

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

❖ Año LXV ❖ Núm. 2133 ❖ Julio de 2011



ESTUDIO DOCTRINAL

**LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA CIVIL DE LA
DISCAPACIDAD Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 13 DE
DICIEMBRE DE 2006**

DAVID MAYOR FERNÁNDEZ



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

www.mjusticia.es/bmj

LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA CIVIL DE LA DISCAPACIDAD Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006*

David Mayor Fernández
Fiscal

Resumen

El sistema legal español de incapacitación, tutela e internamiento involuntario debe ser revisado debido a la entrada en vigor en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es necesario analizar los puntos que podrían ser incompatibles con el texto internacional, desarrollar los principios que recoge la Convención y mejorar la promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad, siendo este trabajo una aproximación inicial a su estudio.

Palabras clave

Discapacidad, incapacitación, tutela, internamiento involuntario, derechos humanos, Naciones Unidas.

Abstract

The Spanish legal system, in relation to incapacitation, guardianship and involuntary commitment, must be revised due to the fact that the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities is coming into effect in Spain. It is necessary to analyse the legal system in order to identify the areas that may be incompatible with the Convention, to develop the principles contained within the Convention and to improve the promotion of the human rights of the persons with disabilities. This essay is an initial approach towards the study of these matters.

Key words

Disabilities, incapacitation, guardianship, involuntary commitment, human rights, United Nations.

* Fecha de recepción: 16-2-2011. Fecha de aceptación: 2-3-2011

SUMARIO

1. Introducción.

2. Posibles incompatibilidades entre la convención y el vigente procedimiento de incapacitación

2.1. Incapacitación, capacidad jurídica y capacidad de obrar: algo más que una mera cuestión terminológica

2.2. Una propuesta de denominación

3. Principios que han de informar el procedimiento de delimitación de la capacidad de obrar

3.1. El principio del superior interés del discapacitado tutelado

3.2. Principio de promoción de la progresiva autonomía individual de las personas con discapacidad

3.3. Principios de especialidad e idoneidad

3.4. Principio de necesidad

3.5. Principio de proporcionalidad

3.6. Principio de flexibilidad en la adecuación

3.7. Principio de audiencia

4. Las instituciones tutelares tras la convención

4.1. Tutela y curatela. Análisis de su compatibilidad con la convención

4.2. El plan de tutela, un instrumento para garantizar la flexibilidad en la adecuación de las medidas tutelares

4.3. Posibles alternativas a las instituciones tutelares establecidas en el procedimiento judicial

4.3.1. La guarda de hecho

4.3.2. Los poderes preventivos

5. La convención y las medidas judiciales de protección de la salud de la persona discapacitada internamientos y tratamientos involuntarios

5.1 El internamiento involuntario civil

5.2 Tratamientos médico involuntarios

5.2.1. Los tratamientos médicos forzosos

5.2.2. El tratamiento psiquiátrico ambulatorio judicializado

6. Conclusiones para una próxima reforma legislativa

ANEXO: Aproximación a una eventual modificación del articulado de la ley de enjuiciamiento civil y del código civil para su adaptación a la convención de nueva york de 13 de diciembre de 2006

Bibliografía

1.INTRODUCCIÓN

Tras un complejo proceso iniciado en 2001, el 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobaba por consenso el texto de La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención), derecho internacional vigente en España desde el 3 de mayo de 2008, una vez que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento tras su ratificación el 23 de noviembre de 2007 y su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008.

La Convención se encuentra inserta en el ámbito de las normas jurídicas internacionales relativas a la protección de los Derechos Humanos. Desde este ángulo debe de abordarse su estudio, interpretación, desarrollo interno y aplicación. La Convención supone un paso más en el desarrollo positivo internacional de los derechos humanos en un ámbito subjetivo sectorial específico, el relativo a las personas afectadas por una discapacidad.

La Convención entronca así con el acervo jurídico internacional relativo a la protección de los derechos humanos surgido en el ámbito de Naciones Unidas, tal y como se recuerda en su inicio, al referir expresamente en su preámbulo que los Estados Parte “convienen” su texto “*reconociendo* que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole” y “*recordando* el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”.

De la incardinación de la Convención en el bloque jurídico internacional relativo a los Derechos Humanos se derivan importantes consecuencias. De una parte sitúa el rango formal de la Convención en el escalón más alto en cuanto supone para nuestro ordenamiento interno su integración en el canon interpretativo de nuestros propios derechos constitucionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución. De otra parte, la peculiar naturaleza propia del ser una norma relativa a los derechos humanos la hace adolecer de las mismas debilidades que en ocasiones parte de la doctrina jurídica ha querido ver en tales declaraciones de derechos, tratando de restarles valor jurídico o reduciendo su contenido al propio de los principios generales del derecho.

Con el fin de evitar que el desarrollo de la Convención se reduzca a un debate en busca de un lenguaje jurídico políticamente correcto, debe abordarse su estudio con sosiego y rigor, a fin de encontrar en su texto el contenido esencial de sus normas jurídicas vinculantes. En tal sentido, cabe recordar aquí algo tan antiguo como las reflexiones que Bentham hacía acerca de las declaraciones de derechos del Hombre y que PEREZ LUÑO reseña en su obra, cuando concluía “la importancia que reviste en el plano jurídico-político el empleo de un lenguaje riguroso. Palabras tales como leyes, derechos, seguridad, libertad y poder soberano son términos que se emplean con gran frecuencia en la creencia de que hay acuerdo sobre su significado, sin reparar en que tales expresiones tiene gran número de acepciones distintas. De ahí que usarlas sin tener clara idea de su sentido es ir de error en error. Un claro ejemplo de esta forma imprecisa y equívoca de utilizar la expresión derechos humanos en las declaraciones y en el lenguaje vulgar es la confusión entre la realidad y el deseo. Las buenas razones para desear que existan los derechos del hombre no son los derechos, las necesidades no son los remedios, el hambre no es el pan. La falacia más común en el lenguaje de los derechos humanos es la confusión entre el lenguaje descriptivo y el prescriptivo”.¹

¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 1991, pp. 26-29.

No han de compartirse íntegramente las conclusiones a las que llegaba el autor por él evocado, pero si extraer de su crítica a las declaraciones de derechos la necesidad de no caer en la confusión que se deriva del hecho de que tales declaraciones empleen un lenguaje descriptivo para desarrollar una función prescriptiva.

En cualquier caso, la Convención exige una interpretación y probablemente una futura reforma parcial de nuestra legislación conforme a sus principios y su articulado. No son pocos los debates y trabajos doctrinales que ha generado la entrada en vigor de la Convención y los mismos no son en absoluto pacíficos, sino que por el contrario, enarbolando la bandera del texto internacional se han defendido posiciones contrapuestas y extremas. Esto se antoja inevitable, si se valora que la Convención es un texto integral e internacional que, por tanto, pretende dar una respuesta global y conjunta a algo tan diverso como las distintas clases y grados de discapacidad, en un contexto tan distinto como es el que aportan los ordenamientos jurídicos de los estados que han ratificado la misma.

La Convención, por tener ese carácter integral y global, exige una labor interpretativa muy compleja, de la que sin embargo, resulta un importante abanico de oportunidades de mejora de nuestro sistema civil de protección de la discapacidad, si se logran los consensos necesarios en torno a criterios moderados, pero no por ello menos sólidos, en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, derivados de los principios que pueden extraerse de la misma. Siguiendo a DE ASIS ROIG, cabe recordar que “suele ser habitual, en el tratamiento de los derechos, afirmar que lo importante es establecer mecanismos eficaces de garantía. En ocasiones, la afirmación anterior va acompañada de un menosprecio de las declaraciones de principios que acompañan o justifican los textos normativos. Sin embargo, en ocasiones son precisamente estas declaraciones las que producen un cambio fundamental en la comprensión, reconocimiento y garantía de los derechos.”² El reto de interpretación y desarrollo interno de la Convención ha de afrontarse considerando que en nuestro ordenamiento jurídico ya la Constitución Española de 1978 supuso la consagración de muchos de los principios que hoy también recoge aquella, por más que su plasmación en la legislación ordinaria, y lo que es más importante, su aplicación práctica, no sea aún la mínima exigible.

La Convención debe llevarnos también a realizar una revisión e impulso del desarrollo de aquellos preceptos constitucionales que se refieren a la protección de las personas con discapacidad, que ahora deberán interpretarse también conforme a ella, puesto que, tal y como afirma GANZEMÜLLER ROIG, ya de nuestro texto constitucional se desprende que “en nuestro país, para abordar correctamente el estudio de los principios rectores que tienen como objeto la protección de las personas con discapacidad o en situación de estarlo, los poderes públicos deberán partir siempre, no solamente de su obligación genérica respecto al colectivo, fundamento y compromiso expuesto en el artículo 49 de la Constitución Española; sino con la persona, con el ciudadano con discapacidad a los que los valores superiores del ordenamiento jurídico de la libertad, la justicia y la igualdad, que junto con el pluralismo político, le integran en el estado social y democrático de derecho que propugna el artículo 1 de la CE.”³

El papel del Ministerio Fiscal es esencial en el cumplimiento por parte de los poderes públicos del mandato establecido en el artículo 9.2 de nuestra norma fundamental, cuando establece la obligación de éstos en cuanto a “promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos y 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, social y cultural”. La protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad se integran plenamente en las funciones que la Constitución asigna al Ministerio Público cuando en el artículo 124.1 le atribuye la de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social.

² DE ASIS ROIG, Rafael, *La Convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad*, en la obra colectiva, *Hacia un derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, 2009, p. 314.

³ GANZEMÜLLER ROIG, Carlos, *La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad* en la obra colectiva, *Hacia un derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, 2009, pp. 392-393.

2. POSIBLES INCOMPATIBILIDADES ENTRE LA CONVENCIÓN Y EL VIGENTE PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN.

2.1. Incapacitación, capacidad jurídica y capacidad de obrar: algo más que una mera cuestión terminológica.

Resulta bastante claro y por el momento bastante pacífico en la doctrina jurídica y en el debate político, el hecho de que del conjunto de principios sobre los que se asienta la Convención, se desprende la obligación para el legislador español de abandonar algunos de los términos actualmente utilizados tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil en la regulación de las instituciones tutelares y en la regulación del procedimiento especial sobre capacidad de las personas. En particular no son pocas las voces que han planteado la necesidad de sustituir el término incapacitar y el *nomen* del procedimiento de incapacitación por otro u otros acordes con el texto y contenido de la Convención.

Lo cierto es que los términos utilizados en los textos legislativos responden, evidentemente, a una determinada concepción de lo que con ellos se pretende significar y, por lo tanto, ha de subrayarse que el cambio de determinadas voces en los textos legales, debe ser especialmente cuidadoso y, en todo caso, sustentarse en una firme posición de fondo que fundamente los mismos, puesto que de ellos derivará en el futuro la construcción de una nueva interpretación y aplicación de la legislación en la materia, la cual resulta especialmente sensible por afectar a los derechos fundamentales de la persona.

El futuro del concepto y del propio término de la incapacitación judicial está íntimamente unido a la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. El artículo 12 de la Convención⁴, aún cuando expresamente no se refiere a la capacidad de obrar, si atendemos a los debates y trabajos previos a su aprobación, parece haber pretendido la unidad de la capacidad personal en una sola capacidad jurídica, indivisible, comprensiva tanto de la aptitud para ser titular de derechos como de la aptitud para el ejercicio de los mismos, igual en todos los seres humanos. A raíz de este artículo y de su interpretación se ha debatido y llegado en muchas ocasiones a la conclusión de que el artículo 12 resulta incompatible con la distinción que en nuestro sistema de derecho civil, desde la doctrina, se hace entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

⁴ Artículo 12 de la Convención:

Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al 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. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, 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 e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes 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.

Sin embargo, un estudio detenido de la cuestión podría permitir defender sin vacilación el mantenimiento de la distinción entre ambos aspectos de la capacidad personal. Para ello resulta indispensable una inmersión en la historia de tal distinción, en la forma que fue introducida en nuestro derecho y en las interpretaciones mayoritarias y minoritarias que se han hecho de la misma.

La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y especialmente la forma imperante de entenderla hasta la actualidad se debe principalmente a la obra de Federico de Castro, que la vino a definir y establecer en la forma en que posteriormente se plasmaría en la mayoría de los tratados de derecho civil, considerando la *capacidad jurídica* como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la *capacidad de obrar* como la aptitud para realizar actos jurídicos eficaces en relación con los mismos. A esta distinción y a esta concepción de la capacidad de obrar responde, con arreglo a la mayoría de la doctrina, la correcta interpretación del Código Civil y de la legislación posterior hasta la fecha, con escasos matices.

Esta forma de entender la capacidad de obrar podría ser contraria a la Convención. ¿Por qué? Porque tal distinción, teniendo como principal objetivo la seguridad jurídica, la estabilidad contractual y no la protección patrimonial del discapacitado, habilitaba a la autoridad judicial para reducir o eliminar, según los casos, la capacidad de obrar de la persona discapacitada, con base en su discapacidad, pero sin sujeción a la realidad cotidiana de sus aptitudes intelectuales y volitivas. DE CASTRO rechaza el paralelismo entre incapacidad legal e incapacidad natural y desliga la incapacitación de la situación real psicológica del interesado. Lo dice claramente cuando afirma que “la doctrina jurídica ha sufrido uno de sus mayores errores de dirección al aceptar como axioma que la capacidad de obrar estaba determinada en el derecho por la aptitud natural del individuo para conocer, saber o querer (...) la ley no nos obliga a medir las condiciones psíquicas de cada persona para averiguar su capacidad de obrar”⁵. La capacidad de obrar, antes así definida, depende exclusivamente del estado civil que a su vez deriva de una resolución judicial. Es decir, mediando sentencia de incapacitación, el sujeto carece de capacidad de obrar puesto que por decisión judicial ha sido constituido en estado civil de incapacitado y, desde entonces, los avatares de su discapacidad y eventuales periodos de mejoría o remisión de la enfermedad resultan ajenos al derecho, en tanto no recaiga resolución judicial que modifique la anterior. No cabe duda de que ésta concepción de la capacidad de obrar y del procedimiento de incapacitación es incompatible con la Convención.

