



Profesionales de Salud Mental

# Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad

## Primera parte

Instrumentos no judiciales de protección

## Segunda parte

Instrumentos judiciales de protección

Crítica de la situación actual

Propuesta de futuro

## Tercera parte

Resumen

Bases de la reforma

Propuesta de texto articulado



Comisión de Ética y Legislación

Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN)

mayo 2016

**Alicia Roig Salas.** Psiquiatra, Barcelona; **Ana Moreno.** Psiquiatra, Alcalá de Henares; **Onésimo González Álvarez.** Psiquiatra, Huelva; **María Eugenia Díez Fernández.** Psicóloga Clínica, Asturias; **Mariano Hernández Monsalve.** Psiquiatra, Madrid; **José Leal Rubio.** Psicólogo Clínico, Barcelona; **Fernando Santos Urbaneja.** Jurista, Córdoba

## Justificación

La protección y defensa de los derechos de las personas que tienen algún tipo de sufrimiento psíquico forma parte de las señas de identidad de la AEN a lo largo de su historia.

Los necesarios debates y esfuerzos en el desarrollo de la actividad asistencial han de ser acompañados por la permanente reflexión sobre el cuidado y preservación de los derechos.

Los desarrollos legislativos en materia de protección de los derechos no son siempre conocidos por los profesionales que trabajan en estos ámbitos, ni forman parte frecuente de las preocupaciones de los mismos, a pesar de ser una pieza fundamental en cada uno de los espacios de asistencia y cuidado.

La incapacitación de las personas con discapacidad se expresa, en muchas ocasiones y desde la buena voluntad, como una forma de protección de los derechos aunque tenemos razones sobradas para pensar que no siempre tiene dicho efecto.

Las personas con discapacidad deben estar “**jurídicamente protegidas**”, lo cual no significa que deban estar “**judicialmente incapacitadas**” algo que, hasta hace unos años, apenas resultaba discutido.

Las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (1999), las propuestas de sencillez y flexibilidad de la Fiscalía (1999); la promulgación de la Convención de la ONU sobre derechos de las Personas con Discapacidad (2006), unido al propio sentido de proporcionalidad en la respuesta, han alumbrado una conciencia nueva, han hecho surgir “otra mirada” que lleva plantear un nuevo sistema de protección con instrumentos jurídicos no judiciales y, entre los judiciales, la posibilidad de acudir a procedimientos simples, flexibles y poco onerosos, relegando al último lugar, como opción extrema, el procedimiento de incapacitación.

El presente documento, para conocimiento tanto de los profesionales que trabajan con personas con sufrimiento o alteración psíquica, como de los propios afectados y de sus familiares y allegados:

- En su **Primera Parte**, analiza las medidas jurídicas de protección **no judiciales**.
- En la **Segunda Parte**, las medidas de protección **judiciales**.
- En la **Tercera Parte**, se hace un resumen de todo lo expuesto definiendo las **bases de la reforma** con propuesta de **texto articulado**.

# Índice

## Primera parte

<b>Instrumentos no judiciales de protección</b> .....	<b>5</b>
1. Introducción. Tiempos de confusión .....	6
2. Propuesta de nuevo sistema de protección de personas con discapacidad –necesidad de otra mirada– la necesaria adaptación de la normativa española .....	6
3. Instrumentos no judiciales de protección .....	10
3.1. La autotutela .....	10
3.1.1. Los Poderes preventivos .....	11
3.1.2. El nombramiento de tutor en documento público o notarial .....	12
3.1.3. La necesidad de previo consentimiento para actuaciones médicas .....	13
3.1.4. Las instrucciones previas para el ámbito sanitario .....	13
3.1.5. Examen especial de las instrucciones previas otorgadas por usuarios de salud mental .....	13
3.2. La guarda de hecho .....	14
3.2.1. Características generales .....	14
3.2.2. Guarda de hecho personal .....	16
3.2.3. Guarda de hecho Institucional privada y pública .....	16
3.2.4. Actuaciones más frecuentes demandadas por los guardadores de hecho .....	17
3.3. El deber de actuación de los poderes públicos ante situaciones de desamparo .....	19
3.4. Los decretos del fiscal .....	21
3.5. El patrimonio protegido .....	21

## Segunda parte

<b>Instrumentos judiciales de protección. Crítica de la situación actual y propuesta de futuro</b> .....	<b>24</b>
4. Planteamiento: crítica de la situación actual .....	25
5. Propuesta de futuro: causa y motivo de la especial protección jurídica –la noción de autogobierno– .....	25
5.1. Teoría de la causa y motivo de la especial protección .....	25
5.2. La noción de autogobierno .....	26
6. Instrumentos judiciales de protección: el principio de intromisión mínima. La teoría de la doble vía .....	30
Teoría de la doble vía .....	31
Primera vía u opción: Procedimiento concreto, simple y flexible para la evaluación de la necesidad de apoyos puntuales .....	31

<b>Segunda vía u opción:</b> Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados	31
<b>7. Opción preferente: procedimiento concreto, simple y flexible, para la evaluación de la necesidad de apoyos puntuales</b>	<b>31</b>
<b>8. Intervenciones judiciales puntuales expresamente previstas</b>	<b>33</b>
1. Expediente de nombramiento de Defensor Judicial para intervenir en juicio Art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil	33
2. Expediente de autorización al cónyuge para venta de bienes gananciales cuando el otro cónyuge estuviere impedido para prestar el consentimiento. Art. 1377 del Código Civil	33
3. Expediente de medidas de protección del Artículo 216 en relación con el Art. 158 del Código Civil	34
4. Control de ingresos involuntarios. Art. 763 – Propuesta de reforma	34
5. Expediente de de persona con discapacidad	
<b>9. Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados</b>	<b>38</b>
<b>10. La importancia del principio de seguridad jurídica</b>	<b>38</b>
<b>11. Las fundaciones tutelares: marco legal retos de futuro</b>	<b>n</b>
11.1. Marco legal	41
11.2. Dificultades	41
11.3. Retos de futuro	42
<b>Tercera parte</b>	
<b>Resumen. Bases de la reforma</b>	<b>44</b>
<b>Propuesta de texto articulado</b>	<b>44</b>



**primera parte**

Introducción  
Instrumentos no judiciales  
de protección

## 1. Introducción. Tiempos de confusión

En el Siglo XIX se produjo en España la Codificación del Derecho, esto es, la reunión de las normas en unos textos, ordenadas con criterios lógicos. El Código Civil Español data de 1889. Entonces la preocupación legal por las personas con discapacidad era meramente “económica”. Se veía como un problema de aquéllas personas que tuviesen patrimonio inmobiliario del cual no podían disponer (vender, arrendar, etc.) dada su falta de capacidad de decisión. Se pensó que lo mejor era incapacitarlas y nombrar a un tercero (tutor) para que tomase por ellas este tipo de decisiones.

Sobre esta visión de la discapacidad resulta especialmente elocuente la obra de Rodrigo Bercovitz, “La marginación de los locos y el Derecho”, escrita en el año 1974, con un luminoso prólogo de Carlos Castilla del Pino.

Además, se imponía a los funcionarios la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de posibles personas con discapacidad de las que hubiesen tenido noticia en el ejercicio de su función y que, a su juicio, pudieran estar incurso en causa de incapacitación.

Este terrible precepto, del que no existe otro semejante en el ordenamiento jurídico español, pervive actualmente (Art. 757-3 LEC) y provoca diariamente la remisión a las Fiscalías de decenas de comunicaciones.

Ocurre que, frente a este “Derecho Viejo” que contempla a la persona con discapacidad como un “problema económico”, surge con la Constitución de 1978 una visión nueva, radicalmente diferente. Este “Derecho Nuevo” contempla a aquélla como un ciudadano con derechos, especialmente el de desarrollar su personalidad y disfrutar de todos los que le son inherentes, debiendo ser en esto especialmente amparados por los poderes públicos (Art. 49 Constitución Española).

Este nuevo enfoque exigía una profunda reforma del Código Civil, la cual tuvo lugar con la Ley 13/1983 de 24 de Octubre que procura la graduación de la incapacidad, ciñéndola a lo estrictamente necesario para lograr la protección de la persona (Art. 760 Ley de Enjuiciamiento Civil), pone el acento en los aspectos personales (antes olvidados) y sustrae el

control de la tutela al Consejo de Familia y lo sitúa en el ámbito judicial (Juez y Fiscal).

Esta reforma debería haber producido una radical transformación de los procedimientos de incapacitación pero no fue así.

En los años siguientes las cosas siguieron igual. Prácticamente el 95% de las demandas de incapacitación siguieron dando lugar a sentencias de incapacitación plena, “para todo” y “para siempre”.

Paralelamente, en la década de los ochenta el número de demandas se multiplicó exponencialmente porque lo que venía a favorecer la situación de las personas con discapacidad, el ESTADO SOCIAL DE BIENESTAR, se volvía al propio tiempo contra ellas debido a las exigencias de un ESTADO, a la par, “BUROCRÁTICO” que todo lo mide y documenta. Así, para acceder a estas prestaciones, se exige (en muchas ocasiones sin fundamento legal) la declaración de incapacidad. En otras, los funcionarios remiten la documentación al Ministerio Fiscal y algunas Fiscalías interponen de modo casi automático la demanda de incapacitación.

De este modo se cuentan por decenas de miles las personas con discapacidad que han sido incapacitadas de modo pleno; Para todo y para siempre (las recapacitaciones son muy raras).

Esto no es lo que la Constitución proclama.

## 2. Propuesta de nuevo sistema de protección de personas con discapacidad – necesidad de otra mirada – la necesaria adaptación de la normativa española

La necesidad de un nuevo modo de afrontar la vulnerabilidad que supone la pérdida temporal o definitiva de la capacidad de autogobierno, es evidente.

El texto que quizás exprese con mayor claridad este nuevo planteamiento es la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de Febrero de 1999, sobre “Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”.

La aludida Recomendación hace referencia expresa al “principio de flexibilidad en la respuesta jurídica” sobre las siguientes bases:

1. Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquéllas definir la selección de los medios elegidos.

2. La legislación debe ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.

Podrían consistir, entre otras, en confiar la gestión de fondos a la administración hospitalaria, en designar representantes con poderes estrictamente limitados por las autoridades administrativas según un procedimiento simple y poco costoso.

3. Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes.

Puede ser suficiente con la autorización por parte del mismo tribunal o de otro órgano de la intervención.

4. Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor y tenerlo en cuenta y así como medidas que prevean la designación de más de un representante.

5. Deberían incluirse entre las medidas de protección que, aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanen de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa.

Si la protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales. Ahora bien, si las decisiones tomadas por un pariente o por una persona que intervenga en los asuntos del mayor incapacitado son reconocidas por la Ley, todo poder conferido o reconocido deberá ser cuidadosamente limitado, controlado y vigilado.

Pocos años más tarde, en diciembre de 2006, la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, corrobora este modelo basado en los principios de:

- Mínima intromisión en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.
- Promoción de su autonomía.
- Prestación de apoyos puntuales o permanentes para superar las barreras.

La definición que de la discapacidad realiza este texto es muy certera. Frente a la tradicional visión de la discapacidad como una situación “estática”, la Convención afirma que:

“La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Los autores de la Convención son conscientes de dos cosas:

- De un lado, que el texto está llamado a ser aplicado en múltiples países, con legislaciones y tradiciones jurídicas muy distintas.
- De otro, que los postulados de la Convención son tan avanzados que prácticamente ninguna legislación de las ya existentes los había asumido en plenitud.

Para remedio de una y otra circunstancia, la Convención pone especial énfasis en el concepto de “ajuste razonable” (Artículo 2) y señala:

Por «ajustes razonables» se entenderán 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.

Todos los actores, públicos y privados están llamados, en tanto no se produzcan las reformas legislativas precisas, a adaptar la normativa actual a las exigencias de la Convención.

Ni el ámbito jurídico (Notarios, Abogados, etc.) ni el ámbito judicial (Jueces, Fiscales, Médicos Forenses) deben permanecer ajenos a esta exigencia. Así, los instrumentos jurídicos y judiciales actualmente existentes deben ser interpretados y adaptados, es decir, “ajustados razonablemente” de modo que

permitan cumplir en el modo más elevado posible, los principios de la Convención.

Hablando de “ajustes razonables”, resulta esencial para la comprensión de este documento, el tener presente que toma en cuenta situaciones muy diversas.

Bajo la categoría de “anomalía o alteración psíquica” se sitúan, tanto la discapacidad intelectual (Ej.: Personas con Síndrome de Down), como los trastornos mentales más severos (Ej. Personas con Esquizofrenia paranoide), como las demencias (Ej.: Personas con enfermedad de Alzheimer).

Dado que nuestro Derecho actual ofrece un tratamiento unitario (personas vulnerables por razón de anomalía o trastorno psíquico), nos vemos obligados también nosotros a realizar un tratamiento global y unitario, siendo conscientes de que los problemas que cada colectivo plantea son en parte comunes y en parte diferentes.

El lector deberá “ajustar razonablemente” los contenidos del documento a las circunstancias, colectivo y persona concreta.

## La vulnerabilidad por razón de discapacidad

El Artículo 200 del Código Civil dice:

**“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”**

En origen, los factores que pueden afectar al autogobierno tienen que ver con:

- Insuficiencia de **facultades psíquicas**.
- Insuficiencia de **voluntad**.
- Insuficiencia de **recursos**.

Ahora bien, la afectación en sí, no va a depender tanto de la insuficiencia detectada, como de que la persona vulnerable cuente o no cuente con los apoyos suficientes.

Por eso hay que apresurarse a afirmar que la incapacidad “no es un diagnóstico (durante décadas solo era eso), sino un concepto circunstancial”.

Hay que examinar las circunstancias concretas de la persona y analizar tanto las “barreras” de todo tipo

con las que se enfrenta, como los apoyos con que cuenta para superarlas.

Partiendo de una misma realidad (insuficiencia de facultades psíquicas, voluntad o recursos), **será la mayor o menor existencia de barreras y la mayor o menor presencia de apoyos, lo que va a determinar si existe falta de autogobierno** o en qué medida concurre esta circunstancia.

En lo que a nosotros ahora interesa, la enseñanza es clara, **mucho más importante que incapacitar es abolir las barreras y prestar los apoyos necesarios para que las personas vulnerables por razón de discapacidad gocen de mayores cotas de autonomía**.

Ej.: La persona que tiene miopía severa tiene una discapacidad muy invalidante que produce notable pérdida de autogobierno.

Una graduación correcta y unas gafas es el apoyo que precisa para recobrar su autonomía.

Actualmente pueden prestarse a las personas con discapacidad los “apoyos” que precisan para aliviar o subsanar estas situaciones, sin necesidad de acudir al procedimiento de incapacitación.

En algunos casos, cuando las barreras sean muy notables y los apoyos escasos estará justificado el acudir al Juzgado si bien, a nuestro entender, utilizando procedimientos sencillos y flexibles, en línea con los principios enunciados por la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de Febrero de 1999, a la que ya se ha hecho referencia.

De ello nos ocuparemos en la Segunda Parte de este trabajo.

## Necesidad de otra mirada

No se puede seguir abordando jurídicamente la discapacidad como un trámite destinado a obviar dificultades de representación ante las frecuentes exigencias burocráticas de los distintos órganos y Administraciones del Estado o ante eventuales operaciones patrimoniales relativas a bienes inmuebles de los que la persona con discapacidad sea titular o cotitular.

La determinación judicial de un ámbito de falta de autogobierno debe servir para detectar e



intervenir sobre “*las barreras debidas a la actitud y al entorno*” a efectos de establecer los apoyos necesarios para conseguir, hasta donde sea posible, su autonomía y disfrute de derechos.

A esta nueva mirada están llamados, en primer lugar las propias personas directamente afectadas (discapacitados, enfermos, etc.). El movimiento de autoreivindicación de la dignidad y derechos de las personas con discapacidad intelectual se inició hace ya varias décadas.

