplimiento insuficiente o directamente el rechazo, supondría la posibilidad del reingreso hospitalario.

Se trata de permitir la salida del hospital de un paciente bajo la condición de cumplir el tratamiento en la comunidad. Sólo es aplicable en aquellos pacientes que han estado ingresados con carácter involuntario en el hospital y que además hayan sido dados de alta. El incumplimiento de las condiciones acordadas en el plan terapéutico, por rechazo o por cumplimiento deficiente por parte del paciente puede justificar su reingreso hospitalario contra su voluntad por decisión del psiquiatra.

En el caso concreto de Australia, las órdenes que suponen el tratamiento ambulatorio se realizan directamente por los psiquiatras, pero habiendo sido previamente revisadas por un equipo de carácter multidisciplinar, que se compone de un letrado, psiquiatra y miembros que pertenecen a la comunidad. En este procedimiento debe tenerse en cuenta al paciente ya que puede apelar y ser escuchado.

En países europeos como Italia, Portugal y Francia se encuentran aceptados los tratamientos ambulatorios involuntarios. Por último, en el caso concreto de Israel, se otorga potestad al psiquiatra de distrito para ordenar el tratamiento obligatorio para realizarlo fuera del hospital, que puede ser ordenado como el cumplimiento de una condición más para proceder al alta hospitalaria o imponerse como una alternativa a la posible hospitalización.

En lo que respecta a España, la aplicación del tratamiento ambulatorio involuntario tiene tanto defensores que consideran que es una forma más de proceder al cumplimiento terapéutico, consiguiendo una mejora clínica del paciente, como

detractores, que entienden que la adopción de dicha medida supone una vulneración de derechos fundamentales de la persona y además supone un incremento de la coerción.

En España se introdujo una iniciativa legislativa publicada en el Boletín Oficial de las Cortes por parte de la Federación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos mentales el 19 de Julio de 2004, que tenía como objetivo tratar de modificar el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introduciendo dicha redacción del artículo:

Art. 763.5º .- Podrá también el tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del facultativo, audiencia del interesado, informe del forense y del Ministerio Fiscal. En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable de éste, que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y su seguimiento, así como la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento. El plazo máximo para la duración de la medida será de 18 meses.

La reforma iba encaminada a regular los tratamientos considerados no voluntarios para las personas que padecieran algún tipo de enfermedad o trastorno psíquico estableciendo como obligación legal recibir el tratamiento ambulatorio prescrito, como alternativa a la adopción de medidas más radicales como la incapacitación civil o a un ingreso hospitalario.

Existieron varias posiciones acerca de la aprobación o no de la reforma legislativa, la Sociedad Española de Psiquiatría y la sociedad Española de Psiquiatría Legal, se posicionaron a favor de la iniciativa legislativa, sin embargo, la Asociación Española de NeuroPsiquiatría se manifestó en contra de la adopción del cambio legislativo, destacando que ofrecía más inconvenientes que beneficios, y defendiendo la necesidad de aportar programas de seguimiento intensivo comunitario y desarrollando la Ley General de Sanidad. Finalmente, y dado que no hubo consenso, la propuesta legislativa no se llegó a aprobar.

El 27 de Octubre de 2006 surgió otra propuesta legislativa presentada por el Gobierno, donde introducía un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, donde se

incluían diferentes preceptos en el capítulo IX sobre ‘*Autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos*’. Este nuevo proyecto establecía la posibilidad de acudir directamente al juzgado sin una propuesta por parte de un especialista, sin embargo, la regulación del tratamiento involuntario no entró en vigor y fue suprimido.

El proyecto de ley, que fue duramente criticado por la Asociación Española de Neuropsiquiatría, tampoco llegó a aprobarse, pero definía los siguientes preceptos:

Artículo 84. Ámbito de aplicación.

Se aplicarán las disposiciones del presente capítulo a los supuestos en los que sea necesario autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, ante la falta de capacidad de decisión del paciente y cuando así lo requiera la salud del enfermo.

Artículo 85. Legitimación.

1. Podrán promover este expediente el cónyuge del paciente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del enfermo, tutores, curadores o titulares de la patria potestad del mismo, así como el facultativo que atiende al paciente o responsable del servicio de salud mental al que el mismo esté adscrito.

2. Igualmente, podrá promover el expediente el Ministerio Fiscal, si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no lo hubieran promovido.

Artículo 86. Solicitud y procedimiento.

1. La solicitud de autorización de tratamiento no voluntario para el enfermo psíquico se realizará mediante propuesta razonada sobre la situación de incapacidad del paciente, el tratamiento al que está sometido y la situación de incumplimiento del mismo.