Destaca GARCIA-RIPOLL MONTIJANO que “ la gran autoridad de este autor hizo que una buena parte de la doctrina española se decantara hacia el concepto de estado civil como determinante de la incapacidad. Sin embargo, la postura contraria de la incapacidad natural no se apagó totalmente y resurge con cierta fuerza en la actualidad, aunque no se califique como tal (...)”⁶

Así, cabe plantearse: ¿es ésta la única forma posible de entender la incapacitación y la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? Y seguidamente cabe abordar el siguiente interrogante: ¿es ésta la única concepción de la capacidad de obrar que ha existido en nuestro derecho histórico? Ambas cuestiones merecen una respuesta negativa. Empezando por la segunda, podemos mantener que en nuestro derecho histórico, anterior a la codificación, la idea de incapacidad de obrar no respondía a la concepción jurídico-formal que mantuvo DE CASTRO y con él la doctrina mayoritaria y la legislación posterior al Código.

Muy al contrario, nuestro derecho histórico se aproxima más a una concepción naturalista o jurídico-realista de la incapacidad, que se mantiene prácticamente sin matices hasta el mismo proyecto de Código Civil de 1851. Refiere GARCIA-RIPOLL MONTIJANO que “se aparta el Código de nuestra legislación anterior (...) Siguiendo el ejemplo del Code francés

⁵ DE CASTRO, *Derecho civil de España, t.II, parte 1ª*, pp. 48 y 49.

⁶ GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, J.M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1992, p. 48.

nuestro ordenamiento exige por primera vez que para considerar a una persona demente como incapaz es necesaria una declaración formal en tal sentido”⁷

Desde la perspectiva naturalista o jurídico-realista, más acorde con nuestro derecho histórico anterior al Código, se valora la incapacidad como una situación de hecho, basada en una real incapacidad natural, a la que el derecho aporta únicamente un reconocimiento o declaración a los efectos de delimitar la eficacia jurídica de los actos del incapaz y su posible protección mediante una institución tutelar. Sólo en los supuestos de prodigalidad nuestro derecho histórico ha mantenido una concepción estrictamente formal, en la cual es la resolución judicial la que incapacita a un sujeto que por su estado psíquico es plenamente capaz.

La Convención proscribe la desigualdad en la capacidad de obrar cuando esta se deriva automáticamente de la discapacidad sin tomar en consideración el estado real de la persona afectada, su capacidad natural para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones. Pero lo que la Convención no niega, ni podría en ningún caso negar, es que la capacidad de obrar, entendida como capacidad natural para el ejercicio de los derechos, queda afectada por la discapacidad, existiendo limitaciones de hecho que el derecho no puede desconocer. Estas limitaciones naturales de las aptitudes precisas para ejercitar los derechos de la persona han de ser necesariamente reconocidas por el derecho y reguladas, incluso en materia de derechos fundamentales. Así, BASTIDA FREIJEDO afirma que “adoptando una postura más flexible que concibe los derechos como poderes de voluntad garantizados para la satisfacción de un determinado interés de su titular, ha sido posible afirmar la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. Este último podría realizarse a través de un representante en los casos excepcionales de incapacidad de autodeterminación volitiva del titular, cuando de ese modo se satisfaga el interés del primero, jurídicamente tutelado por el derecho fundamental de que se trate”⁸.

Incluso cabe entender que el artículo 12 de la Convención mantiene tácitamente la distinción entre capacidad jurídica para ostentar derechos y capacidad de obrar o de ejercicio de los mismos, de modo que sus apartados primero, segundo y quinto se refieren a la capacidad jurídica y el tercero y cuarto a la capacidad de obrar. Opinión ésta que compartimos con GARCIA PONS cuando afirma que “los apartados tercero y cuarto, seguramente los más polémicos de la Convención, hacen referencia a la capacidad de obrar, aunque sin mencionarla con ese nombre, pero no otra cosa es “el ejercicio de la capacidad jurídica”, para el cual los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo.”⁹

Pues bien, la Convención no es incompatible con la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, siempre que ésta última responda a la concepción que podemos etiquetar como naturalista o realista y que en nuestro derecho ha defendido GORDILLO CAÑAS, de modo que, siguiendo su obra, podemos afirmar que el procedimiento de incapacitación no ha de culminar con una resolución judicial que incapacita a la persona, es decir, constitutiva de la incapacidad, sino con una resolución judicial declarativa de la discapacidad y constitutiva, eso sí, de la tutela.¹⁰

Contrapongamos así la posición jurídico-formal y la naturalista o realista para comprender mejor sus diferencias. La concepción jurídico formal de la capacidad de obrar mantiene que: a) la capacidad de obrar no se concluye de la valoración de la real y actual aptitud natural del sujeto sino de su estado civil; b) la capacidad de obrar se identifica así con la capacidad que el ordenamiento reconoce al sujeto para realizar actos jurídicos eficaces en razón del estado

⁷ Obra citada, p.71.

⁸ BASTIDA FREIJEDO Francisco; VILAVERDE MENÉNDEZ Ignacio; REQUEJO RODRIGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALAEZ CORRAL, Benito y FERNANDEZ SARASOLA, Ignacio en *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 85-86.

⁹ GARCIA PONS, Antonio en *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 45-47.

¹⁰ GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, Incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pp. 51 y 77.

civil en el que se encuentra; c) la sentencia de incapacitación es constitutiva de la incapacidad, de modo que el incapaz lo es porque así lo ha determinado la autoridad judicial mediante una resolución de incapacitación; d) siendo constitutiva de la incapacidad la sentencia, la misma no tendrá en ningún caso efectos retroactivos y supondrá la irrelevancia de posteriores intervalos lúcidos del incapacitado; e) en definitiva, se trata de primar la seguridad jurídica sobre la adecuación de las medidas de protección de la persona discapacitada.

Por el contrario, la concepción naturalista o realista se sustenta en las siguientes ideas: a) la capacidad de obrar ha de identificarse con la capacidad natural del sujeto, con su estado psíquico natural y actual; b) la capacidad de obrar se presume siempre y sólo cabe negarla cuando concurre una causa natural que limita de hecho tal aptitud del sujeto; c) la sentencia de incapacitación no es constitutiva de la incapacidad ya que la incapacidad es una situación de hecho y la sentencia es declarativa de la misma, constitutiva sólo de la tutela o curatela; d) siendo declarativa la sentencia, resultará posible la impugnación de actos anteriores a la misma, así como el reconocimiento de la validez de actos posteriores realizados en intervalo lúcido; e) en definitiva, se trata de primar la adecuación de la protección de la persona discapacitada, aún cuando en ocasiones se produzca una inevitable merma de la seguridad jurídica.

Concluye en la misma dirección, aun no compartiendo todos los argumentos que GORDILLO CAÑAS utiliza para fundamentar su tesis realista o naturalista, GULLÓN BALLESTEROS, quien refiere que “frente a la doctrina DE CASTRO, de aceptación tan íntegra entre los autores, la jurisprudencia y el Código Civil reformado, el profesor GORDILLO CAÑAS, en un brillante estudio, se ha replanteado el tema, cuyo resultado le lleva a conclusiones en parte diferentes. No niega GORDILLO que la sentencia de incapacitación sea constitutiva, pero en el sentido de que sin ella no puede pasar una persona a depender de un tutor, no puede constituirse la tutela. Pero desde el punto de vista de la capacidad de obrar, la sentencia lo único que hace es constatar que la persona en cuestión se da una causa prevista por la ley por la que se le puede incapacitar. La sentencia de incapacitación, por sí misma, no puede ser constitutiva de la situación de la persona.”¹¹

Pues bien, la Convención resulta incompatible con el concepto de capacidad de obrar jurídico-formal en cuanto que, efectivamente, esa capacidad de obrar formal supone una ficción, una creación jurídica que aun cuando inicialmente pudiera adecuarse a una situación de hecho natural, posteriormente se despega de la misma, resultando irrelevantes las circunstancias de aquella situación de hecho. Es decir, se produciría la siguiente secuencia, incompatible con la convención: enfermedad mental, consecuentemente, incapacitación legal, consecuentemente, ineficacia de los actos del incapacitado, consecuentemente, irrelevancia absoluta de su situación personal, consecuentemente, sustitución total de su persona por la del tutor en la vida civil.

En cambio, 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. Es así puesto que, por más que tras su ratificación se haya pretendido unificar capacidad jurídica y capacidad de obrar en una sola igual para todos los individuos, lo cierto es que, de hecho, si bien todos tenemos la misma capacidad jurídica -todos tenemos la misma capacidad para ostentar los derechos fundamentales- también es cierto que, desafortunadamente, determinados grados de discapacidad impiden a algunas personas comprender, expresarse, decidir o incluso actuar en defensa de sus intereses personales y patrimoniales.

¹¹ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar*, en la obra colectiva *Los discapacitados y su condición jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, n.º 22, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 11-22.

Por más que se pretenda mantener el ideal de la igualdad y unidad total del concepto de capacidad, éste choca frontalmente con la situación, por ejemplo, entre muchas otras, del enfermo de Alzheimer que, ostentando íntegra su capacidad jurídica, resulta absolutamente incapaz de ejercer los derechos derivados de la misma. Y es precisamente a estas situaciones y a otras a veces no tan claras, a las que tendrá que seguir dando respuesta un procedimiento, que ya no podremos denominar de incapacitación, puesto que con arreglo a la Convención, el juez ya no incapacitará sino que declarará la existencia de una discapacidad que afecta a la capacidad de obrar, delimitará la misma y constituirá una protección de carácter tutelar.

De otro lado, debe considerarse que la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar no es privativa de la legislación relativa a la incapacitación judicial del discapacitado. La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar es un instituto jurídico común a todas las ramas del derecho sin que las objeciones que desde algún sector se le hacen a raíz de la Convención se hayan planteado, por ejemplo, respecto de la legislación de protección jurídica de la minoría de edad. No es posible negar las limitaciones a la capacidad natural derivadas de determinados supuestos de discapacidad, fundamentalmente psíquica. Afirmar lo contrario, negar la distinción entre la capacidad jurídica, igual para todas las personas por el mero hecho de serlo y la capacidad de obrar, diversa en razón de las circunstancias psicofísicas de cada ser humano, supone caer en el error de pretender negar la propia discapacidad que se pretende amparar y proteger

El origen de tal error parte de confundir el estilo descriptivo que preside la redacción de la Convención en orden a desarrollar su función prescriptiva con el verdadero contenido de ésta, que comprende tanto normas jurídicas en sentido estricto como normas de programación final. No puede pretenderse que cuando la Convención proclama la igualdad jurídica de las personas con discapacidad esté negando que de hecho existe una desigualdad derivada de las limitaciones que supone la propia discapacidad. Eso sí, en ese momento lo que la Convención hace es ordenar a los poderes públicos eliminar las desigualdades que de hecho se producen en la realidad y esa interdicción de la desigualdad, en cuanto a la capacidad de obrar, se produce mediante el complemento de la misma con el apoyo de la institución tutelar.

2.2. Una propuesta de denominación.

Los primeros avances de desarrollo legislativo interno de la Convención apuntan a la sustitución del término incapacitación por el de “modificación de la capacidad de obrar”. El cambio ha de ser bienvenido en cuanto supone el abandono de un concepto que en razón de una mala práctica por parte de los operadores jurídicos ha alcanzado un carácter estigmatizante y discriminatorio.

Sin embargo, una vez que se da el paso de abordar la difícil tarea de sustituir un vocablo técnico jurídico tan arraigado como el que hasta ahora expresaba el concepto de incapacitación, debería apurarse la exploración de nuevos términos que reflejen con rigor una posición sistemática que permita dar coherencia al nuevo sistema de protección de la discapacidad que pretende articularse tras la Convención.

La expresión “modificación de la capacidad de obrar” que ya ha sido recogida en los textos legislativos de reforma de la Ley de Registro Civil sigue respondiendo a la concepción jurídico formal que en este trabajo entendemos absolutamente incompatible con la Convención. No puede sostenerse un nuevo sistema de protección jurídica de la discapacidad sobre un procedimiento de “modificación de la capacidad de obrar” cuando de la Convención se desprende que la protección judicial debe ajustarse y adecuarse a la capacidad natural del sujeto. Es decir, en el nuevo sistema y procedimiento judicial, el Juez no puede modificar la capacidad de obrar ya que, en tal caso, habríamos reducido la reforma a una mera sustitución del término bajo la cual se esconde el mismo sentido y significado.

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”. Esta forma de denominar al procedimiento y a su consecuencia es respetuosa con la Convención, que reconoce en el referido artículo 12 la plena igualdad jurídica de todas las personas. La denominación propuesta, *delimitación*, no implica una desigualdad en la capacidad jurídica, tampoco una limitación judicial de la capacidad de obrar, posiblemente incompatible no sólo con la Convención, sino con nuestro propio sistema constitucional, puesto que “*limitar*” supone restringir algo que es de hecho y en derecho posible y por el contrario *delimitación* y “*delimitar*” supone simplemente describir el contorno de lo posible, describir hasta dónde puede llegar el discapacitado, de hecho, con arreglo a sus circunstancias actuales.