La autoreivindicación de los derechos de las personas con trastornos mentales es mucho más reciente. La reivindicación de los derechos de las personas mayores con demencia se sitúa en otras coordenadas. Difícilmente podremos hablar de “autoreivindicación” una vez consolidada la enfermedad pero sí mediante los instrumentos legales destinados a prevenir estas situaciones o en los momentos iniciales del padecimiento.

Convocados están igualmente los familiares. Esto es muy relevante. Aún cuando la actual normativa del Código Civil no exprese claramente esta idea, si los familiares y amigos tienen esto claro, mucho estará ganado.

Convocados están también a esta nueva mirada los profesionales que atienden o tratan a estas personas.

Convocado está finalmente, el entorno social en el que estas personas desenvuelven su vida.

### **La necesaria adaptación de la normativa española**

Lo mismo que ocurrió con la promulgación de la Constitución de 1978, la firma y ratificación por España de la Convención de la ONU de 2006 obliga a una reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil españoles.

La Convención concibe la incapacitación en términos muy estrictos, limitada a actos concretos que la persona con discapacidad tenga dificultad para llevar a cabo, a fin de facilitarle el apoyo preciso para superar esa dificultad, huyendo de este modo de declaraciones globales y genéricas de incapacidad y subsiguiente constitución de órganos generales de representación (tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada).

En el año 2009, el Gobierno se comprometió a enviar a las Cortes *en el plazo de un año*, un proyecto

para realizar esta adaptación de nuestra legislación civil a la Convención de la ONU.

Así, la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009 de 25 de marzo, que reforma varias leyes relacionadas con la materia, dice:

**El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley (25 de Junio de 2009), remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.**

A día de hoy se han elaborado diversos proyectos pero nada más. La adaptación sigue sin realizarse.

Esto produce una gran confusión pues tenemos una legislación de rango superior (Convención de la ONU), que es directamente aplicable en España, que apunta en una dirección y, conviviendo con ella, la vieja legislación que apunta en dirección opuesta.

Si atendemos a la ley, los jueces deberían tener por derogados los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contravengan la Convención (Art. 96 Constitución Española), pero no está ocurriendo así en la mayoría de los casos.

No puede decirse que todo siga igual que hace treinta años pues el influjo de la Convención ha propiciado que nos encontremos ante un mayor número de incapacitaciones “parciales” con sumisión a curatela, pero hay que afirmar que el proceso de adaptación apenas se encuentra iniciado.

Todo lo anteriormente dicho ha llevado a considerar el actual procedimiento de incapacitación, en muchos casos, como “un mal que es preciso evitar”. Por esta razón han surgido nuevas instituciones (poderes preventivos) o han tomado vigor otras (Guarda de hecho) que, interpretadas y adaptadas razonablemente, están destinadas a proporcionar la protección necesaria sin tener que pasar por el procedimiento de incapacitación.

### 3. Instrumentos no judiciales de protección

Actualmente en España las leyes ofrecen la posibilidad de prestar apoyo y protección a las personas vulnerables por razón de discapacidad, sin tener que acudir a los Juzgados.

Examinaremos en este capítulo:

- Los instrumentos de Autotutela.  
Tanto en el orden civil:
  - Poderes preventivos.
  - Autodesignación de tutor.Como en el sanitario:
  - Necesidad de consentimiento.
  - Instrucciones previas.
- Todas las posibilidades que ofrece la institución de la Guarda de Hecho.
- El valor y eficacia de los Decretos dictados por el Ministerio Fiscal.
- Las posibilidades que ofrece la constitución de un "Patrimonio Protegido".

#### 3.1. La autotutela

El fenómeno de la autotutela surge a partir de 1995 en torno a las personas que en esa fecha tenían entre 40 y 50 años de edad.

Hacia menos de veinte años habían visto surgir la Constitución de 1978 y, con ella, la percepción que el Estado que iba a garantizar su protección.

Resulta muy elocuente la lectura del Art. 50 de la Constitución que dice:

**“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad.**

**Asimismo y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.**

En esta ilusión se vivía cuando con motivo de la crisis económica de los años 1993/95, nuestros gobernantes comenzaron a recomendar compulsivamente la suscripción de planes de pensiones privados pues

aventuraban que el Estado garantizaría como mucho lo que empezó a llamarse unos “mínimos decentes”, aunque nadie nunca dijo que entendía por ello.

Mas o menos por estas fechas aquél colectivo (40-50 años) empezó a advertir/asumir una nueva decepción; “Nuestros hijos no nos va a atender en sus casas en nuestra vejez”, “Nuestro destino final más probable es una Residencia para Personas Mayores”.

Esta doble constatación fue generando una mentalidad nueva cuya formulación es sencilla “Yo/ Nosotros tenemos que ocuparnos de solucionar/aliviar los problemas que acarrea esa última fase de la vida, muchas veces presidida por la dependencia.”

De la necesidad se hizo virtud y algunos recordaron las sabias palabras de Stuart Mill en su célebre ensayo “Sobre la Libertad”:

**“Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña a los propios intereses”.**

Y añade:

**“Todos los errores que el individuo pueda cometer en contra del consejo y la advertencia, están contrarrestados de lejos por el mal de permitir a otros que le obliguen a hacer aquello que consideran que es su bien”.**

Sobre estas bases los afectados comenzaron a tomar iniciativas en una doble dirección:

- a) Mecanismos para garantizar la suficiencia económica durante la Tercera y Cuarta Edad (Planes de Pensiones, Seguros de Dependencia, Hipoteca Inversa, etc.).
- b) Mecanismos para garantizar su representación legal en caso de pérdida de la capacidad de decidir por razón de sufrimiento psíquico o trastorno mental.

Vamos a ocuparnos de este segundo ámbito:

#### Instrumentos jurídicos de autotutela

De modo general:

- Los poderes preventivos.
- La designación de tutor en documento notarial.

De modo particular para el ámbito sanitario:

- La necesidad de previo consentimiento.
- Las instrucciones previas.

Cuando la sociedad cambia, cambia el Derecho.

La reivindicación de instrumentos de autotutela tuvo respuesta legislativa principalmente en los años 2002 y 2003 con la promulgación de dos leyes:

- La Ley 41/2002 de 14 de noviembre de Autonomía del Paciente.
- La Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Reforma del Código Civil que contempla la posibilidad de otorgar poderes preventivos y designar tutor en documento notarial.

**A. Así, en previsión de caer en el futuro en estado de incapacidad para decidir y frente a iniciativas de los familiares o del propio Estado tendentes a subsanar este defecto, la persona puede valerse de:**

### 3.1.1. Los poderes preventivos

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad da una nueva redacción al Art. 1732 y ha creado una institución en nuestra opinión de enorme trascendencia en la medida que permite, mientras se conservan las facultades mentales, nombrar un representante para el caso de que lleguen a perderse hecho éste, he aquí la novedad, que no implicaría la revocación del poder.

Se puede evitar de este modo, en caso de pérdida de capacidad, el tener que nombrar un representante (tutor) a través del procedimiento de incapacitación.

Dispone el Art. 1732 del Código Civil:

**“El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevenida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a los dispuesto por éste.**

**En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.**

Así las cosas, toda persona mayor de edad puede prevenir las consecuencias de la pérdida de conciencia nombrando un representante.

La utilización de estos poderes se encuentra especialmente indicada en personas mayores de 70 años y, en particular, cuando se adviertan indicios de predemencia.

El Poder debe realizarse ante Notario y tanto se puede nombrar un representante, como varios que actúen mancomunadamente o varios sucesivamente para el caso de que el primer llamado u otro preferente no puedan llevar a cabo su cometido.

#### Las ventajas:

- a) No sólo se cuenta con representación, sino que además es la elegida por el propio afectado evitándose así discrepancias y conflictos, ya no sólo entre los parientes de sangre entre sí, sino entre “parientes de sangre” y “parientes de afecto”, si se nos permite la expresión.
- b) Evita además tener que acudir al penoso procedimiento de incapacitación para, una vez constatada esta situación, nombrar u representante (tutor) para que sustituya la voluntad y la iniciativa del tutelado de cara a procurar su bienestar y protección.

#### Los inconvenientes:

- a) Mal uso del poder por el apoderado.  
Hay que elegir bien o nombrar más de uno si se quiere buscar más garantías pero ello tiene como contrapartida los problemas de una gestión plural.
- b) Discrepancias sobre si el mandante ha caído en estado de incapacidad o si se ha recobrado de este estado.

El concepto de capacidad de obrar, de capacidad de la persona para decidir por sí misma, es muy complejo.

Se trata de un juicio de valor realizado por un tercero (el médico, el notario, el banquero, el juez...etc.) que resulta muy difícil de establecer.

Un remedio para esta situación es otorgar poderes “de presente y de futuro”, esto es para el momento presente en que el poderdante cuenta con capacidad y para el momento futuro en que pueda perderla.

Cada persona deberá valorar los pros y los contras y la firmeza de sus confianzas.

- c) La publicidad del poder.

No se ha previsto un registro nacional de poderes de modo el otorgamiento de este documento puede pasar inadvertido.

Creemos que el riesgo es pequeño pues las personas apoderan generalmente a personas muy cercanas que van a poner de manifiesto la existencia del documento en cuanto se requiera su utilización.

### **Modelo de poder preventivo**

Los Notarios han ido elaborando modelos de poderes preventivos, en general muy estereotipados.

Se hace necesario “personalizar” este tipo de documentos y adaptarlos a las circunstancias concretas de cada poderdante, quien tendrá ocasión de determinar y organizar anticipadamente, con la amplitud y detalle que desee, como quiere que sea su vida personal, patrimonial, etc., para el caso de que llega a perder la capacidad de decidir por sí mismo.

La estructura aconsejable de un Poder Preventivo sería la siguiente:

#### **1. Identificación del otorgante**

#### **2. Preámbulo – exposición de motivos**

Manifestación de principios y valores rectores de su vida. Esto ayuda mucho a entender y, en su caso, a interpretar lo dispuesto en el poder.

#### **3. Objetivación del momento de entrada en vigor**

Esto es muy importante para evitar conflictos y discusiones sobre si el momento ha llegado o no.

El Artículo 1732 dice que el poderdante podrá expresar el modo y momento de entrada en vigor del poder:

**“El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevinida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a los dispuesto por éste.**

La manera más aconsejable de objetivar el momento de entrada en vigor del poder es la certificación de un Médico de confianza (designado por el propio poderdante) que afirme que la persona no cuenta ya con capacidad para decidir por si misma.

#### **4. Disposiciones relativas a los aspectos personales**

Modo de vida, lugar de residencia.

Disposiciones relativas a aspectos médicos (cabría aquí todo lo que se dirá respecto de las “Instrucciones Previas”).

#### **5. Disposiciones relativas a los aspectos patrimoniales**

#### **6. Designación de apoderado/s**

Previsión, en su caso, de retribución.

#### **7. En su caso, mecanismos de control**

### **3.1.2. El nombramiento de tutor en documento público o notarial**

El hecho de que se hayan otorgado “Poderes Preventivos” no garantiza al poderdante que alguna de las personas a las que la ley se lo permite inste su declaración judicial de incapacidad si llegara a perder la capacidad de decisión.

Establece el Art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- 1. La declaración de incapacidad pueden promoverla..., el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendiente, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz.**
- 2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieren solicitado”.**

Para prevenir esta eventualidad y procurar que la persona designada como tutor sea la preferida, aquélla puede manifestar su deseo y voluntad al respecto en documento público o notarial.

La Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad añade un segundo párrafo el Art. 223 del C. Civil en los siguientes términos:

**“Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público o notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor.**

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de última voluntad a efectos

de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”.

El Juez no tiene obligación absoluta de nombrar tutor al designado pero sólo podrá apartarse de los deseos manifestados cuando la elección se considere francamente perjudicial para el incapaz o el designado haya caído en situación de no poder desempeñar la tutela.

B. Frente al Estado que consagra en el Art. 43 de la Constitución el Derecho a la Salud de todos sus ciudadanos, éstos pueden oponer su libertad ideológica o religiosa proclamada en el Art. 16 y decir “no”, “ahora no” o “no de qué modo” quieren que se les preste la asistencia sanitaria, a través de:

### 3.1.3. La necesidad de previo consentimiento para actuaciones médicas

Dispone el Art. 2-2, 2-3, y 2-4 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente:

“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. *El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley*”.

El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

Ratificando lo precedente el Art. 8-1 dispone:

“Toda actuación en ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

### 3.1.4. Las instrucciones previas para el ámbito sanitario

La Ley General de Sanidad de 1986 ya regulaba y reconocía la autonomía del paciente pero siempre que éste lo manifestase al tiempo de producirse la necesidad de la intervención o del tratamiento.

La ley 41/2002 va más allá pues permite manifestar anticipadamente la voluntad para el caso de que se

carezca de capacidad de decisión en el momento en que se plantee la necesidad de intervención.

No es más que una modalidad de apoderamiento dirigido a surtir efecto en el ámbito sanitario.

Dispone el Art. 11

“1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

El otorgante del documento puede designar además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o con el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

...//...

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas comunidades autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de Instrucciones Previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

A diferencia de los Poderes Preventivos, si se prevé un Registro Nacional de Instrucciones Previas.

### 3.1.5. Examen especial de las instrucciones previas otorgadas por usuarios de salud mental

Un hecho, la negación del derecho

Si las cosas son lo que se piensa de ellas, tendríamos que afirmar que las personas con padecimientos mentales carecen del derecho de autodeterminación en relación a los tratamientos médicos.

Las razones de esta opinión tan generalizada, tienen su raíz en la marginación histórica y secular inercia de exclusión de dichas personas, quienes han recibido la consideración de “inhábiles” o “incompetentes”

a la hora de tomar decisiones sobre los asuntos que les afectan.

La percepción de inhabilidad es tan fuerte que, en su inmensa mayoría, los propios enfermos piensan que carecen de derecho de autodeterminación en materia de salud.

La experiencia nos dice que entre los familiares esta opinión está igualmente extendida, así como entre muchos profesionales del campo de la salud mental y de los servicios sociales.

Resulta más desconcertante que, entre los estudiosos, se descubran opiniones que vendrían a afianzar esta percepción.

Así, una Tribuna publicada en “Diario Médico” en noviembre de 2007, por un catedrático de Psiquiatría titulada: **¿INSTRUCCIONES ANTICIPADAS EN LA ASISTENCIA PSIQUIÁTRICA?**, en uno de sus párrafos decía:

**Creemos que las directivas psiquiátricas previas pueden ser útiles para guiar el tratamiento de los pacientes en crisis graves que se encuentran incapaces para discernir en esos momentos.**

**Si se decide que se incluyan en la legislación española, habrá que resolver algunos temas...**

La pregunta es: ¿Cómo si se decide que se incluyan en la legislación española? ¿Es que acaso no están incluidas?

Pues sí, están incluidas, porque todas las disposiciones de la Ley de Autonomía del Paciente y, en concreto su Artículo 11 (que regula las Instrucciones Previas) le son aplicables al paciente mental como a cualquier otro ciudadano, sin que sea preciso una Ley específica que así lo contemple.

### **Experiencia en elaboración de instrucciones previas por usuarios de salud mental**

La paulatina consolidación de las Asociaciones de Usuarios y Pacientes de Salud Mental supone un hecho de la máxima trascendencia para la consolidación de este tipo de documentos.

Miembros de la Federación Andaluza de Asociaciones de Pacientes de Salud Mental “En Primera Persona”, llevan ya algunos años trabajando en esta materia.

En el año 2012 publicaron un **MODELO-FORMULARIO DE INSTRUCCIONES PREVIAS** que, por su interés, incluimos al final de este documento como ANEXO I.

