

UN NUEVO MODELO DE MODIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Enrique Esbec Rodríguez¹
Consejería de Justicia de Madrid

Resumen

El contenido de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU, Nueva-York, 13 de diciembre de 2006, vigente en España desde el 3 de mayo de 2008), ha supuesto un gran desafío a nuestro tradicional sistema de «incapacitación» ya que unifica capacidad jurídica y capacidad de obrar, concede amplios derechos al discapacitado, rechaza el tradicional sistema tutelar y propone un sistema de apoyos puntuales, respetando siempre la voluntad de la persona con discapacidad.

Los primeros avances de desarrollo legislativo (borrador de Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil) apuntan a la sustitución del término «incapacitación» por el de «modificación o delimitación de la capacidad de obrar», que ya ha sido introducido en la Ley de reforma del Registro Civil, a la sustitución de «incapacitado» por «tutelado» e «incapaz» por «discapacitado» o «persona con discapacidad». Como medida de protección, se ha sugerido como complemento la figura del «asistente» o «acompañante».

Mientras no se modifique la legislación española para adaptarla a la Convención, se impone la «curatela graduable» para aquellas personas con trastornos mentales de carácter permanente que no pueden autogobernarse, indicando las áreas concretas de incompetencia, en función de las situaciones, los contextos y requerimientos.

El Borrador, amplía y diversifica el elenco de figuras y medidas de apoyo y regula la figura del defensor provisional (Modificación LEC, art. 762) y la autorización judicial para el ingreso involuntario, así como el tratamiento ambulatorio no voluntario por razón de trastorno psíquico (Artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento civil y modificación propuesta). También se revisan otras resoluciones, leyes, jurisprudencia y propuestas para ciertos colectivos. Por último, se analiza brevemente la problemática de los ingresos involuntarios y el tratamiento ambulatorio involuntario.

¹ *Correspondencia:* Enrique Esbec Rodríguez. Médico Forense de Madrid y Doctor en Psicología.
E-mail: esbec@estudiosforenses.com
Fecha de recepción del artículo: 18-09-2012.
Fecha de aceptación del artículo: 27-11-2012

PALABRAS CLAVE: *capacidad de obrar, discapacidad, ingreso involuntario, tratamiento ambulatorio involuntario.*

Abstract

The content of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UN, New York, 13 December 2006, in force in Spain since 3 May 2008) has constituted a major challenge to our traditional system of "incapacitation", as it unifies legal capacity and capacity to act, grants extensive rights to the disabled, rejects the traditional guardianship system and proposes a system of specific support, always respecting the will of the person with disabilities.

The first advances in legislative development (draft bill of Reform of the Civil Code and the Civil Procedure Act) point towards the replacement of the term "incapacitation" by "modification or delimitation of the capacity to act", which has already been introduced in the Law of Reform of the Civil Registry, and the replacement of "incapacitated" by "ward" and "incapable" by "disabled" or "person with disabilities". As a protective measure, the figure of the "assistant" or "companion" has been suggested as a complement.

Until Spanish legislation is modified to conform to the Convention, "gradable conservatorship" is required for persons with permanent mental disorders who cannot manage themselves, indicating the specific areas of incompetence, depending on the situations, contexts and requirements.

The draft widens and diversifies the list of support measures and regulates the figure of the provisional defender (Amendment of the Civil Procedure Act, article 762) and the court authorization for involuntary admission and involuntary outpatient treatment due to psychic disorders (article 763 of the Civil Procedure Act and proposed amendment). Other resolutions, laws, jurisprudence and proposals for certain groups are also reviewed. Finally, the issue of involuntary admission and involuntary outpatient treatment is briefly discussed.

KEYWORDS: *capacity to act, disability, involuntary admission, involuntary outpatient treatment.*

Introducción

Hay actualmente un movimiento crítico en contra de la incapacitación y tutela de las personas con discapacidad psíquica, debido a los múltiples abusos que se han dado en el pasado. Como dice la Confederación Española de Asociaciones de familiares de personas con Alzheimer y otras demencias (CEAFA, 2011), existen numerosos casos en los que encontramos personas que con una ayuda mayor o menor, pueden decidir por sí mismos, en cuyo caso

someterles a tutela es un abuso, porque significa la sustitución de la voluntad del tutelado. Hoy es una exigencia que el tutor debe tomar las decisiones por el tutelado teniendo en cuenta sus preferencias y posibilidades. Cuando el sometido a tutela conserva alguna capacidad para expresar deseos, el tutor no debe actuar en contra de éstos. De lo contrario, en estos casos, también puede decirse que hay un abuso de la tutela.

En muchos casos la incapacitación es inadecuada y excesiva o innecesaria. La guarda de hecho (Arts. 303 y siguientes del Código Civil) otorga validez a muchos actos que realizan los guardadores en beneficio de sus guardados y si no lo admite alguna entidad (notario, médico, director de banco) se puede pedir autorización (habilitación) puntual en procedimiento de jurisdicción voluntaria: escrito, pericial, reconocimiento, informe fiscal y auto del juez.

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 del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas (Art. 303 del Código Civil, CC). Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad (Art. 304 CC).

Por otra parte, para la Confederación Española de Agrupaciones de familiares y personas con enfermedad mental (FEAFES), el internamiento y la incapacitación civil no son necesarias en muchos casos. Existe un estadio intermedio menos perturbador y agresivo para la persona, ya previsto en los países de nuestro entorno de larga tradición democrática (Francia, Gran Bretaña, Alemania, Italia), previsto en la legislación europea, pero aún pendiente de resolver en nuestro ordenamiento jurídico: la inclusión del tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) en el art. 763 de la LEC. La medida favorecería los niveles de atención temprana y los niveles de integración social, disminuirían los ingresos de puerta giratoria, mucho más estigmatizantes y discriminatorios, garantizaría la continuidad terapéutica y favorecería también la comunicación, la integración social y familiar de la persona afectada al mantener a la persona enferma en su hábitat comunitario y familiar.