2. Admitida a trámite la solicitud por el Juez, el Secretario judicial, en el plazo máximo de 24 horas, citará a la comparecencia al solicitante, al paciente, así como al

Ministerio Fiscal. En todas las actuaciones, el paciente podrá disponer de defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. En todo caso, y de no haberse aportado antes, el Juez recabará informe sobre la falta de capacidad de decidir del paciente, la información clínica del mismo y el plan de tratamiento actual. Igualmente se recabarán informes del Forense, y se podrán acordar de oficio, o a instancia del solicitante o del paciente y del Fiscal las pruebas que se estimen relevantes para el caso, en orden a determinar la falta de capacidad para decidir del paciente, su situación clínica y la necesidad del tratamiento.

Artículo 87. Resolución.

1. En la resolución que se dicte mediante auto motivado, deberá tenerse en cuenta la información clínica del paciente suministrada por el informe médico, así como establecerse el plan de tratamiento farmacológico, psicosocial y terapéutico en función de la severidad o gravedad del trastorno psíquico.

2. Asimismo, se establecerán los mecanismos de supervisión y control de las medidas acordadas, y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o, en su caso, cesar la continuidad de estas medidas. El Tribunal podrá acordar que los informes periódicos sean remitidos en plazos inferiores, atendida la naturaleza del trastorno psíquico.

3. En todo caso, por prescripción facultativa podrá cesar el tratamiento impuesto, debiéndose comunicar esta medida al Juez.

4. En el caso de autorización de un período de observación para diagnóstico, el informe deberá remitirse al Tribunal en el plazo máximo de dos meses, tras los cuales se podrá solicitar, si procede, la autorización del internamiento o de tratamiento no voluntario con arreglo a los artículos anteriores.

Marco jurídico actual

En nuestro ordenamiento jurídico español, aunque cabe la posibilidad de poner incapacitar a una persona de forma total o parcial en el ámbito de la esfera sanitaria, nombrando un tutor o curador a su efecto para decidir sobre el posible ingreso o tratamiento a seguir, precisaría siempre de autorización judicial, también existe la posibilidad de tramitar un expediente de tratamiento ambulatorio involuntario, que evita las limitaciones que en otros aspectos conlleva un procedimiento judicial de incapacitación.

El tratamiento ambulatorio involuntario se introduce en la legislación española como una medida de carácter independiente y exclusiva sin necesidad de acudir a un procedimiento de incapacitación, pero dado que su regulación es escasa, se acude a diferentes preceptos para su cobertura jurídica:

Encuentra su reflejo en el artículo 216.2º del Código Civil, que permite la adopción de medidas por parte del Juez de oficio o a instancia por cualquier interesado, previstas en el artículo 158 del mismo, para todos aquellos supuestos que haya una persona incapaz y siempre acorde a los intereses de ellos.

El Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y Dignidad del Ser Humano, en el ámbito de las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de Abril de 1994, determino qué cuando una persona considerada mayor de edad no tuviera la capacidad necesaria por causa de un trastorno mental, enfermedad o situación similar para otorgar consentimiento para una intervención, deberá obtenerse autorización por parte de su representante, institución o autoridad que se designe por ley, siempre participando la persona afectada en la medida de lo posible en el procedimiento de autorización.

Una parte de la regulación jurídica del tratamiento ambulatorio involuntario también se encuentra en la Ley de Autonomía del Paciente e Información Clínica 41/2002 de 14 de Noviembre, más concretamente en su artículo 2 establece que toda actuación general requiere de un previo consentimiento por parte del paciente, obtenido tras haberle informado de manera adecuada, el paciente podrá elegir entre las diferentes opciones clínicas que se le planteen. Además el artículo 9 señala que los facultativos podrán llevar a cabo actuaciones médicas sin que medie consentimiento por el paciente

si se dan una serie de casos concretos, como por ejemplo cuando exista grave riesgo de salud pública por causa de razones sanitarias, o cuando exista riesgo para la integridad tanto física como psíquica de la persona enferma y no se pudiera conseguir su autorización, previa consulta a los familiares, o personas que estén vinculadas a ella.

El Código Penal también recoge la institución del tratamiento ambulatorio involuntario como posible opción menos gravosa para la persona al internamiento, en sus artículos 96.2.11º, 100.1º, 101.1º, 104.2º y en la Disposición Adicional Primera.

Se celebraron una Jornadas en Madrid en Octubre de 2009, bajo la dirección de Carlos Ganzenmüller Roig, en las que ya se mantenía la regulación y validez del tratamiento ambulatorio involuntario cuando se determinó como condiciones mínimas indispensables para autorizar el tratamiento, padecer un trastorno mental grave o severo, documentación donde se determine el plan terapéutico efectivo, y la negativa del paciente a recibir el tratamiento prescrito. También se precisaban como condiciones la capacidad limitada para poder comprender la información sobre la situación y riesgo para sí y para otros, a causa del estado mental en el que se encuentra, y la ausencia de criterios de urgencia de tratamiento.