Recapitulando lo expuesto hasta ahora, la sentencia será no ya de incapacitación sino de delimitación de la capacidad de obrar. El fallo de la misma no será constitutivo de la incapacitación, no constituiría al discapacitado en estado de incapacitado sino que declarará la existencia de una discapacidad que afecta a la capacidad de obrar, delimitará ésta, concretando los actos que el interesado puede realizar por sí mismo y aquellos otros que precisan de asistencia, complemento o sustitución y constituirá al discapacitado en un nuevo estado civil, no ya de incapacitado, sino de tutelado, estableciendo finalmente el mecanismo de protección tutelar que proceda, con arreglo a la delimitación de la capacidad de obrar que se haya realizado.

En cuanto a la sustitución del término “incapacitado”, aconsejable por las mismas razones antes expuestas respecto del término “incapacitación”, la expresión “tutelado” podría abarcar todos los supuestos de delimitación de la capacidad de obrar y sometimiento a medidas de protección tutelar, englobando tanto los casos de tutela en sentido estricto como de curatela y defensa judicial. El término “tutelado” expresaría de forma clara y fácilmente reconocible tanto para los operadores jurídicos como para los ciudadanos en general el concepto de apoyo a la persona con discapacidad al que se refiere la Convención.

En contra de lo argumentado por quienes consideran que se trata de un vocablo arcaico y con notas discriminatorias para el discapacitado puede aducirse la definición del propio diccionario de la Real Academia Española que describe al adjetivo “tutelar” en su acepción más común como aquello “que guía, ampara o defiende a una persona”.

3. PRINCIPIOS QUE HAN DE INFORMAR EL PROCEDIMIENTO DE DELIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

La Convención contiene diversos principios jurídicos, algunos de ellos expresamente formulados en su artículo 3, y otros muchos que pueden extraerse de su articulado y cuya interpretación, estudio y sistematización se hacen imprescindibles, con el objeto de proceder

a examinar la compatibilidad de nuestra legislación vigente con la misma y de determinar los parámetros de la adaptación de las actuales instituciones tutelares al texto internacional. Estos principios podrían concretarse en los siguientes:

3.1. El principio del superior interés del discapacitado tutelado.¹²

Desde la perspectiva de la Convención, y también de la propia Constitución Española (artículos 9.2, 14 y 49), ha de concluirse que la delimitación de la capacidad de obrar de una persona discapacitada y la instauración de mecanismos de heteroprotección a través de figuras tutelares sólo podrá justificarse en el interés superior del propio discapacitado. El artículo 12.4 de la Convención se refiere expresamente “al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. La delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad y el establecimiento de la tutela sólo pueden fundamentarse constitucionalmente en la protección de su interés. En la decisión sobre la delimitación y la constitución de la tutela debe pesar, por encima de cualquier otra valoración, la del objetivo posible que se persigue en relación con la mayor protección de la persona y bienes del discapacitado, de modo que cuando el procedimiento se presente inútil al respecto de la protección del referido interés, no estaría constitucionalmente justificada, ni ahora tampoco, con arreglo a la Convención, la adopción de la medida de protección tutelar.

Afirma BASTIDA FREIJEDO que “nuestro texto constitucional ha tenido en cuenta la necesidad de protección derivada de la merma de capacidad de obrar iusfundamental, que debe beneficiar a unos y otros (menores e incapaces) (artículos 39 y 49 de CE). De esta necesidad de protección, expresada en el mandato dirigido a los poderes públicos y a determinados particulares que ocupan *ex constitutione* una posición de garante respecto de los menores de edad o los incapaces, se deriva no sólo la posibilidad de limitar el ejercicio por sí mismos de los derechos (autoejercicio) sino también la de suplirlos en él (heteroejercicio) siempre que se den dos condiciones: una, que el grado de autodeterminación volitiva del menor o del incapaz sea tan deficiente que les impida ejercitarlos por sí mismos, y otra, que la facultad de cuyo heteroejercicio se trate permita satisfacer su interés (...)”¹³

Compartimos también en este punto el criterio de GARCÍA PONS que mantiene que el concepto de mayor interés de la persona con discapacidad “consiste básicamente y finalmente en promover y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad, bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que la persona discapacitada actúe por sí misma cuando tenga capacidad de obrar suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente a las instituciones de representación legal (patria potestad, tutela) o complemento de capacidad (curatela) cuando no posea dicha capacidad.”¹⁴

De esta forma, llevar al procedimiento judicial cada concreto supuesto de discapacidad sólo procederá cuando se pueda justificar en esa protección del superior interés del discapacitado. En caso contrario, no resultará justificado ni habrá lugar al inicio del procedimiento o, de haberse iniciado, a la estimación de la demanda puesto que, tal y como reflexiona FABREGA RUIZ, “sólo si la persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y que no puede realizar por sí solo. (...) En otro caso no se darán los requisitos del artículo 200 del C.C. (...) La declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no esté ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Podemos decir que en estos casos, hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno),

¹² Convención, artículo 12.4: “(...) estas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida (...) las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

¹³ *Obra citada*, p. 94.

¹⁴ *Obra citada*, p. 157.

pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas).¹⁵

Ese principio del superior interés de la persona con discapacidad supone reenfocar el objetivo de protección situando el de preservación del patrimonio, hasta ahora objetivo primordial y fin en sí mismo, en su justo lugar, a saber, la protección del patrimonio como medio necesario a los fines de garantizar que este esté afecto y sea útil a la protección personal de la persona con discapacidad y a la satisfacción de sus necesidades materiales y morales.

Señala SANTOS URBANEJA¹⁶ que “la regulación civil de la guarda de las personas discapacitadas que se fragua a lo largo del siglo XIX y concluye con la publicación del Código Civil pone el acento en los aspectos patrimoniales. Se contempla al discapaz en cuanto titular de una patrimonio que hay que administrar (...) La abigarrada regulación legal, llena de controles y cautelas, pone de manifiesto que se hizo pensando en discapacitados titulares de grandes patrimonios (...)” Hoy, necesariamente y más que nunca tras la Convención, la reforma legal deberá poner el acento en la protección personal de la persona con discapacidad, en la protección de su interés el cual se concreta en el objetivo de lograr la mayor autonomía del mismo, con arreglo a sus circunstancias y evolución.

3.2. Principio de promoción de la progresiva autonomía individual de las personas con discapacidad.¹⁷

El principio del interés superior del discapacitado se encuentra íntimamente vinculado con el de lograr la progresiva máxima autonomía que permitan sus circunstancias y limitaciones físicas y psíquicas. 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. Este enfoque de la protección tutelar se hace imprescindible también a la luz de lo dispuesto en el artículo 12.4 de la Convención.

Desde un punto de vista práctico, requiere el establecimiento de mecanismos de revisión periódica de la situación del discapacitado tutelado, que se podrían concretar en la exigencia al tutor de aportación de un informe médico, al menos anual, en el que se hagan constar las variaciones en el estado del mismo para que, en caso de mejoría, se proceda a ampliar el margen de autonomía de éste, restringiendo de forma paralela el de actuación del tutor en su nombre, pudiendo llevarse a cabo todo ello en el marco de lo que podría llamarse plan de tutela o plan de seguimiento de la tutela.

Una expresión de este principio ya se encuentra en nuestro Código Civil, en concreto en el artículo 269.3º del mismo cuando establece la obligación del tutor en orden a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

3.3. Principios de especialidad e idoneidad.¹⁸

¹⁵ FABREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, Madrid, 2006, pp. 1-3.

¹⁶ SANTOS URBANEJA, Fernando, *Experiencia en tutelas atribuidas a entidades jurídico públicas: la fundación cordobesa de tutela un modelo futuro*, en la obra colectiva *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad* (De Salas Murillo, coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 260-261.

¹⁷ Convención, artículo 26: “los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, (...) para que las personas con discapacidad puedan 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” (...).

¹⁸ Convención, artículo 3.a: “respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” y artículo 3.d: “respeto a la diferencia y la aceptación de las personas

El principio de especialidad determina que la sentencia que delimita la capacidad de obrar habrá de hacerlo valorando las circunstancias personales y patrimoniales del afectado de forma individual, estableciendo el mecanismo de protección tutelar a medida de las necesidades de protección de la persona discapacitada. No caben ya sentencias despersonalizadas, sin valoración específica de aquellas circunstancias individuales, debiendo fundamentar fáctica y jurídicamente la correlación entre la delimitación realizada y la situación actual de la persona afectada.

El principio de idoneidad o adecuación exige que las sentencias que delimiten la capacidad de obrar lo hagan en la forma idónea para alcanzar el objetivo que se pretende, que será la protección de un determinado ámbito patrimonial y personal del discapacitado. El artículo 3.d se refiere expresamente al “respeto a la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”.

De este principio se desprende la necesidad de reformar la legislación con el fin de mejorar la redacción de los artículos 267 y 270 del Código Civil que regulan la representación legal del tutelado por parte del tutor y su carácter de administrador de sus bienes. La reforma debería establecer, en cuanto a lo primero, la obligación legal de que la sentencia de incapacitación determine expresamente cuál es el ámbito de la actuación del tutor como representante legal del tutelado y qué ámbito de autonomía se reserva o conserva al propio tutelado para actuar por sí mismo. En cuanto a lo segundo, la administración económica o patrimonial por parte del tutor, igualmente debe exigirse que la sentencia concrete el ámbito de la misma y podría incluirse una referencia expresa al mantenimiento por parte del tutelado de la administración ordinaria de sus rentas del trabajo, en aquellos supuestos de incapacitación parcial en los mismos términos que establece el artículo 164.3º del Código Civil para el menor de edad mayor de dieciséis años.

Este principio podría entenderse ya plasmado en la redacción actual del artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dice que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión de los límites de ésta”. Sin embargo, este mandato legal relativo al contenido de la sentencia, en la práctica más generalizada, se ha mostrado insuficiente. Desde su entrada en vigor se ha puesto de manifiesto que una gran mayoría de sentencias se limitan a declarar la incapacitación, sin más, y a establecer el mecanismo de protección tutelar, sin graduar ni lo uno –los límites a la capacidad de obrar que se establecen en el caso concreto-, ni lo otro, –las facultades que se le atribuyen al tutor, recurriendo a fórmulas tales como “incapacidad total” o “incapacidad absoluta” resultando de aplicación en la posterior ejecución de la tutela la regulación legalmente prevista para el grado máximo de incapacitación.

El artículo 760 de la ley procesal civil precisa entonces de una reforma en el sentido de enfatizar aún más el principio de especialidad en orden a establecer, claramente, en la ley, la necesidad de que la sentencia haga una concreta delimitación de la capacidad de obrar del sujeto y en consecuencia, una especificación de las facultades que el mismo conserva de forma íntegra, aquéllas que requieren de la asistencia de la figura de protección tutelar y aquéllas en las que resulte estrictamente necesario sustituir la actuación de la persona por la de su representante legal nombrado a tal efecto.

3.4. Principio de necesidad.¹⁹

El principio de necesidad exige que la delimitación de la capacidad de obrar y el mecanismo de protección tutelar que se establezcan sean los mínimos necesarios e imprescindibles para lograr el objetivo de protección perseguido. El artículo 5.4 de la Convención establece que las medidas posibles, que no considera discriminatorias, serán las “necesarias para acelerar con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”.

¹⁹ Convención, artículo 5.4: “no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”; artículo 12.3: “los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”. Así, las sentencias que delimiten la capacidad de obrar lo harán sólo en la medida en que resulte imprescindible a los fines de proteger el superior interés del discapacitado, en orden a lograr su progresiva autonomía y autoprotección. La sentencia que considere necesario establecer restricciones al ejercicio personal de determinados derechos y facultades lo deberá hacer modulando tales limitaciones desde la perspectiva de que nunca se impondrán si existe otro mecanismo menos restrictivo para el interesado que pueda garantizar igualmente la consecución del mismo objetivo.

3.5. Principio de proporcionalidad.²⁰

Este principio, del que encontramos varias expresiones en el artículo 12.4 de la Convención, exige que la delimitación de la capacidad de obrar debe ser proporcionada al fin que la justifica, la protección personal y patrimonial del discapacitado, de modo que no deberá restringirse la eficacia jurídica de sus actos en aquellos aspectos que no afecten a tal protección y fundamentalmente, que no debe existir desproporción entre el perjuicio derivado de la restricción establecida y el objetivo de protección que se pretende conseguir con ella. Esta es una exigencia de la Convención, si bien también venía siendo una exigencia derivada de la doctrina y jurisprudencia constitucional sobre limitación de derechos fundamentales, por más que, desafortunadamente, en la práctica, no sean nada infrecuentes las sentencias de incapacitación total y absoluta sin suficiente fundamentación jurídica y fáctica que la justifique. Ya mucho antes de la Convención ALBALADEJO señala que “lo que la ley no permite nunca es que la incapacitación prive a la persona de toda su capacidad”.²¹

La aplicación de este principio a la determinación de la institución tutelar a la que se encomendará la protección del tutelado supone que sólo se establecerá la tutela general cuando no se pueda lograr el objetivo de protección pretendido con una tutela parcial y, a su vez, que sólo se acudirá a la tutela, aun parcial, cuando no pueda lograrse con idéntica eficacia el mismo objetivo de protección mediante la curatela.

En este punto, resulta especialmente significativa la positiva práctica seguida en algunas fiscalías y partidos judiciales procurando garantizar un ámbito mínimo de gestión patrimonial directa por parte del tutelado, estableciéndolo expresamente en la sentencia. Igualmente, no cabe privar con carácter general al tutelado del ejercicio de determinados derechos como son los derechos de participación política y sufragio, el derecho de matrimonio o el derecho de disponer de sus bienes mortis causa.

