



PROPUESTAS DE MEJORA EN EL MARCO JURÍDICO-SOCIAL DE PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO PSÍQUICO POR ENFERMEDAD MENTAL

Piedad González Granda
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León



FEAFES

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
AGRUPACIONES DE FAMILIARES Y
PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL
www.feafes.com



CAJA MADRID
OBRA SOCIAL

**PROPUESTAS DE MEJORA
EN EL MARCO JURÍDICO-SOCIAL
DE PROTECCIÓN DEL
DISCAPACITADO PSÍQUICO
POR ENFERMEDAD MENTAL**

Piedad González Granda
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León



FEAFES

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
AGRUPACIONES DE FAMILIARES Y
PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL
www.feafes.com



CAJA MADRID
OBRA SOCIAL



FEAFES

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
AGRUPACIONES DE FAMILIARES Y
PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL
www.feafes.com



CAJA MADRID
OBRA SOCIAL

Edición: 2008

Edita: FEAFES. C/ Hernández Mas, 20-24. 28053 Madrid (España)

Tel: 91 507 92 48. Fax: 91 785 70 76

E-mail: feafes@feafes.com www.feafes.com

Diseña y realiza: Doblehache / www.grupohh.com

Imprime: Gráficas Enar, S.A.

Depósito Legal: M-36770-2009

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	9
II. FOMENTO DE LA PROMOCIÓN DE LA SALUD MENTAL Y DE LA INVESTIGACIÓN EN ESTE ÁMBITO	21
1. PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA POR ENFERMEDAD MENTAL	21
2. PROPUESTAS DE MEJORA	29
III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE MEJORA EN LA LEGISLACIÓN QUE COMPONE EL MARCO JURÍDICO ESTATAL DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL	35
1. MARCO LEGAL ESTATAL DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA POR ENFERMEDAD MENTAL	35
A) Ejes normativos básicos	35
B) Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas de la legislación nacional con proyección directa en el ámbito de la discapacidad psíquica por enfermedad mental.....	41
2. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN DE LA PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL	42
A) Fundamento y naturaleza jurídica. Causas de incapacitación	42
B) Presupuestos procesales y tramitación	48
1. Legitimación y capacidad.....	49
2. Jurisdicción y competencia	54
3. Demanda y contestación a la demanda	56
4. Medidas de seguridad y especialidades probatorias.....	58
C) La sentencia de incapacitación	64
D) Reintegración de la capacidad de obrar y modificación de su alcance.....	72
E) Necesidad de clarificación en los límites de la facultad de representación.....	76
1. Actos excluidos de la administración del tutor	78
2. Actos que pueda realizar por sí solo el incapacitado por disposición legal o por disposición de la sentencia.....	80
F) Otras propuestas de mejora	88
3. LA FIGURA DE LA AUTOTUTELA	90
A) Antecedentes doctrinales y normativos	90
B) Regulación jurídica en la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad	93
C) Consideraciones críticas	94

4. EL INTERNAMIENTO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO ..	95
A) Antecedentes normativos	95
B) Regulación jurídica.....	97
1. Concepto de internamiento y naturaleza jurídica del procedimiento	98
2. El procedimiento ordinario o común	102
3. El procedimiento extraordinario o por razón de urgencia	106
C) Propuestas de mejora	108
5. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA EN MATERIA MÉDICA.....	110
A) El consentimiento informado por representación	110
B) Problemática de los supuestos de esterilización e interrupción del embarazo de incapaces	114
C) Propuestas interpretativas de mejora	122
6. REFORZAMIENTO DE LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL	123
A) Protección patrimonial de las personas con discapacidad	123
1 El patrimonio protegido	123
2. Otras medidas de protección patrimonial	129
B) Propuestas de mejora	134
7. EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	135
A) Protección de la incapacidad en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (LOMPIVG)	135
1. La discapacidad como factor de reforzamiento de la protección jurídica de la mujer víctima de violencia de género	135
2. Extensión de la tutela judicial a los incapaces situados en la órbita familiar de la mujer maltratada	142
B) Consideraciones críticas y propuestas interpretativas de mejora	150
8. EN EL ÁMBITO LABORAL.....	152
9. PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL EN LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.....	152
A) El sistema para la autonomía y atención a la dependencia.....	152
B) Proyección de la Ley de Promoción y Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia en el ámbito concreto de la discapacidad por enfermedad mental	154
10. URGENTE BÚSQUEDA DE SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA DE LA PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL EN SITUACIÓN DE DESAMPARO	156
A) Regímenes de guarda y protección de la persona	156
1. Régimen de tutela y curatela.....	156
2. La rehabilitación de la patria potestad	158
B) La persona con enfermedad mental en situación de desamparo: diagnóstico del problema	160
C) La guarda de hecho	164

Índice

D) El modelo de las entidades tutelares privadas y públicas	166
E) Consideraciones críticas y propuestas de mejora	173
IV. NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA GLOBAL EN EL ÁMBITO ESTATALY DE MEJORA EN LA COORDINACIÓN SOCIOSANITARIA ESTATALY AUTONÓMICA	176
1. COMPLEJIDAD DERIVADA DEL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	176
2. LA COMPETENCIA DE DESARROLLO NORMATIVO Y EJECUCIÓN EN MATERIA DE SANIDAD	180
3. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL	188
A) La competencia legislativa y ejecutiva exclusiva en materia de asistencia social, servicios sociales y dependencia	188
B) Modelos autonómicos sin legislación específica en materia de discapacidad por enfermedad mental	191
C) Modelos autonómicos con legislación específica en materia de discapacidad por enfermedad mental	194
4. PROPUESTAS DE MEJORA	197
V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	205

I. INTRODUCCIÓN

No cabe negar los esfuerzos realizados en los últimos años por el legislador nacional en orden a reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad⁽¹⁾, en una política que sigue de cerca diversas indicaciones y orientaciones procedentes de instancias supranacionales⁽²⁾.

(1) Se utiliza aquí el término “incapacidad” en un sentido general, comprensivo de diversas manifestaciones jurídicas (discapacidad, minusvalía y dependencia), incluyendo la acepción de la que puede denominarse incapacidad “natural”, que se refiere a una falta de autogobierno no declarada judicialmente (de ahí su denominación de “natural”) pero que tiene, no obstante, notable relevancia jurídica.

(2) Dentro del marco legal supranacional, debe mencionarse en primer lugar la Convención de Alma-Ata, celebrada en 1978 en la capital de la República de Kazajistán, convocada conjuntamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y UNICEF, por cuanto constituye el marco en que se plasma una Declaración en la que se establecen como objetivos principales la promoción del concepto de atención primaria, evaluación de la situación de la salud y de la asistencia sanitaria en el mundo. Justamente dentro de esta nueva concepción se establece el Sistema Nacional de Salud en España, que requiere un nuevo marco legislativo, que tiene su plasmación en el Real Decreto 137/1984, de Estructuras Básicas de Salud y en la Ley General de Sanidad de 1986. Pero en la actualidad existen todo un conjunto de Recomendaciones y Reglamentaciones de carácter internacional, ratificadas por España, que conciernen a los derechos y libertades del enfermo mental, como son el Convenio Europeo para la Protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, o las diversas Recomendaciones de la Comisión Europea, de Naciones Unidas o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). También deben destacarse las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad aprobadas por Resolución 48/96, de 20 de diciembre, de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas, o la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada el 22 de mayo de 2001 por la OMS en su 48ª Asamblea General.

En el ámbito de la Unión Europea existe una sensibilización cada vez mayor ante estas colectividades y sus necesidades, y así con arreglo a lo dispuesto en el Tratado de la Unión: la letra o) del art. 3 establece que la acción de la Comunidad implica una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud, y el art. 129 establece expresamente una competencia comunitaria no exclusiva en este ámbito, en que la Comunidad contribuye mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando la acción de éstos. En este mismo ámbito destacan también: la Decisión 1786/2000/CE, de 23 de septiembre, relativa a la Adopción de un Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud pública (2003-2008); la Comunicación de 16 de mayo de 2000, relativa a la estrategia sanitaria de la CE; y la Resolución de 18 de noviembre de 1999, relativa a la promoción de la salud mental. Mediante Decisión nº 1786/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, se estableció la conveniencia de instaurar un sistema comunitario de vigilancia de la salud con el fin de responder plenamente a las exigencias y expectativas de este ámbito, dado que el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la Política de Salud Pública después de Maastricht, destacó la importancia de contar con información suficiente y pertinente como base para el desarrollo de acciones comunitarias en el ámbito de la salud pública. Y uno de los indicadores a tener en cuenta fue la salud mental. Igualmente, se consideró conveniente intensificar la cooperación con las Organizaciones internacionales competentes (incluidas la OMS y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, además de terceros países y de ONG. Pero también es fundamental destacar la suscripción en Oviedo, el día 4 de abril de 1987, del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, que ha entrado en vigor en España el 1 de enero de 2000.

Siguendo con la legislación comunitaria, deben mencionarse igualmente: la Resolución del Consejo de Ministros de Asuntos Sociales de 29 de septiembre de 1989, que tiende a la lucha contra la exclusión social del enfermo mental crónico, a través de la recomendación del desarrollo de acciones tendentes al acceso de la formación, empleo, vivienda, servicios y atención sanitaria de los mismos; el Dictamen del Comité Económico y Social de 7 de octubre de 2002, relativo a la integración de las personas con discapacidad en la sociedad; y la creación de alternativas laborales para enfermos mentales y el intercambio y formación de profesionales en este ámbito a través de algunos de los Programas desarrollados por el Fondo Social Europeo. También debe incluirse aquí la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000, dirigida a reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos.

Con todo, en el marco europeo existen dos hitos muy recientes que resultan fundamentales en el ámbito de la protección jurídica de la discapacidad psíquica por enfermedad mental.

Por un lado, el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas para la mejora de la Salud Mental de la población (*Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental*), fechado en octubre de 2005, que representa la primera respuesta europea a la decisión adoptada en el curso de la Conferencia ministerial europea de la OMS sobre Salud Mental celebrada en enero de 2005 de establecer un marco de acción global a través de un compromiso político firme de cara a esta cuestión. Allí se invitó a la Comisión Europea, socia colaboradora de la Conferencia, a que ayudara a poner en práctica este marco de acción, de acuerdo con sus competencias y con las expectativas del Consejo y en asociación con la OMS, y éste es precisamente el primer fruto de dicho compromiso. El propósito del Libro Verde es -tal y como se establece en su Introducción- iniciar un debate con las instituciones europeas, los gobiernos, los profesionales de la salud, las partes interesadas de otros sectores, la sociedad civil, en particular las organizaciones de pacientes y familiares, y la comunidad investigadora sobre la importancia de la salud mental para la Unión Europea, la necesidad de una estrategia a escala de la Unión Europea y las posibles prioridades de tal estrategia; teniendo presente que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 del Tratado CE, algunas de las acciones en el ámbito de la salud pública propuestas en el citado Libro Verde entran en el ámbito de competencias de la Comunidad, mientras que otras serán competencia exclusiva de los Estados miembros. Tal es la importancia y prioridad concedida a la materia que la Comisión prevé publicar su propuesta de estrategia en materia de salud mental para la Unión Europea, planteada como la primera estrategia global sobre salud mental a nivel comunitario, en aras a aumentar la coherencia y la eficacia de las iniciativas que ya están en marcha y de las que se emprendan en el futuro, con la intención de crear así un marco de intercambio y cooperación entre Estados miembros, ayudando a aumentar la coherencia de las acciones emprendidas en las diferentes políticas, abriendo una plataforma para que las partes interesadas -en especial las organizaciones de familiares y pacientes y la sociedad civil en general- participen en la búsqueda de soluciones. Fruto del trabajo realizado en la búsqueda de una herramienta de referencia para la ética y los derechos humanos en relación con la salud mental, debe mencionarse la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU el 13 de diciembre de 2006, que habrá de suponer una nueva lectura del sistema jurídico en materia de capacidad.