Por último, se encuentra cobertura jurídica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 763, que trata de facultar a los Jueces y Magistrados para proceder a autorizar el tratamiento ambulatorio involuntario, estableciendo la siguiente interpretación del precepto:

- El artículo no define cuál es el objetivo esencial de la regulación, limitándose a emplear la expresión “internamiento”, según lo entendido tanto por la ciencia como por la praxis médica.
- No consiste sin más en un ingreso en un centro o sala hospitalaria, ni implica necesariamente la restricción a ese solo ámbito de la libertad deambulatoria, y puede conllevar todo un haz de actuaciones sobre el paciente de carácter coercitivo y limitativo de diversas facetas de la autonomía y libertad. Es indiscutible que en ciertos casos o situaciones, por propias y exclusivas razones terapéuticas, puede resultar necesaria la adopción, sobre el paciente sujeto a un internamiento psiquiátrico, de cierto

tipo de medidas restrictivas como la sedación, sujeción mecánica, aislamiento en habitación cerrada, limitación de comunicaciones con el exterior u otras. Lleva inherente, sin embargo, el sometimiento del paciente al tratamiento terapéutico correspondiente con la correlativa administración de la medicación que le sea pautaada.

- Se interpreta dicho precepto estableciendo que *“donde la ley autoriza lo más, siempre cabe lo menos”* entendiéndose por dicha definición que aunque según lo previsto en el artículo 763, una persona pueda quedar privada de su libertad deambulatoria por largo tiempo y de su autonomía sanitaria, teniendo como consecuencia el ingreso en un centro hospitalario y sometida a tratamiento, habrá que entender, a la vez, que dicha persona podrá estar sometida a las mismas restricciones, pero en lugar de por tiempo prolongado y constante, podrá someterse a tratamiento de forma periódica y puntual en aquellos momentos que se le deba de administrar la medicación.

- Dicho artículo también destaca el Principio de Intervención Mínima, destacable en ámbitos de privación y limitación de derechos fundamentales, que obliga a aplicar aquella mínima restricción posible que sea suficiente para la consecución de la finalidad u objetivo que se persigue, y que en este caso, se trata de elegir la opción del tratamiento ambulatorio involuntario antes que optar por el internamiento, ya que el tratamiento ambulatorio se considera menos gravoso para los derechos fundamentales del enfermo que un posible internamiento.

En este sentido, el punto noveno de la resolución 46/119 de Naciones Unidas asume precisamente de una manera expresa este principio de intervención mínima para el ámbito de la protección de los enfermos mentales y del mejoramiento de la salud mental, al decir que *"todo paciente tendrá derecho a ser tratado en las condiciones menos restrictivas posibles y con un tratamiento lo menos restrictivo e invasivo posible que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de brindar protección física a terceros"*.

Por último, se encuentra la interpretación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Código Civil, en su artículo 3.1º, atendiendo a la exégesis, espíritu y finalidad de las normas jurídicas y que se debe permitir, por tanto, la admisibilidad del tratamiento ambulatorio involuntario, ya que tiene como consecuencia conseguir el fin

que sea más adecuado y beneficioso y que otorgue mayor protección a la persona afectada. El objetivo se concreta no tanto en la necesidad de aplicación de tratamiento cada vez que la persona enferma sufra una crisis o se produzcan descompensaciones en la enfermedad, si no de instaurar un tratamiento que, evite estas crisis o descompensaciones, y le permita llevar a cabo una vida lo más normalizada posible.

Jurisprudencia y Doctrina

El tratamiento ambulatorio involuntario ha tenido su reflejo jurisprudencial tanto en sentencias del Tribunal Constitucional como en sentencias de la Audiencia Provincial.

La sentencia más relevante del Tribunal Constitucional fue la 120/90, que trataba de definir de forma uniforme las condiciones y requisitos que debían de respetarse para poder acordar el sometimiento al tratamiento ambulatorio involuntario. Proclamaba el derecho a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución Española, para proteger la inviolabilidad de l persona, tanto contra los ataques que pueda recibir para lesionar su cuerpo o espíritu, como también contra toda aquella intervención en los bienes que carezca de autorización o consentimiento por parte del titular. Por tanto, se entendió que dicho derecho quedaba afectado cuando se imponía a una persona la asistencia médica en contra de su voluntad, ya que supondría una limitación del derecho fundamental, a no ser que hubiera una justificación constitucional.