No obstante, en los últimos años, ha evolucionado mucho la valoración pericial y judicial de las personas con discapacidad psíquica. Se profundiza en el examen forense, se valoran las potencialidades de la persona, su funcionamiento con adherencia a ciertos tratamientos, y en las personas mayores o con demencia, las aptitudes restantes en relación a sus necesidades. Se ha pasado en

los últimos tiempos de establecer una dicotomía genérica «capaz»-«incapaz» a un análisis detallado de las «aptitudes» o «capacidades», delimitando las mismas.

La normativa básica a cerca de la capacidad¹, el procedimiento de incapacidad, la tutela, curatela y prorroga de la patria potestad, se encuentra en el Libro I, del título IX del Código Civil [CC] y en Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC].

El Código Civil español en el Artículo 199 señala que *Nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*. Y en el Artículo 200: *Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*.

Se regula en el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que bajo la rúbrica de «la legitimación en los procesos de incapacitación» se afirma: 1) La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, 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 hubieran solicitado; 3) Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de

¹ La «capacidad jurídica» es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. La capacidad jurídica es, en tal sentido, un atributo o cualidad esencial de ella.

La «capacidad de obrar», en cambio, es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones. Esta capacidad no corresponde por igual a todos los que poseen la capacidad jurídica. Depende del estado civil, de ciertas cualidades que el ordenamiento jurídico toma en consideración (mayor o menor de edad, capacitado o incapacitado, etc.) por cuanto determinan un diferente modo de ser o estar en la comunidad. Según sea el estado civil de la persona, así será el radio de acción de su capacidad de obrar” (Diez Picazo, 1978).

En el Derecho español, el nacimiento determina la personalidad, se reconoce capacidad jurídica al nacido con los requisitos que marca la ley, pudiendo éste, por ejemplo, ser propietario, usufructuario o heredero; en cambio carece de capacidad de obrar y no puede contratar por sí mismo, ni realizar con eficacia acto jurídico alguno hasta que no alcance la mayoría de edad, que el art. 315 establece a los 18 años cumplidos. No obstante, los mayores de 14 años, aunque aun no hayan cumplido los 18, tienen capacidad para disponer por testamento (art. 663, 1) y para testificar (art. 361 L.EC).

posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El proceso de incapacitación consiste en un juicio verbal ante el juzgado de primera instancia [residencia del presunto incapaz]: 1) A instancia de parte. La demanda es un escrito que puede presentar el cónyuge, asimilado, ascendiente, descendiente o hermano. Se comunica al juez la existencia de un trastorno o deficiencia mental en el presunto incapaz, al que se debe dar traslado. Requiere abogado y procurador; 2) A solicitud del propio presunto incapaz (Ley 41/2003); 3) A través del Ministerio Fiscal. Cualquier persona puede comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de un discapacitado necesitado de protección. Están obligados a comunicarlo los funcionarios públicos. En estos casos, se le nombra defensor judicial (persona física o jurídica) [art. 356 y siguientes de la LEC].

Las vías de acceso al fiscal (comunicación) pueden proceder, 1) De la policía, un juzgado de instrucción, penal (delincuentes y víctimas) u otros órganos judiciales; 2) Del INSS (pensión contributiva). Interviene el Tribunal médico de la seguridad social o EVI (equipo de valoración de incapacidades), grupo de profesionales médicos de la seguridad social, que deciden en primera instancia sobre incapacidades laborales; 3) Del IMSERSO (pensión no contributiva). Interviene el equipo de valoración y orientación (EVO) del centro base de atención a minusválidos (*Certificado condición de minusválido*); 4) Desde centros de internamiento; 5) Desde Centros de Salud; 6) Procedente de los servicios sociales, servicios de ayuda a víctimas, colegios, etc., y 7) De particulares.

Después de que el Ministerio Fiscal tiene conocimiento del caso, se procede a la incoación y tramitación del expediente: acceso a registro, audiencia de familiares, petición de antecedentes sanitarios, documentación económica, informe forense (médico- psicológico) previo. La decisión del fiscal puede ser: 1) Archivo; 2) Instar demanda de incapacidad; 3) Instar internamiento involuntario; 4) Instar otras medidas cautelares (provisionales) personales o patrimoniales; 5) Presentar denuncia penal; 6) Derivar el problema a Servicios sociales comunitarios.

Iniciado el procedimiento, el Juez puede adoptar medidas cautelares, que suelen ser de protección patrimonial (administración o intervención judicial de los bienes y nombramiento de un administrador o defensor judicial provisional que suele recaer en algún familiar) y de protección personal-sanitaria (nombramiento de guardador interino, internamiento involuntario o tratamiento ambulatorio involuntario).

El procedimiento de incapacitación exige los siguientes elementos probatorios (Art. 759 LEC):

- 1) *Prueba documental*, consistente en los documentos públicos o privados que en su día se aportaron al escrito inicial, para acreditar la discapacidad.
- 2) *Examen por el Juez de la persona con discapacidad*.
- 3) *Audiencia de parientes*, consistente en que por el Juez sean oídos parientes cercanos de la persona con discapacidad, quienes serán preguntados por su relación de parentesco, sobre la deficiencia que padece y si están de acuerdo con el procedimiento.
- 4) *Examen por un médico*, para que emita informe (preceptivo) y otros dictámenes periciales necesarios o pertinentes. (759 LEC).

La sentencia, según el Artículo 760 de la LEC: 1) Determinará la extensión y los límites de la incapacitación, así como el *régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763; 2) Si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

Como dice Aguado Díaz (1995), por razones de lo más variado, por su carácter atípico, incluso sorprendente y hasta divertido o repelente, por ignorancia, por prejuicios, por superstición, por altruismo, por razones de tipo humanitario o religioso, por compasión, por temor, por conveniencia, por egoísmo, por necesidad de mano de obra escasa y/o barata, por motivos de mantener el orden social, por la inercia de la costumbre, por la fuerza de la sangre, a requerimiento de mandatos legales, por falta de otras alternativas, etc., el caso es que en todas las culturas siempre ha habido, por un lado, individuos *diferentes* que, bajo las aún más variadas denominaciones han sido objeto de las todavía más variadas concepciones y formas de trato, y por otro lado, unos también muy variados *expertos* encargados por las instituciones dominantes son los encargados de definir que es la *diferencia*, quienes son los *diferentes*, cual es el lugar que les corresponde en la sociedad y el trato que deben recibir.