## **3.2. La guarda de hecho**

### **3.2.1. Características generales**

La “Guarda de Hecho” es una institución de protección de personas con discapacidad, legalmente reconocida (Art. 302 a 306 del C. Civil) y con el mismo rango normativo que las tradicionales instituciones de guarda (tutela, curatela).

Ocurre que las tradicionales instituciones de guarda (tutela, curatela) eran ya contempladas y reguladas por el Derecho Romano de modo que su fisonomía o, al menos su existencia, son conocidas por el ciudadano medio.

Todo lo contrario ocurre con la Guarda de Hecho cuya incorporación al ordenamiento jurídico civil se produjo en el año 1983 y su efectividad es aún desconocida para la mayor parte de los juristas y del ciudadano medio.

Por otro lado, se encuentra aún muy extendida entre los profesionales (Juristas, Médicos, Trabajadores Sociales, etc...) la creencia de que una persona mayor de 18 años solo puede tener dos estatutos civiles:

A. Capacidad de obrar plena.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución (Art. 12) la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

A partir de este momento rige la “**presunción de capacidad**”, esto, se presume que las personas cuentan con las capacidades medias de inteligencia y voluntad que les permiten tomar por sí mismas las decisiones que les afecten.

B. Capacidad de obrar reducida o anulada en virtud de sentencia judicial de incapacitación.

El contenido de la sentencia será el establecido en la Sentencia.

C. Lo que no suele tenerse presente es que existe **un tercer estado civil de la persona – la presunción de incapacidad**

Fácilmente puede caerse en la cuenta de que no todas las personas al alcanzar la mayoría de edad o, una vez alcanzada, cuentan con estas capacidades pues pueden encontrarse privadas de ellas o tenerlas limitadas por el hecho de padecer una discapacidad intelectual, trastorno mental, demencia, etc..

**La constatación de este hecho hace que la “presunción legal de capacidad” se torne en “presunción de incapacidad”.**

El estatuto legal del “presunto incapaz”

El ordenamiento jurídico, en base a la situación de vulnerabilidad de estas personas, prevé un conjunto de disposiciones destinadas a dotarle de protección, distribuyendo obligaciones tanto públicas como privadas.

Así:

- Despliega todos sus efectos la “Guarda de Hecho”.
- El internamiento involuntario de estas personas en un Centro, Unidad, Residencia, etc. está sometido a control judicial que se ejercerá antes o después del ingreso en atención a la urgencia del mismo (Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Los familiares cercanos están legitimados para promover su declaración judicial de incapacidad (Art. 757-1 LEC) y el Ministerio Fiscal si los familiares no lo hicieren y lo estimare conveniente (Art. 757-2 LEC).
- En caso de ser demandado en juicio, se le nombraría un defensor judicial (Art. 8 LEC).

La representación del presunto incapaz – La Guarda de Hecho.

Entre el momento en que la persona, por razón de un alto sufrimiento psíquico, demencia, etc., pierde la capacidad de decisión y el momento en que, en su caso, se dicte (tras el correspondiente procedimiento) sentencia de incapacitación y se nombre tutor, transcurre necesariamente un periodo de tiempo más o menos prolongado en el que habrá que tomar decisiones por ella, de todo tipo (Médicas, Administrativas, provisión de bienes y servicios, etc...). La persona a quien la ley habilita para actuar en su nombre, asumiendo su representación es al **GUARDADOR DE HECHO**.

**La regulación de la Guarda de Hecho en el Código Civil es muy escueta pero, a nuestro juicio, suficiente.**

Es la siguiente:

Art. 303 del Código Civil (Redacción Ley 26/2015 de 28 de Julio).

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los Artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

El Art. 304 dispone:

**“Los actos realizados por el Guardador de Hecho en interés del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”.**

Esto quiere decir que la ley les autoriza a actuar en su nombre y representación del guardado, tomando las decisiones destinadas a procurar su protección y la salvaguarda de derechos e intereses.

Art. 306 del Código Civil:

**“Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor”**

(El Art. 220 se refiere al derecho del tutor a ser indemnizado con cargo a los bienes del tutelado por los daños y perjuicios que sufra en el desempeño de la función tutelar, sin culpa por su parte).

Esta breve regulación otorga una amplia legitimación a los “Guardadores” para actuar en beneficio de sus “Guardados” habilitándoles para la toma de cuantas decisiones e iniciativas redunden en interés y beneficio de éstos.

Supone un antídoto contra la tradicional barrera jurídica de exigir la representación formal (nombramiento de tutor tras sentencia judicial).

Actualmente la Guarda de Hecho va siendo objeto de progresivo reconocimiento:

- Así, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencias de fecha 13 de mayo de 2002 y 3 de diciembre de 2009 han admitido la legitimación activa del Guardador de Hecho para interponer la demanda de incapacitación.
- Son varias las Leyes que otorgan competencias a los Guardadores de Hecho. Así, por ejemplo la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, concede a los Guardadores de hecho la capacidad de constituir patrimonios protegidos.

Dispone el Art. 3-1:

**Podrán constituir un patrimonio protegido:**

...//...

**El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.**

- La Guarda de Hecho puede acceder al Registro Civil. El Art. 38-6º de la Ley de 8 de junio de 1957, de Registro Civil (modificado en virtud de Ley 1/2009 de 25 de Marzo) dispone:

**A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:**

...//...

**6º. La existencia de un guardador de hecho y las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz.**

### **3.2.2. La guarda de hecho personal**

Es lo más frecuente. Generalmente son los familiares cercanos (padres, hermanos, etc.) los que cuidan al familiar necesitado de protección. En otras ocasiones son allegados (vecinos, amigos).

En estos casos la Guarda personal puede ser unipersonal (llevada a cabo por una sola persona) o conjunta (por varias).

En los casos de Guarda conjunta (Ej.: Varios hermanos respecto del padre, madre u otro hermano) si surgen discrepancias sobre asuntos relevantes es frecuente que se termine acudiendo a la Fiscalía o al Juzgado para dirimir la controversia.

### **3.2.3. La guarda de hecho institucional: privada y pública**

Se produce cuando la persona necesitada se encuentra ingresada en un Centro (Residencia para Personas con Discapacidad, Residencias para Personas Mayores, Casas-Hogar, etc.

Ya sean estos Centros de naturaleza privada o pública, es la Dirección de los mismos la que asume, de modo “automático”, la guarda de la persona necesitada de protección y se convierte en garante de que se respeten sus derechos y se le presten los cuidados que les son debidos.

Esta obligación surge tanto del correspondiente contrato de servicios (formalizado generalmente con el Guardador de Hecho), como de las disposiciones legales, tanto de ámbito estatal, como las específicas de la Comunidad Autónoma en que radique el Centro.

En estos casos la intervención judicial debe limitarse, en principio, al control del internamiento de acuerdo con lo establecido en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En los casos en que la persona vulnerable sea visitada con regularidad por familiares o allegados, estaremos ante un supuesto de “guarda conjunta personal e institucional”.



En caso de discrepancia entre los guardadores personales y los guardadores institucionales, habrá que acudir al Fiscal o, en su caso, al Juez para dirimir el conflicto.

### **3.2.4. Actuaciones más frecuentes demandadas por los guardadores de hecho**

#### **Petición de Intervenciones sanitarias**

El problema se plantea con especial crudeza en los casos de personas con padecimiento mental grave que presentan resistencia a los tratamientos, que no acuden a las citas programadas, etc.

En estos casos son los guardadores (Familiares, amigos, vecinos, organismos, instituciones, etc.) los que acuden a los recursos para solicitar la intervención sanitaria.

En algunos casos se les niega la legitimación para solicitar esta intervención sobre la base de que el paciente “es mayor de edad”.

Lo que se olvida en estos casos es que, a pesar de la mayoría de edad del paciente, la constatación de una enfermedad invalidante, convierte la presunción de capacidad en presunción de incapacidad, legitimando la actuación del Guardador.

Nuestra legislación otorga derechos a los familiares y allegados cuando se relacionan con el ámbito sanitario a propósito de su familiar o allegado enfermo.

#### **Derecho a recibir información**

Art 5-3 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

**Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.**

Real Decreto 1030/2006 de 15 de Septiembre (BOE nº 222 de 16 de Septiembre de 2006) por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización dedica el Apartado 7 del

Anexo III a “La atención en salud mental” y establece:

**La atención a la salud mental, que garantizará la necesaria continuación asistencial, incluye:**

**7-7 Información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador principal.**

#### **Consentimiento por representación**

Art. 9-3 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

**Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:**

**Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.**

**Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.**

**En caso de haber nombrado interlocutor en documento de instrucciones previas.**

Art. 11 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

**El otorgante del documento puede designar además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o con el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.**

**Derechos a ser consultados aún en caso de urgencia.**

Art. 9-2 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

**Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:**

...//...

**Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.**

### **Peticiones a los bancos**

Es frecuente que respecto de personas vulnerables por razón de discapacidad se presente la necesidad de adquirir bienes o servicios cuyo pago hay que hacer con dinero que se encuentra en cuentas corrientes que se encuentran a nombre de la persona desvalida.

Es común esta situación en relación con personas mayores que han de ser ingresadas en residencias y también en caso de víctimas de accidentes (laborales, de tráfico) que como consecuencia de los mismos quedan en estado de coma.

Cuando los familiares acuden a sacar dinero suelen encontrarse con la objeción de que no podrán obtenerlo hasta que la persona no se encuentra judicialmente incapacitada y provista de tutor.

### **Peticiones en organismos oficiales**

Pensiones.

Matriculaciones.

Licencias.

Etc.

La constatación de la existencia de una situación de Guarda de Hecho debería bastar para que la petición del Guardador fuese atendida. Esto ocurre así en relación con cuestiones de poca trascendencia (pequeñas compras, reclamación de servicios, etc.) pero todo se vuelve más difícil en relación con actos más trascendentes.

Es claro que el principal enemigo de la Guarda de Hecho es EL ESTADO BUROCRÁTICO que constantemente pide “papeles” que acrediten tanto la discapacidad del guardado como la representación del guardador.

Ocurre que la Guarda de Hecho es una situación no documentada.

Por ejemplo: El familiar que cuida al abuelo con Alzheimer. Esta situación existe y se desarrolla al margen de ningún “documento oficial” pero si la familia solicita a la Administración competente un

recurso derivado de la Ley de las Dependencias, entonces se plantea la cuestión de la documentación de dicha situación “de hecho”.

Fue precisamente la entrada en vigor de la conocida como “Ley de las Dependencias”, la que planteó con toda crudeza lo irracional de nuestro sistema actual de acreditación de la representación y, de paso, ha venido a dar un gran impulso al reconocimiento de esta institución protectora.

El hecho de que fuesen cientos de miles las peticiones que llegaron a las Administraciones competentes solicitando el inicio del procedimiento de reconocimiento de la dependencia, hizo pensar a las Autoridades que no tenía ningún sentido incapacitar a cientos de miles de personas para que, tras un procedimiento judicial que bien puede durar un año, designar un tutor para solicitar el inicio del procedimiento de reconocimiento de aquél derecho.

En este momento las Administraciones volvieron los ojos hacia la olvidada y denostada “Guarda de Hecho” y lo que dispone el, tantas veces recordado, Art. 304 del Código Civil:

**“Los actos realizados por el guardador de hecho en beneficio del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”.**

Resultaba evidente que lo que el guardador solicitaba redundaría en beneficio y utilidad de la persona con discapacidad que no contaba con capacidad para decidir por sí misma (presunto incapaz).

De este modo, se elaboraron por los distintos organismos receptores de las solicitudes, distintos modelos de declaración de existencia de “Guarda de Hecho” que, una vez cumplimentados, permitían cursar las peticiones con el objeto de lograr el reconocimiento del derecho y la provisión del correspondiente recurso.

No faltaron funcionarios que, no obstante lo anterior, dieron cuenta a Fiscalía en aplicación de lo dispuesto en el ya comentado Art. 753-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no faltaron Fiscales que interpusieron demandas de incapacitación.

Yendo de lo particular a lo general. La Guarda de Hecho debe ser contemplada hoy con normalidad como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad.

Si con ella se proporciona la protección y el apoyo requerido no habrá que dar el paso a medidas más drásticas e invasivas como la incapacitación judicial.

### **3.3. El deber de actuación de los poderes públicos ante situaciones de desamparo**

Cuando las personas vulnerables por razón de discapacidad quedan, por distintas razones, fuera de los ámbitos propios de guarda (familiares, vecinos, instituciones diversas) lo normal es que hagan “crisis de desamparo”.

Se cuentan por centenares los avisos sobre este tipo de situaciones que procedentes de diversas fuentes (vecinos, ONGs, etc.) diariamente llegan a los Servicios Sociales, Teléfono del Mayor, 112, 061, Fiscalía, Defensor del Pueblo, etc.

La Constitución contempla la atención a las personas vulnerables bajo el principio de co-responsabilidad. La protección de las mismas corresponderá en parte a los familiares cercanos que respecto de la persona vulnerable tienen obligación de prestarle protección (Art. 142... ss del Código Civil) y en parte a los poderes públicos, y más concretamente aquéllos con competencia en materia de protección de personas vulnerables por razón de discapacidad (sanidad, servicios sociales, administración de justicia, fuerzas de seguridad, etc.).

Esta obligación y, por tanto, esta Guarda, surge directamente del Art. 49 y 50.

Art. 49

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamientos, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Art. 50

“Los poderes públicos..., con independencia de las obligaciones familiares, promoverán el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad, mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Ocurre que, a diferencia de lo que pasa en relación con determinados colectivos, como el de los menores, en que existe bien definido todo un sistema de protección pública para los casos en que no existe Guarda privada (desamparo), en relación con las personas con discapacidad solo existe una previsión difusa que se proyecta además sobre una pluralidad de organismos y departamentos (sobre todo de servicios sociales) que provoca con frecuencia problemas sobre quien tiene que actuar o intervenir. Esta situación pudo resolverse en el año 2003 con la reforma del Art. 239 del C. Civil.

La propuesta de reforma desde la Fiscalía de Córdoba fue la siguiente:

1. **Ante una situación de necesidad grave relativa a persona mayor presuntamente incapaz que carezca de persona que ejerza la guarda sobre ella, la entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la tutela de personas vulnerables, gestionará de inmediato ante los servicios sociales o sanitarios competentes o facilitará directamente si cuenta con estos recursos, las medidas protectoras que estime más adecuadas, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inste el procedimiento destinado a evaluar la necesidad y procedencia de dichas medidas o de otras que pudieran acordarse y la capacidad de la persona afectada para decidir y resolver por sí misma al respecto.**

La resolución que ponga fin al procedimiento, en caso de apreciar en la persona la falta de capacidad para resolver por sí misma, podrá aprobar las medidas adoptadas o autorizar o establecer las que estime convenientes, encomendando a la entidad pública su control y seguimiento del que deberá informar periódicamente al Juzgado. Ello será de aplicación para el caso de que dichas medidas se adoptasen una vez iniciado el procedimiento de incapacitación.

2. Para el caso de que llegara a instarse procedimiento de incapacitación y se declarase la incapacidad total o parcial de la persona demandada, la entidad pública a la que se hace referencia en el apartado anterior asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz cuando no exista o no se considere idónea ninguna de las personas recogidas en el Artículo 234 del C. Civil.

La redacción dada por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de reforma del Código Civil, al Art. 239-3º fue la siguiente:

**La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.**

La reforma olvidó u omitió todo el párrafo primero de la propuesta, la referida a la actuación inmediata en situaciones de urgencia, dejando este aspecto en grave situación de indefinición.

Es verdad que la plasmación en el Código Civil de la obligación de la Administración Pública de asumir este tipo de tutelas, aceleró la creación, allí donde no existían de las Fundaciones Tutelares. El modelo ha sido muy dispar en las distintas Comunidades Autónomas. En algunas las Fundaciones Tutelares son netamente públicas (Agencia Madrileña de Adultos); En otros territorios se han realizado convenios con entidades privadas; En otros la fórmula es mixta (Andalucía).