Se precisaba que había justificación constitucional cuando la medida deviene necesaria para conseguir el fin que se pretende, es decir, alcanzar el fin de sanar a la persona, encontrando el reflejo constitucional de este precepto en el artículo 43 de la Constitución Española, donde se establece la obligación del Estado de garantizar la protección efectiva de la salud. Además la aplicación de la medida debe ser proporcional, entre el derecho y la situación en la que se encuentra aquel al que ha de imponérsele, y por último, se debe respetar el contenido esencial del derecho a la vida, integridad, dignidad y libre determinación de la persona.

En el ámbito de la Audiencia Provincial, existen varias sentencias dictadas en el campo de los procesos de incapacitación, y que dan por supuesto el tratamiento

ambulatorio involuntario. Se tratan de personas demandadas que padecen algún tipo de patología psicótica con pronóstico favorable, pero que sufren crisis o descompensaciones a causa de la falta de conciencia que tienen sobre la enfermedad y que conlleva el abandono de la medicación en ciertos periodos de tiempo. En estos casos, se decreta una incapacitación de forma parcial del demandado limitado simplemente a cumplir el objeto de que la persona afectada quede sometida a tratamiento médico o farmacológico prescrito.

Se destacan sentencias como:

- Sentencia de 16 de octubre de 2003 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia.
- Sentencias de 17 de febrero de 2004 y de 25 de noviembre de 2003 de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona.
- Sentencia de 27 de abril de 2003 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia.
- Sentencias de Juzgados especializados en materia de Incapacidades (Valencia y Guipúzcoa) de la Audiencia Provincial de Valencia.

Pero, la sentencia más relevante y destacada fue la dictada en la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche en fecha 25 de Julio de 2014, donde se precisaba, entre otras cosas, que:

“El tratamiento ambulatorio involuntario supone una medida que produce menos intervención en el campo de los derechos fundamentales y libertades de la persona afectada por la patología, que la medida de internamiento forzoso, declarada por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que todavía no se ha llegado a declarar inconstitucional. Ambas medidas, afectan tanto a la integridad física proclamada en el artículo 15 de la Constitución Española, como a la libertad personal de la persona, dispuesta en el artículo 17 de la misma, ya que de la adopción de una u otra medida resulta evidente la restricción o privación de dichos derechos, orientando la imposición a procurar el tratamiento de la persona como consecuencia del sufrimiento de un trastorno psíquico, que no puede decidir por ella misma.”

Esto supone decir, que en el caso de que se autorizara el internamiento de una persona en contra de su voluntad, la finalidad no es meramente punitiva, es decir, no supone castigar a la persona por haber cometido un ilícito, ni tampoco tiene carácter de precaución para evitar que lo cometa, si no que la finalidad última de llevar a cabo un régimen de internamiento es esencialmente terapéutica. Se trata de suplir la voluntad de la persona que no la posea en ese momento, de forma transitoria o con carácter permanente, como consecuencia de una afectación en u facultades intelectuales y volitivas. Por tanto, si el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , habilita para llevar a cabo un proceso de internamiento, que permite una restricción tanto de la libertad como de la integridad física, podría adoptarse medidas que sean de menor intensidad y afectación a los derechos fundamentales, como es el caso del tratamiento ambulatorio involuntario”.

La sentencia destaca también que la decisión que tome el Juez de Primera Instancia debe tener tratamiento legal, ya que el artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de Abril de 1997, establece como regla general, que una intervención en el campo sanitario solo podrá efectuarse siempre y cuando la persona haya otorgado su consentimiento libre e informado, habiendo recibido una información adecuada acerca tanto de la finalidad como de la naturaleza de la intervención, así como también los riesgos y consecuencias derivados de la misma. En cualquier momento posterior al otorgamiento del consentimiento, la persona podrá retirarlo libremente. Sin embargo, dicho convenio también expresa los supuestos de limitación y pérdida de la capacidad de obrar en su artículo 6.3º estableciendo que, cuando una persona mayor de edad no ostentara capacidad, como consecuencia de un trastorno mental, enfermedad o motivo análogo, el consentimiento se deberá prestar a través de su representante legal, autoridad, o persona designada previamente por ley, sin perjuicio de que la persona que padece la afectación pueda intervenir, en la medida de lo posible, en dicho procedimiento de autorización.

También se regula, por último, la posibilidad de adoptar una intervención sanitaria en contra de la voluntad de la persona enferma, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 7 del Convenio, por tanto, podrá someterse a la persona a una

intervención para tratar el trastorno, cuando la ausencia del mismo conlleve un grave riesgo para la salud.