Requisitos actuales para la incapacitación de personas con discapacidad [PCD]

La incapacitación supone una *privación de la capacidad de obrar* aunque no absoluta, de acuerdo con el artículo 210 del mismo texto legal, por lo que quizá es más correcto decir que supone una *limitación de la misma*. Sólo se explica como una medida excepcional de protección del propio incapaz (Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S de 29 de junio de 2009).

«Son causas de Incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 CC).

En la incapacitación, por lo tanto, convergen tres factores:

1. *Factor psicopatológico*. Existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones.
2. *Factor cronológico*. Permanencia o habitualidad del mismo. Mal pronóstico.
3. *Factor adaptativo*. Que como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses, que le impida gobernarse por sí mismo.

La legislación civil, no puede definir las causas de incapacitación por cuanto la incapacidad no depende ni de la etiología, ni del diagnóstico, ni del pronóstico, ni de la capacidad adaptativa sino de la evaluación bio-psico-social conjunta y detallada de todos estos factores, caso por caso.

Es elemento esencial que la enfermedad o la deficiencia sea persistentes, *condición que constituye la consagración de una idea mantenida por la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, de que sólo las enfermedades que producen alteraciones de carácter habitual o que, en definitiva, no se trata de atender a la protección ocasional del enfermo, lo que es posible obtener por otras vías (así su internamiento o mediante la anulabilidad de sus actos) sino de atender de manera estable, mediante el correspondiente órgano de guarda, su incapacidad para gobernarse a sí mismo, siendo la persistencia de la anomalía cuestión de derecho, Debiéndose destacar en este punto la importancia de la valoración que el Juez haga de los informes o dictámenes periciales, pues se*

puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto sí pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación.

Lo decisivo es el carácter crónico o permanente de la enfermedad y la indeterminación de cuándo la persona afectada por la misma entra en las fases cíclicas o críticas, lo que significa, a efectos jurídicos, persistencia, ya que ésta, como lo revela su significación gramatical, es su permanencia firme y constante, o lo que es lo mismo, su duración permanente en el tiempo, con independencia, en su consecuencia, de su mayor o menor intensidad periódica (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 22ª, de 13 de marzo de 2009).

Es determinante que la enfermedad o deficiencia impidan a la persona gobernarse por sí misma, *«pues no basta con la existencia de ésta, aun cuando sea permanente; el vigente artículo 200 del Código Civil EDL1889/1 exige expresamente que la naturaleza o la profundidad de aquellas anomalías impidan al sujeto gobernarse por sí mismo. Criterio este que se refiere a la falta de idoneidad para administrar sus propios intereses por dichas causas, y ello ya por sí mismo, ya valiéndose del concurso de otros, pero bajo su propia dirección, lo que viene a significar el presupuesto para la incapacitación de dicha persona, debiendo de referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando, pues, el auto-gobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial, y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la médula del sistema de incapacitación de nuestro Derecho, debiendo centrarse entonces la actuación del Juez en dos extremos: a) Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incida en la conducta, en el sentido señalado del presunto incapaz; b) Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedirle un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o alguno de ambos extremos»* (Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, Sentencia de 29 de junio de 2009).

Propuestas y marco legislativo derivado de la convención de la O.N.U. sobre los derechos de las personas con discapacidad

El derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad.

«La declaración de incapacidad realizada sin motivo suficiente es la más grave lesión de la personalidad que en absoluto pueda imaginarse» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 5 de Abril de 1993). *Por ello prevalece la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: 1) La declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (Art. 199 CC); 2) Observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; 3) Cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1990 y 19 de mayo de 1998); 4) Pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial; 5) La situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada; 6) Adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites al grado de inidoneidad* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 26 de mayo de 2009).

a) Convención de la Organización de Naciones Unidas, sobre los derechos de las personas con discapacidad

El propósito de la Convención (ONU, Nueva-York, 13 de diciembre de 2006, vigente en España desde el 3 de mayo de 2008) es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismos de apoyos adecuados, garantiza a la persona con discapacidad su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

La Convención rechaza el sistema tutelar sustitutivo o representativo de la persona con discapacidad y las situaciones de protección prorrogadas. Recomienda los apoyos puntuales como mecanismos complementarios de la capacidad natural. Recomienda fomentar la autonomía de la voluntad, con figuras jurídicas que garanticen el ejercicio de la voluntad anticipada. El apoyo no debe restringir los derechos de la persona o coaccionar a la persona a actuar de una manera determinada. El apoyo no debe afectar a su capacidad de obrar porque una persona no puede ser obligada a aceptar apoyo en contra de su voluntad. Los gobiernos deben remplazar los sistemas de sustitución de la toma de decisiones en sus políticas y leyes por un conjunto de apoyos en la toma de decisiones, con reconocimiento legal e incluir políticas y programas que lo garanticen.

En el mismo artículo dedicado a la capacidad de obrar incluyó un último párrafo sobre esta cuestión, diciendo que: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes [EP] tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*».

En el artículo 12.4 señala las siguientes salvaguardas: 1) Los Estados Partes [EP] asegurarán que en ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos; 2) Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; 3) Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; 4) Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; 5) Que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente, imparcial y especializado; 6) Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que afecten a los derechos e intereses de las personas.

En el artículo 13, se ocupa del acceso a la justicia y señala: 1) Los Estados Partes [EP]. asegurarán que las personas con discapacidad [PCD] tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares (art.13.1); 2) Para asegurar que las PCD tengan acceso efectivo a la justicia, los EP promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario (art. 13.2) y los trabajadores sociales (art 4.1).3). Capacitación y asistencia profesional especializada. En todos aquellos momentos en que se requiera, la autoridad correspondiente, deberá solicitar, con la prontitud debida, la colaboración de médicos forenses, especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial y discapacidad (del Poder Judicial o, en su defecto, de otras instituciones).

El artículo 14, sobre la libertad y seguridad de la persona dice: 1) Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, tengan un trato en igualdad de condiciones con las demás: *a)* Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; *b)* No se vea privada de su libertad ilegal o arbitrariamente, que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad; 2) Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso, tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

b) Doctrina del Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC)

Nuestro Tribunal Supremo (Sentencia N°: 282/2009 de 29 de abril de 2009) exige la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006.