Más allá de lo anterior, lo cierto es que se ha organizado el ejercicio de la funciones tutelares pero no se ha establecido un sistema de atención en situaciones de urgencia, derivando esto enteramente a los servicios sociales y sanitarios generales.

Sólo la organización de los servicios sociales (con múltiple dependencia) origina graves problemas y conflictos sobre la determinación del organismo o dispositivo que debe actuar.

En algunos lugares se han confeccionado “Protocolos” generalmente más voluntaristas que eficaces.

### **El deber de actuación de los profesionales de la función pública**

Cuando faltan los familiares y/o allegados o estos no actúan o lo hacen en contra de los intereses de la

persona necesitada, el deber de actuar se traslada a los poderes públicos y, en concreto, a los profesionales que en cada territorio tengan atribuida competencia de actuación en esa materia.

Lo mismo que en lo relativo al procedimiento de incapacitación, cuando faltan los familiares o estos no son idóneos el Fiscal suple la iniciativa de éstos (Art. 757-2 LEC), en lo tocante a las cuestiones sociales o sanitarias, los llamados a suplir la iniciativa de los familiares son los responsables de los servicios sociales o sanitarios a quienes la distribución competencial atribuya la atención de la persona vulnerable necesitada de protección.

En las situaciones en que de modo permanente o momentáneo la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo por carecer de persona o institución guardadora, el deber de actuar en su socorro obliga a todos los funcionarios públicos y, especialmente, a los que desarrollan su función en el ámbito social y sanitario, debiendo adoptar las iniciativas y decisiones que consideren necesarias, sin perjuicio del posterior control judicial si fuese necesario.

Es frecuente que situaciones de necesidad que exigen una intervención inmediata (personas mayores con demencia, personas con trastorno mental que viven solas y en condiciones deplorables, o en la calle, etc.) se bloqueen y prolonguen hasta casos extremos porque nadie toma decisiones sobre la base de que “no está incapacitado”, “yo no puedo actuar sin autorización judicial”, etc.

Resulta de interés en este punto lo manifestado por el Tribunal Constitucional el Sentencia 13/2016 de 1 de febrero en la que examina la actuación seguida en caso de un ingreso involuntario a iniciativa del “Samur social”.

Dice así:

**“El Samur social aportó con la solicitud el informe propio de los profesionales que desarrollan sus actividades en el “equipo de internamientos involuntarios”.**

...//...

**No cabe por tanto reprochar al Samur social la remisión de ese informe, pero si al Juzgado el haberlo considerado suficiente para, tras incoar**

**el procedimiento, no ordenar de inmediato la puesta en libertad de la recurrente...**

Existe, por tanto, un deber de iniciativa, “directa y autónoma” de intervención por parte de los profesionales del ámbito sociosanitario, (en este caso la realización de un ingreso involuntario), sin perjuicio de la “posterior” comunicación al Juzgado del hecho al objeto de control y comprobación del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos.

Como propuesta de modificación legal se propone el siguiente texto articulado:

### **Especial deber de actuación de los profesionales de la función pública**

**Las autoridades, funcionarios públicos y profesionales del ámbito social y sanitario, desde su posición de garantes de los derechos de las personas con discapacidad, tienen un especial deber de actuar en casos de urgencia y grave necesidad cuando no exista persona o institución que pueda tomar decisiones por aquéllas, adoptando directamente las que se estimen más convenientes para su protección, sin perjuicio de la posterior e inmediata comunicación al Juzgado competente en los casos de ingresos involuntarios urgentes, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

**Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de persona con discapacidad que se encuentre en situación de grave necesidad o desamparo, deberán comunicarlo de inmediato a los organismos sociales o sanitarios competentes a fin de que adopten las medidas de protección necesarias, sin perjuicio de la posterior adopción de medidas judiciales de protección en caso de que resulten procedentes.**

### **3.4. Los decretos del fiscal**

Diariamente llegan a las Fiscalías cientos de comunicaciones, informes, requerimientos, precedentes tanto de particulares, como de los distintas Administraciones.

Es común que con estas “comunicaciones” se incoen “Diligencias de Investigación” al objeto de conocer

las circunstancias del asunto y, en su caso, adoptar las correspondientes iniciativas.

En ocasiones lo que se plantean son cuestiones estrictamente jurídicas.

En estos casos, la opinión del Fiscal debidamente fundamentada en el Decreto de conclusión de las Diligencias, en la medida que sea aceptada, puede disipar dudas y poner fin a controversias (Reconocimiento de actuación de Guardador de Hecho, resolución de conflictos entre Guardadores, cumplimiento de exigencias burocráticas, etc.) que eviten el tener que acudir a un procedimiento judicial.

No puede perderse de vista que en materia de protección de personas vulnerables por razón de discapacidad, el Ministerio Fiscal tiene legalmente encomendado el deber de velar por las mismas al igual que la Autoridad Judicial.

### **3.5. El patrimonio protegido**

Muchas demandas de incapacitación están motivadas por la necesidad de obtener liquidez para pagar bienes y servicios para la persona con discapacidad. El medio de obtenerla es la venta de inmuebles (viviendas, fincas) que les pertenecen, en todo o en parte. Para ello, si carecen de capacidad de decidir por sí mismas, es necesaria la previa incapacitación judicial, nombramiento de tutor (patria potestad rehabilitada) y obtención de autorización judicial para realizar la operación.

El denominado “Patrimonio Protegido” es un instrumento de financiación que se encuentra regulado en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre:

En la “Exposición de Motivos” de la citada Ley puede leerse:

**“El objeto inmediato de esta Ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”.**

...//...

“Esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico, o bien a su guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica”.

#### Objeto y régimen jurídico.

##### Artículo 1:

1. El objeto de esta Ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.

2. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se registrará por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil.

#### Beneficiarios.

##### Artículo 2:

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.
2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:
  - Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 %.
  - Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 %.
3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

#### Constitución.

##### Artículo 3:

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.

Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.

El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta Ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

3. El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.

Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido:

El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo

los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5 de esta Ley.

Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.



## **segunda parte**

Instrumentos judiciales de protección  
Crítica de la situación actual  
y propuesta de futuro



#### 4. Planteamiento: crítica de la situación actual

Tras el aumento vertiginoso experimentado en las últimas décadas, ha comenzado a descender en los últimos años el número de demandas de incapacitación.

La creciente utilización de instrumentos de autotutela, (poderes preventivos), el progresivo reconocimiento de las facultades de actuación que la ley reconoce a los Guardadores de Hecho, así como la paulatina asunción por parte de los profesionales de la función pública, de sus deberes de garantes de los derechos de estas personas, explican este cambio de tendencia.

El acudir al Juzgado no tiene por qué ser algo detestable. No, no es este el mensaje que queremos transmitir. Será razonable acudir al Juzgado cuando sea necesario y en la medida en que lo sea.

Estimamos que, aún en la actualidad, en relación con las cuestiones que afectan a las personas con discapacidad, se acude de manera excesiva a los Juzgados y, lo que nos parece más criticable, cuando se hace es, mayoritariamente, para interponer demandas de incapacitación.

Como ya se señaló al principio de este texto, las personas con discapacidad deben estar “jurídicamente protegidas”, lo cual no significa que deban estar “judicialmente incapacitadas” algo que, hasta hace unos años, apenas resultaba discutido.

Las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (1999), las propuestas de sencillez y flexibilidad de la Fiscalía (1999); la promulgación de la Convención de la ONU sobre derechos de las Personas con Discapacidad (2006), unido al propio sentido de proporcionalidad en la respuesta, han alumbrado una conciencia nueva, han hecho surgir “otra mirada” que lleva plantear un nuevo sistema de protección con instrumentos jurídicos no judiciales y, entre los judiciales, la posibilidad de acudir a procedimientos simples, flexibles y poco onerosos, relegando al último lugar, como opción extrema, el procedimiento de incapacitación.

Este trabajo pretende contribuir a facilitar el tránsito hacia este nuevo sistema de protección, con aportaciones nuevas que vienen a sumarse a las ya examinadas en la primera parte del documento.

#### 5. Propuesta de futuro: causa y motivo de la especial protección jurídica

##### 5.1. Teoría de la causa y motivo de la especial protección

A la “causa” alude el Art. 200 del Código Civil que dice:

**“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.**

Este precepto debe entenderse ya superado en la medida que relaciona directamente determinados padecimientos (físicos o psíquicos persistentes) con la incapacitación judicial. La situación actualmente es muy diferente.

A la luz de los principios de la Convención de la ONU la definición de causa de la especial protección jurídica debería ser:

**Es causa de especial protección jurídica el que una persona con discapacidad, en sus circunstancias concretas, se encuentre con barreras que impidan o dificulten su autogobierno y participación en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás personas.**

Como vamos exponiendo, la especial protección jurídica puede venir tanto de la mano de instrumentos judiciales como no judiciales.

En el elemento causa es preciso analizar dos factores:

##### 1. El padecimiento causante de la discapacidad:

Podemos hacer varios grupos:

- Discapacidad intelectual.
- Discapacidad física o motórica (parálisis cerebral).
- Discapacidad sensorial (oído, vista).
- Trastornos del espectro autista.
- Trastornos de la personalidad.
- Trastornos de conducta.
- Trastorno Bipolar.
- Psicosis.
- Demencias.
- Etc.

2. La incidencia que dicho padecimiento tiene en la capacidad de la persona de atender por sí misma los retos, deseos, necesidades, objetivos, etc. que la vida presenta. En definitiva, la incidencia que tiene en el autogobierno de la persona.

## 5.2. La noción de autogobierno

Ya vimos en la Primera Parte de este trabajo que el autogobierno es un concepto circunstancial que entraña un juicio de valor individualizado en función de las circunstancias particulares de la persona con discapacidad.

Señalábamos entonces que, partiendo de una misma realidad (insuficiencia de facultades psíquicas, voluntad o recursos), **será la mayor o menor existencia de barreras y la mayor o menor presencia de apoyos, lo que va a determinar si existe falta de autogobierno** o en qué medida concurre esta circunstancia.

Podemos acercarnos al concepto avanzando algunas notas generales:

El autogobierno es la capacidad de resolver los propios asuntos, la capacidad de atender las necesidades, alcanzar los objetivos o cumplir los deseos.

La noción de autogobierno tiene dos dimensiones:

*Externa:* Relativa a actos (jurídicos o no) que tienen que ver con terceros (Asociación, compras, ventas, préstamos, demandas, etc...)

*Interna:* Relativa a actos propios como el autocuidado (vestido, alimentación, desplazamientos, etc.)

a) El autogobierno tiene como primer componente la capacidad de obrar o capacidad para tomar decisiones.

La persona con autogobierno debe contar en primer lugar con la inteligencia suficiente para tomar “conciencia” de los elementos de la decisión, de las alternativas posibles y de las eventuales consecuencias de ellas.

La razonada y razonable argumentación de estos procesos por parte de la persona supone un indicio muy relevante de autogobierno.

b) Además de capacidad de decisión, el autogobierno requiere voluntad.

Para que la decisión sea efectiva tiene que llevarse a la práctica, hay que hacer o no hacer lo que se ha decidido y en esta empresa el papel no le corresponde a la inteligencia sino a otro conjunto de factores personales que facilitan o dificultan el ejercicio de la voluntad.

Las crisis de autogobierno que provocan las carencias de voluntad son generalmente más graves que las que provocan las carencias de inteligencia.

Esta situación de limitación de la voluntad (a diferentes niveles) para hacer puede estar presente en los diversos trastornos, con mayor o menor intensidad y temporalidad. Nos referimos a las psicosis, las neurosis graves, trastornos de la personalidad, adicciones, etc.

En general en estos casos, la persona es consciente de su situación, comprende lo que la pasa, hace propósitos de cambio, decide cambiar, pero no dispone de mecanismos psíquicos adecuados para llevar a cabo lo decidido.

En muchos casos, como ocurre con frecuencia en las adicciones, no contamos con instrumentos jurídicos ni judiciales ni terapéuticos eficaces si la persona no colabora. Por ejemplo, resulta poco viable programar un ingreso en centro de deshabitación en contra de su voluntad o mantenerlo una vez la persona decide abandonarlo.

Tanto el ámbito judicial, como el asistencial o sanitario respetan su decisiones sobre la base de que se han tomado “en uso de su libertad”, aunque la capacidad de ejercicio de ésta puede estar limitada por diversas circunstancias que aquejen a la persona.

La delimitación del concepto de libertad y de sus presupuestos es un debate aún pendiente en muchas sociedades, por lo delicado del tema.

En la nuestra se tiende a confundir el concepto “libertades”, con el de “libertad”. El primero se refiere a un conjunto de derechos proclamados en las Constituciones y Tratados Internacionales que se extiende sobre todos los miembros de la comunidad sin excepción: El segundo tiene que ver con personas y situaciones concretas y la posibilidad/imposibilidad de las mismas de actuar conforme a lo que han decidido.

Sabemos por experiencia de muchas personas que sufren adicciones no consiguen, durante periodos

más o menos largos de su vida, actuar conforme a lo que han decidido, lo cual produce perjuicios propios y a terceros.

Cuando la persona decide actuar para superar su adicción u otras serias dificultades, los instrumentos jurídicos que pueden resultar más eficaces proceden de la “autotutela”:

- a) Instrumento jurídico-notarial: El apoderamiento a una tercera persona de su confianza para que tome las decisiones por él en los momentos y situaciones expresadas en el poder.
- b) Instrumento judicial: La figura de la asistencia.  
Actualmente solo regulada en el Código Civil de Cataluña.

Dispone el Art. 226-1 del Código Civil de Cataluña:

1. **Toda persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido en el presente título, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.**
2. **La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia.**

- c) Por fin, es preciso además contar con medios materiales o que no existan obstáculos externos que impidan llevar a la práctica lo decidido (barreras físicas, jurídicas, mentales, etc.)

Por tanto, no tendrá autogobierno o lo tendrá disminuido el que, en relación con lo que necesita o pretenda, presente carencias de conocimiento, voluntad o medios.

En suma las fuentes del autogobierno son las siguientes:

- a) Capacidad jurídica o capacidad para tener derechos.
- b) Capacidad de obrar o capacidad para tomar decisiones.
- c) Voluntad para llevar a cabo lo decidido, por sí mismo o a través de terceros.

- d) Posibilidad de hacerlo.

De estas variables sólo la primera es segura y sólo cuando respecto de un deseo, problema, necesidad u objetivo concreto, concurren todas, puede decirse que la persona cuenta con autogobierno, esto es, capacidad de resolver su problema, necesidad u objetivo.

Dando la vuelta al argumento, cuando en relación con un acto concreto y relevante desde el punto de vista personal o patrimonial, la persona carece de capacidad para resolver, aparece la crisis de autogobierno.

Como ya se ha dicho, es entonces cuando entran en juego los instrumentos jurídicos, no judiciales o judiciales, de protección para atender estas situaciones.

#### Fundamento legal de la especial protección jurídica.

Lo hemos venido reiterando.

El Art. 9-2 de la Constitución proclama que:

**“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”**

Esta obligación, que abarca a la generalidad de los ciudadanos, se hace especialmente intensa en relación con algunos colectivos especialmente vulnerables, como el de las personas con discapacidad.

Así, el Art. 49 de la Constitución dispone que:

**“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamientos, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.**

En suma:

1. El padecer discapacidad justifica una especial protección por parte de todos los poderes públicos.
2. Las personas con discapacidad, no obstante su padecimiento, pueden valerse por sí mismas y resolver distintas situaciones que la vida presenta.

3. En caso de que la discapacidad no permita hacerlo en algún caso o de modo permanente, surgirá una “crisis de autogobierno” (causa)
4. El apoyo para solventar estas crisis de autogobierno puede ser designado:
  - a) Por la propia persona con discapacidad a través de los instrumentos de autotutela no judiciales (poderes preventivos)
  - b) Por el Juez a iniciativa de la persona con discapacidad (Autoincapacitación-Asistencia)
- b) Por el Juez a iniciativa de un tercero.