Se publicó en el Boletín Oficial del Estado dicho Convenio, con fecha 20 de Octubre de 1999, y posteriormente fue incorporado al ordenamiento interno en el artículo 96.1 de la Constitución Española, entrando en vigor el día 1 de Enero de 2000.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, resolvió el recurso basándose en diferentes razones, la primera destacó que aun existiendo una base legal y normativa para llevar a cabo la adopción de la medida autorizada, los derechos fundamentales no son ilimitados, y que pueden ser objeto de restricción legal. En cuanto al caso concreto objeto del recurso, la Audiencia Provincial señaló que *“tras la prueba practicada se desprende que el recurrente padece un trastorno por ideas delirantes, cuestión que ratifica posteriormente el forense manteniendo el mismo diagnóstico, destacando que el paciente no tiene conciencia de la enfermedad y además se opone a recibir tratamiento. Por tanto, todos estos documentos y periciales practicados confirman que las alegaciones que se hacen sobre una especie de conjura entre médicos, policías y otras personas para tratar de anular mentalmente al apelante, carecerían de todo tipo de credibilidad y no benefician en absoluto la posición del recurrente, si no que más bien lo que hace es corregir el diagnóstico, que se basa en la existencia de una ideación delirante de perjuicio”*. Y concluye la resolución determinando que *“concurren todos los presupuestos que habilitan a la adopción de la medida, concretados en el artículo 7 del Convenio de Oviedo de 1997, ya que existe una gravedad manifiesta del trastorno mental, y hay riesgo de que la ausencia de someter a tratamiento a la persona pueda resultar perjudicial para la salud del mismo. En este caso concreto, si no se autorizara el tratamiento de forma forzosa, podría el recurrente llegar a negarse a seguirlo y cometer algún acto de forma libre o consciente que pueda afectar a su salud. Por tanto, la decisión adoptada en la resolución resulta tanto adecuada como proporcionada a la situación de la persona, ya que se establece la adopción de la medida teniendo en cuenta el interés del afectado y en su beneficio, habida cuenta de que no es consciente de la enfermedad que padece. Sin embargo, se dispone también en la resolución la introducción de un control jurisdiccional del tratamiento cada seis meses, y estableciendo que la medida deberá ser levantada a partir del momento en que*

no concurren los requisitos previsto en el artículo 7 del Convenio, es decir, si el paciente dejara de padecer dicho trastorno, o si deja de ser grave el que padece, o si dejar de suministrar el tratamiento no supone un riesgo grave para su salud”.

b) Asistencia psiquiátrica . “Protocolo de actuación sanitaria-judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario” Audiencia Provincial de Alicante.

En este punto cabe destacar la necesidad de que las personas que padezcan una enfermedad mental cuenten con la asistencia sanitaria requerida y dispongan de los centros de salud para que los familiares de los afectados puedan tener todo tipo de recursos tanto materiales como humanos para atenderles cuando sea preciso. Para ello, se trata de imponer un Protocolo de actuación sanitaria-judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario, para que aquellas personas que tienen una enfermedad mental, puedan mejorar de forma significativa siendo correctamente atendidas en el ámbito socio-sanitario.

Se podrá recurrir a la intervención judicial, cuando esté indicado un tratamiento ambulatorio involuntario y además el consentimiento de la persona sea ineficaz por carecer de capacidad para otorgarlo, pero teniendo en cuenta que el tratamiento sanitario debe ser integral, buscando siempre favorecer a la mejora del enfermo y el beneficio propio del mismo, así como su adaptación social y familiar.

Además el Protocolo debe completarse con la asistencia por parte de una administración sanitaria, a través de una cobertura sanitaria, ya que debe proporcionarse a los familiares del enfermo todos los recursos tanto materiales como humanos, para atenderlo cuando fuera preciso.

En el desarrollo del Protocolo deben incluirse algunos aspectos relativos a todos los aspectos asistenciales, como el objetivo, finalidad, intervención judicial, y la especialización de los diferentes órganos judiciales.

El objetivo del Protocolo se concreta en coordinar todas aquellas actuaciones referidas al ámbito sanitario y al judicial, de supuestos que ya se encuentran regulados

en el ordenamiento jurídico. En cuanto a la finalidad, trata de contribuir tanto al desarrollo como a la coordinación de cuestiones sanitarias y asistenciales, con el objetivo de controlar aquellas situaciones que se dan en la evolución de los diferentes trastornos mentales.

La intervención judicial tiene como fin garantizar el respeto y la protección de los derechos que ostentan las personas que padecen las enfermedades mentales, y promover su autonomía personal, en todos aquellos casos en los que la capacidad para otorgar consentimiento pueda verse mermada por la presencia de la enfermedad. Se constituye como una intervención necesaria y suficiente para salvaguardar la responsabilidad de familiares y médicos, y para no alterar la alianza de carácter terapéutico que une a médico y paciente.