El Tribunal Supremo desde la famosa sentencia de 5 de marzo de 1947 entendió que la Ley referente a las incapacidades padecía una laguna en este sentido, que vino a zanjarse merced a la Ley 13/83 de 24 de octubre en cuyo artículo 210 se hizo constar que «*la sentencia que declara la incapacitación, determinará la extensión y límites de ésta así como el régimen de tutela y guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*».

Según el Tribunal Supremo, los procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991).

En la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1ª, de 14 febrero de 2011, el recurrente interpone amparo frente a resoluciones dictadas en procedimiento sobre incapacitación. El TC reconoce lesionado su derecho a la asistencia letrada al entender que el órgano judicial no adoptó las medidas necesarias para que el recurrente pudiera comparecer en el proceso con su propia defensa y representación libremente designada o a través del turno de oficio.

El Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre) advierte que *estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada. Y debe tenerse muy en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección.*

Termina diciendo el Tribunal que *ello se cumple en este caso a partir unos hechos que se mantienen inalterables en casación y que resultan determinantes para que se aplique la curatela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención.*

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012, reinterpreta la curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Hace alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 que interpreta las normas vigentes en materia de incapacitación a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y propone la siguiente interpretación del sistema de protección establecido en el Código Civil: 1) Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección; 2) La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.

Una afirmación muy importante del Tribunal Supremo es que en casos de incapacitación, *debe tenerse en cuenta la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias para los actos concretos* (Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009 de 29 de abril de 2009).

c) Reglas de Brasilia

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, establecidas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en esta condición, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Recomiendan la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Establecen que los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad.

d) Fiscalía General del Estado

La Fiscalía General del Estado ha concretado en la Instrucción nº4/2008 el control y vigilancia de las tutelas; en la Instrucción nº 4/2009 la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas y en la Instrucción nº 3/2010 la especialización de los fiscales que se ocupen de estas causas y se refiere a la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos de determinación de la capacidad de las personas.

e) Ley 26/2011 de 1 de agosto de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Ley 26/2011 de 1 de agosto *de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, requiere: 1) La adaptación de toda la legislación española a la

convención de la ONU. Manda al Gobierno remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que con la denominación «procedimientos de modificación de la capacidad de obrar», se adapten a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 2) Se pasa a considerar a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como mero objeto de tratamiento y protección social; 3) Destaca su autónoma individual incluida la libertad para tomar decisiones. Se trata de un impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva; 4) Disposición adicional séptima. En el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley en relación al artículo 12 de la Convención, en relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad... toma libre de decisiones.

f) Documento de Sitges

El Documento Sitges sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia (2009)², aporta ideas y propuestas muy interesantes cara al futuro: 1) Que el proceso de incapacitación y la intervención judicial estén exclusivamente orientados a la protección del discapacitado; 2) En relación a la incapacitación propugna la fórmula *in dubio pro capacitate*; 3) Principio de intervención mínima, ajustando al máximo las resoluciones jurídicas; 4) Supresión de las tradicionales posturas paternalistas de beneficencia para reconocer la parcela de autonomía de la persona; 5) Respeto al sistema

² El 26 de noviembre de 2008 fue presentado en la XL Reunión Anual de la Sociedad Española de Neurología el Documento de Sitges 2009, elaborado por un grupo de expertos. El texto se centra en la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia, con reflexiones, derechos y propuestas de evaluación. El objetivo fundamental del Documento Sitges (2009) es analizar la capacidad para decidir, aportando un método científico. La capacidad para decidir implica unas mínimas facultades cognoscitivas o intelectuales que le permitan conocer los diferentes elementos de hecho y de derecho que concurren en las decisiones. Pero también influyen los factores emocionales y finalmente la voluntad, la pieza clave del autogobierno. La decisión es un proceso que implica varias fases: planteamiento del problema, objetivo o necesidad; conciencia de los márgenes de la decisión; análisis y propuesta de solución; deliberación (análisis de pros y contras); decisión. Las funciones esenciales para el proceso de deliberación son las llamadas funciones ejecutivas.

tutelar, sustituir las viejas instituciones de guarda, tutela, curatela, prorroga de la patria potestad por las figuras de «asistente» o «acompañante» para actos concretos; 6) Se impone la armonización de conceptos y la utilización de protocolos consensuados entre médicos, psicólogos y juristas.

g) Guía de Buenas Prácticas en el proceso de incapacitación, elaborada por la Fundación Aéquitas y el Ministerio de educación, política social y deporte

La Guía de Buenas Prácticas en el proceso de incapacitación, elaborada por la Fundación Aéquitas y el Ministerio de educación, política social y deporte, presenta las siguientes conclusiones: 1) Debe promoverse la necesidad de no incapacitar de forma automática y masiva a las personas discapacitadas, fomentando la posibilidad de adoptar medidas de protección y pronunciamiento de incapacidades parciales, valorando de forma individualizada cada caso; 2) Se debe hacer todo el esfuerzo posible para agilizar la duración de los procedimientos. No pueden garantizarse los derechos fundamentales de los presuntos incapaces, en las situaciones de interinidad tan largas que se originan; 3) Quedan por resolver importantes cuestiones en derecho internacional privado, respecto a la aplicación de las leyes en menores y presuntos incapaces extranjeros con residencia en España; 4) Es necesario mejorar y unificar los criterios de cada una de las fases procesales: audiencia de parientes, examen del presunto incapaz por el juez y el facultativo médico; 5) Es necesario dotar de más y mejores recursos a la Administración de Justicia, tener Juzgados y Fiscalías especializadas en todas las provincias; 6) Necesidad de que los Juzgados especializados en incapacidades y tutelas, cuenten todos ellos con equipos psicosociales específicos y dentro de ellos con médicos especialistas en neurología y geriatría; 7) Es conveniente unificar un criterio sobre la competencia judicial en los supuestos de movilidad geográfica del presunto incapaz; 8) Queda pendiente una importante reflexión sobre la figura del guardador de hecho y su extensión; 9) Queda pendiente resolver la figura de la posible «autocontratación» del tutor como cuidador principal, al amparo de la ley de la dependencia; 10) Es preciso realizar e instaurar protocolos de actuación conjunta con notaría y registros públicos (mercantil, propiedad y civil); 11) Es preciso crear y establecer líneas de colaboración directa con los profesionales sanitarios que conocen los diagnósticos que originan pérdida de capacidad de obrar.