En particular, respecto del derecho de sufragio, debe considerarse que la incapacitación no supone *per se* la pérdida del derecho al voto, el artículo 3.1.b) de la LO 5/1985 de 19 de junio, de Régimen Electoral General, establece que “carecen de derecho de sufragio (...) los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”. Tras la Convención, ha de concluirse que la limitación del derecho de sufragio deberá restringirse a los supuestos de grave afectación de las capacidades intelectivas y volitivas del discapacitado. Esto es una clara exigencia del texto internacional que en su artículo 29 reconoce expresamente el derecho de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas.²²

²⁰ Convención, artículo 12.4, “los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al 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. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (...) sean proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible (...). Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

²¹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Librería Bosch, Barcelona 2002, p. 265.

²² Convención, artículo 29: “Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con los demás y se comprometerán a: a) asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas (...)”

Tampoco debe privarse con carácter general de otros derechos civiles personalísimos cuyo ejercicio no afecte a la conservación y buena gestión de su patrimonio en vida del tutelado. El artículo 23 de la Convención establece el derecho de las personas con discapacidad a casarse y fundar una familia²³. En consecuencia, en cuanto al matrimonio, en caso de resultar necesario, como medida de protección del patrimonio, ante la sospecha de riesgo de abuso o engaño del discapacitado, sólo se procedería a limitarle la posibilidad de contraerlo en régimen de gananciales, pudiendo hacerlo en régimen de separación de bienes para preservar los mismos.

Señala TENA PIAZUELO que “el *ius nubendi* es un derecho constitucional (cfr. Art. 32 CE), que no puede ser excluido simplemente cuando los contrayentes padezcan deficiencias o anomalías, sino cuando se compruebe la falta de capacidad para contraer matrimonio; en esta comprobación el Juez encargado del Registro Civil no está vinculado por el criterio facultativo. La presunción general de capacidad, resulta desvirtuada cuando el contrayente ha sido previamente incapacitado. Lo que por otra parte no impide que pueda comprobarse de modo específico su aptitud para contraer matrimonio”.²⁴

Respecto de la capacidad para otorgar testamento, refiere el mismo autor que “la privación de capacidad, mediante una sentencia de incapacitación, nunca podrá ser tan absoluta como para no conservar en cierta medida la capacidad de otorgar testamento en intervalo lúcido ex art. 665.”²⁵

Tanto en relación con el derecho a contraer matrimonio como respecto de la capacidad para testar dice ALBALADEJO, “la ley estima que la aptitud para ciertos actos, no debe depender de la incapacitación o no, sino de que la persona que se halle en ciertas circunstancias independientes de la incapacitación (p. ej. ser mayor de catorce años, para poder testar) esté en condiciones de querer conscientemente al otorgarlos. Por eso valen, procedan o no de un incapacitado judicialmente, cuando quién los celebra se halla en las circunstancias pedidas por la ley (...)”²⁶

Además, de forma general en relación con el ejercicio por sí mismo por parte del tutelado de determinados derechos, cabe plantear la conveniencia de que la reforma legal establezca en el ámbito de la incapacitación y de la tutela una disposición similar a la prevista en el artículo 162.1º del Código Civil en cuanto a la representación propia del ejercicio de la patria potestad, de modo que expresamente se disponga en la ley que el tutelado podrá realizar por sí mismo los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que de acuerdo con las leyes y sus condiciones de autonomía personal puede realizar por sí mismo. Con ello se evitaría el manifiesto perjuicio que se deriva de las nada infrecuentes sentencias de incapacitación total y absoluta que de hecho devienen en la muerte civil de la persona sometida a tutela.

3.6. Principio de flexibilidad en la adecuación.²⁷

²³ Convención, artículo 23: “los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales y lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de igualdad con las demás a fin de asegurar que: a) se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges

²⁴ TENA PIAZUELO, Isaac, *La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia*, en la obra colectiva *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad (De Salas Murillo, coord.)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, p. 164.

²⁵ TENA PIAZUELO, Isaac, *Op. Cit.*, p. 174.

²⁶ ALBALADEJO, Manuel, *Op. Cit.*, p. 266.

²⁷ Convención, artículo 12.4, “Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (...) sean proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona, 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 e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

La Convención determina en su artículo 12.4 que las medidas que se adopten en relación con la persona con discapacidad sean adecuadas a “las circunstancias de la persona, 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 e imparcial” Esto puede articularse considerando que la sentencia ha de establecer un marco que permita la adecuación a las circunstancias personales, patrimoniales, de salud y a la discapacidad del afectado en cada momento. Así, debe procurarse que sean lo suficientemente abiertas como para establecer un marco mínimo de protección que permita la adecuación de esta protección a las circunstancias variables del afectado, sin necesidad, en la medida de lo posible, de modificar la referida sentencia. Para ello se difiere a la elaboración, aprobación y eventual revisión del plan de tutela la concreción de los detalles, cuantías y modos en que el discapacitado afectado sometido a tutela podrá hacer determinados actos dispositivos, gestiones económicas, contratación de servicios, etc.

La sentencia deberá establecer el marco general de protección de la misma y concretar los parámetros que definirán las facultades representativas del tutor y los actos que se encomiendan a éste, cuáles requieren su asistencia y cuáles puede seguir realizando el tutelado por sí mismo. No supone esto la necesidad de que la sentencia concrete de forma exhaustiva y hasta el detalle lo que el afectado puede o no puede hacer, ya que ello sería contraproducente, por dotar de excesiva rigidez a la situación creada, pero sí creando el marco del plan de seguimiento de la tutela donde han de concretarse el contenido específico de las facultades que el afectado conserva en relación con la administración de sus bienes, disposición de efectivo, etc., que podrán variar en relación a eventuales y probables cambios en las circunstancias, dando lugar a una revisión del plan de tutela y no de la propia sentencia de incapacitación.

3.7. Principio de audiencia.²⁸

Expresado en diversas formas en el articulado de la Convención, especialmente en el artículo 3 y 12.4, supone especialmente la necesidad de reforzar su inclusión en nuestra legislación con carácter general, extendiendo su ámbito de aplicación a todo el ejercicio de las funciones tutelares, regulando un sistema de garantías a disposición del tutelado en caso de incumplimiento del trámite de audiencia y ubicándolo en las normas procesales, con el fin de reforzar y ampliar lo ya dispuesto en el artículo 273 del Código Civil, una vez que se constata que su aplicación en la práctica es escasa. Así, a la luz de la Convención se muestra inaplazable una regulación que exija con mayor rigor la audiencia del tutelado en todos los procedimientos que puedan desembocar en una resolución que le pueda afectar de forma relevante. El discapacitado inmerso en un procedimiento de delimitación de la capacidad de obrar debe ser oído en todas las cuestiones que le puedan afectar en todo caso, siempre que tenga suficiente juicio para ello. Así, a salvo los supuestos de ausencia total de entendimiento y capacidad de expresión de voluntad, el discapacitado deberá ser oído en los expedientes de autorización judicial en el marco de la tutela, tal y como ya establece el referido precepto y también deberá ser oído por el tutor, en cuanto a cualesquiera otros actos o negocios que pudieran afectarle, debiendo justificar el tutor en sus informes porqué un criterio distinto del que mantiene el tutelado es más beneficioso para éste y debiendo establecerse la posibilidad de que el tutelado pueda acudir bien al Juez bien al Fiscal cuando mantenga su discrepancia respecto de la decisión del tutor. Deberá ser oído igualmente en relación con la eventual revisión del plan de seguimiento de tutela.

Ya encontramos una importante manifestación de este principio de respeto y consideración de la voluntad del discapacitado sometido a tutela en la regulación de la denominada “autotutela”, tanto en el derecho civil común –artículo 223 y 234.1º del Código Civil, reformado por ley

²⁸ (Convención, artículo 3.c, “la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”; artículo 3.e, “igualdad de oportunidades”; artículo 12.4 “(...) que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; artículo 13, “los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás (...)”);

41/2003 de 18 de noviembre de 2003- como en los derechos civiles forales, mediante los cuales se da entrada al criterio del discapacitado en la primera decisión que ha de tomarse una vez dictada sentencia, como es el nombramiento de tutor. Así mismo en el artículo 231 del Código Civil respecto del nombramiento de tutor y en el artículo 248 respecto de la remoción del mismo.

4. LAS INSTITUCIONES TUTELARES TRAS LA CONVENCION.

4.1. Tutela y curatela. Análisis de su compatibilidad con la Convención.

También resulta intenso el debate generado acerca de cuál ha de ser la fórmula legal que desarrolle los apoyos a los que se refiere la convención. No menos enconados han sido los debates en torno a si es posible o no mantener las instituciones tutelares. Las instituciones tutelares actuales pueden mantenerse como compatibles con la Convención siempre que su ejercicio y práctica se adapte a los principios que se derivan de la misma, principios que deberán plasmarse en una futura reforma parcial de la regulación de la tutela y la curatela.

Algunas propuestas de desarrollo de la Convención consideran que al igual que se ha de proscribir el término incapacitación, también han de abandonarse los conceptos de tutela y curatela por considerarlos arcaicos, discriminatorios e incompatibles con el texto internacional que habla de “apoyos” de la persona con discapacidad.

Sin embargo, cabe mantener que la Convención no ha de ser considerada incompatible con el actual sistema de protección tutelar regulado en el Código Civil. En primer lugar porque resulta evidente que cuando la Convención habla de apoyo o apoyos de las persona con discapacidad utiliza un término genérico que podrá acoger sin obstáculo alguno la pluralidad de formas e instituciones jurídicas de protección típicas de cada ordenamiento. En segundo lugar porque cuando la Convención habla de apoyo o apoyos lo hace escogiendo este término para acentuar que el trato jurídico de la discapacidad ha de estar presidido por el principio del superior interés y de la progresiva autonomía de la persona discapacitada.

Pues bien, resulta posible una regulación y buena práctica en la ejecución de la institución de la tutela y curatela compatible con tales principios de protección y progresiva autonomía de la persona con discapacidad. Uno de los principales argumentos esgrimidos para descartar la pervivencia de la tutela es la idea de que la Convención proscribiera absolutamente los mecanismos de representación legal del discapacitado. Sin embargo atendiendo al texto de la nueva norma internacional, ha de concluirse que la misma no proscribiera los mecanismos de sustitución del discapacitado a través de un representante legal. Así, valorando las diversas interpretaciones posibles de su artículo 12, compartimos con JOSE BARRIFFI que “la literalidad de la formulación del artículo 12 no permite sostener que exista una prohibición expresa de sustitución en la toma de decisiones.”²⁹

No obstante, sí es cierto que, aun sin Convención, pero en todo caso después de haber entrado en vigor ésta, las instituciones tutelares deben ser sometidas a una revisión, no ya tanto en cuanto a su contenido, sino en cuanto a sus supuestos de aplicación y deben ser dotadas de mayor flexibilidad.

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.

²⁹ JOSE BARRIFFI, Francisco, Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU en la obra colectiva, *Hacia un derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, 2009, p. 382.

Compartimos en este punto las conclusiones de PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO cuando señala que “si analizamos la regulación de la tutela en el Código Civil, ésta en principio parece correcta, siempre y cuando se haga un uso de ello conforme a la regulación legal, sin que la indeterminación que se aprecia en algunas sentencias de incapacitación pueda llegar a implicar una sustitución total y completa en el ejercicio de la capacidad de obrar. En este sentido, las sentencias que pongan fin a los procesos relativos a la modificación de la capacidad de obrar de la persona deben ser mucho más respetuosas con lo preceptuado en el artículo 267 del Código Civil, confiriendo al tutor la representación legal del incapacitado solo para aquellos actos que sean estrictamente necesarios”³⁰

¿Sirve la curatela como mera asistencia en la formalización de determinados negocios jurídicos para todos los demás casos? La respuesta ha de ser negativa. Los supuestos prácticos a los que se enfrentan día a día los juzgados son mucho más complejos. Por ello deben buscarse fórmulas más flexibles, que pasan por dar elasticidad a la figura del tutor de modo que su actuación como representante legal se limite a los actos de mayor trascendencia patrimonial, actuando como mero complemento o asistencia en los demás. Con arreglo al principio de adecuación, deben ser graduadas las facultades del tutor de modo que nada se opone a que quien ejerce la tutela sea investido en la resolución judicial de la representación del tutelado para determinados actos y que para otros también concretos y determinados actúe como mero apoyo asistencial. Este principio, como ya se dijo anteriormente, ya es contemplado, al menos en parte, por el artículo 267 del Código Civil que establece la regla general de representación conferida al tutor y seguidamente permite al juez en la resolución judicial determinar aquellos actos que el tutelado podría realizar por sí solo. Sin embargo ha de insistirse en la necesidad de reforma de este artículo a los efectos de obligar al Juez a concretar en la resolución judicial el ámbito representativo de la tutela.

La curatela, en la práctica, se revela como un instrumento insuficiente para el grueso de los supuestos que dan lugar a un procedimiento judicial de incapacitación. Por otra parte, si bien cuando existe acuerdo entre el curador y el discapacitado, la curatela supone un modelo atenuado de supervisión, cuando no existe tal acuerdo, la curatela tiene el mismo carácter restrictivo que algunas posiciones achacan a la tutela, puesto que el derecho de veto que podría ejercer el curador tiene el mismo efecto que el ejercicio pasivo de la representación por parte del tutor.