Es precisamente en estos casos donde resulta extraordinariamente relevante indagar sobre el motivo que lleva a estos terceros a tomar la iniciativa de acudir al Juzgado.

## 2. El motivo/s de la intervención judicial

Es frecuente que las demandas de incapacitación se limiten a expresar el padecimiento y guarden silencio sobre el motivo que ha llevado a acudir al Juzgado.

Suelen emplearse formularios inexpresivos que no contienen más que frases vacías o rituales.

Es común que el relato de hechos del escrito de demanda comience de la siguiente manera:

**“Mi mandante se halla legitimado activamente para promover la presente demanda por ser (familiar) de D./**

**A pesar de la esmerada asistencia facultativa que se le ha prestado, D./ se encuentra aquejado de una persistente enfermedad que le impide valerse y gobernarse por sí mismo, incapacidad de obrar que de no ser legalmente subsanada podría irrogar graves perjuicios al propio enfermo, a sus intereses y a la sociedad en general”.**

Ello hace que los Tribunales vengan limitándose a examinar si la persona demandada padece realmente una discapacidad o trastorno mental, dando por supuesto que ello le ocasionará problemas más o menos graves de autogobierno.

En caso de apreciar la existencia de un padecimiento, generalmente invalidante, acordarán la incapacitación total de la persona y sometimiento

a régimen de tutela o patria potestad (prorrogada o rehabilitada) asumiendo padres o tutores la completa representación en la toma de decisiones.

En caso de apreciar la existencia de un padecimiento que, según criterios de experiencia invalida solo para determinadas aspectos de la vida, acordarán la incapacitación parcial y sometimiento a régimen de tutela respecto de un determinado aspecto (actos patrimoniales relevantes, decisiones sobre salud, etc.); o a régimen general de curatela, de modo que las determinadas decisiones que la persona con discapacidad tome sobre cuestiones personal o patrimonialmente relevantes, deberán ser ratificadas, para su validez, por el curador.

**Los Tribunales no han pasado del análisis de la causa porque la ley, en concreto el Art. 200 del Código Civil, no alude para nada a los motivos, sin duda por presumir que existen y que son aceptables. Pero eso no es así en todos los casos.**

Si no se pregunta y se investiga sobre el verdadero motivo de la demanda se corre el riesgo de que la institución de la incapacitación se utilice para todo lo contrario de lo que la ley pretende.

No cabe duda de que toda demanda de incapacidad se interpone con un motivo pero, como ya se ha señalado, no todos los motivos son queridos por la ley.

Aunque el Artículo 200 del Código Civil no aluda a los motivos, la búsqueda del mayor beneficio de la persona con discapacidad, principio rector de toda la actuación, impone el conocer con qué intención se ha acudido al Juzgado y qué pretende quien lo ha hecho.

Esto es de puro sentido común.

El motivo querido por la ley no puede ser otro que el beneficio e interés de la persona que se pretende incapacitar, un incremento en su protección.

Este beneficio puede ser:

**\* La consecución de mejores condiciones de vida en cuanto a recursos y prestaciones sociales, sanitarias, etc.**

**\* Poner fin a situaciones de riesgo personal o patrimonial.**

**\* Poner fin a situaciones de desamparo.**

Toda persona con discapacidad respecto de quien se ha instado una intervención judicial debe estar más y mejor protegida después de la intervención que antes, o tener unas mejores expectativas tras la resolución judicial obtenida, pues, si no es así, ésta carecería de razón de ser.

Los expedientes y procesos judiciales suponen siempre una perturbación para la persona con discapacidad y en algunas ocasiones son vividos por ellos con gran aflicción.

Este sufrimiento sólo estaría justificado por la consecución de un bien o ventaja superior.

Si tomamos como ejemplo la situación de un anciano que se encuentra en la última fase de Alzheimer, perfectamente atendido por su familia que le proporciona todo lo que necesita, nadie podrá negar que existe *“causa”* de incapacitación, en cuanto que concurren todos los requisitos del Art. 200 del C. Civil (padecimiento mental persistente y falta de autogobierno), sin embargo la demanda carecería de *“motivo”*, porque tras la sentencia la situación de tal persona permanecería invariable en lo tocante a su protección real, convirtiéndose la declaración de incapacidad en un mal innecesario.

Es preciso reconocer que normalmente quien acude al Juzgado busca el bien de estas personas pero las excepciones no son infrecuentes. En ocasiones la utilidad principal que con la intervención judicial se busca no es para estas personas, sino para terceros (Ej: Obtención de recursos económicos, administración de su patrimonio en beneficio exclusivo de quien acude al Juzgado, a veces con perjuicio de la persona con discapacidad).

En suma, sólo procedería la declaración de incapacidad cuando *“la causa”* fuera acompañada de *“un motivo”* que reúna las siguientes características:

1. Debe ser aceptable.
2. Debe tener cierta concreción.
3. No existirá cuando la protección deseada no requiera para nada la intervención judicial o aquella se pueda lograr acudiendo a otras alternativas.

#### **El motivo debe ser aceptable.**

En cuanto que repercuta en protección y bienestar del presunto incapaz y sea conforme a sus intereses.

Luis M<sup>a</sup>.DELGADO LÓPEZ en su trabajo *“Algunas cuestiones relativas al proceso de incapacitación y al expediente de tutela en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”* señala:

**“El derecho cuenta con la familia para proteger al incapaz. Acontece con frecuencia, sin embargo, que los familiares se protegen a sí mismos. En lo patrimonial sobre todo, porque, como el incapaz tiene que morir y ellos heredarlo, preferirán gastar el menor dinero posible en sus atenciones para que sea mayor su herencia”.**

...//...

**“Recibe el Fiscal presiones (para interponer la demanda de incapacitación) por motivos económicos que los familiares maquillan como beneficiosos para el enfermo, cuando en realidad lo son para ellos mismos.**

**Los hermanos divididos en bloques, cada uno de los cuales quiere administrar el patrimonio de uno cuya enfermedad afirman con el sólo apoyo de que en alguna lejana ocasión le atendió un psiquiatra”.**

Resulta alarmante el incremento de demandas motivadas por desacuerdos entre padres e hijos o entre hermanos sobre cuestiones patrimoniales, conflictos que pretenden resolverse neutralizando la oposición de quien se dice es un *“presunto incapaz”*, mediante su declaración de incapacidad.

El proceso, en sí mismo, se convierte en una presión para doblegar la voluntad del demandado.

#### **El motivo debe tener cierta concreción.**

Debe estar conectado a una situación de necesidad presente o sobre la que sea verosímil que pueda plantearse en un plazo no muy lejano.

Incapacitar *“por si acaso surge la necesidad”*, cuando ésta se juzgue poco probable no es una buena práctica.

**No existirá motivo cuando la protección deseada no requiera para nada la incapacitación o se pueda lograr acudiendo a otras alternativas.**

Puede advertirse que un porcentaje no despreciable de demandas de incapacitación se interponen en la creencia de que la sentencia de incapacitación es necesaria para conseguir cosas perfectamente

alcanzables sin necesidad de que la persona se encuentre judicialmente incapacitada.

Por ejemplo:

1. Solicitar prestaciones sociales (Derivadas de la Ley de las Dependencias o cualquier otra)

Para ello basta actuar con las facultades que a los Guardadores de hecho otorga el Art. 304 del Código Civil.

2. Decidir por la persona con discapacidad en caso de tratamiento médico o intervención quirúrgica.

Para ello basta aplicar las previsiones contenidas en la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente sobre información y consentimiento por representación por parte de familiares y allegados.

En fin, damos aquí por reproducido lo ya dicho sobre en la Primeras Parte sobre facultades de actuación de los Guardadores de Hecho.

3. Solicitar internamientos involuntarios o información a los médicos sobre situación o tratamiento del enfermo.

Para ello están legitimados tanto familiares como profesionales, sin necesidad de contar con incapacitación judicial.

4. Obtener plaza en una Residencia para Personas Mayores.

Especialmente preocupante es el caso de aquellas Comunidades Autónomas cuyos departamentos de Servicios Sociales, están exigiendo la declaración judicial de incapacidad para conceder recursos y prestaciones sociales o, el tener sentencia de incapacitación, concede “puntos” a la hora de obtenerlos.

Esta práctica (con fundamento en meros criterios burocráticos) es completamente contraria a lo dispuesto en el Art. 49 en relación con el Art. 9-2 y 10-1 de la Constitución, la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad y toda la legislación que las desarrolla.

**En suma:**

Cuando una persona con discapacidad no puede resolver algún aspecto de su vida (crisis de autogobierno), entran en juego los instrumentos jurídicos no judiciales o judiciales de protección.

En caso de que la iniciativa para utilizar estos instrumentos parta de un tercero, el único motivo que puede legitimar su actuación es la obtención de un beneficio para la persona con discapacidad, con repercusión favorable en su vida, en sus opciones de felicidad, de desarrollo de derechos, de evitación de perjuicios, etc.

En la primera parte de este trabajo hemos analizado los instrumentos no judiciales de protección, a saber:

1. Instrumentos de autotutela (poderes preventivos, instrucciones previas)
2. Amplias facultades de actuación y apoyo por los Guardadores de Hecho en sus diversas formas
3. Especial deber de actuación de los profesionales de la función pública como garantes de los derechos de las personas con discapacidad.
4. Los Decretos del Fiscal.
5. El patrimonio protegido.

Vamos a analizar ahora **los instrumentos judiciales**, siguiendo el orden de menor a mayor afectación de los derechos de la persona con discapacidad.

## **6. Instrumentos judiciales de protección: el principio de intromisión mínima. La teoría de la doble vía**

El principio de proporcionalidad exige acompañar el objeto del procedimiento a las características de este.

Esto no puede ser más razonable, por ello sucede en todos los órdenes jurisdiccionales. Así el procedimiento para juzgar un hurto por valor de 90 euros, no es el mismo que para juzgar un homicidio; el procedimiento para examinar una pretensión por impago de 350 euros no es el mismo que para examinar una demanda en que se reclaman 150.000 euros.

Esta reflexión debe trasladarse al campo de la protección judicial de las personas con discapacidad. Es obvio que el procedimiento de incapacitación es el cauce más amplio, genérico y también, el de consecuencias más severas. No debería acudir a él cuando el objeto, esto es, la crisis de autogobierno y consiguiente necesidad de apoyo, sea concreta, liviana o pasajera, bastando para ello el examen a través de un procedimiento simple. Es la teoría de la doble vía.

## Teoría de la doble vía

### Primera vía u opción: Procedimiento concreto, simple y flexible para la evaluación de la necesidad de apoyos puntuales.

Para necesidades puntuales que requieren “apoyos” puntuales no debería acudir al procedimiento de incapacitación que provoca declaraciones genéricas de inhabilidad. Estas declaraciones en la mayor parte de los casos son “plenas” y, de hecho, para siempre, pues son muy excepcionales los procesos de recapacitación.

Consecuencia de lo anterior es la provisión de representaciones genéricas, sin delimitación de actos concretos, (tutela o patria potestad rehabilitada).

Esta tradicional manera de actuar se presenta como una medida desproporcionada.

Lo razonable sería acudir a un procedimiento más liviano, cuyo objeto se limitase a analizar la capacidad de actuación y, en su caso, necesidad de apoyo para un acto concreto (motivo).

En caso de resultar necesario el apoyo, una vez prestado y rendidas ante el Juez las cuentas de la actuación, se procedería al archivo del expediente.

### Segunda vía u opción: Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

Para supuestos complejos, en caso de personas con discapacidad que, por sus particulares circunstancias, tengan necesidad de realizar de modo frecuente actos jurídicos para los que precisan de apoyo; En casos en que se advierta la proliferación de “motivos” que precisen de modo frecuente la intervención judicial, se podría plantear el acudir al proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

## 7. Opción preferente: procedimiento concreto, simple y flexible, para la evaluación de la necesidad de apoyos puntuales

Como venimos diciendo, estimamos que una persona con discapacidad que para solventar una determinada crisis de autogobierno deba acudir al Juzgado, no debería hacerlo a través del procedimiento general de incapacitación, sino a

través de uno simple y sencillo que, una vez analizada la situación y en su caso, acordada la provisión del concreto apoyo, sería archivado definitivamente.

### Propuesta articulada de procedimiento general.

Nuestra propuesta articulada es la siguiente:

Procedimiento de autorización de medidas concretas de apoyo respecto de personas con discapacidad cuya capacidad de decisión no se encuentre judicialmente modificada.

Procedimiento ordinario.

El Juez, a instancia de persona, guardador o institución interesada, podrá conceder, respecto de persona con discapacidad cuya capacidad de decisión no se encuentre judicialmente modificada, autorización para llevar a cabo medidas concretas de apoyo, tanto de carácter personal como patrimonial, tendentes a su beneficio.

En concreto será necesaria la previa obtención de autorización judicial para llevar a cabo decisiones:

En el plano personal:

1º. Sobre ingreso involuntario no urgente en establecimientos de salud mental o en centros para personas con discapacidad intelectual o demencia.

En este caso el expediente se tramitará conforme a lo dispuesto en el Artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2º. Sobre tratamientos médicos o quirúrgicos no urgentes, con aplicación de lo dispuesto en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente.

En el ámbito patrimonial:

1º. Para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

2º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

3º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

- 4º. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- 5º. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- 6º. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- 7º. Para dar y tomar dinero a préstamo.
- 8º. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.
- 9º. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros
- 10º. Cualquier otro acto relevante de carácter patrimonial.

En caso de que se aprecie posible conflicto de intereses entre el guardador y guardado se nombrará a éste un Defensor Judicial

La representación del guardador respecto del guardado no se extiende, al consentimiento matrimonial, al ejercicio de sufragio activo ni al otorgamiento de testamento en cualquiera de sus formas.

Respecto de otros actos personalísimos habrá que atender al superior interés de la persona con discapacidad.

Será competente para el conocimiento de la pretensión el Juzgado de 1ª Instancia del domicilio de la persona con discapacidad.

Salvo que la ley contemple un procedimiento específico, el Juzgado incoará expediente en el que el Juez oír a la persona con discapacidad y recabará el informe del Médico Forense sobre la capacidad concreta de la persona para llevar a cabo por sí misma el acto cuya autorización se solicita.

Realizado lo anterior se convocará comparecencia con asistencia del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones con interés legítimo en el asunto, practicándose las pruebas que se estimen pertinentes en relación con el objeto de la autorización solicitada.

El Juez, al resolver, se pronunciará sobre capacidad de decisión de la persona en relación con el acto concreto cuya autorización se solicita y, en caso de encontrarla insuficiente, determinará los apoyos correspondientes y designará la persona o institución que deba prestarlos quien, a su conclusión, deberá

rendir cuentas al Juzgado de su actuación.

Verificado lo anterior, se procederá al archivo del expediente.

No será preciso promover ulterior proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados, si se estima que no existe motivo para ello, al quedar suficientemente salvaguardados en ese momento los derechos e intereses de la persona con discapacidad.

Las resoluciones recaídas en estos expedientes podrán ser inscritas o anotadas en el Registro Civil, Registro de la Propiedad, Mercantil u otro Registro Público.

A tal efecto el Letrado de la Administración de Justicia, a instancia de parte interesada, expedirá los correspondientes mandamientos.

La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Letrado de la Administración de Justicia, a la congruencia del mandado con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro.

Autotutela – Designación de asistente para acto concreto.

La propia persona, mayor de edad, con disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas o que sufra adicción a sustancias y conductas, capaz de advertir que necesita apoyo para la realización de un concreto acto de carácter personal o patrimonial, podrá dirigirse al Juzgado señalando el acto concreto y la persona que desea que le preste el apoyo.

La petición dará lugar a la apertura de un expediente al que serán de aplicación las normas sobre competencia y tramitación previstas en el apartado anterior resolviendo el Juzgado al respecto.