Buena prueba de ello es la diversidad de Leyes promulgadas recientemente que, de una u otra manera, inciden en la mejora del régimen jurídico de protección de tales situaciones⁽³⁾. Y debemos alegrarnos por ello.

En orden cronológico, podemos mencionar en primer lugar la regulación del internamiento por razón de trastorno psíquico contenida en el art. 763 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), que en un ámbito muy específico y concreto de la discapacidad -por padecimiento de enfermedad mental- viene a corregir algunas deficiencias advertidas en la regulación anterior. Igualmente debe atenderse a la regulación de la autonomía del paciente y del consentimiento informado por representación en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, que mejora la regulación marcadamente insuficiente contenida previamente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. No cabe olvidar la incorporación de la figura de la autotutela en el ordenamiento común español -institución no existente hasta la reciente reforma del C.c. en 2003, pero sí en el Código de Familia de Cataluña, de donde ha sido adoptado dicho modelo- a través de la *Ley 41/2003, de 18 de diciembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad*, que el legislador adopta introduciendo unos pequeños cambios en las disposiciones pertinentes del C.c. También ha de hacerse referencia a la protección patrimonial de las personas con discapacidad efectuada a través de esta misma Ley mencionada en último lugar. Así como a la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género* responde en su articulado a dichos objetivos de reforzamiento de las situaciones de incapacidad, de manera que atiende a las especificidades de la violencia ejercida sobre las mujeres con discapacidad, al tiempo que también extiende el marco de protección de la Ley a los incapaces -así como menores- situados en la órbita familiar de la mujer víctima de violencia. Sin olvidar la más reciente aún *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*.

Pero aún queda mucho esfuerzo por realizar, concretamente en el ámbito de la discapacidad psíquica por enfermedad mental, la *cenicienta de las discapacidades* tal como ha sido calificada acertadamente, por afectar a uno de los colectivos más vulnerables socialmente y en consecuencia más

Por otro lado, debe mencionarse la Declaración de Helsinki en Salud Mental, auspiciada por la Oficina Regional Europea de la OMS y la Comunidad Europea, y suscrita por España en 2005, fruto de la Conferencia Interministerial celebrada en Helsinki en torno a la necesidad de dar un impulso al interés por la salud mental en Europa y lograr que el tema llegase a ocupar un lugar prioritario en las agendas ministeriales. La Conferencia concluyó efectivamente con una Declaración suscrita y formada por todos los ministros asistentes, incluyendo el español, y un Plan de Acciones. Según consta en la Introducción del reciente documento aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el pasado día 11 de diciembre de 2006 *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*, éste ha seguido como una base sólida para su desarrollo el Plan de Acciones de Helsinki, y ello por dos razones: porque el contenido del Plan era técnica, científica y éticamente razonable, y además porque su adopción suponía la convergencia con Europa. Volveremos más adelante sobre este documento.

(3) Con carácter general, aplicable a todas las vertientes de la discapacidad, puede consultarse al respecto GONZÁLEZ GRANDA, "Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas", Rev. Jur. La Ley, nº 4, 2006, pp.1339-1367.

necesitado de ayuda y protección, en buena medida por razón del estigma social que desde siempre ha acompañado a este tipo de padecimiento⁽⁴⁾.

Teniendo en cuenta que la salud mental representa una faceta fundamental para el bienestar general de las personas, las sociedades y los países, según puso de relieve un reciente Informe de la Organización Mundial de la Salud sobre la salud en el mundo (2001), urge aumentar en este ámbito la capacidad de investigación, y no sólo en los países en desarrollo sino también en los países más desarrollados, en orden a mejorar los servicios y las políticas en la materia, dado el alto impacto de las enfermedades mentales y lo alarmante de las cifras que se manejan.

Cuando se habla de discapacidad, tradicionalmente viene distinguiéndose entre discapacidad física, discapacidad sensorial (ceguera y sordera) y discapacidad psíquica (intelectual y mental). El presente análisis se circunscribe a la protección de la discapacidad psíquica por enfermedad mental. Y ciertamente cabe afirmar que el ámbito de investigación no puede resultar más oportuno si se tiene en cuenta que -tal y como dispone el mencionado Informe de la OMS sobre la Salud en el Mundo, ya citado- en materia de Salud Mental urge aumentar la capacidad de investigación, principalmente sobre una amplia base internacional, y ello para poder entender debidamente las variaciones entre comunidades y conocer en consecuencia los factores que influyen en las causas y los resultados de las enfermedades mentales, porque sólo a través de la investigación será posible acelerar los descubrimientos que permitan comprender mejor, no sólo la epidemiología de las enfermedades mentales así como la efectividad y los costes de los tratamientos, sino también los servicios y especialmente las políticas legislativas eficaces en la materia. Y cabe añadir que urge aumentar dicha capacidad investigadora dentro de un enfoque que tienda sin reservas a situar la discapacidad por enfermedad mental en el marco ineludible de los derechos humanos⁽⁵⁾, mediante la aplicación de la no discriminación en la legislación, y no sólo mediante la utilización de medidas de acción positiva, tal y como establecen en la actualidad todo un conjunto de Recomendaciones y Reglamentaciones de carácter internacional ratificadas por España que conciernen a los derechos y libertades de la persona con enfermedad mental (como son el Convenio Europeo para la Protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, o las diversas Recomendaciones de la Comisión Europea, de Naciones Unidas o del TEDH, etc.).

Efectivamente, puede afirmarse que dos son los aspectos que ocupan un lugar prioritario en la mejora del régimen jurídico de protección del

(4) Razón por la cual el Comité Español de Representantes de personas con discapacidad (CERMI) considera que en el diseño y en la aplicación de las Medidas en materia de Discapacidad que propone al Gobierno de la nación para su impulso y adopción durante la legislatura 2004-2007, ha de prestarse una especial atención, entre otros, a *las personas con discapacidad que sufren estigma social (enfermedad mental)*.

(5) Fruto del trabajo realizado en la búsqueda de una herramienta de referencia para la ética y los derechos humanos en relación con la salud mental, debe mencionarse la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU el 13 de diciembre de 2006, que habrá de suponer una nueva lectura del sistema jurídico en materia de capacidad.

discapacitado por enfermedad mental. A saber: el apoyo decidido al fomento de la promoción de la salud mental y de la investigación por un lado; y por otro, las propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico de protección de este ámbito concreto de la discapacidad.

Sin olvidar el marco legal supranacional, la exposición se centra en el marco legal estatal. Y debe decirse que dicho marco -que pivota enteramente en torno a las exigencias constitucionales en la materia- muestra una gran complejidad desde el punto de vista legislativo, y ello principalmente porque en dichas materias el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA (sin olvidar a las Corporaciones Locales) afecta a ámbitos muy diversos: Sanidad, Seguridad Social, Servicios Sociales, ámbito laboral, vivienda, turismo y ocio, asociaciones y fundaciones, etc., siendo lo cierto que esta complejidad dificulta el diseño de respuestas institucionales transversales dirigidas a la satisfacción de las necesidades generadas por la situación de discapacidad en general y de la discapacidad por enfermedad mental grave en particular. Razón por la cual se aboga en este trabajo por la generación de medidas de estrategia global en el ámbito estatal tendentes a mejorar la coordinación sociosanitaria estatal y autonómica. Debiendo señalarse que muy recientemente ha sido presentado un documento de interés en el planteamiento que aquí se defiende, al que ya se ha hecho mención líneas arriba: la Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud, que representa un esfuerzo consensuado entre el Ministerio de Sanidad y Consumo, las sociedades científicas, las Asociaciones de pacientes y las CCAA, para conseguir una mejor atención de las personas con trastornos mentales en condiciones de igualdad en todo el territorio del Estado, pretendiendo contribuir así a la cohesión del sistema sanitario en beneficio de los ciudadanos con independencia del lugar donde residan.

El trabajo no se agota en la realización de dicho análisis, sino que realiza propuestas concretas de mejora en el marco social y jurídico de protección del discapacitado por enfermedad mental, con el objeto fundamental de contribuir a la mejora y dignificación de la calidad de vida de uno de los colectivos socialmente más vulnerables en la actualidad. Con esa intención, se analiza asimismo la situación de la persona con enfermedad mental en situación de desamparo, que constituye sin duda el fracaso más patente de los mecanismos jurídicos y sociales de tutela de la persona con enfermedad mental y que urge remediar con soluciones viables que atajen las trágicas consecuencias que en la práctica acarrea.

Al doble propósito mencionado líneas arriba dedicamos las páginas que componen este trabajo, no sin antes encuadrar debidamente la situación de la persona con enfermedad mental grave dentro de la multiplicidad de conceptos jurídicos que guardan relación con esta problemática, punto que analizamos brevemente a continuación.

1) Discapacidad y Minusvalía

En la actualidad, se tiende a la utilización del término de discapacidad en sustitución del de minusvalía o persona con minusvalía, y ello tanto a nivel nacional como internacional. Y puede decirse además que no parece tratarse sólo de un cambio en la terminología dominante, sino que éste va unido a un nuevo enfoque que tiende sin reservas a situar la discapacidad en el marco ineludible de los derechos humanos, mediante la aplicación de la no discriminación en la legislación y no sólo mediante la utilización de medidas de acción positiva.

En el ámbito internacional es la expresión generalizada⁽⁶⁾, y nuestro legislador se ha mostrado igualmente receptivo a este cambio en el enfoque, observándose ello en diversas disposiciones⁽⁷⁾, si bien el término de “minusválido” o “persona con minusvalía” subsiste en algunos textos normativos⁽⁸⁾, y además debe admitirse que el término de minusvalía es insustituible cuando se trata de concretar el grado de los efectos discapacitantes, habida cuenta de que el concepto de discapacidad incluye situaciones muy dispares en cuanto a su gravedad⁽⁹⁾. No obstante, la reciente Ley de Protección de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia evita cuidadosamente esta terminología.