La solución pasa, a nuestro juicio, no tanto por suprimir el sistema de representación sino, de una parte, por flexibilizar la figura del tutor, estableciendo legalmente la posibilidad de que la tutela suponga sólo una representación parcial del tutelado para determinados actos y una asistencia para los demás, y de otra parte y especialmente, por asegurar que en las decisiones de cierta trascendencia el tutelado sea siempre oído y por exigir al tutor que justifique en su informe las razones por las que se considera más adecuado, en un determinado acto o negocio jurídico, actuar con arreglo a un criterio distinto del que mantiene, en su caso, el tutelado.

Igualmente imprescindible resulta la elasticidad de la tutela en el tiempo, de modo que su ejercicio ha de adaptarse a las circunstancias del tutelado en cada momento, para lo cual resultaría excesivamente oneroso un procedimiento de revisión de la sentencia pudiendo establecerse esos ajustes en el expediente de tutela mediante la elaboración de un plan de seguimiento del mismo.

Afirma ELOSEGUI SOTOS que “el ejercicio de la tutela ha de ser modulado, flexible, acomodado a los cambios que puede experimentar la situación del incapacitado. Las circunstancias que han determinado la declaración de incapacidad pueden modificarse en y con el transcurso del tiempo. Es más, la actuación del tutor debe incidir en ese cambio. Habrá momentos y tiempos en los que el tutelado sólo requiera la representación del tutor para aquellos actos

³⁰ PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar en Derecho Privado y Constitución, n.º 23, enero-diciembre 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, pp. 335-368.

de relevante trascendencia económica. Incluso respecto de estos puede que el tutor deba limitarse a dar su consentimiento porqué el tutelado actúa razonablemente con suficiente juicio. Puede que otros actos de menor trascendencia los realice el tutelado por sí solo, como la administración ordinaria, proveyendo el tutor a actuar los medios necesarios para que esto pueda realizarse, ejerciendo su función de protección y supervisión a distancia. Habrá otros momentos en los que las funciones del tutor deberán ejercerse en toda su amplitud, así en los casos de personas aquejadas de enfermedad mental grave en los supuestos de crisis y descompensación. En una misma persona se pueden producir en el curso del tiempo todos estos momentos de diferente capacidad de autogobierno. La sentencia de incapacidad no puede modificarse cada vez que se producen estos cambios (...), lo que sí puede hacer es establecer una previsión de ejercicio flexible de la tutela (...) se deben exigir planes temporales e individualizados del ejercicio de la función tutelar.”³¹

Además, la aplicación del principio de proporcionalidad hace conveniente incluir en la legislación expresamente el mismo a los efectos de determinar que las diversas figuras tutelares tienen carácter subsidiario, de modo que sólo procederá la tutela cuando la curatela se muestre insuficiente para lograr el fin de protección que se tiene por objetivo y, a su vez, la tutela deberá ser parcial y sólo total cuando resulte manifiesto que la protección del superior interés de la persona discapacitada sólo puede satisfacerse con la medida tutelar más amplia.

4.2. El plan de tutela.

Como ya se indicó, el nuevo modelo de protección jurídica civil de la persona con discapacidad ha de partir de una sentencia de delimitación de la capacidad de obrar, en la cual se establece un marco general de protección adaptado a las circunstancias personales del afectado en el que se concretarán las líneas principales de la delimitación de la capacidad de obrar. Esas directrices a establecer en la sentencia serían, entre otras, las que tuvieran por objeto definir la imposibilidad de enajenar bienes inmuebles y otros de valor superior a un tanto que se fije, imposibilidad de tomar préstamos por importe superior a un tanto, etc., y se diferiría al plan de tutela la concreción de las facultades del tutelado en relación con la realización de actos y negocios jurídicos de menor trascendencia patrimonial mediante fórmulas tales como “el tutelado podrá disponer de las cantidades dinerarias que con arreglo a su estado pueda gestionar para la adquisición y contratación de bienes y servicios, que le serán entregadas por el tutor y que deberán concretarse y actualizarse al menos anualmente en el plan de tutela” o “el tutelado podrá contratar servicios siempre y cuando su coste mensual o anual no supere los límites establecidos y actualizados, al menos anualmente, en el plan de tutela”.

En la sentencia que delimita así la capacidad de obrar se establece el mecanismo de protección tutelar precisando la obligación del tutor o curador de desarrollar un plan de seguimiento anual de la tutela. Es en este plan, sujeto a aprobación judicial al igual que el inventario legalmente previsto, en donde se concretarán con mayor detalle, año a año, las facultades del tutor o curador y las limitaciones del afectado así como su capacidad para intervenir en negocios jurídicos y las posibilidades de gestión de su patrimonio.

Así, una vez incoado el expediente de seguimiento del instrumento tutelar, ya sea tutela o curatela, el tutor responsable de velar por la persona y bienes del discapacitado afectado deberá de presentar dicho plan de seguimiento y, en relación con el mismo, deberá informar al Juzgado con ocasión de la presentación de rendición de cuentas anuales. El propio discapacitado afectado es oído en el Juzgado sobre cualquier cuestión relativa al plan de seguimiento, su cumplimiento o su posible revisión o modificación.

Actualmente, con arreglo a los artículos 262 y 269.4º del Código Civil, el tutor está obligado a presentar inicialmente el inventario y anualmente el informe de cuentas y el informe sobre la

³¹ ELOSEGUI SOTOS, Aurora, *Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal*, en la obra colectiva *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad (De Salas Murillo, coord.)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 255-256.

situación personal del tutelado. Con arreglo al modelo que proponemos, el Plan de Tutela que debe exigirse al tutor como parte de una buena práctica en el seguimiento del expediente de tutela deberá incluir, además de los contenidos anteriormente referidos los siguientes: informe inicial sobre el estado de salud del interesado que incluya la previsión de evolución favorable o desfavorable y que deberá ser actualizado con ocasión del informe anual, instrumentos de rehabilitación en relación con su discapacidad, instrumentos para la plena integración en la vida laboral si es posible y, en todo caso, en la vida social y cultural, parámetros de la gestión del patrimonio como la especificación de las cuantías dinerarias de las que podrá disponer por sí mismo el tutelado, periodicidad y concreción del modo de disposición (p. ejemplo, entrega por el tutor, tarjeta de débito limitada, etc.) así como la concreción de los niveles de contratación para la adquisición de bienes y servicios que podrá realizar el tutelado por sí mismo (p. ejemplo, contratación de servicios de telefonía, compra diaria, compras extraordinarias con indicación de un límite máximo de gasto, mensual o anual, en su caso.)

Posteriormente y al menos de año en año, con ocasión de la rendición anual de cuentas, deberá presentarse un informe de cumplimiento del plan junto con propuesta de eventuales modificaciones, para su aprobación judicial.

Tanto en la aprobación inicial del plan de tutela como en los informes anuales y eventuales revisiones o modificaciones deberá ser oído el tutelado afectado, siempre que tenga suficiente juicio para ello.

4.3. Posibles alternativas a las instituciones tutelares establecidas en el procedimiento judicial.

Antes, y después de la Convención con ocasión de ésta, se han formulado diversas propuestas en torno a la búsqueda de alternativas al procedimiento de incapacitación y sometimiento a tutela, tratando de encontrar otros mecanismos de menor rigidez y complejidad tanto para el discapacitado como para los familiares y entorno de aquél y, por último, para la propia administración de justicia.

Las posibilidades de reducir el ingente volumen de procedimientos de incapacitación, así como de frenar la estandarización de estos procedimientos, convertidos en muchas plazas en verdaderos expedientes estereotipados, finalizados con las conocidas como “sentencias de rodillo” en las que lo único que cambia son los datos personales de los implicados, se han centrado en tres alternativas: la potenciación del seguimiento judicial de las situaciones de guarda de hecho, el desarrollo y difusión de los poderes preventivos regulados en el artículo 1732 del Código Civil y el recurso a las medidas cautelares.

En realidad, tanto la guarda de hecho como los poderes preventivos, sólo cumplirían de forma eficaz con el objetivo que pretende perseguirse si se enmarcan en lo que podríamos llamar “procedimiento de pretutela” y si se encuadran procesalmente en el marco legal de la regulación de las medidas cautelares en el procedimiento de incapacitación.

4.3.1. La guarda de hecho.

La guarda de hecho supone la asunción por parte de una persona, generalmente física, de determinadas funciones en relación con el cuidado de la persona y patrimonio del discapacitado, que, o bien no ha sido incapacitado, o bien estando incapacitado carece de tutor, o teniéndolo, éste no ejerce su función como tal, haciéndose cargo de ésta el guardador.

Centrándonos en el primer supuesto, el guardador de hecho del discapacitado no incapacitado es contemplado por nuestra legislación civil común a los solos efectos de reconocer su existencia, establecer la posibilidad de que por parte de la autoridad judicial se le puedan exigir rendiciones del resultado de su actuación, determinar que la misma será inatacable en todos

aquellos casos y en la medida en que haya resultado útil a los intereses del discapacitado afectado así como regular la obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de tal situación (artículos 303-306 y 209 del Código Civil).

Pues bien, efectivamente, la figura del guardador de hecho podría tener la virtualidad de evitar *ab initio* un procedimiento judicial de incapacitación, que, por su lentitud, amplitud y generalidad, resultaría en determinados casos desproporcionado cuando lo que se pretende es solucionar una situación puntual, como puede ser la enajenación o adquisición de determinados bienes, el ingreso en un determinado centro residencial, etc.

Mediante un expediente judicial de constatación de la situación de guarda de hecho podrían autorizarse actos puntuales, en los que el guardador actuaría como representante o asistente del discapacitado, si bien resultará inevitable exigir al guardador informe acerca del resultado de su gestión, tanto en relación con los concretos actos autorizados como en relación con la administración posterior de los rendimientos en su caso obtenidos.

A fin de evitar que lo que pretende ser una alternativa al procedimiento de incapacitación termine siendo una reproducción del mismo pero con una merma de las imprescindibles garantías, ha de concluirse que la figura de la guarda de hecho sólo podrá ser útil, eficaz y respetuosa con los derechos del discapacitado si la consideramos una suerte de pretutela, de periodo cautelar, tras el cual deberá de tomarse una decisión expresa acerca de si se procede o no a dar inicio al procedimiento de delimitación para la posterior constitución de la tutela.

Siendo así, el único amparo legislativo coherente y posible para las actuaciones judiciales relacionadas con la guarda de hecho es el de las medidas cautelares para la protección del discapacitado no tutelado reguladas en el artículo 762 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

4.3.2. Los poderes preventivos.

Los poderes preventivos fueron introducidos en nuestro derecho mediante la modificación del artículo 1732 del Código Civil hecha por ley 41/2003, de 18 de noviembre, en sede de regulación del contrato de mandato. La aplicación del principio del superior interés del discapacitado exige su consideración como instrumento de protección del mismo en un periodo de pretutela, durante el cual el apoderado por el discapacitado ejerce como pretutor de este, debiendo estar obligado a poner en marcha el procedimiento judicial para la posterior constitución de la tutela y a rendir cuentas de su gestión ante el Juez.

Sólo así se puede conjurar el manifiesto riesgo de que por la vía del poder conferido en estado de plena capacidad, o lo que es peor, en estado ya de sospecha de comienzo de la discapacidad finalmente invalidante, se lleven a cabo auténticos vaciados del patrimonio de personas discapacitadas que, desafortunadamente, no son infrecuentes y, no menos desafortunadamente, son muy difíciles de atacar jurídicamente, en cuanto que quien los realiza se ve amparado por la presunción de capacidad del discapacitado en el momento de otorgar el poder y por la propia autoridad que éste confiere al apoderado.

Por ello, se hace imprescindible que, iniciado el procedimiento de incapacidad, como medida cautelar se suspenda la eficacia del poder, se exija rendición de su gestión al apoderado y en su caso, si se considera necesario y útil al interés del discapacitado, se permita y controle judicialmente, también como medida cautelar, la posible administración que el apoderado pudiera seguir ostentado respecto de los bienes e intereses del discapacitado en tanto se constituya la tutela.

La regulación de los poderes preventivos en nuestro derecho civil ha sido cuestionada por la doctrina, tanto por su ubicación sistemática, como por su escaso contenido. Los problemas más destacados que plantea son principalmente el cuándo y el cómo ha de determinarse la situación de incapacidad que supondría la activación de la eficacia del poder preventivo y el modo en que se garantiza que la actuación del apoderado se sujeta a la satisfacción del interés del discapacitado, es decir, cuales han de ser los mecanismos de control del uso del poder, para evitar un abuso del mismo. El artículo 1732 del Código Civil establece que “el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el órgano tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. Como señala PEREÑA VICENTE, “el problema es que el control judicial se limita a ese momento, y para cuando se inicie el procedimiento de incapacitación y se proceda al nombramiento de tutor, el apoderado ha tenido tiempo de hacer uso y abuso del poder. Sin mencionar el carácter disuasorio que este régimen tendrá para el mandatario que evitará recurrir a la incapacitación para escapar a ese control judicial”. Siguiendo a la misma autora, se concluye que “lo único positivo que encontramos en esta fórmula del legislador es que puede permitir que estos poderes sirvan de instrumento de protección en las fases iniciales de ciertas enfermedades como el Alzheimer o la demencia senil, o mientras dura el procedimiento de incapacitación”³²

Resulta así preciso complementar la regulación actual de la figura, estableciendo las garantías precisas en orden al inicio de su eficacia, su carácter provisional y cautelar y un ulterior control judicial.

5. LA CONVENCIÓN Y LAS MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LA PERSONA DISCAPACITADA: INTERNAMIENTOS Y TRATAMIENTOS INVOLUNTARIOS.