Situaciones de urgencia por grave necesidad o desamparo.

En situaciones de urgencia no deberá solicitarse autorización previa, sin perjuicio del posterior control judicial de la actuación llevada a cabo en los casos legalmente previstos.

Las autoridades, funcionarios públicos y profesionales del ámbito social y sanitario, desde su posición de garantes de los derechos de las personas



con discapacidad, tienen un especial deber de actuar en casos de urgencia y grave necesidad cuando no exista persona o institución que pueda tomar decisiones por aquéllas, adoptando directamente las que se estimen más convenientes para su protección.

Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de persona con discapacidad que se encuentre en situación de grave necesidad o desamparo, deberán comunicarlo de inmediato a los organismos sociales o sanitarios competentes a fin de que adopten las medidas de protección necesarias.

## **8. Intervenciones judiciales puntuales expresamente previstas**

El análisis y evaluación de una situación concreta, sin tener que acudir al procedimiento general de incapacitación no es una novedad en nuestro ordenamiento.

Vamos a analizar varios supuestos en que esto se produce, varios expedientes que suponen intervenciones judiciales puntuales.

1. Expediente de nombramiento de Defensor Judicial para intervenir en juicio – Art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –
2. Expediente de disposición de bienes gananciales por cónyuge cuando el otro se encuentra impedido para prestar consentimiento – Art. 1377 Código Civil.
3. Expediente de medidas de protección del Artículo 216 en relación con el Art. 158 del Código Civil.
4. Expedientes de control de ingresos involuntarios. Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – Propuesta de reforma.
5. La esterilización.

### **1. Expediente de nombramiento de Defensor Judicial para intervenir en juicio – Art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –**

Hasta el año 2000 era frecuente que si una persona con discapacidad era demandada o codemandada en un procedimiento judicial, se suspendiese su tramitación hasta que la persona fuese judicialmente incapacitada y se le proveyese de tutor que sería su representante en el juicio.

Entonces este trámite podía retrasar el juicio más de un año.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (año 2000) opta por un sistema mucho más razonable, la intervención puntual y apoyo concreto, desconectada del procedimiento de incapacitación.

Dispone el Art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

### **Artículo 8 Integración de la capacidad procesal:**

1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Secretario judicial le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.
2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél.

En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.

Lo fundamental es que la persona con discapacidad sea provista pronto de persona que la defienda, es decir, de apoyo.

Mientras se procede al nombramiento la defensa la asume el Ministerio Fiscal, para que no haya vacíos en la protección.

### **2. Expediente de disposición de bienes gananciales por cónyuge cuando el otro se encuentra impedido para prestar consentimiento – Art. 1377 Código Civil**

En caso de cónyuges cuyo régimen económico matrimonial sea el de gananciales, en caso de que uno de ellos se encuentre impedido para prestar consentimiento podrá realizar actos de disposición patrimonial sin tener que acudir al procedimiento de incapacitación, bastará un procedimiento concreto de jurisdicción voluntaria.

Es un supuesto muy frecuente en caso de matrimonios mayores en los que uno de ellos ha caído en estado de demencia y deciden ingresar en una Residencia precisando vender algún bien

inmueble (vivienda, finca, garaje, etc.) para obtener liquidez que les permita sufragar los gastos de la residencia.

Dispone el Art. 1377 del Código Civil:

Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

### **3. Medidas de protección de carácter urgente dictadas al amparo de lo dispuesto en el Art. 216-2 en relación con el Art. 158 del Código Civil.**

Artículo 216-2 del Código Civil:

Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

Artículo 158 del Código Civil:

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

...//..

6º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor (o persona con discapacidad) de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor (persona con discapacidad) pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

En suma, nos encontramos aquí con un procedimiento sencillo (jurisdicción voluntaria) para, una vez detectada la necesidad, objetivo o peligro (motivo), ofrecer una solución pronta y concreta sin tener que acudir al procedimiento de incapacitación.

### **4. Control de los ingresos involuntarios: Art. 763 LEC – Propuesta de reforma**

La regulación de las garantías judiciales de los ingresos (que no del proceso que lleva al ingreso), inicialmente contenida en el artículo 211 del Código Civil (reforma realizada en virtud de Ley 13/1983 de 24 de Octubre), se encuentra actualmente en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este precepto está necesitado de una profunda reforma.

Subsanada ya, en virtud de lo dispuesto en el Artículo Segundo; Apartado Tres de la L.O. 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, la ilegalidad formal denunciada por las Sentencias 131/2010 y 132/2010 del Tribunal Constitucional por carecer el precepto de rango de Ley Orgánica, es urgente abordar la reforma de este precepto para adaptarlo a las exigencias de la más actual legislación y jurisprudencia constitucional.

Recientemente el Tribunal Constitucional, a través de la resolución de varios recursos de amparo, se ha pronunciado sobre el Art. 763 de la LEC (STC 182/2015 de 7 de Septiembre – STC 13/2016 de 1 de Febrero)

Desde la AEN, ya en el año 2012 se elaboró y propuso un texto reformado que, por mantener plenamente su vigencia, reproducimos a continuación.

#### **Propuesta de regulación de los ingresos involuntarios.**

La declaración de inconstitucionalidad del Artículo 763-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de Sentencia del Tribunal Constitucional nº 132/2010 de 2 de Diciembre y la consiguiente petición al legislador para que, “a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario”, ofrece la posibilidad de actualizar la regulación de los ingresos no voluntarios, teniendo presente:

- a) Que en la materialización de los ingresos involuntarios se han producido durante estos años importantes disfunciones.
- b) Que lo que regula el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son los ingresos involuntarios, sino las garantías judiciales de los

ingresos involuntarios, lo cual sólo es una parte del proceso.

- c) Que contamos con un solo precepto, aplicable a tres colectivos muy distintos: Personas con padecimiento mental grave; Personas con demencia; Personas con discapacidad intelectual.

Debería haber tres artículos 763 de la LEC para contemplar las particularidades de cada colectivo. El hecho de que no sea así obliga a redactar tomando en cuenta las distintas hipótesis, lo cual recarga el texto y puede dar lugar a equívocos.

- d) Que la regulación debería llevarse a la Ley de Autonomía del Paciente, dado que los ingresos se plantean como una medida sanitaria.

- e) En cualquier caso, la regulación ha de tener rango de Ley Orgánica.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se propone que la regulación de los ingresos involuntarios tenga, al menos, las siguientes garantías y previsiones:

1. El ingreso involuntario de una persona, ya sea para diagnóstico o para tratamiento, requerirá en todo caso la indicación del facultativo correspondiente, que actuará por iniciativa propia o a instancia de cualquier familiar, allegado, apoderado o institución pública o privada entre cuyas competencias se encuentre la protección de personas vulnerables.

El facultativo evaluará la capacidad para decidir por sí misma de la persona, así como las alternativas posibles al ingreso e indicará éste cuando la persona carezca de capacidad suficiente para decidir y el ingreso se presente como la medida más adecuada en atención a las circunstancias concurrentes.

\* En relación con la redacción anterior, se alude expresamente al ingreso para “diagnóstico”.

\* Se establece una amplia legitimación para solicitar el ingreso.

\* Se pide al facultativo que la decisión se tome en atención a “las circunstancias concurrentes”, que además de las consideraciones clínicas, se extienda a otras como la existencia o no de apoyo social y familiar.

Cuando la persona no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del facultativo interviniente, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su

situación; Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Si se encuentra incapacitada legalmente, la información y la decisión corresponderán, dentro de los límites de la sentencia, a quien haya sido designado para prestarle el correspondiente apoyo.

Si ha otorgado poderes a favor de una persona o ha designado representante en documento de instrucciones previas, la información y la decisión corresponderán al apoderado o al representante, dentro de los límites del poder o de la representación.

\* Dado que el ingreso es un acto médico es obligado respetar las previsiones contenidas en la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, de Autonomía del Paciente, tanto en lo relativo a sustitución del consentimiento (Art. 9) como a la posible existencia de instrucciones previas con nombramiento de representante que sirva de interlocutor ante la Administración Sanitaria (Art. 11).

\* Por otro lado, existe la posibilidad de que la persona, de acuerdo con lo establecido en el Art. 1732 del Código Civil, haya otorgado poderes a favor de una persona facultándola para decidir sobre cuestiones relativas a su salud y tratamiento.

2. En caso de que la intervención no admita demora, se llevará a cabo de modo inmediato por el dispositivo sanitario de urgencias, social o sanitario, en el Centro previsto o designado por las autoridades sociales o sanitarias competentes.

\* La doble referencia a lo “social” y a lo “sanitario” tiene que ver con los dos colectivos a los que se aplica el ingreso involuntario. De un lado, personas con trastorno mental grave (que precisan tratamiento y recursos sociales y sanitarios) y, de otro; personas mayores con demencia que precisan también asistencia y recursos sociales.

3. Si la materialización del ingreso presenta grave dificultad de hecho, podrá solicitarse la colaboración de las Fuerzas de Seguridad, la cual deberán prestar en ejercicio de las funciones de auxilio a los ciudadanos legalmente previstas.

\* Se hace referencia aquí directamente a lo dispuesto en la L.O. 2/1986 de 13 de Marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Arts 11-1 y 53-1), así como

en la L.O. 1/1992 de 21 de Febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana, sobre funciones de auxilio y colaboración con los ciudadanos.

4. Una vez materializado el ingreso de carácter urgente, el responsable del Centro, deberá dar cuenta al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el ingreso llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de ingresos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el ingreso.

5. En caso de que el ingreso no tenga carácter urgente, cualquier familiar, allegado, guardador, apoderado o institución pública o privada entre cuyas competencias se encuentre la protección de personas vulnerables deberá dirigirse al Juzgado de 1ª Instancia o de Familia competente y solicitar la autorización de ingreso, acompañando en todo caso la indicación facultativa y demás documentos en que funde la solicitud.

\* Se alude a la competencia objetiva (Juzgado de 1ª Instancia – Juzgado de Familia) y a la obligación de acompañar “en todo caso”, el documento con la indicación facultativa del ingreso.

6. Antes de conceder la autorización o de ratificar el ingreso que ya se ha efectuado, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo ingreso se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado y al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso.

Igualmente practicará las pruebas solicitadas por el afectado y las que el Tribunal considere convenientes, debiendo comprobar si aquél ha formalizado documento de instrucciones previas o nombrado apoderado en los términos legalmente previstos. En caso afirmativo el representante o apoderado deberá ser oído y, dentro de los límites de la representación o apoderamiento, deberá ser atendida su decisión.

\* Este párrafo es coherente con lo establecido en el punto 1 sobre la necesidad de comprobar si la persona

a otorgado poderes o designado representante en documento de instrucciones previas.

En caso afirmativo éstos deberán ser oídos siendo su decisión vinculante para el Juez, dentro de los límites de la representación o apoderamiento.

En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de ingreso involuntario deberá disponer de representación y defensa.

\* Aunque la redacción anterior permitía a la persona nombrar Abogado, esto casi nunca llegaba a ocurrir. De hecho, salvo supuestos absolutamente excepcionales, los expedientes de ingreso se tramitan sin que la persona ingresada disponga de representación y defensa.

Lo mismo que a toda persona “detenida” se le asigna un abogado del turno de oficio, las personas ingresadas deberían tener idéntico tratamiento.

Esta medida es conforme a los dictados de la Convención de la ONU sobre Personas con Discapacidad.

En este sentido, el Informe del Comité de Expertos encargado de la evaluación de su aplicación ha manifestado su preocupación por la falta de suficientes salvaguardas en este punto.

7. El Tribunal, si tras la práctica de las pruebas previstas en el apartado anterior estima que la persona padece un trastorno psíquico que le impide decidir por sí misma y el ingreso se presenta como la medida más adecuada para su protección en atención a las circunstancias concurrentes, dictará Auto autorizando el ingreso.

En otro caso dictará Auto denegándolo o declarando que la persona cuenta con capacidad suficiente para decidir por sí misma o a través de su representante o apoderado.

\* El Auto dictado por el Juez tendrá uno de los siguientes contenidos.

- a) Autorizar el ingreso
- b) Denegar el ingreso
- c) Declarar que la persona cuenta con suficiente capacidad para decidir por sí misma.
- d) Atender lo decidido por el representante o apoderado.

La autorización o ratificación del ingreso no significa que la persona ingresada deba ser sometida a ulterior proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

Ello solo estaría justificado cuando se apreciase la existencia de un motivo relevante, en aras a conseguir una mejora real de las condiciones de vida o ejercicio de derechos y ello no pudiera obtenerse por otros medios jurídicos o judiciales.

8. En la misma resolución que acuerde el ingreso se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el ingreso señale un plazo inferior.

9. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el ingreso será susceptible de recurso de apelación.

10. Cuando la personas ingresadas que carezcan de familiares o allegados que puedan ocuparse de los aspectos patrimoniales, se hará cargo de ellos la entidad que en el territorio tenga encomendada la protección de personas con discapacidad.

\* Este punto está pensado en los casos de ingresos de personas mayores que vivían solas y que, presumiblemente, no van a regresar al domicilio.

Se produce aquí una conexión con lo dispuesto en el Art. 239 II del Código Civil.

Lo que se pretende es que estas entidades se hagan cargo de modo inmediato de las cuestiones urgentes (aseguramiento de la vivienda, pagos, cuentas corrientes, etc..) sin perjuicio de que posteriormente se insten las medidas judiciales de protección que se consideren oportunas.

11. Toda persona ingresada de modo involuntario en un Centro, ya sea de carácter sanitario o asistencial, gozará de todos los derechos legalmente previstos tendentes a salvaguardar su dignidad, su relación con familiares, comunicaciones, etc.

Es ya urgente avanzar hacia la supresión total de medidas (contención mecánica, aislamiento, restricciones varias, etc.) que suponen un claro atentado a la dignidad y los derechos de las personas. Para ello es necesario dotar a los diferentes servicios de recursos de personal, formación e incremento de la sensibilidad para hacer posible una contención emocional dentro de un contexto de intervención terapéutica respetuosa con los derechos.

Cualquier restricción de estos derechos deberá ser especialmente indicada y motivada, dejando constancia en el historial, por el profesional competente y sometida a particular control judicial, que será previo cuando las circunstancias lo permitan. De otro modo se comunicará al Juez a la mayor brevedad, al objeto de que proceda a su evaluación.

\* Se introduce en este punto la trascendental cuestión de la salvaguarda de las medidas especialmente restrictivas de derechos que pueden darse en las Unidades y Centros de Ingreso.

Se aboga por que dichas medidas estén sometidas a control judicial.

Así lo expresó también el Defensor del Pueblo del Estado en informe de fecha 11 de noviembre de 2005, en los siguientes términos:

“Es preciso regular las medidas de contención mecánicas a las que pueden ser sometidos los pacientes que se encuentran internos en un centro médico y la ordenación de los tratamientos especialmente invasivos.

Si bien es cierto que con las modificaciones legislativas habidas se ha conseguido una regulación detallada en lo que respecta al proceso que debe seguirse para el internamiento voluntario o involuntario del paciente, una vez dentro de dicho centro, el legislador no ha contemplado el régimen de garantías de estas personas, dejando al libre arbitrio de cada hospital la regulación de esas cuestiones respecto de sus pacientes.

....//....

A juicio de esta Institución, la autorización judicial de internamiento que recoge el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no lleva implícita la restricción del derecho a la libertad individual que se produce cuando los facultativos someten al paciente a medidas de contención mecánica sin la aceptación de aquél.

Sería por ello más adecuado desde un punto de vista jurídico, que en los casos de contención mecánica no consentida por el paciente, se solicite la correspondiente autorización judicial cuando dichas medidas no vayan a tomarse de inmediato – supuesto, quizá, poco frecuente – o bien, cuando por razones de urgencia hayan sido adoptadas, informar al juez. Igual autorización judicial debería recabarse cuando la persona internada ve limitado alguno de sus derechos como consecuencia del régimen de vida existente en el centro.