2) Categoría constitucional del disminuido físico, sensorial y psíquico

El art. 49 de la Constitución Española hace referencia al concepto de “disminuido” (físico, sensorial y psíquico), estableciendo que: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e*

(6) Así, en las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad aprobadas por Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas ya se utilizó dicha denominación; en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada el 22 de mayo de 2001 por la Organización Mundial de la Salud en la 48ª Asamblea General; en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, cuyo art. 13 habilita al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otros motivos por razón de discapacidad. Y en su desarrollo se aprueba la Directiva 2000, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (arts. 34-43); y en el Tratado por el que se establece la Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, se dispone en el art. II-81: la prohibición de toda discriminación y en particular por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, relación o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

(7) Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, que incorpora nuevas reducciones en la base imponible por gastos de asistencia de las personas de asistencia por discapacidad, con las que se pretende adecuar la carga tributaria a las situaciones de dependencia, para de este modo atender en mayor medida las necesidades, tanto del propio discapacitado como de las personas de quien dependen (Exposición Motivos III); Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que dispone que tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 %, considerando acreditado dicho grado a los pensionistas de la S.S. y de clases pasivas mencionadas, si bien se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente aunque no se alcance dicho grado; y también la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se refiere en diversas de sus disposiciones a la especial protección de las mujeres con discapacidad (así, por ejemplo, en los arts. 3.3, 18.2, 27, 32.4 y 47).

(8) Tal como la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que entiende por tales a *toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.*

(9) Así, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento, Declaración y Calificación del grado de minusvalía, que regula el reconocimiento del grado de minusvalía, el establecimiento de los baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para la realización de dicho reconocimiento (IMSERSO y órganos de las Comunidades Autónomas con

integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. De tal manera que la situación de la enfermedad mental se encuadraría en el concepto de “disminuido” psíquico.

Debe decirse que, ante la próxima reforma constitucional, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) plantea la actualización de los preceptos que afectan a las personas con discapacidad y en consecuencia proponen que se incluya explícitamente la razón de “discapacidad” en el art. 14 relativo al principio de igualdad, así como que el nuevo art. 49 debiera incorporar buena parte del acervo jurídico, político y sociológico de la nueva visión de la discapacidad. En particular la sustitución del término “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” -ciertamente anticuada y limitada- por el término de “personas con discapacidad”, concepto, como se ha señalado antes, consolidado por la doctrina científica y el uso más común entre responsables políticos, movimientos asociativos, técnicos y profesionales.

3) Incapacitación judicial

La incapacitación judicial es el único medio para reconocer y declarar la limitación de la capacidad de obrar de los ciudadanos, que de otro modo se presume plena, y constituye una importante institución de protección para aquellas personas que, por padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, no puedan gobernarse por sí mismas ni administrar sus bienes, a la que tendremos oportunidad de hacer referencia extensamente más adelante.

El hecho de padecer una enfermedad mental no significa que la persona deba ser necesariamente incapacitada. Por el contrario, los requisitos para la incapacitación están estrictamente regulados, de tal manera que sólo procederá la incapacitación por enfermedad mental cuando se trate de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o

competencias transferidas) y el procedimiento a seguir, con la finalidad de que la valoración y calificación del grado de minusvalía sea uniforme en todo el Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso del ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen; la Disposición Adicional Única de dicho real Decreto, incorporada al texto por el real decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad, establece que en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía se hará constar como mención complementaria el tipo de minusvalía en la categoría de psíquica, física o sensorial, según corresponda. Y así sucede en la regulación de la Comisión estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de minusvalía creada como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por Orden de 12 de junio de 2001, sobre Creación, Composición y Funciones de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Minusvalía, a fin de propiciarla uniformidad en todo el territorio del Estado en cuanto a la valoración y calificación de las situaciones de minusvalía se crea como instrumento de coordinación y consulta entre las distintas Administraciones Públicas competentes en la materia. Y en otras Leyes el concepto de minusvalía es el determinante del grado de discapacidad determinante del ámbito de la Ley; así sucede en la mencionada Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, que establece que únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%; también en la igualmente mencionada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que establece en su art. 1.2 que, a los efectos de dicha Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido una minusvalía igual o superior al 33 por ciento, considerándose afectados por dicha minusvalía los pensionistas de la S.S. que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad; y en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, que en su art. 27.4 establece el grado de minusvalía del 33% o superior como determinante para que el importe de la ayuda a que se refiere la norma sea superior.

psíquico persistente en el tiempo (de tal modo que pueda asegurarse que sea crónica o al menos presumiblemente prolongada por largo tiempo), y debe haber un nexo causal entre la enfermedad o deficiencia y la situación de incapacidad a declarar, pues es importante destacar que la incapacitación no vendrá determinada necesariamente por la existencia de una enfermedad o deficiencia -sea de la índole que sea y con independencia de su carácter persistente-, sino por los efectos que en cada caso produce en la persona. En cualquier caso, debe tenerse presente que si, a pesar del pronóstico o diagnóstico previo, la causa de incapacitación desapareciese, puede instarse y acordarse dejar sin efecto o modificar la incapacitación.

Por la especial importancia que adquiere la diferenciación entre personas con enfermedad mental, incapacitadas o no incapacitadas, a efectos jurídicos, desarrollamos ampliamente este concepto más adelante.

4) Situación laboral de incapacidad y de invalidez en la Ley General de la Seguridad Social

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, dispone en su art. 136 que *la incapacidad permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado cometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas y funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad labora, dando lugar a distintos grados de incapacidad*. En consecuencia, la incapacidad es un concepto que tiene trascendencia en el ámbito laboral, y que está en función de las reducciones anatómicas o funcionales sufridas por los trabajadores, siempre -claro está- que disminuyan o anulen su capacidad laboral, y son las siguientes: incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

Pero además el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social ha establecido prestaciones económicas de atención a las personas en situación de dependencia: en el nivel contributivo, se trata de la incapacidad permanente en el grado de gran invalidez; y en el nivel no contributivo, se trata de la pensión de invalidez y de la prestación familiar por hijo a cargo⁽¹⁰⁾.

5) Situación de Dependencia

Para el Diccionario de la Real Academia Española, la dependencia tiene, entre otras acepciones, una según la cual es “la situación de una persona

(10) Dentro del sistema de la Seguridad Social, la prestación de invalidez no contributiva es aquélla que deriva de deficiencias, previsiblemente definitivas, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes la padecen, de conformidad con el art. 144 de la Ley General de la Seguridad Social. A diferencia de la incapacidad permanente, la calificación de la invalidez en su modalidad no contributiva es ajena a la capacidad laboral de la persona, por lo que se utiliza el término invalidez frente al de incapacidad propia de una prestación de nivel contributivo. No existen diferentes grados de invalidez, aunque se regula una situación específica o complemento de la pensión, para el supuesto de que el particular precise la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida como desplazarse, comer o análogos, siempre que el interesado padezca una minusvalía o enfermedad crónica o superior al 75%.

que no puede valerse por sí misma”, de tal manera que viene a ser sinónimo de falta de autonomía.

Aunque en ocasiones tiende a centrarse la atención casi de forma absoluta en el problema de la dependencia asociado a la edad -en la medida en que innegablemente la dependencia tiende a aumentar con la edad, y la vejez se caracteriza sin duda por aparecer frecuentemente asociada con múltiples problemas de salud-, sin embargo, tal y como indicó el Pacto de Toledo en las Conclusiones de su Informe de 2003, *siempre han existido ciudadanos en situaciones de dependencia, ya que por razones de edad, enfermedad o deficiencia, parte de la población ha necesitado ser ayudada o atendida por terceras personas en el desarrollo cotidiano de las actividades de su vida*. Concepto que resulta acorde con lo dispuesto en la Recomendación nº (98) 9 relativa a la Dependencia (aprobada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998), la dependencia es *un estado en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física o intelectual tienen necesidades de asistencia o ayudas importantes para realizar actos corrientes de la vida ordinaria*. La edad avanzada no es, pues, el único criterio acerca de este estado de dependencia, pudiendo afectar a cualquier sector de la población y no sólo a las personas mayores, si bien es cierto que la dependencia tiende a aumentar con la edad y que la vejez se caracteriza por aparecer frecuentemente asociada con múltiples problemas de salud.

Y es fundamental el análisis del encuadramiento de la enfermedad mental dentro de la situación genérica de dependencia, por su especial importancia. Y en este ámbito, es importante destacar que no todas las patologías, aunque sean idénticas, afectan por igual a todas las personas que las padecen, de suerte que la capacidad de autogobierno tiene un componente marcadamente ambiental, y en este sentido resulta ilustrativa la clasificación recogida por GONZÁLEZ NIÑO, que enumera de mayor a menor gravedad los grados de dependencia⁽¹¹⁾. En el sistema de la Seguridad Social, encontramos las referencias a la dependencia en los conceptos de la incapacidad permanente en el grado de gran invalidez, en la pensión no contributiva de invalidez con complemento y en la prestación familiar por hijo a cargo, vinculados a la necesidad del concurso de otra persona para la realización de las actividades de la vida diaria.

Por su parte, la legislación de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) regula la atención a la dependencia con actuaciones de ámbito social, dirigidas a la cobertura de la asistencia de otra persona a

(11) Grado 4: máxima pérdida de la autonomía y habilidades personales, precisando de los cuidados de otras personas incluso para las tareas más elementales (aseo, higiene personal, nutrición, etc.), propio, por ejemplo, de personas afectadas por demencias profundas.- Grado 3: cierto grado de autonomía personal para tareas higiénicas y nutritivas elementales, así como cierta capacidad para la deambulación con adecuada orientación, pero sin poder transitar por lugares desconocidos, ni realizar operaciones comerciales simples tales como compras de mercado doméstico, pago de transportes urbanos, etc.- Grado 2: autonomía para la vida doméstica y para cierta actividad social, con cierta capacidad de orientación en los desplazamientos urbanos y con aptitud para realizar operaciones comerciales simples.- Grado 1: autonomía doméstica y social globalmente adquirida y conservada, así como aptitud para actividades manuales propias de un adulto normal y administración económica de cierta complejidad (como administrar una pensión mensual para el propio sostenimiento), pero sin poseer aptitud para realizar operaciones económicas complejas tales como contratos de compraventa de inmuebles, créditos hipotecarios, etc. (GONZÁLEZ NIÑO, “Consecuencias jurídico-legales de las psicopatologías: la incapacidad civil”, en: <http://neurologia.rediris.es/congreso-1/conferencias/neuropsicologia-2.html>, p.4).-.

través de ayudas y servicios, a través de definiciones análogas⁽¹²⁾, si bien en otras Comunidades -como es el caso de la Comunidad de Castilla y León- la protección de la dependencia se centra en la dependencia asociada a la edad en la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección las personas mayores de Castilla y León, definiéndola como *la situación en la que se encuentra una persona mayor que, por disminución o pérdida de autonomía física, psíquica o sensorial, precisa ayuda y/o asistencia importante para las actividades de la vida diaria y/o protección o supervisión de sus intereses* (art. 42).