Por último, el Protocolo establece la necesidad de que los órganos judiciales estén especializados, y más en concreto, se solicita la especialización del Juez de Primera Instancia, mediante la creación posterior de un Juzgado exclusivo de Internamientos e Incapacidades, la intervención de un médico forense específico que ostenta conocimiento psiquiátricos, y un especialista con dedicación única a dicho ámbito dentro de un "Programa de Hospitalización a domicilio".

Procedimiento

La solicitud para llevar a cabo un tratamiento ambulatorio involuntario se hará de forma preferente por parte del Centro de Salud o Institución que haya llevado todo el seguimiento y control de la persona afectada, a propuesta siempre del médico psiquiatra responsable en dicho ámbito. Normalmente, la solicitud se puede realizar desde la Unidad de Psiquiatría tras haber procedido a un internamiento urgente del paciente en episodio agudo, o bien también podría tramitarse la solicitud del tratamiento desde el propio Servicio de Salud mental, cuando se haya constatado la falta de asistencia de algún paciente pero no se cumplan los requisitos para requerir su ingreso.

Deberá ir acompañada la solicitud de la presentación de un informe clínico denominado de síntesis, el cual deberá contener los siguientes puntos:

1. El diagnóstico de la afección
2. Sumario de la evolución del paciente y de sus circunstancias familiares y sociales
3. Propuesta de tratamiento y la descripción del mismo, que deberá incluir, entre otras cosas, médico responsable del caso, frecuencia de consultas previas, frecuencia de consultas con familia
4. La finalidad terapéutica que se persigue
5. Controles para el seguimiento de la evolución

La remisión se llevará a cabo por fax dirigido al decanato o a la fiscalía, redactando una solicitud expresa e independiente del informe del alta. La petición se asume por el Ministerio Fiscal, en trámite previo o a través de un informe posterior tras las diligencias practicada, bien a través del procedimiento de modificación de la capacidad, o mediante el tratamiento ambulatorio involuntario para la protección del incapaz, a través de las medidas cautelares del artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La legitimación para proceder a la solicitud del tratamiento puede otorgarse a los familiares, donde se incluyen el cónyuge o situación de hecho asimilable, ascendientes o descendientes, hermanos, o las personas que ejerzan la patria potestad, o sean tutores o curadores. Las personas legitimadas podrán presentar la solicitud directamente, sin necesidad de letrado, o bien solicitarlo a través del Ministerio Fiscal, en cuyo caso se precisará la remisión del enfermo al centro de salud u hospital con la finalidad de que el psiquiatra proporcione la información necesaria.

Con posterioridad a la presentación de la solicitud, se procede a iniciar el procedimiento judicial, una vez constatado por el Juzgado que se cumplen todos y cada uno de los requisitos para la solicitud, es decir, que se haya diagnosticado una enfermedad grave al paciente y que haya llevado a cabo abandonos reiterados del tratamiento, se admite a trámite a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. La primera actuación será oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal o a cualquier otra persona que se estime conveniente oír, y posteriormente el Tribunal examinará a la persona y evaluará el dictamen presentado por el facultativo designado por él mismo,

que podría ser o el médico forense o el psiquiatra que ha llevado a cabo el control del tratamiento.

Una vez que se ha tramitado el expediente, el Juez dictará auto resolviendo a favor o en contra de imponer el tratamiento, debiendo establecer un plan de tratamiento en los diferentes ámbitos psicosocial, terapéutico y farmacológico, atendiendo a la gravedad del trastorno mental. Por último, cabe establecer mecanismos para controlar y supervisar las medidas acordadas por parte del Juez, y definir al responsable sanitario que debe poner en conocimiento del juez, al menos cada seis meses, la situación y evolución del paciente, para valorar la necesidad de modificar, continuar o en el caso de que entienda necesario, cesar con la continuidad de las medidas adoptadas. Se establece como límite el tiempo máximo de dieciocho meses de duración de las medidas, transcurrido el cual deberá examinarse nuevamente al enfermo.

Presupuestos médicos para la derivación al TAI

CONDICIONES	PERFIL DEL PACIENTE
Enfermedad mental	Mayor de edad
De carácter grave	Padece una enfermedad mental
Carezca capacidad para otorgar consentimiento	Precisa de supervisión
Riesgo para la salud derivado de la ausencia de tratamiento	Rechaza el tratamiento
La medida debe estar fundamentada : principio de necesidad, proporcionalidad, y legalidad	No acepta voluntariamente el tratamiento
	Riesgo de recaída o puede perjudicar a terceros
	El tratamiento le beneficia

Actuación en caso de incumplimiento

En el caso de que se diera un incumplimiento del tratamiento existen unos plazos de espera para poder notificar la situación al Juzgado.