....//....

El Juez, antes de decidir, podrá recabar la opinión de Comités de Ética o Instituciones con competencia en la protección de los derechos de los pacientes.

\* Este punto tiene que ver con la creciente importancia que van adquiriendo los Comités de Ética Asistencial, integrados también por los propios enfermos y sus familiares cuya opinión puede ser muy valiosa para el Juez.

12. Transcurrido el plazo establecido y una vez recibidos los referidos informes de los facultativos, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona ingresada consideren que no es necesario mantener el ingreso, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

14. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

## 5. La esterilización

La Ley prevé el análisis puntual de la pretensión de esterilización de persona con discapacidad, en términos muy estrictos, tras la reforma realizada en el Art. 156-2 del Código Penal en virtud de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo que dispone:

**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.

## 9. Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados

Como ya se ha señalado anteriormente, para supuestos complejos, en caso de personas con discapacidad que, por sus particulares circunstancias, tengan necesidad de realizar de modo frecuente actos jurídicos para los que precisan de apoyo; En casos en que se advierta la proliferación de “motivos” que precisen de modo frecuente la intervención judicial se podría plantear el acudir al proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

En estos casos, la figura de apoyo nuclear sería la “curatela” en sus distintas formas: representativa, no representativa, familiar, institucional.

Le sería de aplicación a la curatela, las normas sobre control, inhabilidad, excusas, remoción, etc. previstas actualmente para la tutela.

También tendría encaje como figura de apoyo la de la “asistencia permanente” para un conjunto de actividades, en los términos contemplados actualmente en el Código Civil de Cataluña.

## 10. La importancia del principio de seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un valor, al igual que lo es la libertad y el derecho a su libre desarrollo.

Hasta ahora, respecto de las personas con discapacidad, nuestro sistema jurídico primaba la seguridad jurídica sobre cualquier otra cosa, de ahí la acentuada tendencia a propiciar cuanto antes su declaración de incapacidad.

Ya con la Constitución y, desde luego, tras la Convención de la ONU de 2006, este planteamiento debe ser corregido pero sin caer en el otro extremo. Se impone un razonable equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y el libre desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad.

Nuestra propuesta, como se ha expuesto, pasa por instrumentos jurídicos y judiciales sencillos y pocos onerosos, lo cual es preciso conciliar con la publicidad de estas situaciones para que terceras personas puedan tener conocimiento del estatuto jurídico de estas personas (a efectos de contratación, trámites burocráticos, etc.).

Vamos a examinar como la combinación de “control judicial” con “publicidad” puede dotar a los instrumentos que hemos propuesto, de una razonable “seguridad jurídica”

#### **Guarda de hecho.**

##### 1. Control judicial.

Artículo 303 del Código Civil:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.

2. Publicidad. Disposiciones de la Ley 20/2011 de 21 de Julio del Registro Civil –

Artículo 40. Anotaciones registrales.

1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción.

2. Las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos:

...//...

Las actuaciones tutelares y de otras figuras tuitivas previstas en la Ley, en los casos que reglamentariamente se determinen.

La guarda de hecho.

Poderes Preventivos.

##### 1. Control judicial.

Dispone el Art. 1732-3º in fine del Código Civil

“El mandato (poder preventivo) podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

2. Publicidad. Disposiciones de la Ley 20/2011 de 21 de Julio del Registro Civil –

Artículo 4. Hechos y actos inscribibles.

Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles:

...//...

La autotutela y los apoderamientos preventivos.

Artículo 77. Inscripción de autotutela y apoderamientos preventivos.

Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil.

Voluntades anticipadas.

Control judicial – Límites legales.

Art 11-3 Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente:

No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

Publicidad

Art 11-5 Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente

Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las

respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

### **Intervenciones judiciales puntuales a través de expedientes concretos:**

Control judicial.

A través del expediente de evaluación de la capacidad de decisión y eventual provisión de apoyos.

Publicidad.

Propuesta de posibilidad de inscripción o anotación en Registro Civil, de la Propiedad, Mercantil u otro Registro Público.

### **En general.**

Las resoluciones que afectan a las personas con discapacidad tienen acceso a los distintos Registros.

Dispone el Artículo 73 de la Ley 20/2011 de 21 de Julio del Registro Civil – . Inscripción de tutela, curatela y sus modificaciones.

1. Se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador.

Asimismo, tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares.

2. Dichas resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones.

## **11. Las fundaciones tutelares: marco legal – dificultades – retos de futuro**

### **11.1. Marco legal**

En la reforma del Código Civil realizada en virtud de la Ley 13/1983 de 24 de Octubre, se introdujo el siguiente precepto:

### **Artículo 242**

“Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”.

La lectura del Diario de Sesiones del debate de esta Ley permite conocer el grado de extrañeza que produjo esta propuesta a la que se hacía una doble objeción:

*Una de carácter técnico*, basada en una opinión muy extendida según la cual la función tutelar tiene una dimensión “*esencialmente personal*” basada en el afecto y relación singular entre tutor y tutelado, que se aviene mal con la abstracción e inconcreción propias de las entidades.

Los defensores de esta postura mantenían que la tutela es una institución propia y genuina del derecho de Familia, que sólo tiene sentido en éste ámbito y que no puede ser encomendada a entes sin perder la esencia de su carácter y fisonomía.

Buena prueba de esta posición la encontramos en la intervención del senador Sr. Reigada Montoto quien manifestó que era “*un disparate cómico*” plantear la tutela de las personas jurídicas, para añadir que “*de esto al matrimonio de dos Sociedades de Responsabilidad Limitada falta muy poco*”<sup>1</sup>

*Otra, sobre la oportunidad de su planteamiento*, pues no fueron pocos los parlamentarios que manifestaron sus críticas por plantear un debate vacío, pues no obedecía a una demanda social ni a una necesidad real pues suponían que todas las personas incapacitadas contaban con algún familiar apto para desempeñar la tutela.

Frente a esta objeción cabe señalar que aunque en el año 1983 las dificultades para encontrar tutores dentro del seno de las familias no eran tan evidentes como en la actualidad, el problema ya estaba planteado y demandaba solución.

En este sentido, la contestación que el Senador Sr. Ramis Rabassa dio al Senador Sr. Reigada Montoto, ofrece una pista sobre el origen de la propuesta.

“*Se consultó a todos o prácticamente a todos los directores y a los representantes de Entidades que están al cuidado de subnormales, y puedo afirmar a su*

1 Diario de Sesiones del Senado n.º 28 Pág. 1407.



*Señorías que fue a petición de ellos y por ruego de ellos por lo que se dejó el Proyecto tal y como estaba”<sup>2</sup>*

Con el tiempo la demanda de tutores institucionales no ha hecho sino aumentar, hasta el punto de que representan ya un porcentaje muy notable del conjunto de las tutelas existentes.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil quiso dar respuesta a esta demanda añadiendo un tercer párrafo al Artículo 239 del Código Civil, en los siguientes términos:

“La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Como ya se señaló al tratar en la Primera Parte “El Deber de actuación de los Poderes Públicos”, este precepto obligó a las distintas Comunidades Autónomas a crear o, en su caso, reorganizar entidades tutelares para atender esta obligación.

No se ha seguido un modelo unitario. Al contrario, las distintas Comunidades han generado modelos diversos, si bien guiados por la misma finalidad.

Finalmente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha introducido en el Código Civil un nuevo Art. 239 bis que dice:

La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor.

## 11.2. Dificultades

Las Fundaciones Tutelares se enfrentan a las siguientes dificultades:

### 1. Incremento continuo de asignación de tutelas.

Como ya se ha señalado, cada vez es más difícil encontrar tutores individuales (familiares, amigos) dispuestos a asumir la tutela.

En otros casos, los familiares simplemente no existen o no se encuentran en condiciones de ejercerla.

Por una u otra razón, cada vez son más las demandas que incluyen en su suplico que la tutela sea asumida por una Fundación Tutelar.

A nuestro parecer los Jueces y Fiscales, salvo en los casos de ausencia de familiares o dificultad manifiesta de éstos, deberían ser muy restrictivos en la atención de estas pretensiones, en la medida que la función tutelar constituye un deber para los llamados legalmente a ella (Art. 216 del Código Civil), del que pueden ser excusados solo cuando concurren las circunstancias que la propia ley prevé en el Artículo 251 del Código Civil que establece:

“Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.

Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela”.

2 Diario de Sesiones del Senado n.º 28 Pág. 1408.

## 2. Perfil de los tutelados

Tanto el colectivo de las personas con discapacidad por déficit intelectual, como el colectivo de personas con discapacidad asociado a una demencia, no suelen crear problemas a las Fundaciones Tutelares.

El colectivo de los pacientes con trastorno mental que no siguen tratamiento sí supone a las Fundaciones una asignación de recursos que no siempre están en condiciones de ofrecer.

Más recientemente, un nuevo colectivo, el de los Trastornos de Conductas, Trastornos de Personalidad, Inadaptación, Inmadurez (en muchos casos asociados al consumo de tóxicos) están desbordando completamente la capacidad de actuación de las Fundaciones que, además, viven bajo la constante “espada de Damocles” de la atribución de responsabilidad civil por los actos realizados por éstos.

## 3. Financiación

Ya se ha dicho que los modelos por los que las distintas Comunidades Autónomas han optado son distintos pero, en general, el déficit de medios y financiación es denominador común.

Algunas Fundaciones siguen contando con los mismos medios personales y materiales con las que fueron dotadas a su constitución, aún habiendo multiplicado por 5, por 10 o incluso por 20 el número de tutelados.

### 11.3. Retos de futuro

#### 1. Dotación progresiva y suficiente

Si hacemos una proyección de futuro, lo que se dibuja en el horizonte es un aumento continuado de la demanda de ejercicio institucional de la tutela.

Los distintos gobiernos tienen que tener presente esta realidad que ya es actual y sin duda se incrementará en los próximos años. Es preciso que estén preparados para ello, de otro modo las Fundaciones no podrán realmente atender a los tutelados y el ejercicio de la tutela no pasará de ser algo formal y burocrático, poco más que llevar unas cuentas que presentar al Juez.

#### 2. Adaptación a la configuración de las funciones tutelares derivadas de la aplicación de los principios y directrices de la Convención de

#### la ONU sobre derechos de las Personas con Discapacidad.

La tutela concebida de acuerdo con los viejos preceptos del Código Civil (aún vigentes) debe entenderse ya superada por aplicación de los principios y directrices de la Convención de la ONU que podemos enumerar del siguiente modo:

- \* Concepto dinámico de la Discapacidad
- \* Fomento de la autonomía
- \* Apoyo en el proceso de toma de decisiones.
- \* Prevalencia del aspecto personal, sobre el patrimonial.

Algunas Fundaciones tienen GUÍAS ya claramente orientadas en este sentido como la “Guía de la Fundación Jienense de Tutela” o EL “Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de la protección jurídica” de la Fundación Manantial.

Por otro lado, consideramos que está cercana ya la reforma legal que distinga claramente la doble vía de la que tanto venimos hablando y acomodar su funcionamiento a este, previsiblemente, nuevo marco legal:

**Primera vía u opción:** Procedimiento concreto, simple y flexible para la evaluación de la necesidad de apoyos puntuales.

**Segunda vía u opción:** Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

#### 3. Incorporación de otras funciones.

Con la dotación progresiva y suficiente, las Fundaciones Tutelares podrían incorporar a su actuación otras funciones como:

- \* Información, asesoramiento a personas con discapacidad que cuenta con amplias zonas de autogobierno y que, no obstante, precisan de apoyos puntuales para la realización de algún acto determinado (Ej: Declaración del I.R.P.F.; Gestiones burocráticas, etc.)
- \* Información, asesoramiento a familiares y Guardadores de hecho de personas con discapacidad.
- \* Aceptar apoderamientos (poderes preventivos) de personas con discapacidad.

- \* Aceptar el control de apoderamientos realizados a favor de otras personas.
- \* Aceptar el nombramiento de “asistente” (Figura existente en la Legislación de Cataluña).
- \* Gestionar la respuesta inmediata en caso de urgencias en relación con personas con discapacidad, en coordinación con el sistema socio-sanitario.
- \* Colaborar en proyectos de recuperación llevados a cabo por la red de salud mental”.

## **tercera parte**

Resumen.

Bases de la reforma.

Propuesta de texto articulado

## Resumen

### 1. Concepto dinámico y circunstancial de la discapacidad

Frente a la visión tradicional de la discapacidad como un concepto estático, se alza la Convención de la ONU de 2006 cuando proclama en su Preámbulo que:

“La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Queda claro que la discapacidad no es la consecuencia de haber sido provisto de un documento oficial que recoge un padecimiento mental o una limitación en el plano intelectual. Esto no es más que un dato. La discapacidad es un juicio de valor que, en cada caso, habrá de extraer de dos factores:

1. Número y carácter de las barreras existentes en el entorno de la persona.
2. Número y carácter de los apoyos existentes en el entorno de la persona.

### 2. Interés superior de la persona con discapacidad.

Criterio rector de toda la actuación.

Se propone la siguiente redacción para un futuro texto articulado:

Toda persona con discapacidad tiene derecho a su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

Como criterio general se considera interés superior de la persona con discapacidad aquél que, en relación con sus circunstancias concretas, le reporte mayor calidad de vida y felicidad, apreciado ello conforme a lo manifestado por dicha persona de acuerdo con sus convicciones personales, dentro de los límites legalmente previstos.

Toda persona con discapacidad en la medida que sea posible y aplicando en su caso los instrumentos de apoyo que sean precisos,

deberá ser oída respecto de las decisiones que le incumban, debiendo ser respetada su voluntad cuando haya podido válidamente formarse y manifestarse.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior de la persona con discapacidad sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

### 3. Protección cualificada – principio de corresponsabilidad privada y pública– coordinación de sistemas.

Protección cualificada.

Se propone la siguiente redacción para un futuro texto articulado:

Las personas con discapacidad deberán especialmente amparadas en el ejercicio de sus derechos.

Se prohíbe cualquier discriminación por motivos de discapacidad, entendida ésta como distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Principio de corresponsabilidad privada y pública. Coordinación de sistemas.

Además de las obligaciones de apoyo que la ley establece para los familiares, todos los poderes públicos deberán cooperar con ellos mediante actuaciones conjuntas y coordinadas para conseguir este fin.

### 4. Promoción de la autonomía – supresión de barreras – ajustes razonables

Actualmente todas las leyes relativas a las personas con discapacidad erigen el respeto o consecución de la máxima autonomía como criterio rector

La Ley de las Dependencias, en su Art. 2, define la autonomía como:

“La capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales

**acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”**

Por su parte, la Convención de la ONU de 2006 en su artículo 3, proclama como primer principio general:

**“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.**

En su Preámbulo igualmente reconoce:

**“La importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.**

Y añade:

**“La discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”.**

La Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), consecuencia directa de la promulgación de la Constitución de 1978 supuso el reconocimiento de la dignidad y derechos de este colectivo. Supuso un avance importante pero insuficiente. Una cosa es el reconocimiento de los derechos y otra, la posibilidad de ejercicio efectivo de los mismos. La Convención de la ONU viene a incidir fundamentalmente en este aspecto. Para ello hace falta la colaboración no solo de los poderes públicos, sino de todos los ciudadanos, juntamente convocados a “eliminar barreras” (físicas, mentales, emocionales, jurídicas, etc.), prestar apoyos y a realizar los “ajustes razonables” que sean precisos para contribuir a la autonomía y disfrute de derechos de estas personas.

En su Preámbulo la Convención define este concepto en los siguientes términos:

**Por «ajustes razonables» se entenderán 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;**

## **5. Autotutela – poderes preventivos.**

Consecuencia directa de la autonomía es la autotutela.