La reciente Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia -volveremos más adelante sobre los problemas que plantea este enunciado en relación con las especificidades propias de la enfermedad mental- define la dependencia en su art. 2 *como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*⁽¹³⁾. Y en el art. 26 define y concreta los grados de dependencia en dependencia moderada (grado I), dependencia severa (grado II) y gran dependencia (grado III), clasificándose cada uno de tales grados de dependencia en dos niveles, en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiera.

- Grado I (Dependencia moderada): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día, o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- Grado II (Dependencia severa): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo externo para su autonomía personal.
- Grado III (Gran dependencia): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias

(12) Así, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, establece que la dependencia es "la situación en que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes para realizar los actos corrientes de la vida diaria" (art. 62). O la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias, que establece en el art. 19 que el sistema público de servicios sociales comprenderá las prestaciones de medidas de apoyo a las personas dependientes y sus familias, entendiéndose como tales a las personas que por razones ligadas a la falta o a la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, que tienen necesidad de una asistencia o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria. Igualmente, la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia de Cantabria, define la dependencia como "el estado en el que se encuentra una persona que, por falta o pérdida de autonomía física, psíquica o mental, precisa de la atención de otra u otras personas o ayuda importante para realizar actividades de la vida diaria, entendiéndose éstas como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial y actos relacionales (art. 3).

(13) En un interesante replanteamiento de las posiciones inicialmente mantenidas, puesto que tal como establecían las Líneas Básicas del Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de Dependencia -en consonancia con el Libro Blanco de la Dependencia- avanzadas por el Ministerio de Trabajo, con esta Ley pretendía establecerse un nuevo derecho universal y subjetivo de ciudadanía que garantiza atención y cuidados las personas en situación de dependencia, es decir, *aquellas que no pueden valerse por sí mismas, en su mayoría personas mayores*.

veces al día, y, por su pérdida total de autonomía física, mental o intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

6) Conceptos de alteración psíquica y trastorno mental en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

De las tres fórmulas legislativas posibles -método biológico o psiquiátrico puro, psicológico o mixto-, el Código Penal (en adelante C.P.) español vigente ha sustituido la precedente fórmula del sistema biológico o psiquiátrico puro por la del método psicológico, de tal manera que según el nº 1 del art. 20 del C.P: *Están exentos de responsabilidad criminal: 1º) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no puede comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.*

Por el contrario, según lo dispuesto en el art. 8.1 del C.P. derogado, estaba exento de responsabilidad criminal el "enajenado," dentro de la fórmula denominada biológica o psiquiátrica pura, en la que bastaba con una referencia a la anormalidad mental del sujeto⁽¹⁴⁾, si bien la doctrina del Tribunal Supremo (en adelante T.S.) tendió siempre a transformar en la práctica esa fórmula psiquiátrica en una fórmula mixta, exigiendo que, además de la enfermedad mental -o de la oligofrenia extrema- concurriera una profunda perturbación de la conciencia o de la voluntad⁽¹⁵⁾. Con este giro legislativo, pretende destacarse la situación psicológica del sujeto en el momento de cometer el hecho, de tal manera que la causa deviene irrelevante, siendo lo que determina la exención, la inimputabilidad, el efecto.

Pero la alteración psíquica no sólo es contemplada en el C.P. como posible circunstancia eximente de responsabilidad, sino que también puede ser constitutiva de la circunstancia atenuante del art. 21.1 C.P. (se contemplan como circunstancias atenuantes las causas contempladas como circunstancias eximentes de responsabilidad *cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*) y también en su caso como circunstancia agravante de la responsabilidad en el supuesto contemplado en el art. 22.4ª C.P. (*Son*

(14) Todos nuestros Códigos Penales, con excepción del de 1928 -que utilizó el método mixto o biológico-psicológico- han seguido desde 1822 el sistema biológico o psiquiátrico puro.

El Código de 1848 hacía referencia *al loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón*, fórmula que no satisfizo por su imprecisión y por la equiparación entre loco y demente. Por este motivo, la reforma de 1870 sustituyó la palabra *demente* por la de *imbécil, (el imbécil y el loco, a no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón)*. Así se llega a la reforma de 1932, cuya fórmula persistió a través del Texto Refundido de 1944 y las revisiones posteriores, abandonándose la nomenclatura de *loco e imbécil*, sustituyéndose por la de "enajenado" y con omisión a toda referencia a los intervalos lúcidos.

(15) Así, STS de 6 febrero 1981; STS de 31 de mayo de 1998; STS de 28 de agosto de 1913, STS de 12 de marzo de 1921, STS de 15 de junio de 1942; STS de 25 de noviembre de 1967; STS de 22 diciembre de 1983; o STS de 26 de junio de 1989; entre muchas otras.

circunstancias agravantes: (...) 4ª) Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca).

Otra referencia normativa de interés en el C.P. es la contenida en los arts. 510-512, dentro del Capítulo IV del Título XXI del Libro II, que, bajo el rótulo “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas;”, dedica la Sección Primera a los “Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución;”, y en dicho ámbito tipifica expresamente la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia por -entre otras razones- padecimiento de enfermedad o minusvalía (art. 510)⁽¹⁶⁾, la denegación de un servicio público por parte de un funcionario por idénticas razones (art. 511)⁽¹⁷⁾, y la denegación de una prestación debida en el ejercicio de las actividades profesionales por dichas razones (art. 512).⁽¹⁸⁾

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) la capacidad para ser parte e intervenir en el procedimiento penal como imputado la ostentan sólo las personas físicas, vivas y que tengan la aptitud necesaria para participar de modo consciente en el juicio, comprender la acusación formulada contra él y ejercer el derecho de defensa.

Respecto de la enfermedad mental, distingue el legislador, por una parte, el caso en que el imputado hubiese cometido el delito en estado de demencia y, claro es, continúe con alteraciones psíquicas, disponiendo entonces que se le someterá a observación médica y se recabará información sobre su enajenación mental (arts. 381 y 382 LECr.), procediendo dictar, una vez concluido el sumario, auto de sobreseimiento libre por aparecer el imputado exento de responsabilidad criminal (art. 637.3ª LECr.), sin perjuicio de acordar su internamiento en un Centro Psiquiátrico o educativo, pudiendo sustituir esta medida por alguna otra menos radical

(16) Art. 510 C.P.:

1. *Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

2. *Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a un atenia o raza, su origen nacional, el sexo, la orientación sexual, enfermedad o minusvalía.*

(17) Art. 511.C.P.:

1. *Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.*

2. *Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.*

3. *Los funcionarios públicos que cometan algunos de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.*

(18) Art. 512 C.P.:

Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un periodo de uno a cuatro años.

(art. 20.1º y 3º C.P.). Cuando la demencia sobreviniera después de cometido el delito, una vez concluida la investigación, el órgano jurisdiccional competente para el fallo ordenará el archivo de las actuaciones hasta que el imputado recobre la salud, y habrá de disponer alguna de las citadas medidas (art. 383 LECr., precepto que ha de aplicarse cuando la enfermedad mental apareciera en otra fase del procedimiento; si ocurriera durante el Juicio Oral, provocará la suspensión de éste en virtud de lo dispuesto en el art. 746.5º LECr.).

7) Situación de incapacidad “natural”

Remito al lector a los supuestos que se mencionarán en el apartado siguiente, entre otros, capacidad para comparecer en el proceso de incapacitación, capacidad para la realización de designación del tutor en la institución de la autotutela, capacidad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio, capacidad para ser titular del derecho a la información asistencial y a emitir el consentimiento informado, situación de incapacidad necesaria para que pueda realizarse el internamiento regulado en el art. 763 LEC, supuestos de los arts. 248, 663 y 81 todos ellos del C.c., consideración de incapaz a los efectos penales, etc.

II. FOMENTO DE LA PROMOCIÓN DE LA SALUD MENTAL Y DE LA INVESTIGACIÓN EN ESTE ÁMBITO

1. PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA POR ENFERMEDAD MENTAL

En los últimos años existe un renovado interés por la salud mental, que se ha plasmado en su promoción a nivel europeo, así como en importantes inversiones tanto en servicios como en programas de evaluación de los sistemas asistenciales en diversos países, coincidiendo todo ello con una importante presión por parte de las Asociaciones de familiares de enfermos y con un aumento significativo de los fondos para investigación en el campo de la salud mental.

Por lo que se refiere a la conceptualización de la enfermedad mental, lo cierto es que tanto la evolución registrada por el propio concepto como las nuevas circunstancias que inciden en la razón de este tipo de enfermedad contribuyen a que el establecimiento de una definición absoluta y con validez universal sea absolutamente imposible, cabiendo en todo caso definiciones forzosamente relativas. Y así, la definición dada por la Organización Mundial de la Salud (OMS en adelante) en la década de los años 80 de la enfermedad mental como *todo trastorno manifiesto de las funciones mentales, lo bastante específico desde el punto de vista clínico para que pueda ser identificado con seguridad, refiriéndolo a un patrón claramente definido, y lo bastante grave como para que origine una pérdida de la capacidad profesional o de trabajo o la aplicación de medidas judiciales y sociales*, ha sido relativizada por la propia evolución de la sociedad y de las circunstancias que provocan la aparición de la enfermedad, si bien también es cierto que las bases sentadas sobre determinados aspectos han permanecido (patrón clínico, capacidad profesional, adaptación social, incidencia en la vida laboral del paciente) y han dado una nueva dimensión a la atención de estos enfermos.

Este inicial criterio de la OMS vino a abrir un debate de trascendencia técnica, social y política que llevaría al comienzo de una amplia reforma conceptual y asistencial, que en España tuvo su plasmación en el proceso de reforma psiquiátrica que cristalizó en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Pero posteriormente, el concepto de enfermedad mental ha evolucionado de la mano de la propia transformación social de cada país o región, también influenciado por el momento histórico y el propio estado médico de las personas afectadas. El carácter personal de la enfermedad y su trascendencia social fueron puestos de manifiesto por encima de aquel inicial criterio de la OMS, avanzándose en las consecuencias de la enfermedad para el propio enfermo y haciendo surgir conceptos éticos y sociales para una mejor comprensión de la enfermedad y un menor riesgo de manipulación de su origen, como se observa en la definición establecida en 1995 por la Asociación Psiquiátrica Americana del trastorno

mental: *Síndrome o patrón comportamental y psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un riesgo significativamente aumentado o de morir o de sufrir de dolor, discapacidad o pérdida de libertad. Este síndrome o patrón no debe ser meramente una respuesta culturalmente aceptada a un acontecimiento particular (por ejemplo, la muerte de su querido). Cualquiera que sea su causa, debe considerarse como la manifestación individual de una disfunción comportamental, psicológica o biológica. Ni el comportamiento desviado ni los conflictos entre los individuos y la sociedad son trastornos mentales, a no ser que la desviación o el conflicto sean síntomas de una disfunción.*

Dicho concepto de enfermedad o trastorno mental es, no obstante, demasiado general, siendo así que desde el punto de vista jurídico interesa más centrar el análisis en el concepto de enfermedad o trastorno mental grave, que, según la definición del Instituto Nacional de Salud Mental de EEUU en 1987, incluye tres dimensiones a considerar: 1. Diagnóstico: incluye los trastornos psicóticos, trastornos depresivos graves y algunos trastornos de personalidad. 2. Duración de la enfermedad y tratamiento: el tiempo ha de ser superior a dos años. Y 3. Presencia de discapacidad: disfunción moderada o severa del funcionamiento global, laboral, social y familiar.