Si la primera visita resultara fallida, se contactará telefónicamente con el paciente o con la familia o quien ejerza de tutor, para otorgarle una nueva cita en un plazo máximo de 24-48 horas. Si el paciente no se presentara a esta segunda visita, el psiquiatra que sea encargado del caso, lo notificará directamente al psiquiatra de la Unidad de Hospitalización a Domicilio, quien se encargará de derivar al paciente al psiquiatra habitual y reorganizará todo lo relativo al proyecto terapéutico. Solamente en el caso de que esta segunda instancia se incumpliera, podrá remitirse el informe directamente al Juzgado, y si el paciente siguiera sin acudir a la tercera visita, se le notificara tanto telefónicamente como por correo al Juzgado, con la firma correspondiente del médico responsable.

El juez en caso de incumplimiento se encargará personalmente de que el propio paciente acuda al centro que le corresponda, otorgándole los medios necesarios.

En la práctica, se comunica por el psiquiatra tras un ingreso hospitalario o tras dos citas fallidas, comunicando en qué fecha deberá ser nuevamente citado. En una primera actuación, se le remite telegrama o comunicación a través de la policía requiriendo su comparecencia voluntaria, con apercibimiento de ser conducido por la Fuerza Pública. Si inmediatamente comunicado por el psiquiatra, y por el Juzgado se librára oficio a la Policía Local o Guardia Civil según el lugar de residencia, al objeto de que procuren lo necesario para el traslado del enfermo al centro correspondiente, y reducción del mismo en caso de que fuera necesario para administración del inyectable.

Finalización del proceso de judicialización

La finalización del proceso se presentará por parte del psiquiatra que sea responsable del caso en concreto, otorgando al efecto un informe razonado al Juzgado correspondiente, explicando cuáles son los motivos para proceder a la finalización del proceso, dictaminando el juez la misma.

Las razones que argumenten la necesidad de finalizar con el proceso podrían ser, por ejemplo, que se haya cumplido el tratamiento durante un período de 18 meses sin sufrir interrupciones, o de lo contrario, que la medida no haya resultado efectiva tras ese mismo período. Además, otra de las causas es que existan cambios o modificaciones en

las circunstancias sanitarias y sociales del paciente, que impidan seguir con el tratamiento. En caso de que se decida finalizar con el procedimiento, tanto el psiquiatra como el Juez deberán comunicarlo al paciente y a los familiares o tutores del mismo.

c) *Conductas adictivas: asistencia UCA legales, ilegales, juego patológico.*

Los modelos que ofrecen asistencia sanitaria cada vez resultan más complejos tanto para las personas encargadas de proporcionar la asistencia sanitaria como también para los pacientes. Por ello, el ámbito sanitario se ha propuesto introducir medios para poder satisfacer todas las necesidades de los ciudadanos, es por eso que se ha tratado de introducir la normalización de los procesos con el objetivo principal de que no existan grandes diferencias a la hora de tratar a dos pacientes distintos con patologías similares, y que hayan acudido a diferentes puntos de asistencia sanitaria.

Por tanto, la Agencia Valenciana de Salud y Dirección General de Drogodependencias, desarrollo el Proceso de Atención en Unidades de Conductas Adictivas (UCA), en este proceso, se instauran diferentes unidades que ofrecen atención sanitaria creando grupos dedicados a las diferentes adicciones, con la finalidad de otorgar medidas para mejorar la seguridad de los pacientes que precisan de la atención sanitaria.

Este recurso de las Unidades de Conducta Adictivas se emplea para la intervención asistencial para pacientes que se encuentren en una situación donde sufran problemas adictivos. Las drogodependencias y los trastornos adictivos tienen una gran carga asistencial y es por ello que se debe de establecer un protocolo de actuación para determinar cuál sería el modelo de intervención correcto en estos ámbitos, ofreciendo una actuación continua con el objetivo de que mejore con el tiempo tanto en calidad como en aplicabilidad. Por ello, la figura de los profesionales del ámbito sanitario deviene esencial y necesaria para llevar a cabo una gestión sanitaria eficaz.

La intervención que realizan los profesionales en el ámbito de las Unidades de Conductas Adictivas se concreta en tratar de proporcionar el mejor tratamiento interdisciplinar para los procesos que padezca la persona drogodependiente, llevando a cabo actuaciones basadas siempre en la experiencia clínica y en modelos de intervención en el campo de las adicciones. Todos los procesos terapéuticos que abarquen estas

unidades deben velar por el acceso para todos los usuarios además de la disponibilidad de profesionales con el objetivo de mejorar la red asistencial, ofreciendo siempre una diversidad en el ámbito de la asistencia, flexibilidad en los tratamientos, tratan de adecuarse a las necesidades personales e individuales de cada persona, y planteando objetivos tanto a largo como a corto plazo mediante la redacción del denominado Plan Terapéutico Individualizado, así como de un Plan de Evaluación Individual, para proceder a la revisión de los objetivos marcados, para llevar a cabo el cumplimiento del plan terapéutico y además para controlar la evolución del paciente.