h) Ministerio de Justicia (2011)

Según el fiscal David Mayor, en el Boletín del Ministerio de Justicia (2011), a raíz del artículo 12 de la Convención y de su interpretación, se ha debatido y llegado en muchas ocasiones a la conclusión de que éste resulta incompatible con la distinción que en nuestro sistema de derecho civil, desde la doctrina, se hace entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Sí sería compatible con la Convención entender la capacidad de obrar como la capacidad natural, como la capacidad que, de hecho, tiene cada persona para ejercer sus derechos, es decir, la capacidad material para comprender, entender, expresarse y actuar en defensa de sus intereses personales y patrimoniales. Este concepto de capacidad de obrar, ya no es una mera ficción jurídica y ya no es incompatible con la Convención.

Los principios derivados de la Convención exigen un procedimiento judicial en el cual el Juez no modifica la capacidad de obrar sino que constata la concurrencia de una discapacidad que afecta a la capacidad de obrar del sujeto, delimita ésta e instaura un mecanismo de apoyo y protección tutelar. La sentencia no ha de modificar la capacidad de obrar sino declarar la existencia de la discapacidad limitativa de la capacidad de obrar, delimitar está precisando las facultades que el interesado conserva y puede ejercer por sí y cuáles no y lo constituye en estado de tutelado, estableciendo la tutela o curatela y concretando el ámbito de ésta. Siendo así, y manteniendo la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en la forma referida, compatible con la Convención, se propone como denominación del procedimiento de incapacitación actual la de «procedimiento de *delimitación* de la capacidad de obrar».

El texto de la Convención se refiere expresamente en su artículo 26 a este fin de «lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida». Es decir, los mecanismos tutelares de heteroprotección del discapacitado -tutela y curatela- deben tener como objetivo primordial el progreso hacia la cada vez menor dependencia y mayor autoprotección del mismo, sustentada en los apoyos mínimos, necesarios e imprescindibles para garantizar la preservación de sus derechos, bienes e intereses jurídicos.

La tutela, como mecanismo de sustitución del discapacitado a través de una representación legal, no sólo no es incompatible con la Convención sino que seguirá siendo imprescindible en el futuro para aquellos supuestos en los que el

sujeto tiene una grave afectación de sus capacidades intelectivas y volitivas. Sin embargo, es cierto que la tutela total, tras la Convención, como sistema de sustitución absoluta, debe restringirse sólo a estos supuestos más graves.

Respecto al artículo 14 señala que los internamientos y tratamientos involuntarios serán compatibles con la Convención cuando tales medidas restrictivas de la libertad individual resulten idóneas en relación con la protección de la salud e integridad física y psíquica de la persona con discapacidad; necesarias, no por el hecho en sí de la discapacidad, sino por la ausencia de conciencia de enfermedad y la falta de aptitudes para afrontar el tratamiento de la misma y proporcionadas al fin de protección que las justifica.

Tales restricciones de derechos fundamentales -que en nuestro derecho vigente son el internamiento involuntario civil y las medidas de seguridad penales y, en alguna práctica judicial, también el tratamiento ambulatorio involuntario, no regulado expresamente- no son incompatibles con la Convención. Sin embargo, la entrada en vigor del texto internacional supone la elevación sustancial del nivel de exigencia en cuanto a la regulación y aplicación de las garantías necesarias para asegurar que su adopción se fundamente en una justificación suficiente en cada caso (Mayor, 2011).

i) Guía de buenas prácticas del Consejo General del Poder Judicial (2011)

En la guía de buenas prácticas del Consejo General del Poder Judicial (2011) sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la convención de la ONU y de las reglas de Brasilia, Guija, Sánchez y Martínez (2011), proponen los siguientes cambios o mejoras: 1) Creación de una Jurisdicción especializada; 2) Preferencia en la utilización de la comunicación oral sobre la escrita en la relación de la Administración de Justicia con las personas discapacitadas; 3) Fomentar la entrevista simultánea de Juez y Médico Forense con la persona discapacitada para evitar dualidad y reiteraciones; 4) Evitar la asistencia a Juicio de la persona discapacitada si no es estrictamente necesario; 5) Adaptar la entrevista, el informe médico forense y la sentencia a las circunstancias específicas de cada caso concreto, obviando la generalización y la utilización de fórmulas estereotipadas; 6) Especialización en Colegios de Abogados, creando un servicio específico de asistencia a las personas con discapacidad; 7) Accesibilidad y desaparición de barreras arquitectónicas en los juzgados; 8)

Derecho a la intimidad y confidencialidad; 9) En la administración de la justicia se ha de defender el derecho de autonomía y de toma de decisiones de la persona con discapacidad, para lo cual debe ser oída; 10) Especial referencia a las personas mayores vulnerables.

Para las personas mayores se concede gran importancia a los siguientes elementos: 1) Autonomía personal: La persona mayor aun en el caso de que fuere frágil y vulnerable, si puede expresar su voluntad, debe hacerlo; y ésta debe ser tenida en cuenta; 2) Protección jurídica general y el acceso a la justicia: las personas mayores deben conocer que tienen derecho a la protección de los jueces y por supuesto a acceder a los agentes judiciales, tanto en sentido físico, (no barreras insalvables), como en sentido personal y humano (cercanía, lenguaje comprensible, receptibilidad); 3) Igualdad y no discriminación; 4) Accesibilidad: El artículo 9 de la Convención que trata de este tema hace mención al entorno físico, el transporte y las comunicaciones, así como las nuevas tecnologías; 5) Libertad y seguridad de la persona, vida independiente e inclusión en la comunidad: Las personas mayores tienen derecho a tener sus propios proyectos vitales y a llevarlos a término de forma independiente. Y también tienen derecho a una participación inclusiva; 6) Privacidad: La confidencialidad es esencial en las relaciones profesionales y cuando se trata de personas mayores es exactamente igual, incluso aunque éstas tengan deterioro cognitivo; 7) Salud: En el ámbito sanitario no es aceptable la discriminación por edad, ni la sustitución de la persona mayor por los familiares, si no es absolutamente necesario o si no se manifiesta en este sentido la propia persona mayor.

j) Borrador del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y de la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (2012)

El Borrador del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y de la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente, propone³: 1) Modificar el Código Civil, Títulos IX y X del Libro

3 Pendiente de Informes preceptivos del Consejo Nacional de la Discapacidad, Consejo General del Poder Judicial, Consejo Fiscal y Consejo de Estado Otros informes: Comisión General de Codificación y Entidades representativas de los colectivos con discapacidad.