Lo cierto es que, a pesar de la utilización de estos o similares criterios, se pueden obtener grandes diferencias en función del grado de restricción con que se apliquen o de la metodología utilizada para su identificación. Además, no se puede olvidar que, como declaró en su día el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en su sentencia de 24 de octubre de 1979 (Caso Winterwerp), al referirse al concepto de "enajenado" recogido en el art. 5 del Convenio de Derechos Humanos, *su sentido evoluciona continuamente con los progresos de la investigación psiquiátrica, la flexibilidad creciente del tratamiento y los cambios de actitud de la sociedad hacia los enfermos mentales, especialmente a medida que aumenta la comprensión de los problemas de estos pacientes.*

Dentro del colectivo de personas con enfermedad mental grave requiere una atención particular y destacada el grupo formado por los pacientes crónicos, es decir, personas con trastornos psíquicos que, superadas sus crisis, mantienen síntomas persistentes y limitadores de la capacidad de vivir; colectivo que se encuentra integrado por crónicos externalizados (con estancias largas en Hospitales Psiquiátricos, que retornan al Hospital cuando se intenta mejorar su atención desde otros recursos) y usuarios crónicos de servicios ambulatorios (sin necesidad de ingreso hospitalario). Diferentes Informes advierten con dureza del riesgo de que este grupo se convierta en el gran problema de la Psiquiatría, siendo el cuadro clínico que padecen muy variable, caracterizado por "serios déficit de adaptación social" y "uso inapropiado" de los servicios, con la consiguiente capacidad de generar una sobrecarga de atención/trabajo añadida en los mismos, y con unas líneas claras de identificación en su deterioro psicosocial: fuerte descenso de la iniciativa de conducta social

espontánea, dificultades para mantener el rendimiento de cualquier actividad, descenso del interés y la motivación, tendencia al aislamiento social y pérdida de los patrones y habilidades sociales.

Desde un punto de vista amplio, el colectivo de personas con enfermedad mental está integrado no sólo por las personas habitualmente consideradas como personas con enfermedad mental (personas que padecen esquizofrenia, psicosis maniaco-depresiva, trastorno paranoide, trastornos de carácter psicopático, etc.), sino también aquellas otras que padecen demencia senil u otro tipo de enfermedades degenerativas tipo Alzheimer, u otro tipo de trastornos como por ejemplo los alimentarios (anorexia nerviosa y bulimia), las adicciones (alcohol, drogas), o trastornos mentales de origen orgánico (encefalitis, meningitis, sífilis, entre otras), etc.

No obstante, en este trabajo se centra la atención en el colectivo de personas con enfermedad mental en sentido estricto, por cuanto dicha delimitación permite un análisis más atento a la problemática particular que plantea la discapacidad psíquica por enfermedad mental grave dentro de las situaciones genéricas de discapacidad y dependencia. Tampoco se olvida la especificidad concreta que otorga la concurrencia de género y enfermedad mental en este ámbito.

La razón de restringir la exposición a este colectivo estriba en que, sin olvidar bien éste, plantea toda una problemática similar a la de cualesquiera personas en situación de discapacidad, también es cierto que, por sus especiales características, demanda soluciones en parte diferenciadas.

La **problemática general** que comparte con cualquier otra situación de discapacidad ha sido más ampliamente estudiada, por cuanto tal y como muestran diversos análisis, el concepto de discapacidad -que se asocia indisolublemente al concepto de dependencia o falta de autonomía personal (capacidad para valerse por sí mismo a la hora de realizar actividades básicas de la vida diaria, tales como levantarse, asearse, comer, ir al servicio, etc.)- si bien en un principio se limitó a la discapacidad física, sin embargo con el tiempo el término se ha extendido a las discapacidades psíquicas, siempre que las personas que las padezcan tampoco puedan realizar las actividades que habitualmente constituyen el ámbito de autonomía personal⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, puede afirmarse que en la actualidad los esfuerzos se centran en el cambio o evolución desde la "concepción tradicional" de la discapacidad -que, según criterios estrictamente médicos, clasifica a las personas con discapacidad por razón de sus deficiencias, y que se centra exclusivamente en "rehabilitar" a la persona discapacitada como única vía para su verdadera integración- hacia otros modelos posibles, de entre los

(19) En consecuencia, y desde este punto de vista, también se habla de "falta de autonomía personal" en relación con la discapacidad sensorial y psíquica, sin olvidar que en los últimos tiempos se ha puesto de relieve la conveniencia de desglosar el término "autonomía personal" en dos: "autonomía física" por un lado (para referirse a aquellas capacidades físicas que toda persona realiza por sí misma), y "autonomía moral o intelectual", que viene a referirse a aquellas otras capacidades necesarias e imprescindibles para regir sus vidas con madurez "moral" y "para actuar como personas adultas" dentro de un marco cultural determinado; de tal manera que una persona puede tener una gran discapacidad física y/o sensorial -y en consecuencia puede tener mermada su "autonomía física"- pero no por ello necesariamente su "autonomía moral o intelectual".

que toma cuerpo el llamado “modelo social” de discapacidad, que fundamenta toda su filosofía en la persona y en sus derechos humanos y libertades civiles. Nuevo enfoque que ha supuesto un cambio epistemológico profundo en la comprensión de la discapacidad, transformando el “problema individual” de la discapacidad en una cuestión de carácter ético y filosófico⁽²⁰⁾.

Ni qué decir tiene que este punto de vista es particularmente interesante en relación con la enfermedad mental por sus especiales connotaciones dentro de la discapacidad y la dependencia, que viene a enlazar con la **problemática particular o específica** que analizamos seguidamente, y que es consecuencia de una serie de factores: por un lado, los efectos no deseados derivados de la desinstitucionalización generalizada de los pacientes tras la situación creada por la reforma psiquiátrica iniciada en 1986; por otro lado, la mayor relevancia que tiene el concepto de “incapacidad natural” -antes analizado- en los supuestos de enfermedad mental que en otros colectivos de discapacitación; finalmente, también debe mencionarse el mayor grado de estigmatización social que alcanza el padecimiento de este colectivo.

Veamos esto más despacio.

1. Por lo que se refiere al primero de los factores mencionados, resulta incuestionable el impacto que la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁽²¹⁾**, tuvo sobre el tratamiento de la enfermedad mental en España.

Dicha Ley, cuyo objetivo prioritario fue la creación de un sistema nacional de Salud, tal y como se ha señalado líneas arriba, vino a cambiar el modelo de atención custodial/asilar de las personas con enfermedades mentales por el de la Psiquiatría comunitaria, buscando la desinstitucionalización de la persona con trastorno mental y su reinserción en la sociedad, a través de los principios rectores inspiradores de dicha legislación: garantía de la atención a la enfermedad mental dentro de la red general de salud -especialmente en los servicios de atención primaria-, desarrollo de adecuados servicios comunitarios y soportes sociales que posibiliten la rehabilitación y reinserción social de los pacientes, promoción de cambios en la comunidad que eliminen los elementos de segregación y marginación que afectan a estos pacientes, amparo de los derechos civiles de las personas con trastornos mentales y coordinación de los servicios sociales y sanitarios de cara a la

(20) Vid. a mayor abundamiento sobre este punto el trabajo de ARNAU RIPOLLÉS, “Estudio: la cara oculta de la violencia: la violencia de género contra la mujer con discapacidad”, Fundación Isonomía.doc., pp.24 y ss.

(21) Modificada posteriormente por las siguientes disposiciones: Ley 257/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social; Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del sistema nacional de Salud; Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud; y Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

prevención, rehabilitación e inserción de las personas con enfermedad mental, en forma coordinada dirigida a una atención integral.

Con esta Ley pretendió darse un giro radical a la situación de las personas con enfermedad mental en España, tantas veces denunciada por los propios profesionales de la Psiquiatría⁽²²⁾ recluidos indefinidamente en instituciones psiquiátricas de siniestro recuerdo -los manicomios-, sin apenas control judicial, y en ocasiones sin que su padecimiento fuese realmente constitutivo de una verdadera enfermedad mental, sino simplemente de conductas “extravagantes” o “desviadas” de la norma⁽²³⁾.

Sin embargo, aunque la situación de las personas con enfermedad mental era muy deficitaria desde el punto de vista legislativo, lo cierto es que la Ley de 1986 tuvo, en el desarrollo de los principios antes expuestos, algunas consecuencias no deseadas. Por diversas razones, cuyo análisis no puede abordarse aquí en profundidad, resulta imposible silenciar el reverso de la situación: si bien con dicha reforma se pretendió la incardinación de la persona con enfermedad mental en su ámbito comunitario -y éste fue precisamente uno de los factores de cambio más importantes-, debe decirse también que en todos los años transcurridos de vigencia de este modelo se constató pronto la inadecuación de los servicios comunitarios, pivotando en demasía el esfuerzo sobre las familias de los propios enfermos.

Efectivamente, debe ponerse el acento en el gran problema de las familias de las personas con enfermedad mental, derivado fundamentalmente del fenómeno mencionado de desinstitucionalización de los pacientes, que ha trasladado de forma casi absoluta el cuidado de las personas con enfermedad mental grave del hospital psiquiátrico a la familia, constituyendo ello un problema crítico, tal como han puesto de relieve algunos estudios realizados al respecto. Porque existen familias que representan colectivos de emergencia social, en las que los cuidadores (muy principalmente las madres) se encuentran en una situación límite, bien por agotamiento o estrés, bien por edad o por otros problemas de dependencia en la misma familia, destacando el elevado número de cuidadores familiares que necesitan ayuda

(22) Son ilustrativas las palabras vertidas por GONZÁLEZ ÁLVAREZ, de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN) en su aportación a la Mesa Redonda Derechos Constitucionales y Trastornos Mentales (Madrid, junio de 1983), “La presunción de incapacidad en la Ley española y sus problemas prácticos”, recogidas en Cuadernos Técnicos, 3, Madrid, 2000, p. 16, en referencia a la situación de las instituciones psiquiátricas cuando señala que *ocasionalmente acontecimientos dramáticos del interior son capaces de romper los muros y salir al dominio público: muerte por asfixia y quemaduras de internados que se encontraban maniatados, protestas de familiares por malos tratos y lesiones a internos... o bien las protestas y denuncias del personal por las precarias condiciones de vida de los asilados o por las carencias de instrumentos asistenciales mínimos. De hecho se han producido repetidos escándalos por el mero hecho de que la prensa relatara lo que ocurría cotidianamente en la institución.* Situación que les llevó a pensar en institucionalizar la denuncia y por tanto el escándalo como procedimiento de ruptura, recurriendo a la actuación conjunta de sanitarios y de profesionales del aparato judicial, en forma de comisiones mixtas, y utilizando las vías que puedan ofrecer el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional, etc.