El tenor literal del artículo 14.1.b) de la Convención³³ podría dar lugar a alguna duda acerca del fundamento de las medidas restrictivas de la libertad individual de la persona discapacitada, en particular en los casos en los que la discapacidad deriva o consiste en una enfermedad mental. La compatibilidad de nuestra legislación con la Convención sólo es posible si la restricción a la libertad se fundamenta en la necesidad de protección derivada de la ausencia de conciencia de enfermedad y no en la discapacidad en sí misma considerada ni en la defensa social frente a la eventual peligrosidad del enfermo, salvo el caso de concurrir la comisión de un ilícito penal, que daría lugar a la aplicación de la medida de seguridad adecuada.

Por lo tanto, 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.

³² PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad, Libertad de elección del cuidador o tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 97-101.

³³ Convención, artículo 14: “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: (...) b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y 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.”

5.1 El internamiento involuntario civil.

El mayor nivel de exigencia en cuanto a las garantías que han de observarse en el procedimiento de internamiento involuntario debe conducir a un perfeccionamiento de la legislación que regula la materia, en particular, del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, subsanando las carencias. que tras su aprobación, la doctrina y los operadores jurídicos han ido constatando en su aplicación.

En primer lugar, en cuanto a la forma legal de su regulación, y si bien ha sido una cuestión escasamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia, ha de concluirse que por tratarse de una restricción del derecho de libertad personal –artículo 17.1 de la Constitución- y por las afectaciones que se derivan del derecho a la integridad física –artículo 15-, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 de nuestra norma fundamental, la regulación de la materia debe efectuarse mediante ley orgánica. Al menos los aspectos de carácter sustantivo, los supuestos en que procede el internamiento involuntario, así como su duración y sus garantías, requieren esta forma legal. Igualmente resultaría adecuado distinguir los aspectos sustantivos de los procesales, reubicando en el Código Civil los primeros, relativos a los supuestos en los que proceden los ingresos involuntarios y los límites formales, materiales y temporales de los mismos. Lo señala así BARRIOS FLORES en el estudio de las posibilidades del tratamiento ambulatorio involuntario cuando dice que “los supuestos de aplicación de las medidas restrictivas de la libertad personal en el ámbito sanitario han de ser regulados por una norma legal de rango orgánico”³⁴

La afectación de derechos fundamentales en los supuestos de internamientos involuntarios es manifiesta. No sólo del derecho de libertad personal, sino de otros derechos fundamentales, tal y como destaca LOPEZ EBRI al señalar que “el internado se encuentra en una situación de franca debilidad en la que cualquier derecho fundamental, no sólo los de libertad y residencia, le puede ser violado: la igualdad, la intimidad personal, la propia imagen, la integridad moral al ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, la privacidad de las comunicaciones e incluso se le puede impedir u obstaculizar el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”³⁵

El tema fue objeto de sendas cuestiones de constitucionalidad, la segunda de ellas resuelta muy recientemente. En la primera –sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999 de 5 de julio- se abordó el tema de forma tangencial, y si bien el cuestionamiento concreto de la ley fue finalmente desestimado, en su voto particular, el magistrado GARCÍA MANZANO refiere que “no existe en el ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del artículo 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la libertad salvo en los casos y en la forma previstos en la ley: en una ley que por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita. Ha de concluirse que el rango formal de la norma cuestionada no se ajusta a la Constitución por hallarse contenida en ley ordinaria”³⁶

Pero, es más, debe tenerse en cuenta que esta primera sentencia desestima la cuestión de inconstitucionalidad porque la misma se planteó frente al segundo párrafo del artículo 211 del Código Civil, de modo que la desestimación se funda, no en negar que la regulación de los supuestos de internamiento involuntario civil requieran ley orgánica, sino en el hecho de que el párrafo impugnado del precepto no regula los supuestos en sí, sino aspectos del procedimiento, aunque este punto lo discute también el voto particular referido. Es decir, la sentencia viene a establecer claramente en sus fundamentos jurídicos que los supuestos

³⁴ BARRIOS FLORES, Luis Fernando, *La propuesta de regulación del tratamiento involuntario en España: una posición escéptica* en la obra colectiva “La respuesta judicial ante la enfermedad mental”, Estudios de Derechos Judicial, n.º 92, CGOJ, Madrid, 2006. p.382.

³⁵ LOPEZ EBRI, Gonzalo A., *El internamiento involuntario desde la perspectiva del Ministerio Fiscal*, Estudios Jurídicos, 2007 (publicación digital), Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 14.

³⁶ STC 129/1999 de 1 de julio de 1999, fundamento jurídico quinto del voto particular de GARCIA MANZANO

de privación de libertad de enfermos mentales en el ámbito de un procedimiento civil deben ser establecidos por ley orgánica. Lo que ocurre es que hasta la fecha, no se ha acertado a cuestionar expresamente los aspectos sustantivos de la regulación. Así, el fundamento jurídico segundo de la resolución referida establece que “la garantía de la libertad personal establecida en el art. 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código Civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 “ha de considerarse incluida la “detención regular (...) de un enajenado”, a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (STC 104/1990, fundamento jurídico 2º). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986). El párrafo segundo del art. 211 del Código Civil no es, sin embargo, la norma que en nuestro Derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos. Esa posibilidad se establece y disciplina en el párrafo primero del mismo precepto, que habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado. El párrafo segundo, aquí en cuestión, regula el proceder del Juez previamente habilitado para acordar el internamiento; disciplina, por tanto, el procedimiento a cuyo través ha de conformarse la decisión judicial, pero ésta, en tanto que determinante de uno de los casos de privación de libertad referidos en el art. 17.1 de la Constitución, trae causa de la habilitación contenida en el párrafo precedente.”³⁷

Lo cierto es que, a pesar de que la sentencia fue clara al exigir rango de ley orgánica para la regulación de los supuestos de internamiento involuntario, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, posterior, de rango ordinario, deroga los artículos del Código Civil que regulaban la materia y establece el marco legal del internamiento en el contexto de las medidas cautelares del procedimiento de incapacitación, sin que hasta la fecha se haya generado reacción relevante por parte de la doctrina o de los operadores jurídicos. ¿Podríamos imaginarnos que esto sucediera con los supuestos de privación de libertad en el proceso penal o con las medidas de seguridad penales? ¿Por qué razón han de establecerse menos garantías en el proceso civil de internamiento de un discapacitado psíquico?

Posteriormente, el Tribunal Constitucional afrontó nuevamente el asunto con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad 4521/01, que incide directamente en el problema, resuelta por sentencia 132/2010 de 2 de diciembre de 2010, la cual declara inconstitucional parte del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, señalando en su fundamento jurídico tercero, con referencia a la doctrina formulada en el anterior pronunciamiento, que “la aplicación de la citada doctrina al presente caso nos lleva a declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica. Tal es el caso del primer inciso del párrafo primero del señalado artículo 763.1 LEC, según el cual «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», así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo que establece «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida». Ciertamente en ambos casos nos hallamos ante unos preceptos incluidos en una ley ordinaria y dotados efectivamente de este carácter que, no obstante, regula una materia que, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 129/1999, FJ 2, es materia reservada a ley orgánica (artículos 17.1 y 81.1 CE), de tal modo que vulneran el artículo 81.2

³⁷ Sentencia citada, fundamento jurídico segundo. El párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, que establecía los supuestos de internamiento, no fue cuestionado en aquél procedimiento. Posteriormente se le dio nueva redacción hecha por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, que en virtud de lo dispuesto en la disposición final vigésima tercera, tenía carácter de ley ordinaria. Finalmente fue derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que regula la materia en su artículo 763, teniendo también rango de ley ordinaria.

CE. A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida Sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, (FJ 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia. Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.”³⁸

En segundo lugar, en cuanto al ámbito del internamiento involuntario, el mismo debe ser ampliado para referirse expresamente no sólo a los supuestos de ingreso psiquiátrico, sino a todos los supuestos de ingreso en centro sanitario, psiquiátrico, geriátrico, o incluso de deshabitación, de aquellas personas que, por carecer de conciencia de su situación de enfermedad o dependencia, no lo hacen por su propia voluntad.

En tercer lugar, en cuanto al fundamento del internamiento involuntario debe regularse expresamente concretando el mismo en la necesidad de protección de la salud e integridad física y / o psíquica de la persona, con el fin de desterrar definitivamente cualquier atisbo de motivación principal del internamiento voluntario civil como mecanismo de defensa social, puesto que, si bien esa defensa social es un fin legítimo, no tiene la entidad suficiente como para justificar tal restricción de la libertad individual, pues lo contrario sería convertir el internamiento involuntario civil en una suerte de medida de seguridad predelictual, algo que, desafortunadamente, sigue siendo una inercia presente en la práctica cotidiana de los operadores jurídicos.

5.2. Tratamientos médicos involuntarios.

5.2.1. Los tratamientos médicos forzosos.

No parece que del tenor literal del artículo 25.d) de la Convención ³⁹ se pueda concluir la prohibición de tratamientos médicos involuntarios, ambulatorios o no. La referencia a la exigencia de un “consentimiento libre e informado” parece tener carácter general, puesto que no se acompaña de fórmulas tales como “en todo caso” y, por lo tanto, cabe entender que admite excepciones, como son las que ya se regulan en nuestro derecho, respecto de los tratamientos externos como medida de seguridad penal o respecto de los límites al consentimiento informado contemplados en el artículo 9 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de documentación e información clínica.

No obstante, respecto de éste último supuesto, debe considerarse la necesidad de revisar, tras la Convención, el artículo 9.3.b) de la ley citada, que establece el consentimiento por representación cuando el paciente esté incapacitado legalmente, sin más, de forma automática. Cabe matizar que previamente habrá de comprobarse si el estado actual del paciente le impide realmente prestar el consentimiento por sí mismo y en todo caso que deberá ser informado del tratamiento que se le aplicará, si tuviera suficiente juicio para comprenderlo. Así, si se tratase de un enfermo mental incapacitado que pudiera encontrarse en intervalo lúcido, será posible informarle y recibir el consentimiento personal del mismo, aunque esté incapacitado.

Se constatan muchas más dificultades para sostener la compatibilidad con la Convención del procedimiento de esterilización regulado en el artículo 156 del Código Penal. Dejando

³⁸ STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, fundamento jurídico tercero.

³⁹ Convención, artículo 25.d) : “Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;”.

a un lado las consideraciones en relación con la inadecuada ubicación sistemática de su regulación legal –sería más adecuado regular en el Código Penal sólo su no punibilidad, remitiendo a una ley específica y más amplia la regulación del procedimiento o su inclusión en la ley procesal- se aprecia un radical choque con lo dispuesto en el artículo 23. b) y c) de la Convención. El texto internacional reconoce el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y establece la obligación para el Estado de asegurar que las personas con discapacidad mantengan su fertilidad.⁴⁰ Siendo así, tras la Convención, el único supuesto admisible de esterilización de una persona con discapacidad sería el de protección de su integridad física o psíquica cuando esté en grave riesgo, en los hipotéticos casos en los que se pueda dar esta circunstancia. Otra interpretación posible pasa por considerar que cuando la Convención se refiere al derecho a decidir libremente y de manera responsable permite la excepción cuando la discapacidad imposibilita esa decisión libre y responsable. No obstante, esta interpretación sigue sin salvar el obstáculo derivado de la declaración expresa de mantenimiento de la fertilidad hecha en el artículo 23.c de la misma. Por último, cabría interpretar como compatibles con la Convención aquellos procedimientos que consistieran en intervenciones temporales sin efectos irreversibles.

5.2.2. *El tratamiento psiquiátrico ambulatorio judicializado.*

Excede del objetivo propuesto con este trabajo el abordar de forma exhaustiva el estudio de los argumentos favorables y contrarios a la regulación expresa del tratamiento ambulatorio involuntario. A favor de su inclusión en nuestro ordenamiento podrían referirse los siguientes: a) ofrecer un mecanismo legal disponible para los profesionales médicos que lo consideren oportuno y para cuando lo consideren oportuno, cumpliéndose los presupuestos legales que se establezcan, dotándolo de todas las garantías precisas dada la afección de derechos fundamentales de la persona afectada; b) dotar a la actuación médica de un respaldo de autoridad, que muchos profesionales consideran beneficioso para determinadas patologías y circunstancias; c) su regulación debe considerarse independiente de la problemática derivada de la necesidad de mejorar y reformar el sistema de salud mental y de asistencia socio sanitaria al enfermo mental, puesto que la regulación legal del tratamiento ambulatorio no impediría tal reforma ni eliminaría tal necesidad; d) resulta contrario a la lógica jurídica que se regule y autorice el internamiento por razón de trastorno psiquiátrico, que siempre será para aplicar un tratamiento y que implica la privación total de libertad y no se contemple el supuesto menos gravoso que consistiría en la supervisión judicial de un tratamiento ambulatorio.

No obstante, resulta equilibrado considerar que la ejecución física forzosa del tratamiento médico psiquiátrico en aquellos casos en los que la gravedad del supuesto no exige el internamiento, excedería el límite de la proporcionalidad que ha de exigirse a toda limitación de derechos fundamentales. Siendo así, parece más razonable concluir que la intervención judicial no consistiría en la ejecución material y forzosa del tratamiento psiquiátrico ambulatorio sino en el seguimiento judicial del mismo previo establecimiento de su obligatoriedad. Es decir, la intervención judicial compatible con la Constitución y con la Convención no sería la ejecución física de un tratamiento ambulatorio forzoso, sino un tratamiento ambulatorio involuntario judicializado o con seguimiento judicial.