I, sobre incapacitación y sobre instituciones tutelares. También los artículos 166 y 171 en los aspectos relativos a la patria potestad prorrogada. Modificar La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Capítulo II del Título I del Libro IV, «De los procesos sobre capacidad de las personas». Modificar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, artículo 7.3 para adaptación terminológica; 2) Adaptar la legislación citada, interpretada por la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002 y Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, por todas). Se basa en los trabajos del Real Patronato sobre Discapacidad y propuestas planteadas en distintos foros por Fiscales y Miembros de la Carrera Judicial; 3) Los primeros avances de desarrollo legislativo apuntan a la sustitución del término «incapacitación» por el de «modificación o delimitación de la capacidad de obrar», que ya ha sido introducido en la Ley de reforma del Registro Civil, a la sustitución de «incapacitado» por «tutelado» e «incapaz» por «discapacitado» o «persona con discapacidad»; 4) Proporcionar a la persona con discapacidad las medidas de apoyo que, de acuerdo con sus circunstancias concretas, pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica y potenciar su autonomía y el derecho de autodeterminación; 5) Restringir casi en su totalidad el instrumento de la incapacitación cuando anule el ejercicio de la capacidad de obrar y se la otorgue a un tercero, medida que sólo podrá aplicarse a aquellas situaciones en las que no resulte posible conocer la voluntad de la persona afectada por una discapacidad persistente que le impide gobernarse por sí misma; 6) Crear un marco legal suficientemente flexible para que la sentencia judicial establezca la medida de apoyo proporcional y adecuada a las circunstancias individuales y necesidades de la persona; 7) Articular estas medidas de apoyo de forma que aseguren el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se apliquen durante el plazo más corto posible y estén sujetas a exámenes periódicos por parte del órgano judicial.

El borrador potencia la figura del defensor provisional para las personas en que no concurre una causa de modificación de la capacidad pero están imposibilitadas temporalmente por razón de un trastorno físico o psíquico para cuidar de sus propios intereses. El juez ha de concretar la duración de esta medida, que no puede exceder de dieciocho meses.

El borrador amplía y diversifica el elenco de figuras y medidas de apoyo. Contribuyen al apoyo y protección, la guarda de hecho, la guarda administrativa, el administrador designado por el juez y el defensor provisional (Modificación del Código Civil, artículo 215). Regula la figura del defensor

provisional (Modificación LEC, art. 762). Regula la autorización judicial para el tratamiento ambulatorio no voluntario por razón de trastorno psíquico (Modificación LEC, art. 763). Regula determinados aspectos del ejercicio de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, como figura de apoyo y protección de las personas con capacidad modificada (Modificación del Código Civil, artículos 166 y 171). En la constitución de la tutela, dar audiencia previa a las personas propuestas para ejercer la función tutelar (Modificación Código Civil, art. 231). En el orden de preferencia en el nombramiento de tutor, equipara cónyuge con persona que en relación análoga conviva con el tutelado, si bien se condiciona esta convivencia a un determinado periodo de tiempo o a tener descendencia común (Modificación Código Civil, art. 234. 2º).

Se exige que la demanda de modificación de la capacidad ha de especificar el motivo que lleva a interponerla, entendido éste como la necesidad concreta que desencadena la demanda. Posibilidad de examen judicial del demandado fuera de las dependencias judiciales, si se considera conveniente en interés de aquélla.

El borrador propone la adaptación de la terminología empleada en la legislación civil y procesal (incapacidad, incapacitación) a la terminología empleada en la Convención. Se ha optado por los términos «modificación judicial de la capacidad» y «persona con capacidad modificada judicialmente». El Real Patronato sobre Discapacidad utiliza, predominantemente, el término «modificación de la capacidad» y La Ley 1/2009 se refiere a la «modificación de la capacidad de obrar».

Propone también cambiar el modelo de representación o sustitución en la toma de decisiones por el modelo de apoyo en la toma de decisiones y se centra en el aspecto multidisciplinar del examen de la persona con la exigencia de dictamen pericial facultativo, no necesariamente médico.

k) Propuestas para el internamiento (ingreso) involuntario

Respecto al internamiento por razón de trastorno psíquico regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴, se han denunciado graves

4 «El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se

deficiencias: 1) No se cumplen los plazos [Art. 763. Principio 17 de la Resolución 44/119 de la ONU]; 2) Los motivos que justifican el internamiento con frecuencia no son procedentes (Falta de necesidad o proporcionalidad) [Art. 17 de la CE de la libertad personal]; 3) No se informa al ingresado «con arreglo a su capacidad» de las causas, sus derechos y recursos [Ley 41/2002. Recomendación 83 del Comité de Ministros del Consejo de Europa]; 4) No se le facilita abogado y procurador al ingresado, ni se le informa de tales derechos; 5) Los peritajes suelen ser brevísimos, mal fundamentados, utilizando protocolos o fórmulas estereotipadas; 6) Frecuentemente los autos judiciales no están bien razonados [Art. 24.1 de la CE de Tutela Judicial efectiva]; 7) Se aplican medidas severas de aislamiento y contención que deberían someterse a control judicial [informe del Defensor del Pueblo de 11 de noviembre de 2005].

La Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012 de 2 de julio (recurso de amparo) es muy crítica, clarificadora y advierte sobre la «necesidad de la Sentencia por razones de interés público, vinculadas a los derechos fundamentales». Hace referencia al Convenio de Protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales [Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24/10/1979] y establece los siguientes principios y requisitos para ingresar involuntariamente a una persona que no pueda decirlo por sí mismo:

1) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial objetivo, la existencia de una perturbación mental real.

2) Que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento. Que sea necesario y proporcional.