(23) Vid. MARÍN LÓPEZ, “El internamiento de incapaces” ed. CGPJ, Madrid, 1994, p.149.

psicológica y/o psiquiátrica; verdaderos dramas familiares, en los que la propia unidad familiar se ve amenazada hasta el extremo. En este punto, además puede afirmarse que la tensión entre la previsión generada por la reforma y la realidad socialmente nueva de las familias es un factor de radical importancia, no sólo desde el punto de vista de la estabilidad de estas últimas, sino fundamentalmente desde su aportación a la mejora del enfermo que vive con ellas.

2. El segundo de los factores que incide en la problemática particular que representa el colectivo de personas con enfermedad mental frente a otras situaciones de discapacidad es la **mayor relevancia que tiene el concepto de *capacidad/incapacidad "natural"* en éste que en otros colectivos de discapacitados**, con las consecuencias que cabe deducir de esta afirmación.

Pero, ¿qué es la capacidad "natural" y por qué razón ha de tener mayor relevancia en este colectivo que en otros de discapacitados, tal y como acabamos de afirmar? Vayamos por partes.

En relación con el concepto, debe decirse que en diversos textos legales se hace referencia al "incapaz"; aludiéndose a una situación frecuentemente equívoca, pero en la que queda claro que el legislador quiere destacar que no se está haciendo mención a la situación de incapacitación judicial antes mencionada, sino a una situación de incapacidad que podríamos denominar "natural"; y que se refiere a una falta de autogobierno natural no declarada judicialmente, pero que tiene, no obstante, notable relevancia jurídica.

Así sucede, por ejemplo, en el procedimiento de incapacitación regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), en que se alude reiteradamente a la figura del "presunto incapaz"⁽²⁴⁾, que es la situación jurídica en la que se encuentra el que es sometido a un proceso de incapacitación y todavía no ha recaído sentencia. En dicho proceso –en el que la misión del Juez no es comprobar que el presunto incapaz está enfermo, sino formar juicio acerca de su capacidad/incapacidad "natural"- este concepto resulta fundamental para la determinación de la aptitud del presunto incapaz para comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, de tal manera que cuando la situación de enfermedad mental le impide o dificulta su personación, entran en funcionamiento los mecanismos de representación supletorios establecidos en el art. 758 LEC, es decir, la defensa será ejercida entonces por el Ministerio Fiscal (en adelante M.F.) o en su caso por un Defensor Judicial nombrado al efecto, tal y como veremos en su momento.

(24) Del mismo modo que lo hacía antes el Código Civil, en la regulación contenida en los arts. 202 y ss., derogados con la entrada en vigor de la nueva LEC del año 2000.

Pero la relevancia jurídica del concepto aludido -capacidad/incapacidad “natural”- no se reduce a su papel en el proceso de incapacitación, sino que se extiende a todos aquellos supuestos en los que la Ley quiere que se observe la capacidad de autogobierno de la persona en un momento concreto y ello con independencia de que pueda encontrarse en situación de incapacitación judicialmente declarada.

Así se observa en diversas disposiciones contenidas en el Código Civil (en adelante C.c.): tal sucede en el supuesto normativo contemplado en el art. 248 C.c.⁽²⁵⁾; igualmente es el caso de la novedosa institución de la autotutela⁽²⁶⁾; también es el caso de la apreciación de la capacidad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio⁽²⁷⁾.

Dicho concepto también está presente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica en diversas disposiciones⁽²⁸⁾. Igualmente se observa dicho concepto en la regulación jurídica del internamiento por razón de trastorno psíquico contenida en el art. 763 LEC, por cuanto el Juez habrá de valorar la situación de trastorno o de incapacidad en ese momento, y con total independencia de que la persona se encuentre o no incapacitada judicialmente. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género se refiere en los arts. 44 y 58 a los *incapaces* que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, extendiendo hacia ellos la protección jurídica otorgada por la Ley, si bien sólo *cuando también se haya producido un acto de violencia de género*, en una acepción de la incapacidad que no viene referida a la situación de incapacitación judicial.

(25) En el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria de remoción del tutor, en que se prevé un trámite de audiencia al tutelado, pero sólo si éste *tuviese suficiente juicio*. En otras ocasiones la Ley se refiere a esta misma situación de incapacidad a través de fórmulas descriptivas, como sucede en el art. 663 C.c., que señala como incapacitados para testar a los menores de catorce años y a quienes *habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio*.

(26) Incorporada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 41/2003, de 18 de diciembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, en que el legislador refiere como requisito de validez de la adopción de las disposiciones relativas a la propia persona o bienes incluida la designación de tutor el requisito de tener capacidad de obrar “suficiente”, constituyendo así otra de las manifestaciones normativas en que adquiere notable importancia jurídica el concepto de capacidad/incapacidad “natural”, debiendo ser en este caso el Notario quien habrá de valorar dicha capacidad, debiendo hacerse constar en la escritura pública que, a su juicio, el otorgante reúne la capacidad “suficiente” para la realización del negocio jurídico de la autodelación de la tutela.

(27) Puesto que, en virtud de lo dispuesto en el art. 56 C.c., corresponde al Juez encargado del Registro Civil, previo informe médico de especialista, apreciar la misma en aquellos casos en que alguno de los contrayentes estuviese perceptiblemente afectado por deficiencias o anomalías psíquicas.

(28) Así, en el art. 5 y bajo el enunciado de “Titular del derecho a la información asistencial”, se hace referencia al derecho a ser informado dentro de la situación genérica de incapacidad, estableciéndose que *cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*. Y también en el art. 9.3.a), en el que se regula el consentimiento por representación, se establece que *éste tendrá lugar cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación*.

Sin olvidar la relevancia jurídica que también tiene dicho concepto de capacidad/incapacidad *natural* en la órbita penal⁽²⁹⁾, interesa destacar que dicho concepto está igualmente presente en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, cuya aplicación depende de la valoración de la situación de incapacidad y dependencia.

Pero -segunda cuestión- ¿por qué tiene mayor relevancia el concepto de capacidad/incapacidad “natural” en este colectivo que en otros de discapacitados, tal y como hemos afirmado líneas arriba? La respuesta es sencilla: porque en éste puede constatararse de forma generalizada que dicha capacidad/ incapacidad es menos constante y previsible que en otros en los que la enfermedad, deficiencia o minusvalía es más estable o, cuando menos, generalmente más previsible en cuanto a su evolución futura, a lo que debe sumarse, por otro lado, la frecuente falta de conciencia de enfermedad que presentan muchos afectados, o al menos la mayor dificultad en asumir la propia condición de enfermedad. Efectivamente, a diferencia de lo que sucede con otros colectivos de afectados por patologías discapacitantes (ya se trate de discapacidad física, sensorial e incluso psíquica si es por discapacidad intelectual-), el de personas con enfermedad mental presenta la dificultad añadida que viene dada por el hecho de que su falta de capacidad “natural” no es permanente ni tampoco fácilmente previsible en el tiempo, careciendo del grado de estabilidad que está presente en mucha mayor medida en los demás, y ello principalmente porque las personas con enfermedad mental tienen intervalos lúcidos, así como crisis o episodios agudos, y en definitiva diversas fases que pueden ir reproduciéndose cíclicamente a lo largo de buena parte de su vida, de tal manera que resulta imprevisible la evolución futura de la enfermedad.

Puesto que dicho concepto es determinante en orden a la adopción de importantes decisiones en el plano de la protección de sus derechos (ténganse en cuenta los supuestos expuestos anteriormente).

3. Por último, existe un último motivo que establece un matiz diferencial respecto a otras modalidades de discapacidad, y éste es el mayor grado de estigmatización social que alcanza el padecimiento de este colectivo respecto a otros colectivos de

(29) Puesto que los conceptos de alteración psíquica y de trastorno mental utilizados en el Código Penal (C.P.) y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.) exigen el mismo tipo de concreción, en el que juegan un papel fundamental los Jueces y también los médicos, dado que está fuera de duda que para la determinación de las situaciones de hecho previstas en las normas es imprescindible la cooperación de médicos y juristas, porque son precisos conocimientos técnicos de los que, de ordinario, carece el jurista, si bien la decisión compete al Juez, de tal manera que es importante destacar que en este sentido se trata siempre de problemas jurídicos. En particular, el art. 25 C.P. establece textualmente que *a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que la impida gobernar su persona o bienes por sí misma.*

discapacidad, tales como físicos, sensoriales e incluso dentro de la discapacidad psíquica, la de los discapacitados intelectuales.⁽³⁰⁾ La consideración de estigma es injusta y socialmente inaceptable, y seguramente enlaza con el concepto de la persona con enfermedad mental como individuo “peligroso,” dentro de la estrecha relación que tradicionalmente se ha mantenido entre locura y peligrosidad. Por el contrario, la perspectiva de la Psiquiatría moderna niega que pueda entenderse que el mero hecho de padecer una enfermedad mental convierta al individuo en un ser peligroso, aun sin olvidar naturalmente la posibilidad de que una persona que sufra trastornos mentales pueda desarrollar de hecho un comportamiento agresivo que pueda suponer una amenaza para sí o para otras personas, especialmente cuando no tienen plena conciencia de su enfermedad -sobre todo en situación de crisis agudas- y tienden a abandonar su tratamiento médico. En consecuencia, la persona con enfermedad mental que está bien atendida y sigue el tratamiento médico prescrito, no representa en ningún caso peligro alguno. Pero lo que ocurre es que la peligrosidad de la persona con enfermedad mental frecuentemente sobrepasa el concepto puramente psiquiátrico, cargándose de elementos sociales y políticos, lo que resulta altamente entorpecedor, debiendo recuperarse el concepto de riesgo de la persona con enfermedad mental, si bien llamándole temibilidad⁽³¹⁾, para que ello quede reducido al área psiquiátrica exclusivamente.

2. PROPUESTAS DE MEJORA

La solución de los problemas de salud mental constituye indiscutiblemente una tarea cada vez más importante de la salud pública en el mundo, advirtiéndose claramente que el impacto de las enfermedades mentales es muy alto, tanto para las personas afectadas como para sus familiares y la sociedad en general.