La finalidad de las Unidades de Conductas Adictivas se concreta en la necesidad de garantizar una asistencia sanitaria integral hacía aquellas personas que padezcan cualquier tipo de drogodependencia u otro trastorno de carácter adictivo. Se componen de un grupo multidisciplinar de todo tipo de profesionales, médicos, enfermeros y psicólogos, quienes se encargan de otorgar un plan terapéutico a todas aquellas personas que acudan a las unidades con cualquier problema de adicción, que padecen un trastorno de carácter crónico y que por tanto, no reciben el alta definitiva si no en todo caso podrían recibir la denominada alta terapéutica en los casos más favorables, y que en dichas unidades se precisa de un alto control para el seguimiento de los pacientes sometidos a las Unidades de Conductas Adictivas, incluso podría controlarse la situación del paciente con posterioridad a conceder el alta terapéutica.

El alcance de este proceso de unidades permite introducir “la puerta de entrada” al sistema sanitario para los problemas de las adicciones, quedando integrado este proceso de asistencia por otorgar tanto un tratamiento, como un diagnóstico con el seguimiento que se precise en el paciente, pudiendo completarse los tratamientos de las personas dependientes con otros recursos complementarios como las Unidades de Desintoxicación Hospitalaria, Centros de día, Centros de Salud Mental o Viviendas de Apoyo al Tratamiento.

La iniciación del proceso se lleva a cabo mediante una comunicación telefónica o bien presencial del paciente que padece la adicción dirigida a la Unidad de Conductas Adictivas, y el final del mismo se produce cuando se ha llevado a cabo la elección del tratamiento que va a aplicarse al paciente, optando entre los procesos dirigidos a conseguir la abstinencia del paciente, y los procesos dirigidos al cumplimiento de otros objetivos

diferentes al anterior, por tanto, existen dos finales distintos de la aplicación de los procesos: pacientes que han superado el tratamiento logrando abstenerse, y el paciente que ha controlado su adicción y que no sufre de abstinencia.

La elaboración de los procesos de asistencia en las Unidades de Conductas Adictivas ha tenido como resultado la elaboración de un mapa que incluye diferentes tipos de procesos: estratégicos, claves y de soporte. Los procesos estratégicos están formados por las denominadas guías estratégicas, como la normativa autonómica sobre Unidades de Conductas Adictivas, los objetivos del departamento de salud de la Agencia Valenciana de Salud y el plan estratégico sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos.

Por lo que respecta a los procesos clave que se incluyen en el Proceso de Asistencia en las UCA, tratan de integrar toda la asistencia sanitaria recibida por parte del paciente tanto en el diagnóstico como en el tratamiento de la adicción. Dentro de estos procesos se lleva a cabo un contacto con el paciente, proceso que trata de establecer el primer contacto con el paciente ya sea de forma presencial o telefónica, recapitulando datos importantes como la identificación de la demanda del paciente, motivación para proceder al inicio del tratamiento y la programación de la cita. Una vez se haya contactado con el paciente, se procede a la recepción del mismo, recopilando todos aquellos datos esenciales para proceder a la apertura de la ficha y de la historia clínica en las Unidades de Conductas Adictivas, y además, se realizarán todas aquellas pruebas y valoraciones del diagnóstico para otorgar al paciente la suficiente información de los recursos y de los tratamientos de los cuales dispone. Posteriormente, se lleva a cabo la valoración diagnóstica por parte de los profesionales sanitarios mediante la visita de los pacientes, donde se le realizarán todas aquellas pruebas, tests médicos y psicológicos, y valoraciones que se precisen necesarias para ofrecer un diagnóstico personalizado de la adicción que padezca el paciente. Tras haber diagnosticado la adicción del paciente, se procederá a determinar el plan terapéutico al que deberá someterse el paciente, y con carácter previo al sometimiento al mismo, deberá ofrecer el paciente su consentimiento para la realización del tratamiento. El tratamiento podrá ser de dos tipos diferentes, con abstinencia en cuyo caso son los más exigentes y tienen tres fases determinadas: desintoxicación, deshabitación y reinserción, sin embargo, los que no se basan en la abstinencia, destacan los tratamientos dirigidos a

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 concreto 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 sus 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 incapacidad judicial’* 26 de Diciembre de 2019 (Disponible en <https://www.mundojuridico.info/la-incapacitacion-judicial/>)

María Camacho Ferrer *‘La incapacidad 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*’