3) Que se dé circunstancia de la «urgencia» o necesidad inmediata de la intervención sanitaria para su protección.

4) Que se informe al interesado hasta donde le sea comprensible. Deben informar los sanitarios y el Juez. Nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan (Art. 17 de la Constitución Española).

hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste 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 internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

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

5) Será informado de su derecho a abogado y procurado por parte de los sanitarios y/o la Autoridad Judicial.

6) Que se cumplan los plazos de forma inexcusable, 72 horas en toda privación de libertad (Art. 17 CE). Deben respetarse las 24 horas para comunicar al juzgado «sin más demora», empezando a contar desde el ingreso contra su voluntad. Procedencia del procedimiento de *habeas corpus*.

7) Que haya un informe pericial que acredite el trastorno, informe completo sobre capacidades cognitivas y volitivas, además del diagnóstico. Que explique la proporcionalidad, es decir, por que no basta con un tratamiento ambulatorio para el tratamiento.

8) Auto motivado por parte del Juez.

9) El director del centro es responsable de la vida e integridad física o psíquica del interno (ingresado).

10) No puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

En las conclusiones de las jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas celebradas en Madrid los días 19 y 20 de octubre de 2009 se propone el abandono de la denominación peyorativa de «internamiento», sustituyéndola por la de «ingreso», habida cuenta que el procedimiento para la autorización o aprobación judicial del ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico no es una sanción, sino que por el contrario, es el instrumento jurídico que pretende resolver el conflicto de intereses entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la integridad física y moral de las personas.

1) Propuestas para el Tratamiento ambulatorio involuntario (TAI)

Por último, se solicita mayoritariamente desde múltiples ámbitos (jueces, fiscales, asociaciones de personas con enfermedad mental, profesionales sanitarios, etc.) la regulación en España del tratamiento ambulatorio involuntario (TAI), añadiendo un apartado al actual artículo 763 de la LEC.

En base a una propuesta de FEAFES, la *Proposición de Ley* fue presentada por el grupo parlamentario catalán CIU, admitida a trámite el 2 de julio de 2004 y aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados. Se basa en el artículo 7 del convenio de Oviedo de protección derechos humanos (1997), presentando la siguiente redacción: «Podrá también el tribunal autorizar un tratamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, o un periodo de

observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audiencia del interesado, informe del forense y Ministerio Fiscal. En la resolución debe establecerse el plan terapéutico, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo, que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento. El plazo máximo de duración de esta medida será de 18 meses».

Como señalamos anteriormente, la medida favorecería los niveles de atención temprana y los niveles de integración social, disminuirían los ingresos de puerta giratoria y favorecería la continuidad terapéutica.

En nuestra opinión los TAI están totalmente justificados, ya que como señala el aforismo «*A maiori ad minus*» («quien puede los más, puede lo menos») es indiscutible que el TAI es mucho menos doloroso y estigmatizante para el paciente que el ingreso contra su voluntad.

No obstante, tanto desde la psiquiatría como desde el derecho, hay posiciones enfrentadas, unas a favor (por ejemplo Sociedad Española de Psiquiatría Legal) y otras en contra (por ejemplo, Sociedad Española de neuropsiquiatría). Por ejemplo, González Álvarez (2006) manifiesta que *llevamos años debatiendo la propuesta de modificación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el objeto de autorizar expresamente tratamientos ambulatorios involuntarios de los enfermos mentales. A muchos nos parece una iniciativa innecesaria dado que los tratamientos involuntarios, para todo tipo de pacientes y en todo tipo de circunstancias están contemplados en las leyes vigentes (Convenio de Oviedo, Ley 41/02 de Autonomía, etc.). Se trata, en el fondo, de un nuevo intento de judicializar la asistencia psiquiátrica, expresión de las importantes resistencias sociales, institucionales y corporativas para reconocer la ciudadanía de los enfermos mentales y su plena equiparación a otras clases de enfermos, tal y como recogen las leyes en vigor en nuestro país, desde la promulgación de la Constitución de 1978.*

En las conclusiones de las Jornadas Fiscales ya mencionadas se proponen las condiciones mínimas indispensables para que se proceda a autorizar el Tratamiento ambulatorio Involuntario, en caso de ser legislado:

1. Trastorno mental severo /grave.
2. Efectividad documentada del plan terapéutico.
3. Negativa del paciente a realizar tratamiento.

4. Capacidad limitada para entender la información sobre su situación y los graves riesgos que conlleva para sí mismo o para otros, a causa de su estado mental.
5. Ausencia de criterios de urgencia de tratamiento.

En aquellos supuestos en los que se den los requisitos y condiciones arriba descritos, y siempre que se observen que ya se han producido, o se prevea o así se atisbe, el que se produzcan sucesivos, intermitentes y constantes internamientos, con la intensidad de privación de derechos que de ellos se derivan, se deberán solicitar informes médico forenses o facultativos acerca de la conveniencia del sometimiento a tratamiento ambulatorio como medida alternativa al internamiento, para la mejor protección del enfermo mental o de la persona afecta de trastorno psíquico. En estos casos, el Centro Sanitario, para la continuación del tratamiento fuera del Centro de ingreso, deberá pedir la autorización judicial de la medida.

En todo caso, será preciso con carácter previo a la adopción de la medida de tratamiento ambulatorio que se recaben los siguientes informes:

1. La falta de capacidad de decidir del enfermo.
2. La información clínica del mismo.
3. El plan de tratamiento.
4. La necesidad y conveniencia del tratamiento.
5. Los mecanismos de control y supervisión del tratamiento.

Cuando de los informes facultativos así se desprenda, la solicitud de sometimiento a tratamiento ambulatorio, deberá ser instada por los representantes del Ministerio Fiscal, bien aprovechando el cauce del procedimiento de modificación de la capacidad, cuando así proceda, o bien, cuando baste el mero tratamiento ambulatorio para la protección de la persona con discapacidad, por los trámites de las medidas cautelares del art. 762 LEC.

La sumisión a tratamiento ambulatorio tendrá una finalidad preventiva, esto es, para evitar el ingreso hospitalario futuro, tomando en consideración la evolución anterior del paciente, por lo que se deberán recabar los informes facultativos necesarios que determinen los extremos relativos a su administración y duración, para de este modo poder en la solicitud fijar el alcance y duración del tratamiento.