Ante la objeción relativa al hecho de cómo puede considerarse involuntario si en realidad el acudir a las citas médicas y la administración de la medicación seguirá realizándola el enfermo por sí mismo y sólo cuando esté dispuesto a ello, cabe señalar que la naturaleza de la obligación de cumplir el tratamiento ambulatorio con seguimiento judicial sería análoga, a tantas otras obligaciones jurídicas de carácter personalísimo cuya ejecución material forzosa deviene imposible, de modo que el incumplimiento habrá de tener otras consecuencias, como

⁴⁰ Convención artículo 23.b y c.: "(...) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; (...) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás."

es en este caso el ingreso involuntario del paciente si desde el punto de vista médico resulta necesario y adecuado.

Así, el inicio del tratamiento ambulatorio judicializado requeriría la elaboración por parte de los responsables médicos de un plan de tratamiento, cuya ejecución material requeriría de una inicial aceptación o conformidad del interesado. A partir de ese momento, si no se cumple el plan de tratamiento elaborado, la consecuencia sería la continuidad de la intervención judicial o la agravación de la misma, acordando, si procede desde el punto de vista clínico, el internamiento.

En cuanto al rango de su eventual futura regulación legal, podrían traerse aquí los argumentos ya referidos en cuanto a la necesidad de que los supuestos de aplicación del mismo deberían establecerse en una ley orgánica, sin perjuicio de que los aspectos estrictamente procesales se mantuvieran en sede de la ley ordinaria procesal.

En cuanto a su aplicación actual, la base legal del mismo se ha encontrado por parte de algunos órganos judiciales en los propios artículos 762 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en el principio *a maiori ad minus*, así como en el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, cuando refiere en su artículo 7 que “la persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso”.

Lo cierto es que, aún insistiendo en la necesidad de una regulación expresa del tratamiento ambulatorio involuntario, y que la misma debería abordarse mediante una ley orgánica por los argumentos anteriormente expuestos, en la actualidad existen interesantes experiencias prácticas en diversos partidos judiciales que pueden servir de base para la futura regulación de este instrumento.

Cabe citar por su carácter pionero y su abundante y positivo desarrollo, la experiencia llevada a cabo desde el año 2000 en el partido judicial de San Sebastián, por iniciativa de la Ilma. Magistrada titular del Juzgado especializado en la materia, Aurora Elósegui Sotos, mediante una interpretación amplia de los artículos 762 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que le ha permitido acordar el seguimiento judicial de numerosos casos de tratamientos psiquiátricos ambulatorios de personas afectadas por enfermedad mental. Dicha experiencia se sustenta en los siguientes principios:

-Se aplica en supuestos muy específicos, aquellos que respondan al llamado perfil de “puerta giratoria”, en el que una persona afectada por una enfermedad mental se ve sometida a numerosos ingresos involuntarios en cortos espacios de tiempo con la única finalidad de administración de su medicación y estabilización en el curso de su enfermedad.

-Se trata siempre de casos en los que, partiendo del presupuesto anterior, los responsables médicos del afectado así lo han aconsejado en el correspondiente informe;

-Requiere la elaboración de un plan de tratamiento por parte del profesional médico responsable del tratamiento del afectado.

-Ha de ser una medida temporal, sujeta a revisión periódica.

-El afectado deberá ser oído o en su caso examinado por la autoridad judicial.

-Será preciso el nombramiento de un defensor judicial del afectado en la tramitación del expediente. De no haberlo promovido, lo será el Ministerio Fiscal.

Sin dejar de reconocer la evidente utilidad práctica y contribución a la seguridad jurídica que derivaría de una reforma legal que incluyese esta posibilidad de forma expresa en nuestra legislación, actualmente se defiende la legitimidad de tal procedimiento en esta interpretación conforme a la Constitución de nuestra legislación procesal civil, de modo que el tratamiento ambulatorio sometido a seguimiento judicial -cuyo incumplimiento desembocaría de resultar preciso en el ingreso involuntario del afectado- será constitucionalmente legítimo cuando resulte necesario a los fines de protección de la salud del afectado y proporcionado a estos fines y a la situación del afectado en relación a la carencia de conciencia de su propio estado.

6. CONCLUSIONES PARA UNA PRÓXIMA REFORMA LEGISLATIVA

De la Convención se desprenden dos principios esenciales que deberán informar la futura reforma legal: el principio del superior interés de la persona con discapacidad y el principio de promoción de la progresiva autonomía personal de ésta. Junto con estos principios esenciales, los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigen un nuevo procedimiento relativo a la capacidad de las personas que garantice la adecuación de las medidas de protección a la situación real de cada persona con discapacidad y que establezca las restricciones mínimas al ejercicio de sus derechos sólo justificables en la protección de su interés y en la promoción de su autonomía. Las instituciones tutelares deberán ser reformadas con el fin de dotarlas de mayor flexibilidad y posibilidades de adecuación a las circunstancias cambiantes de la persona con discapacidad.

Así, podría afirmarse que la Convención exige una reforma integral de la legislación en la materia. El proceso de desarrollo de la Convención bien podría seguir el magnífico ejemplo que podemos encontrar en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que entonces supuso la adecuación de nuestra legislación sobre la minoría de edad a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

La reforma legislativa ahora pendiente en materia de protección de la discapacidad debería de plasmarse en una ley integral de protección jurídica civil de las personas con discapacidad, que, por las razones anteriormente expuestas debería de tener rango de ley orgánica, al menos en parte de su articulado y concretar los siguientes aspectos:

- La revisión de la regulación del procedimiento especial sobre capacidad de las personas para adecuarlo a la misma, así como una interpretación de sus normas conforme con sus principios.
- La reformulación del concepto de capacidad de obrar de la persona, que ha de identificarse con su capacidad natural y actual de ejercicio de sus derechos en cada momento.
- Una nueva denominación del procedimiento que ahora será no de incapacitación sino de delimitación de la capacidad de obrar.
- Un nuevo sentido de la sentencia que ya no será constitutiva de la incapacitación sino declarativa de una discapacidad con afección de la capacidad de obrar de la persona y constitutiva de la tutela.
- Un nuevo contenido de las sentencias de delimitación de la capacidad de obrar que deberán ser en todo caso adecuadas a la capacidad de obrar real y actual del sujeto, concretando los actos que puede hacer de forma eficaz por sí solo, en cuáles otros precisa ser asistido por un apoyo y cuáles deberán ser realizados mediante la representación legal del apoyo establecido.

- La reforma de las instituciones tutelares para dotarlas de mayor flexibilidad y elasticidad y una verdadera participación de las personas afectadas por una discapacidad.
- Un nuevo contenido de la institución de la tutela, que no tiene porqué perder tal denominación, pero que deberá ser más elástica y flexible con el fin de adecuarse a las circunstancias de cada persona discapacitada sobre la que se establezca.
- La aplicación del principio de proporcionalidad en relación con el sistema de protección tutelar a adoptar en cada caso, de modo que sólo se acudirá a la tutela total en aquellos casos en los que la tutela parcial o la curatela se muestren insuficiente para conseguir con idéntica eficacia la satisfacción del interés de protección que en cada caso se pretende salvaguardar.
- Un mayor desarrollo de las fases de pretutela, en particular de la guarda de hecho y de los poderes preventivos, dotándolos de mayores garantías y facilitando con ellas la solución a problemas puntuales de gestión patrimonial de personas discapacitadas no sometidas a tutela.
- Una mayor garantía de la audiencia del discapacitado tutelado en los procedimientos judiciales en los que deba resolverse una cuestión de relevante trascendencia para su persona o patrimonio, en todos los casos en los que tuviera suficiente juicio para ello.
- La elaboración de planes de tutela que faciliten un desarrollo y seguimiento actual, adecuado, flexible y gradual de la acción del tutor, dentro del marco establecido en la sentencia que establezca la tutela.
- La sujeción de toda actuación relativa a la tutela de la persona discapacitada al principio del superior interés del mismo y al objetivo de lograr su progresiva autonomía personal, que exigirá una evaluación periódica, al menos anual, de su evolución y de la necesidad de ajustar la delimitación efectuada, el margen de autonomía del tutelado y las facultades del tutor.
- La regulación integral de los supuestos y procedimientos para el internamiento y tratamiento médico involuntario de las personas con discapacidad, estableciendo mayores garantías y definiendo los supuestos de aplicación en una norma con rango de ley orgánica.
- El fomento de un cambio de mentalidad que se traduzca en un nuevo modo de afrontar la práctica profesional de los operadores jurídicos que intervienen en el procedimiento sobre la capacidad e las personas, con arreglo a los principios anteriormente referidos.

ANEXO: APROXIMACIÓN A UNA POSIBLE MODIFICACIÓN DEL ARTICULADO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DEL CÓDIGO CIVIL PARA SU ADAPTACIÓN A LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006.

Junto con la general necesidad de sustituir tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil las expresiones “incapacitación” por “delimitación de la capacidad de obrar”, “incapacitado” por “tutelado” e “incapaz” por “discapacitado” o “persona con discapacidad”, en particular, la Convención exige una reforma de determinados preceptos, siendo la que se expone a continuación una posible redacción de los mismos que reflejaría las conclusiones de este trabajo.

CÓDIGO CIVIL:

Artículo 199

Sólo mediante resolución judicial podrá delimitarse la capacidad de obrar de una persona discapacitada en la que concurran los presupuestos previstos en el artículo siguiente.

Artículo 200

La delimitación judicial de la capacidad de obrar de las personas físicas sólo podrá realizarse cuando se constaten los dos presupuestos siguientes:

A) Que en la persona concurra una discapacidad física o psíquica de carácter persistente que impida o restrinja de forma relevante el desenvolvimiento de su autonomía en orden a la gestión de su interés personal, patrimonial o ambos.

B) Que la delimitación de la capacidad de obrar sea idónea, necesaria y proporcionada en orden a lograr la protección del superior interés del discapacitado, en el ámbito personal, patrimonial o en ambos, así como su progresiva autonomía individual.

Artículo 201

La capacidad de obrar de los menores de edad podrá ser delimitada judicialmente cuando concurran los presupuestos establecidos en el artículo anterior y se prevea razonablemente que los mismos se mantendrán después de alcanzar la mayoría de edad.

Artículo 202

La sentencia de delimitación de la capacidad de obrar será declarativa de la concurrencia de la discapacidad y constitutiva del estado civil de tutelado, estableciendo el mecanismo de protección tutelar más adecuado a las circunstancias del caso. Este podrá consistir en una tutela total o parcial, en una curatela o en medidas puntuales de apoyo a través del nombramiento de un defensor judicial.

A tales efectos, se considera tutelada a toda persona física a la cual en virtud de sentencia judicial se le ha delimitado su capacidad de obrar y se le ha constituido en tal estado civil, estableciendo una o varias medidas de guarda y protección tutelar de las previstas en el artículo 215, aún de forma temporal o provisional.

Artículo 203

La sentencia de delimitación de la capacidad de obrar concretará el ámbito de ésta, especificando los actos y negocios jurídicos que el tutelado puede realizar por sí mismo, aquéllos que requieran un apoyo limitado mediante la asistencia de un tercero y aquéllos para los cuales se establece un apoyo total mediante la actuación a través de un representante legal. Igualmente la sentencia de delimitación de la capacidad de obrar deberá concretar el régimen de administración económica del patrimonio del discapacitado y el ámbito de autonomía económica individual que se reserva al mismo.

Artículo 204 (Con rango de ley orgánica)

El ingreso en centro sanitario, geriátrico, psiquiátrico o de deshabitación y el tratamiento ambulatorio psiquiátrico o de deshabitación, impuestos en contra de la voluntad del interesado, sólo podrán acordarse mediante resolución judicial cuando se den las siguientes condiciones:

1º Que se trate de una persona en la que concurre discapacidad física o psíquica, enfermedad o trastorno mental, grave dependencia de sustancias perjudiciales para la salud o bien se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su avanzada edad.

2º Que exista un riesgo actual, cierto y grave para su salud, su integridad física o psíquica o una situación de exclusión social que ponga en grave riesgo su integridad moral.

3º Que no sea capaz de comprender y asumir la necesidad del ingreso o tratamiento por carecer de la suficiente conciencia de su discapacidad, enfermedad, dependencia o vulnerabilidad derivada de su avanzada edad.

4º Que el ingreso o tratamiento involuntario resulte idóneo, necesario y proporcionado en relación con el objetivo y finalidad de protección que se pretende.

Artículo 205 (Con rango de ley orgánica)

El ingreso involuntario se ordenará sólo en el caso de que el mismo objetivo de protección no pueda lograrse mediante el tratamiento ambulatorio involuntario. El ingreso siempre deberá realizarse en centro adecuado a la patología o situación del afectado y en su caso a su minoría de edad, de entre los siguientes:

1º Centro sanitario ordinario.

2º Centro psiquiátrico especializado.

3º Centro geriátrico.

4º Centro educativo especial

5º Centro de deshabitación.

Artículo 206 (Con rango de ley orgánica)

El tratamiento ambulatorio involuntario, psiquiátrico o de deshabitación, consistirá en la obligación de cumplimiento del plan de tratamiento o deshabitación aprobado por resolución judicial.

El incumplimiento del plan del tratamiento tendrá como consecuencia la agravación de la intervención judicial acordando el ingreso involuntario, en el caso de que proceda, con arreglo a los presupuestos previstos en los artículos anteriores.

Artículo 207, (Con rango de ley orgánica)

El ingreso involuntario y el tratamiento ambulatorio involuntario regulado en los artículos anteriores tendrá siempre carácter temporal y será objeto de revisión periódica y en su caso ratificación al menos cada seis meses.

Artículo 215

La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores y de las personas con discapacidad cuya capacidad de obrar ha sido delimitada judicialmente se realizará en los casos que proceda mediante:

1º La tutela, total o parcial.

2º La curatela.

3º El defensor judicial.

Artículo 216

Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercen en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguardia de la autoridad judicial.