Ya hemos recordado en la primera parte de este documento a Stuart Mill cuando en su célebre ensayo “Sobre la Libertad” decía:

**“Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña a los propios intereses.**

**“Todos los errores que el individuo pueda cometer en contra del consejo y la advertencia, están contrarrestados de lejos por el mal de permitir a otros que le obliguen a hacer aquello que consideran que es su bien”.**

Cuando han transcurrido ya quince años desde la promulgación de la Ley 41/2003 de 14 de noviembre, que introdujo en el Código Civil los instrumentos de autotutela, podemos constatar una vez más lo acertado de esta afirmación.

Se han otorgado miles de poderes preventivos (Art. 1732 Código Civil) y se han hecho cientos de designaciones de tutor en documento público (Art. 223-2 Código Civil) y apenas ha habido denuncias por mal uso o ejercicio inadecuado. Desde luego, porcentualmente mucho menores que en los casos de tutores nombrados en resolución judicial.

La autotutela, en sus distintos momentos y formas, se muestra como la opción más eficaz y respetuosa con los derechos de la persona con discapacidad.

## **6. Reconocimiento de las facultades de apoyo que la ley otorga a los guardadores de hecho, privados o institucionales**

Donde no llegue el propio autogobierno y, en la medida que este se vea comprometido por el concurso de barreras de distinto tipo, se precisará el apoyo de las personas más cercanas y afectivamente más vinculadas a la persona con discapacidad. Normalmente serán sus familiares cercanos, amigos, vecinos, etc.

El Artículo 304 del Código Civil otorga a estas personas un estatuto general de validez de sus actos, siempre orientados a procurar el beneficio del guardado, cuando señala:

**“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”**

La Guarda de hecho podrá ser familiar o institucional; privada o pública.

Cabe destacar el creciente peso que en el ejercicio de los apoyos están adquiriendo las denominadas “Fundaciones Tutelares”.

También es posible, incluso deseable, que los Guardadores de Hecho puedan encontrar apoyo en su actuación en las instituciones tutelares públicas, formando así una especial de “coalición de apoyos”.

### **7. Especial deber de actuación de los funcionarios públicos y profesionales del ámbito social, sanitario y jurídico.**

En las situaciones en que de modo permanente o momentáneo la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo por carecer de persona o institución guardadora, el deber de actuar en su socorro obliga a todos los funcionarios públicos y, especialmente, a los que desarrollan su función en el ámbito social y sanitario, debiendo adoptar las iniciativas y decisiones que consideren necesarias, sin perjuicio del posterior control judicial si fuese necesario.

Es frecuente que situaciones de necesidad que exigen una intervención inmediata (personas mayores con demencia, personas con trastorno mental que viven solos y en condiciones deplorables, o en la calle, etc.) se bloqueen y prolonguen hasta casos extremos porque nadie toma decisiones sobre la base de que “no está incapacitado”, “yo no puedo actuar sin autorización judicial”, etc.

Ya hemos señalado que todos los funcionarios públicos y profesionales de la función pública tienen el concreto y especial deber de actuar, basado en lo dispuesto en el artículo 49 en relación con el artículo 9-2 de la Constitución Española.

### **8. Intervenciones judiciales puntuales – determinación de apoyos puntuales.**

El apoyo recibido de los Guardadores de Hecho en sus distintas formas, la diligente actuación de los profesionales de la función pública en sus distintos ámbitos (social, sanitario, fuerzas de seguridad, etc.)

debe servir para que la persona con discapacidad vea subsanada su “crisis de autogobierno”, cubierta su necesidad, neutralizado el peligro, conseguido el deseo, etc.

Algunos de estos actos, por su relevancia en el plano personal (ingreso en centros o unidades de salud mental) o patrimonial (operaciones inmobiliarias, transacciones económicas, otros actos económicamente relevantes, etc.) precisarán de control judicial que será previo, en caso de urgencia, o posterior, cuando no la haya.

Para estos casos se propone el examen del asunto a través del procedimiento sencillo que hemos ya descrito y denominado “De autorización de medidas concretas de apoyo respecto de personas con discapacidad cuya capacidad de decisión no se encuentre judicialmente modificada”.

### **9. Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.**

Para supuestos complejos, en los que se advierta la proliferación de barreras de distinto tipo (jurídicas, burocráticas, físicas, mentales, etc.) y la escasa presencia de apoyos se podría plantear el acudir al proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

En estos casos, la figura de apoyo nuclear sería la “curatela” en sus distintas formas: representativa, no representativa, familiar, institucional.

Le sería de aplicación a la curatela, las normas sobre inhabilidad, excusas, remoción, etc. previstas actualmente para la tutela.

En suma:

Vemos como el sistema que proponemos invierte el modo tradicional de actuación.

Antes, en el sentir común de los familiares y profesionales, la incapacitación judicial de la persona con discapacidad intelectual o trastorno mental aparecía como la primera/única opción.

En nuestra propuesta, es la opción última.

Aunque el proceso ya se ha iniciado, va a requerir un progresivo cambio de mentalidad, la necesidad de “otra mirada”, como venimos diciendo.

Ayudaría mucho que se acometiese de una vez la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para adaptar estos textos a los principios y directrices de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) algo que, diez años después de su proclamación y siete años después de que el Gobierno se comprometiese a hacerlo (2009), aún no ha sucedido.

Es más, y es grave, el único texto procesal posterior que afecta a la discapacidad, la reciente Ley 15/2015 de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria, ABORDA LA DISCAPACIDAD COMO SI LA CONVENCIÓN DE LA ONU NO EXISTIESE, ignorando sus principios, ignorando sus propósitos, colocándose en contra de un vigoroso movimiento renovador de esta realidad social.

## Propuesta texto articulado

Para adaptar la legislación civil española a los principios y directrices de la convención de la onu de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad.

Propuesta texto articulado para adaptar la legislación civil española a los principios y directrices de la convención de la onu de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad.

### Artículo 1: Concepto de Discapacidad.

La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

### Artículo 2: Interés superior de la persona con discapacidad.

Toda persona con discapacidad tiene derecho a su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

Como criterio general se considera interés superior de la persona con discapacidad aquél que, en relación con sus circunstancias concretas, le reporte mayor calidad de vida y felicidad, apreciado ello conforme a lo manifestado por dicha persona de

acuerdo con sus convicciones personales, dentro de los límites legalmente previstos.

Toda persona con discapacidad en la medida que sea posible y aplicando en su caso los instrumentos de apoyo que sean precisos, deberá ser oída respecto de las decisiones que le incumban, debiendo ser respetada su voluntad cuando haya podido válidamente formarse y manifestarse.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior de la persona con discapacidad sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

### Artículo 3: Protección cualificada.

Las personas con discapacidad deberán especialmente amparadas en el ejercicio de sus derechos.

Se prohíbe cualquier discriminación por motivos de discapacidad, entendida ésta como distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

### Artículo 4: Autonomía de la Voluntad.

Se entiende por autonomía, la capacidad de afrontar y tomar por propia iniciativa las decisiones personales acerca de cómo vivir, de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como a desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

Se fomentará y facilitará hasta donde sea posible el uso de la autonomía personal y la utilización de instrumentos jurídicos de manifestación de la misma, como los poderes preventivos, voluntades anticipadas, etc.

### Artículo 5: Autotutela – Poderes Preventivos.

Cualquier persona con suficiente capacidad de decisión podrá otorgar poderes de representación a terceros y establecer las pautas y criterios de actuación del apoderado.



Estos apoderamientos, que deberán realizarse en escritura pública, comenzarán a regir en el momento del otorgamiento o bien, en un momento futuro para el caso de incapacidad sobrevenida, apreciada conforme lo dispuesto por el otorgante. En este caso deberá expresarse con claridad el momento o circunstancia desencadenante de los efectos del poder.

El poder podrá terminar por voluntad del otorgante o resolución judicial.

#### **Artículo 6: Reconocimiento de las facultades de Apoyo que la Ley otorga a los Guardadores de Hecho; privados o institucionales.**

Las personas que, por razón de parentesco o afecto, presten apoyos permanentes a persona con discapacidad, en caso de que ésta no pueda decidir por sí al respecto, podrán adoptar las decisiones e iniciativas tendentes a procurar su beneficio y la protección de sus derechos.

En los casos legalmente previstos, cuando el acto requiera autorización judicial, estarán legitimados para solicitarla.

En este caso, la resolución que ponga fin al expediente, en caso de acoger la petición del guardador, señalará el apoyo que deba prestarse y el control de su materialización.

Lo previsto en los apartados anteriores resulta de aplicación a las Asociaciones, Fundaciones y otro tipo de Personas Jurídicas públicas o privadas entre cuyos fines se encuentra la protección o auxilio a Personas con Discapacidad.

#### **Artículo 7: Especial deber de actuación de los profesionales de la función pública.**

Las autoridades, funcionarios públicos y profesionales del ámbito social y sanitario, desde su posición de garantes de los derechos de las personas con discapacidad, tienen un especial deber de actuar en casos de urgencia y grave necesidad cuando no exista persona o institución que pueda tomar decisiones por aquéllas, adoptando directamente las que se estimen más convenientes para su protección, sin perjuicio de la posterior e inmediata comunicación al Juzgado competente en los casos de ingresos involuntarios urgentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de persona con discapacidad que se encuentre en situación de grave necesidad o desamparo, deberán comunicarlo de inmediato a los organismos sociales o sanitarios competentes a fin de que adopten las medidas de protección necesarias, sin perjuicio de la posterior adopción de medidas judiciales de protección en caso de que resulten procedentes.

#### **Artículo 8: Procedimiento concreto, simple y flexible, para la evaluación de la necesidad de apoyos puntuales.**

Procedimiento de autorización de medidas concretas de apoyo respecto de personas con discapacidad cuya capacidad de decisión no se encuentre judicialmente modificada

##### Procedimiento ordinario

El Juez, a instancia de persona, guardador o institución interesada, podrá conceder, respecto de persona con discapacidad cuya capacidad de decisión no se encuentre judicialmente modificada, autorización para llevar a cabo medidas concretas de apoyo, tanto de carácter personal como patrimonial, tendentes a su beneficio.

En concreto será necesaria la previa obtención de autorización judicial para llevar a cabo decisiones:

En el plano personal:

1º. Sobre ingreso involuntario no urgente en establecimientos de salud mental o en centros para personas con discapacidad intelectual o demencia.

En este caso el expediente se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2º. Sobre tratamientos médicos o quirúrgicos no urgentes, con aplicación de lo dispuesto en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente.

En el ámbito patrimonial:

1º. Para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o rea-

lizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

- 2º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
- 3º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.
- 4º. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- 5º. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- 6º. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- 7º. Para dar y tomar dinero a préstamo.
- 8º. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.
- 9º. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros.
- 10º. Cualquier otro acto relevante de carácter patrimonial.

En caso de que se aprecie posible conflicto de intereses entre el guardador y guardado se nombrará a éste un Defensor Judicial.

La representación del guardador respecto del guardado no se extiende, al consentimiento matrimonial, al ejercicio de sufragio activo ni al otorgamiento de testamento en cualquiera de sus formas.

Respecto de otros actos personalísimos habrá que atender al superior interés de la persona con discapacidad.

Será competente para el conocimiento de la pretensión el Juzgado de 1ª Instancia del domicilio de la persona con discapacidad.

Salvo que la ley contemple un procedimiento específico, el Juzgado incoará expediente en el que el Juez oirá a la persona con discapacidad y recabará el informe del Médico Forense sobre la capacidad concreta de la persona para llevar a cabo por sí misma el acto cuya autorización se solicita.

Realizado lo anterior se convocará comparecencia con asistencia del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones con interés legítimo

en el asunto, practicándose las pruebas que se estimen pertinentes en relación con el objeto de la autorización solicitada.

El Juez, al resolver, se pronunciará sobre capacidad de decisión de la persona en relación con el acto concreto cuya autorización se solicita y, en caso de encontrarla insuficiente, determinará los apoyos correspondientes y designará la persona o institución que deba prestarlos quien, a su conclusión, deberá rendir cuentas al Juzgado de su actuación.

Verificado lo anterior, se procederá al archivo del expediente.

No será preciso promover ulterior proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados, si se estima que no existe motivo para ello, al quedar suficientemente salvaguardados en ese momento los derechos e intereses de la persona con discapacidad.

Las resoluciones recaídas en estos expedientes podrán ser inscritas o anotadas en el Registro Civil, Registro de la Propiedad, Mercantil u otro Registro Público.

A tal efecto el Letrado de la Administración de Justicia, a instancia de parte interesada, expedirá los correspondientes mandamientos.

La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Letrado de la Administración de Justicia, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro.

Autotutela – Designación de asistente para acto concreto

La persona propia persona, mayor de edad, con disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas o que sufra adicción a sustancias y conductas, capaz de advertir que necesita apoyo para la realización de un concreto acto de carácter personal o patrimonial, podrá dirigirse al Juzgado señalando el acto concreto y la persona que desea que le preste el apoyo.

La petición dará lugar a la apertura de un expediente al que serán de aplicación las normas sobre competencia y tramitación previstas en el apartado anterior resolviendo el Juzgado al respecto.

Artículo 9: Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

1. En el caso de persona con discapacidad, que por sus particulares circunstancias, se encuentre con barreras permanentes que no puedan ser superadas acudiendo a otros instrumentos jurídicos o judiciales, sus familiares cercanos, guardadores de hecho o, en último término, el Ministerio Fiscal, podrán instar el proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

Las partes actuarán en el proceso con asistencia de abogado y representadas por procurador.

Cualquier persona con interés legítimo podrá personarse en el procedimiento de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Será competente para conocer de la demanda el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona con discapacidad.
3. La demanda expresará el motivo concreto que ha llevado a acudir al Juzgado, esto es, las barreras que no puedan ser superadas acudiendo a otros instrumentos jurídicos o judiciales menos onerosos o complejos, así como la persona o institución propuesta para prestar los apoyos que permitan superarlas.
4. A este proceso le será de aplicación lo dispuesto en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
5. Será preceptiva en este proceso la intervención del Ministerio Fiscal que velará en todo momento por la salvaguarda de los derechos e interés superior de la persona con discapacidad, cuidando de preservar hasta donde fuere posible de su autonomía.
6. El proceso se sustanciará por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
7. La persona con discapacidad podrá comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

8. En este proceso, además de otras pruebas que puedan acordarse, el tribunal oír a los parientes más próximos de la persona con discapacidad, examinará a ésta por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la pretensión ejercitada sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.

Cuando se hubiera solicitado en la demanda el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o prestar apoyos a la persona con discapacidad y velar por ella, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos de éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.

Si la sentencia que decida sobre la determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

9. La sentencia determinará la capacidad de autogobierno y proveerá de los apoyos adecuados para la persona con discapacidad, así como la persona o institución que haya de prestarlos.

Podrá el Juez, cuando lo estime conveniente, acordar la revisión de oficio de la situación transcurrido el plazo que establezca la sentencia.

10. La sentencia no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados ya establecida.

Para formular la petición están legitimados la propia persona con discapacidad, sus familiares cercanos, guardadores de hecho y el Ministerio Fiscal.

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la determinación de la capacidad de autogobierno

y provisión de apoyos adecuados, o sobre si debe o no modificarse su extensión y límites.

11. Las sentencias dictadas en estos procesos se inscribirán en el Registro Civil y a instancia de persona con interés legítimo, en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro Registro Público.
12. A las personas o instituciones propuestas o nombradas como apoyos permanentes de persona con discapacidad le serán de aplicación el régimen jurídico previsto en el Código Civil para tutores o, en su caso, curadores.



Edita

Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN)  
Profesionales de Salud Mental

---

C/ Magallanes 1, sótano 2, local 4 • 28015-Madrid  
Tel. 636 725 599 • Fax 918473182 • Correo-e: [aen@aen.es](mailto:aen@aen.es) • [www.aen.es](http://www.aen.es)