Tabla 1. Propuestas más importantes para la incapacitación de personas con discapacidad

TERMINOLOGIA	Sustitución del término «incapacitación» por el de «modificación o delimitación de la capacidad de obrar», de «incapacitado» por «tutelado» e «incapaz» por «discapacitado» o «persona con discapacidad». Como medida de protección, se ha sugerido como complemento la figura del «asistente» o «acompañante». Se ha propuesto la sustitución del término «internamiento» por el de «ingreso».
PRINCIPIOS	Se pasa a considerar a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como mero objeto de tratamiento y protección social. Se abandona el llamado « <i>modelo médico o rehabilitador</i> ». Principio del superior interés de la persona con discapacidad. Cambiar el modelo de representación o sustitución en la toma de decisiones por el modelo de «apoyo en la toma de decisiones». Trato adecuado a sus circunstancias singulares. Principio de desinstitucionalización. Principio de especificidad y proporcionalidad de las medidas. Accesibilidad. Derecho a la intimidad y confidencialidad.
PROCESO	La demanda de modificación de la capacidad ha de especificar el «motivo» que lleva a interponerla. Acceso a la Justicia de la persona con discapacidad (PCD) en igualdad de condiciones. Máximo respeto a la PCD. Proceso lo más rápido posible.
MEDIDAS CAUTELARES	Restringir al máximo la privación de libertad. Medidas proporcionadas. En el ingreso involuntario, información de las causas y del derecho a un abogado. Potenciar la guarda de hecho, la guarda administrativa, el administrador designado por el juez y el defensor provisional. Regulación legal del Tratamiento ambulatorio involuntario.
PROFESIONALES	Creación de Juzgados especializados. Especialización de todos los profesionales que intervienen (incluido abogados). Colaboración habitual de médicos forenses, especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial y discapacidad (del Poder Judicial o, en su defecto, de otras instituciones). Se recomienda la intervención en ciertos casos de geriatras y neurólogos.
VALORACION	La situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada con pruebas contundentes y rotundas. Potenciar el examen pericial y judicial del demandado fuera de las dependencias judiciales Respetar la voluntad y preferencias de la PCD. Armonización de conceptos y utilización de protocolos

	consensuados entre médicos, psicólogos y juristas. Pruebas periciales exhaustivas, delimitando con toda claridad las áreas de autogobierno y de incompetencia. En el ingreso involuntario, no se admiten los breves protocolos al uso. Especial atención a los casos de influencia indebida.
RESOLUCIONES JUDICIALES	Principio de intervención mínima, ajustando al máximo las resoluciones jurídicas. Especificar caso por caso, las áreas de autonomía, es decir, determinar en la sentencia los actos o categorías de actos en los que la persona con capacidad modificada necesite apoyo. Decisión sujeta a exámenes periódicos. Restringir casi en su totalidad el instrumento de la incapacitación cuando anule el ejercicio de la capacidad de obrar y se la otorgue a un tercero. La figura de apoyo que se establezca ha de ser proporcional y adaptada, respetando las preferencias de la PCD. En ingresos involuntarios, autos ampliamente razonados.

Referencias

- Aguado, A. (1995). Historia de las deficiencias. Madrid: ONCE.
- Díez Picazo, L y Gullón A (1978). Sistema de Derecho Civil, Vol, I.Madrid: Tecnos.
- Boada M, Robles A (2009) [eds]: Documento Sitges: Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia. Glosa Ed. Barcelona.
- Clavijo, B. (2008) [coordinadora]. Guía de buenas prácticas en los Procedimientos de incapacitación. Fundación Aequitas Consejo General del Notariado. Ministerio de educación, política social y deporte.
- Código Civil Español. Última modificación por Ley 5/2012 de 6 de julio.
- Confederación española de asociaciones de familiares de personas con Alzheimer y otras demencias (CEAFA). Uso y abuso de la incapacitación y de la tutela. En <http://www.ceafa.es>
- Confederación española de agrupaciones de familiares y personas con enfermedad mental (FEAFES). Conclusiones sobre la reforma legislativa de tratamiento ambulatorio involuntario. En <http://sid.usal.es/idos/f8/fdo10439/conclusion.pdf>
- Esbec E, Gómez-Jarabo G (2000). Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad. Madrid: Edisofer.
- Gómez-Jarabo G, Esbec Rodríguez E, Olavarrieta Bernardino S (2004). Valoración de la capacidad de obrar: el control de impulsos. *Investigación en Salud*, Vol. IV, nº1, Abril.
- Gómez-Jarabo G, Esbec Rodríguez E y Olavarrieta Bernardino S (2004). Valoración de la discapacidad en el ámbito judicial. *Psicopatología*, 24, 3-4: 63-89.

- González Álvarez, O. (2006). Tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. El trasfondo de un prolongado debate. *Cuad Psiquiatr Comunitaria*; 6 (1):39-46.
- Guija J, Sánchez C, Martínez A (2011). Mejoras en la Administración de Justicia para atender a las personas con discapacidad: especial referencia a la discapacidad psíquica y a las personas mayores vulnerables. En Aguirre P y Torres M, *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia, a la luz de la convención de la ONU y de las reglas de Brasilia*. Consejo General del Poder Judicial, Lual Ed.
- Jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas celebradas en Madrid los días 18 y 19 de Octubre del 2009. En <http://www.fiscal.es/>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Última modificación por Ley 10/2012 de 20 de noviembre.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Mayor, D. (2011). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2133.
- Ministerio de Justicia. Secretaria General técnica. Borrador del anteproyecto de ley de reforma del código civil, del estatuto orgánico del ministerio fiscal y de la ley 1/2000 de enjuiciamiento civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente.
- Naciones Unidas (2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- Organización Mundial de la Salud (2011). Informe mundial sobre la discapacidad Catalogación por la Biblioteca de la OMS.
- Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Colección CERMI- obra social caja Madrid “*Discapacidad y derechos humanos*” nº 36.
- Serrano, I. (2011). Usos y abusos de la incapacitación y la tutela. *Revista de CEAFA*, Número 38 En www.ceafa.es
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.