Tal y como destacó en su día la OMS en su Informe sobre la Salud en el Mundo (2001), esta faceta de la salud -desatendida en términos generales durante demasiado tiempo- es fundamental para el bienestar general de las personas, las sociedades y los países; poniéndose de relieve igualmente que los gobiernos son tan responsables de la salud mental de

(30) Así lo advierten diversos Documentos consultados, tales como el Informe del Procurador del Común sobre la Situación de los enfermos mentales en Castilla y León, BOCCYL, 15 de noviembre de 1996; y también el Informe Anual 2001 al Parlamento del Defensor del Pueblo de Andalucía “El derecho a la protección a la salud de los enfermos mentales”.

(31) Tal y como señala GARCÍA ANDRADE, “Psiquiatría Criminal y Forense,” ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993, p.30, efectivamente no puede negarse que el enfermo mental puede resultar en ocasiones temible por su conducta en ocasiones cargada de violencia, siendo en estas circunstancias precisamente cuando la actuación judicial debe ser más activa, de cara al propio enfermo, que precisa inexorablemente tratamiento, asistencia y protección contra él mismo y contra la sociedad, la que incluso, tanto a nivel familiar como colectivo, puede neurotizarse al sentirse estresado por la convivencia con un enfermo al que no saben ni pueden controlar.

sus ciudadanos como de su salud física⁽³²⁾. A grandes rasgos, el Informe recomienda: dispensar tratamiento para los trastornos mentales en el ámbito de la atención primaria; asegurar la disponibilidad de medicamentos psicotrópicos; sustituir los grandes hospitales psiquiátricos custodiales por centros de atención comunitaria (respaldadas por camas psiquiátricas en los hospitales generales y apoyo a la asistencia domiciliaria); realización de campañas de sensibilización pública para acabar con la estigmatización y la discriminación; involucración de los pacientes y familiares en la adopción de decisiones sobre políticas y servicios; establecimiento de políticas, programas y legislación a escala nacional; adiestramiento adecuado a profesionales de la salud mental; vinculación de la salud mental a otros sectores sociales; vigilancia de la salud mental; y apoyo a la investigación.

Y cabe advertir que tales consideraciones han sido tomadas en cuenta, pues es innegable que en los últimos tiempos -principalmente en los países de nuestro entorno cultural- existe un renovado interés por la salud mental, que se ha plasmado en su promoción a nivel europeo, así como en importantes inversiones de los sistemas asistenciales, coincidiendo todo ello con una importante presión por parte de los movimientos asociativos de familiares y personas con enfermedad mental, y con un aumento significativo de los fondos para investigar en el campo de la salud mental.

El Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas para la Mejora de la Salud Mental de la población (*Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de Salud Mental*) nacido en Bruselas en octubre de 2005 representa el más importante desafío en la búsqueda de respuestas, estrategias y soluciones en materia de salud mental de la población de la Unión Europea, que efectivamente puede mejorarse considerablemente.

España avanza en esta misma dirección, y efectivamente no cabe negar los esfuerzos realizados en los últimos años por el legislador nacional en orden a reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad (discapacidad, o más genéricamente, de las situaciones de dependencia). En términos generales, es indudable que -con todas las matizaciones relativas a los ritmos y desarrollos desiguales en las diferentes Autonomías que quieran hacerse- se han realizado notables avances en la reforma de la atención psiquiátrica, en la superación del modelo "manicomial" y en el desarrollo de servicios de salud mental y demás dispositivos. No obstante, es imposible negar que existe un importante margen para la mejora, y en concreto se detecta un escaso desarrollo de recursos de rehabilitación y soporte social, lo cual supone un lastre esencial para la adecuada atención comunitaria de esta población y por supuesto para sus posibilidades de mantenimiento y progresiva

(32) A medida que el mundo toma conciencia de la enorme carga que suponen los trastornos mentales y adopta medidas para atender y mejorar la atención de salud mental, va cobrando una importancia decisiva contar con una información actualizada y exacta, no sólo sobre la magnitud de las enfermedades mentales y la carga que representan, sino también sobre los recursos existentes para afrontar dicha carga. Para llenar la laguna existente respecto a este segundo punto, la OMS lanzó en el año 2000 el Proyecto Atlas, y las consecuencias extraídas siguen indicando que en la mayor parte de los países los servicios de salud mental son muy insuficientes, comparados con las necesidades de atención de la salud mental.

inserción social. Precisamente el modelo de atención comunitaria diseñado y puesto en marcha por la Reforma Psiquiátrica nos pone frente al reto de organizar y articular una adecuada y amplia red de servicios y programas que atiendan las diferentes necesidades y problemáticas de la población con enfermedad mental.

En este orden de ideas, no se pueden olvidar otros costes asociados intangibles relacionados con la manera en que la sociedad trata a las personas con enfermedad mental grave, pues, a pesar de que las opciones de tratamiento han mejorado y de que se ha avanzado en los cuidados psiquiátricos, esas personas siguen sufriendo -aún en gran medida- la exclusión social, la estigmatización, la discriminación o la falta de respeto por sus derechos fundamentales y su dignidad.

El hecho de que cada vez se tenga más conciencia de esta problemática obliga -en consonancia con la estrategia de la OMS, y con los planteamientos europeos- a la realización de una política que abarque no sólo el tratamiento y la asistencia a los individuos sino también las acciones dirigidas al conjunto de la población, a fin de promover la salud mental, prevenir las enfermedades mentales y encarar los problemas relacionados con la estigmatización y los derechos humanos, que cuente con la participación de todos los agentes involucrados en las políticas sanitarias y sociales cuyas decisiones repercuten en la salud mental de la población, debiendo destacarse también el papel de las organizaciones de pacientes y familiares y de la sociedad civil en general.

Algunas medidas concretas que se proponen para paliar la percepción social que incide en la estigmatización de la persona con enfermedad mental son las siguientes:

- a) Por un lado, resulta fundamental una política de educación social en la pérdida de la estigmatización de la enfermedad mental, así como en la prevención y en la promoción de la salud mental, a través de programas de impulso, campañas de sensibilización y educación del público, cuyo papel fundamental debe corresponder a la Administración, con la elaboración de programas de comunicación y concienciación social.

Bien planteadas, tales acciones, no sólo consiguen reducir la estigmatización y la discriminación, sino que contribuyen a incrementar el uso de los servicios de salud mental, acortando así la distancia entre la atención de la salud mental y la atención de la salud física, promoviendo en las comunidades actitudes y comportamientos más positivos hacia las personas con enfermedad mental, sensibilizando a la población respecto a problemas de salud mental, y neutralizando actitudes erróneas y perjudiciales para la persona con enfermedad mental y su entorno. Existen en países de nuestro entorno ejemplos de campañas de información al público empleadas para combatir la estigmatización que han demostrado su eficacia. Puede citarse la campaña británica *Changing minds -every family in the land*, del Royal Collage of Psychiatrists del Reino Unido, y la campaña de

la Asociación Mundial de Psiquiatría *Open the doors*, que constituye el primer programa mundial contra la estigmatización y la discriminación asociada a la esquizofrenia concretamente.

En la promoción de la salud mental de la población debe hacerse un especial hincapié en la infancia y adolescencia (por cuanto es bien conocido que la salud mental está muy determinada por los primeros años de vida), en los entornos laborales (prevención del estrés laboral y de la depresión), así como en los grupos considerados vulnerables de la sociedad (personas en paro laboral, inmigrantes y otros grupos marginados), que corren mayor riesgo de padecimiento de enfermedades mentales, entre los que deben incluirse a las personas con problemas de consumo de alcohol, drogas y otras sustancias psicoactivas, problemas que son un factor de riesgo de enfermedad mental y con frecuencia consecuencia de la misma.

- b) También parece deseable la formación de los familiares y/o cuidadores en relación con el cuidado específico de estos enfermos especiales, especialmente en las situaciones de crisis agudas que las familias viven con auténtica angustia, así como en el empleo de técnicas tendentes a salvaguardar mejor la propia familia afectada, para que ésta no quede destruida por el proceso tan desbordante desde el punto de vista emocional que supone la convivencia y el cuidado de una persona con una enfermedad mental grave. Así como la creación de fórmulas de ayuda y asistencia a las familias, que ya han mostrado su eficacia, tales como nuevas plazas en casas-hogar, viviendas supervisadas, plazas de respiro familiar y apoyo domiciliario, que permiten atender en sus propias casas, a través de monitores, a pacientes que viven con familiares que no pueden hacerse cargo debidamente de estos pacientes.
- c) Han mostrado su eficacia, y por ello debería extenderse el modelo, la creación de fórmulas de ayuda y asistencia a las familias, nuevas plazas en casas-hogar, viviendas supervisadas, plazas de respiro familiar y apoyo domiciliario, que permiten atender en sus propias casas, a través de monitores, a pacientes que viven con familiares de edad avanzada que no pueden hacerse cargo debidamente de estos pacientes.
- d) Igualmente parece muy conveniente un reforzamiento de la integración social y laboral, con el correspondiente impulso de la normativa existente para su aplicación, teniendo en cuenta sobre todo que el trabajo cumple una función terapéutica en estos casos, propiciando que el enfermo tenga relaciones sociales y mantenga su propia dignidad, tendiendo con ello a mejorar su estado de salud, de tal manera que no debe ser visto sólo como una medida ocupacional -una actividad de entretenimiento-, sino en atención a las múltiples funciones que el trabajo cumple en estos colectivos.

Dado que la persona con enfermedad mental es sistemáticamente rechazada en el mercado laboral, habría que impulsar políticas que favorecieran la contratación, dando así cumplimiento efectivo a la normativa estatal y autonómica en materia de integración laboral y de creación de puestos de trabajo destinados a colectivos de discapacitados. Lo cierto es que los recursos que se están ofreciendo a la población con problemas de reinserción laboral por padecimiento de discapacidad constituye un punto crítico de urgente solución, porque resulta que la política de no diferenciación en atención a según qué tipo de discapacidad dificulta en gran medida la consecución de los objetivos que se proponen, puesto que no siempre es apropiado integrar indiferenciadamente a personas con discapacidades tan diversas como pueden ser las relativas al ámbito físico o al sensorial (ceguera y sordera), o al psíquico (y dentro de éste a la discapacidad intelectual y a la enfermedad mental).

También parece oportuno el desarrollo de talleres, servicios de orientación y apoyo al empleo, prestación de Cursos de formación profesional así como disposición de empresas sociales, entre otras posibilidades.

La política gubernamental también puede ser fundamental para incentivar a los empleadores, a fin de que contraten a personas con trastornos mentales graves y apliquen políticas contra la discriminación.