Las medidas de guarda y protección tutelar se establecerán en resolución judicial motivada y se desarrollarán con arreglo a los siguientes principios:

Principio del superior interés del tutelado.

Principio de progresiva autonomía individual del tutelado.

Principio de audiencia. El tutelado deberá ser oído si tuviera capacidad bastante para ello o en su caso examinado por el Juez en todos los casos previstos en la ley. La audiencia o examen de la persona con discapacidad deberá realizarse en el lugar y con los medios adecuados a sus circunstancias así como con el apoyo psicológico o educativo que el caso requiera para garantizar la máxima comprensión del trámite o procedimiento en curso.

Principio de proporcionalidad de las medidas de apoyo y protección tutelar, que exige que las mismas sean idóneas, necesarias y proporcionadas en relación al interés que se pretende preservar.

Principio de flexibilidad en la adecuación de las medidas de apoyo, que siempre tendrán carácter revisable mediante las evaluaciones periódicas previstas en la ley.

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

Artículo 221 bis

A excepción de lo dispuesto en el artículo 297 para la curatela del pródigo, los actos y negocios jurídicos realizados por el tutelado con anterioridad a la demanda de delimitación de su capacidad, o durante la tramitación del procedimiento, podrán ser impugnados como nulos de pleno derecho cuando resulten perjudiciales para el interés del mismo si la discapacidad era notoria al tiempo de realizarlos de tal modo que el tercero contratante, en su caso, no pudiera haberla desconocido sin faltar a la buena fe.

Artículo 262

El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

El tutor está igualmente obligado a elaborar un plan de seguimiento de la tutela, que será objeto de evaluación y en su caso revisión periódica al menos anualmente y que deberá contener un informe inicial sobre el estado del discapacitado que incluya la previsión de evolución favorable o desfavorable; relación de las actuaciones previstas, en su caso, en orden a su rehabilitación en relación con su discapacidad; relación de las actuaciones previstas para un

mayor integración en la vida laboral si es posible y, en todo caso, en la vida social y cultural del tutelado así como los parámetros de la gestión y administración de su patrimonio.

Artículo 267

El tutor es el representante legal del tutelado en aquellos actos y negocios jurídicos para los cuales así lo haya dispuesto la sentencia de delimitación de su capacidad. Igualmente será necesaria la concurrencia del tutor como asistente del tutelado en aquellos otros supuestos para los cuales así lo determine la sentencia. Los actos relativos a derechos de la personalidad y las restantes facultades y derechos del tutelado no restringidos por la sentencia podrán ser ejercidos por el mismo.

Artículo 269

El tutor está obligado a velar por el tutelado y en particular:

A) Si se trata de un menor de edad:

1º A procurarle alimentos.

2º A educar al menor y procurarle una formación integral.

3º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor y rendirle cuenta anual de su administración.

B) Si se trata de una persona discapacitada tutelada:

1º A procurar la garantía de la satisfacción de sus necesidades básicas, con cargo al patrimonio del tutelado y procurando la obtención de las prestaciones públicas a las que tenga derecho, en su caso.

2º A promover su progresiva autonomía individual y como fin último lograr su plena capacidad.

3º A promover su rehabilitación y mejor inserción en la sociedad.

4º A informar al Juez anualmente sobre la situación del tutelado, mediante la evaluación del plan de seguimiento de la tutela y a rendirle cuenta anual de su administración.

Artículo 270

El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio del tutelado en el ámbito y hasta el alcance que determine la sentencia de delimitación de la capacidad de obrar del mismo.

La administración del tutor no se extenderá a los siguientes supuestos:

a) los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y el destino de sus frutos;

b) las rentas o bienes que el tutelado mayor de dieciséis años adquiera con su trabajo o industria. En relación con estos, los actos de administración ordinaria serán realizados por el tutelado con la asistencia del tutor. El tutelado necesitará el consentimiento del tutor para los

que excedan de ella. Excepcionalmente la administración del tutor alcanzará a las referidas rentas del trabajo cuando por razón de la naturaleza de la discapacidad o por las circunstancias concurrentes en el caso se aprecie de forma motivada un grave riesgo en relación con el fin de garantizar que el tutelado destine estos recursos a la satisfacción de sus necesidades básicas y al cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 273

Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuera menor cuando hubiera alcanzado los doce años o lo considerase oportuno y si fuera mayor de edad lo oirá en todo caso a salvo los supuestos de concurrencia de una discapacidad tal que imposibilite absolutamente al tutelado para expresar su voluntad.

En todo caso, la resolución judicial deberá expresar la motivación por la cual un criterio distinto del que mantiene el tutelado se considera más adecuado para garantizar la protección de su interés.

La validez de los actos del discapacitado tutelado realizados sin la intervención del tutor exigida por la resolución judicial de delimitación podrá sostenerse siempre que se acredite que han sido realizados en un intervalo lúcido y en provecho o utilidad del superior interés de este.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Artículo 760

La sentencia de delimitación de la capacidad de obrar declarará la concurrencia de la discapacidad y constituirá al sujeto en estado civil de tutelado, determinando la extensión y límites de la afectación de la capacidad de obrar de la persona y estableciendo el mecanismo de protección tutelar más adecuado a las circunstancias del caso. Este podrá consistir en la tutela total o parcial, la curatela, la defensa judicial para actos puntuales o en otros medios de apoyo que se consideren necesarios, idóneos y proporcionados en relación al objetivo de protección pretendido.

La sentencia de delimitación de la capacidad de obrar especificará los actos y negocios jurídicos que el tutelado puede realizar por sí mismo, aquéllos que requieran un apoyo limitado mediante la asistencia de un tercero y aquéllos para los cuales se establece un apoyo total mediante la actuación a través de un representante legal. Igualmente concretará el régimen de administración económica del patrimonio del discapacitado y el ámbito de autonomía económica individual que se reserva al mismo.

Por último, la resolución judicial de delimitación se pronunciará acerca de la persona o personas que habrán de asumir la representación, asistencia, defensa o apoyo del tutelado y concretará su ámbito de actuación.

Artículo 763

El ingreso involuntario en centro sanitario, psiquiátrico, geriátrico o de deshabitación y el tratamiento ambulatorio involuntario, psiquiátrico o de deshabitación, sólo podrá acordarse mediante resolución judicial, con arreglo al procedimiento previsto en los siguientes artículos, en aquellos casos en los que concurren los presupuestos contemplados a tal efecto en el Código Civil.

Artículo 763 bis

El ingreso involuntario en centro sanitario, psiquiátrico, geriátrico o de deshabitación y el tratamiento ambulatorio involuntario, psiquiátrico o de deshabitación se acordará en resolución judicial motivada, con arreglo al siguiente procedimiento:

1º.-Podrá iniciarse de oficio, a instancias del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las personas legitimadas para interponer una demanda de delimitación de la capacidad de obrar o de los servicios sanitarios o sociales competentes.

2º.- Se recabará informe del Médico Forense acerca de la necesidad e idoneidad del ingreso o tratamiento y acerca de la conciencia y comprensión de su necesidad por parte del interesado. En caso de tratamiento ambulatorio, si no se hubiera aportado ya, se recabará informe médico que contenga la propuesta de plan de tratamiento.

3º.- Se recabarán igualmente los demás informes sociales y sanitarios que el Juez estime pertinentes y útiles para resolver.

4º.- Se dará audiencia al interesado si tuviera bastante capacidad para ello o en su defecto se procederá a su examen judicial. A tal efecto se dispondrán los medios de apoyo psicológico para facilitar su comprensión del alcance del procedimiento y de la medida a la que se enfrenta.

5º.-El interesado podrá actuar en el procedimiento con su propia defensa y representación. Si no lo hiciera asumirá su defensa judicial el Ministerio Fiscal, salvo que hubiera sido el promotor del expediente, en cuyo caso se le nombrará como defensor judicial a un tercero.

6º.-Tratándose de ingreso en centro, en caso de no prestar su conformidad el interesado, se acordará el ingreso involuntario cuando se considere idóneo, necesario y proporcionado en relación con el logro del objetivo de protección que se pretende.

En caso de prestar su conformidad se archivará el expediente si se constata que su asentimiento ha sido emitido de forma plenamente libre y consciente y una vez acreditado que se ha producido el ingreso de forma voluntaria. De no ser así, se acordará el ingreso con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior.

7º.-Tratándose de tratamiento ambulatorio, en caso de no prestar su conformidad el interesado, se acordará el tratamiento involuntario mediante auto motivado cuando se considere idóneo, necesario y proporcionado en relación con el logro del objetivo de protección que se pretende.

En caso de prestar su conformidad se podrá acordar en la misma forma el seguimiento judicial del cumplimiento del plan de tratamiento o en su caso el archivo del expediente.

8º.- El ingreso o tratamiento ambulatorio involuntario se extinguirán y se acordará el archivo del expediente cuando se valore que ha dejado de concurrir alguno de los presupuestos legales que fundamentaron su adopción o cuando se reciba comunicación de alta por parte del responsable médico del mismo. Los efectos del alta médica serán inmediatos en cuanto esta se produzca, de modo que, en caso de ingreso, los responsables del centro permitirán la salida inmediata del interesado en cuanto se haya dispuesto aquélla.

9º.-En todo caso, el ingreso o tratamiento involuntario será objeto de evaluación para su ratificación, alzamiento o revisión, si procede, al menos semestralmente o en un plazo inferior que determine la resolución judicial que lo acuerde. Excepcionalmente el plazo para la nueva evaluación podrá establecerse con periodicidad anual en el caso de ingresos geriátricos. A tal fin, el centro en el que se encuentre ingresado o el responsable médico del tratamiento deberá

remitir al Juzgado un informe sobre la evolución del interesado y la necesidad de mantener el ingreso o tratamiento involuntario con la periodicidad referida.

La evaluación periódica se realizará practicando las demás pruebas y recabando los informes adicionales que se estimen pertinentes y útiles a tal efecto. El interesado podrá aportar cuantas pruebas le convengan y resulten igualmente pertinentes y útiles. No será preceptivo un nuevo examen e informe del Médico Forense, pero si el interesado lo solicitara se acordará su realización. En caso de ingreso, el centro deberá comunicar inmediatamente a la autoridad judicial la salida no autorizada del mismo.

10º.- La competencia territorial para la incoación y seguimiento del expediente judicial de ingreso involuntario corresponde a los Juzgados del partido judicial en que el interesado tenga su residencia habitual actual y, una vez ingresado, a los del partido judicial en el que se encuentre ubicado el centro al que se le remita o posteriormente se le traslade o, en su caso, al Juzgado especializado en la materia en la correspondiente demarcación judicial. En caso de tratamiento ambulatorio involuntario, la competencia territorial corresponde a los Juzgados del partido judicial en que el interesado tenga su residencia habitual actual o, en su caso, al Juzgado especializado en la materia en la correspondiente demarcación judicial.

Artículo 763 ter

El ingreso involuntario por razón de trastorno psiquiátrico podrá realizarse sin previa autorización judicial en supuestos de manifiesta urgencia por concurrir un riesgo cierto, grave y actual para la vida, integridad psíquica, física o moral del interesado. Las personas legitimadas para interesar el ingreso involuntario recabarán de los servicios sanitarios y de seguridad el auxilio policial y sanitario que precisen para realizar el ingreso en este supuesto.

El centro en el que se produzca el ingreso lo comunicará a la autoridad judicial competente a fin de resolver su ratificación o no en el plazo máximo de 24 horas desde su inicio. La resolución judicial sobre la ratificación del ingreso deberá resolverse en el plazo máximo de 72 horas con arreglo al procedimiento previsto en el artículo anterior.

La competencia territorial para resolver la ratificación del ingreso involuntario urgente corresponde a los Juzgados del partido judicial en el que se encuentra ubicado el centro en el que se haya producido el ingreso.

Los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia podrán acordar en auto motivado, previo informe del Médico Forense, el traslado urgente para valoración en servicio sanitario psiquiátrico público en los supuestos previstos en el primer apartado de este artículo. Una vez practicado el ingreso, su régimen jurídico será el previsto en el segundo y tercer apartados del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Librería Bosch, Barcelona 2002.

BARRIOS FLORES, Luís Fernando, *La propuesta de regulación del tratamiento involuntario en España: una posición escéptica*.

BASTIDA FREIJEDO Francisco, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005.

DE ASIS ROIG, Rafael, *La Convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad*, en la obra colectiva, *Hacia un derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, 2009.

DE CASTRO, *Derecho civil de España, t.II, parte 1ª*.

ELOSEGUI SOTOS, Aurora, *Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal*, en la obra colectiva *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad (De Salas Murillo, coord.)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010.

FABREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, Madrid, 2006,

GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, *Mecanismos de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el conjunto del ordenamiento jurídico*, en la obra colectiva, *Hacia un derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, 2009.

GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martin, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, J.M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1992,

GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, Incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.

GULLON BALLESTEROS, Antonio, *Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar*, en la obra colectiva *Los discapacitados y su condición jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, n ° 22, CGPJ, Madrid, 1999

JOSE BARIFFI, Francisco, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU* en la obra colectiva, *Hacia un derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, 2009.

LOPEZ EBRI, Gonzalo A., *El internamiento involuntario desde la perspectiva del Ministerio Fiscal*, Estudios Jurídicos, 2007 (publicación digital), Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad, Libertad de elección del cuidador o tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar en Derecho Privado y Constitución*, n ° 23, enero-diciembre 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, págs. 335-368.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 1991.

SANTOS URBANEJA, Fernando, *Experiencia en tutelas atribuidas a entidades jurídico públicas: la fundación cordobesa de tutela un modelo futuro*, en la obra colectiva *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad (De Salas Murillo, coord.)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 260-261.