- e) Es imprescindible desarrollar la investigación, pues según puso de relieve el Informe de la OMS sobre la salud en el mundo (2001), en materia de salud mental urge aumentar la capacidad de investigación, no sólo en los países en desarrollo sino también en los países más desarrollados, principalmente sobre una amplia base internacional, y ello para poder entender debidamente las variaciones entre comunidades y conocer mejor, en consecuencia, los factores que influyen en las causas y los resultados de las enfermedades mentales, porque sólo a través de la investigación realizada en diversos países será posible acelerar los descubrimientos que permitan comprender mejor la epidemiología de las enfermedades mentales, así como la eficacia, la efectividad y los costes de los tratamientos, los servicios y las políticas en la materia. Pero no sólo ha de fomentarse la investigación epidemiológica y farmacológica, sino que también ha de fomentarse la investigación sobre los resultados de los tratamientos, la prevención y la sensibilización, pues debe tenerse en cuenta que aún no se conocen bien la eficacia ni la efectividad de una serie de intervenciones farmacológicas, psicológicas y psicosociales. En este sentido, el Informe de la OMS sobre la Salud en el Mundo (2001) establece que urge llevar a cabo *investigaciones sobre la aplicación y la difusión*, centradas en los factores que favorezcan la incorporación y la utilización de intervenciones eficaces por la comunidad.

Asimismo, se establece que faltan estudios económicos de las estrategias de tratamiento, prevención y promoción, que serán instrumentos muy valiosos para la planificación de las intervenciones en materia de tratamientos, prevención y sensibilización social.

La *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*, aprobada por el Consejo Interterritorial de Salud el 11 de diciembre de 2006, incide en este punto, estableciendo que la orientación de la investigación suele ser predominantemente biologicista, de tal manera que si el Estado no apuesta decididamente por apoyar los proyectos que incluyan aspectos psicosociales de la salud mental, la investigación en este campo acabará convirtiéndose en investigación privada del cerebro.

- f) Otra medida que podría contribuir a paliar la estigmatización de esta enfermedad sería procurar la normalización y agilización de los procesos judiciales de incapacitación de la persona con enfermedad mental, haciendo llegar a la sociedad el mensaje de algo que el mundo jurídico sabe perfectamente, y es que dichos procesos ejercen un importante papel garante de las personas con enfermedad mental. Lo cierto es que, generalmente por desconocimiento, éste mantiene a su vez también un cierto estigma social, firmemente arraigado en el colectivo de muchas familias, de tal manera que éstas llegan a tener la equivocada percepción de que actúan en contra de los intereses de sus hijos o hermanos, o de que les van perjudicar en sus posibilidades vitales de futuro si es que acuden a los Tribunales. Por el contrario, debe entenderse que el proceso de incapacitación judicial constituye la aplicación de un derecho de la persona con enfermedad mental, de cara a ver protegida su propia persona y su patrimonio, de tal manera que sería importante conseguir la consideración adecuada de dicho proceso, y desde esta misma perspectiva tender a la agilización del mismo, para lo que podría ser conveniente que los Juzgados y Tribunales se dotasen de medios personales y materiales especializados, en orden a poder otorgar una mejor garantía de la protección jurídica de las personas con enfermedad.

Así, enlazamos con las Consideraciones Críticas y Propuestas de Mejora en la legislación que compone el marco jurídico de protección de este ámbito de la discapacidad, puesto que el primer punto se refiere precisamente al proceso de incapacitación de la persona con enfermedad mental.

III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE MEJORA EN LA LEGISLACIÓN QUE COMPONE EL MARCO JURÍDICO ESTATAL DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL

1. MARCO LEGAL ESTATAL DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA POR ENFERMEDAD MENTAL

A) EJES NORMATIVOS BÁSICOS

Por lo que se refiere al marco legal estatal, toda la normativa pivota en torno a las exigencias constitucionales en la materia.

Dentro de los principios rectores de la política social y económica, los arts. 43⁽³³⁾ y 49 de la Constitución Española establecen el derecho de todos los ciudadanos –en los parámetros de libertad e igualdad previstos en el art. 9.2 del texto fundamental⁽³⁴⁾- a la protección de la salud, derecho que requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo para ser efectivo; concretamente el art. 49 dispone textualmente lo siguiente: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los amparan especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

Otras referencias normativas imprescindibles son todas la referidas a los derechos y libertades fundamentales del Título Primero, especialmente art. 10.1⁽³⁵⁾, puesto que, si bien es cierto que la cuestión de lo que debe entenderse por derechos inviolables no es absolutamente pacífica, si se parte del principio de respeto a la persona humana contenido en el art. 10.1 CE debe estar claro que las personas con enfermedad mental, como cualesquiera otras personas aquejadas de algún tipo de discapacidad, deben gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que todos los demás seres humanos.

(33) 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

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

(35) La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Igualmente debe mencionarse lo dispuesto en los arts.14⁽³⁶⁾, 15⁽³⁷⁾ y 17.1⁽³⁸⁾), que recogen derechos inalienables que corresponden a “todas las personas” sin excepción, y sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ninguna condición o circunstancia personal o social, vinculando a todos los poderes públicos, y que sólo por ley -que en todo caso deberá respetar su contenido esencial- podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 16.1.a), estableciéndose además el procedimiento previsto en el art. 53.2 de la Constitución para su tutela.⁽³⁹⁾

Pero el marco jurídico de protección de las personas con enfermedad mental -al igual que sucede en todos los ámbitos de la discapacidad y la dependencia- muestra una gran complejidad desde el punto de vista legislativo, y ello principalmente porque en dichas materias el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (sin olvidar a las Corporaciones Locales) afecta a ámbitos muy diversos: Sanidad, Seguridad Social, Servicios Sociales, Laboral; Vivienda, urbanismo, turismo y ocio, asociaciones y fundaciones; etc. Y lo cierto es que esta complejidad dificulta el diseño de respuestas institucionales transversales dirigidas a la satisfacción de las necesidades generadas por la situación de dependencia en general, y de la dependencia por trastorno mental grave en particular. Pero sobre el marco jurídico-normativo de protección de la discapacidad psíquica por enfermedad mental en el ámbito autonómico volveremos después (en el apartado III de este trabajo).

En una exposición que no se pretende exhaustiva, podemos citar las siguientes Leyes estatales como ejes normativos más destacables en relación con el régimen jurídico de la discapacidad por enfermedad mental.

- *Legislación en materia de Sanidad*

En primer lugar, debe mencionarse la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad**, modificada posteriormente por las siguientes disposiciones: - Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social; Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la

(36) *Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

(37) *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*

(38) *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.*

(39) *Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC.*

Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del sistema nacional de Salud; Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud; y Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, administrativas y del orden social.

Dicha Ley tuvo como objetivo prioritario la creación de un sistema nacional de Salud⁽⁴⁰⁾, tarea que resultaba insoslayable ya en aquel momento, no sólo por la necesidad de reforma manifestada sin descanso desde la emergencia misma de la Administración contemporánea⁽⁴¹⁾, sino además por la conjunción de dos nuevas razones de base constitucional: por un lado, el reconocimiento que se hace en el art. 43 y 49 CE del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, derecho que requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo para ser efectivo; y por otro, la institucionalización a partir de las previsiones del Título VIII CE de Comunidades Autónomas en todo el territorio del Estado, con amplias competencias en materia de Sanidad reconocidas en sus Estatutos.

El art. 6 de la LGS establece que *serán responsabilidad de las administraciones públicas, entre otras, promover la salud, la educación sanitaria, garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud y promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y la reinserción social.*

Pero la norma básica sobre Salud Mental es el art. 20 de dicha Ley, en un capítulo específicamente dedicado a la misma con el siguiente contenido:

Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las Administraciones Sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios:

1. *La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzca al máximo posible la necesidad de hospitalización. Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.*

(40) Tal y como establece el propio legislador en la Exposición de Motivos de la misma, ésta fue la *directriz sobre la que descansa toda la reforma que la presente Ley propone es la creación de un sistema nacional de salud.*

(41) Efectivamente, el primer ensayo de puesta al día de las técnicas de intervención pública en los problemas de Salud de la colectividad fue el constituido por el Proyecto de Código Sanitario de 1822, que se vio frustrado, debiendo esperarse hasta la aprobación de la Ley de 28 de noviembre de 1855, que consagra la Dirección General de Sanidad recientemente creada en aquel momento. Dicha Ley extiende su vigencia hasta la reforma representada por el Real decreto de 12 de enero de 1904 que aprueba la Instrucción general de Sanidad, sin alterar el dispositivo de la organización pública al servicio de la Sanidad de la Ley de 1855. Así, se llega a la Ley de Bases 1944, a cuyo amparo las funciones asistenciales crecen y se dispersan, siendo asumidas con responsabilidad propia por diferentes Administraciones Públicas que funcionan sin ningún nexo de unión en la formulación de las respectivas políticas sanitarias, perdurando, en definitiva, el dogma decimonónico de la autosuficiencia del individuo para atender sus problemas de salud. A partir de ese momento hubo sucesivos intentos de reforma que no llegaron a ver la luz.

2. *La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.*
3. *Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la adecuada coordinación con los servicios sociales.*
4. *Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud general.*

Los principios rectores de dicha Ley consisten en: garantizar la atención a la enfermedad mental dentro de la red general de salud, especialmente en los servicios de atención primaria; desarrollar adecuados servicios comunitarios y soportes sociales que posibiliten la rehabilitación y reinserción social de los pacientes; promover cambios en la comunidad que eliminen los elementos de segregación y marginación que afectan a estos pacientes; amparar los derechos civiles de las personas con trastornos mentales; y coordinar los servicios sociales y sanitarios de cara a la prevención, rehabilitación e inserción de las personas con enfermedad mental, coordinación dirigida a una atención integral. La directriz sobre la que descansa toda la reforma de la Ley es la creación de un Sistema Nacional de Salud, y el eje del modelo son las Comunidades Autónomas, de tal manera que, como dice el legislador en la Exposición de Motivos, “el Sistema Nacional de Salud se concibe así como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados”, inspirando el principio de integración para los servicios sanitarios en cada Comunidad Autónoma el art. 50 de la LGS.⁽⁴²⁾ Para el legislador, la integración efectiva de los servicios sanitarios es básica, *no sólo porque sea un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a los ciudadanos, sino también porque es deseable asegurar una igualdad de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, en fin, lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones* (Exposición de Motivos de la LGS). Pero también aclara que la aplicación de la reforma que la Ley establece tiene que ser paulatina forzosamente, de tal manera que se vaya desarrollando con la sucesiva asunción de responsabilidades por las CCAA, y adecuándose a las

(42) 1. En cada Comunidad Autónoma se constituirá un servicio de salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado, como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma.

2. No obstante el carácter integrado del servicio, cada Administración territorial podrá mantener la titularidad de los centros y establecimientos dependientes de la misma, a la entrada en vigor de la presente Ley, aunque, en todo caso, con adscripción funcional al servicio de salud de cada Comunidad Autónoma.

disponibilidades presupuestarias en lo que concierne al otorgamiento de las prestaciones del sistema a todos los ciudadanos.

Pero en materia sanitaria, también son relevantes **otras disposiciones normativas**: Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; y Leyes autonómicas de salud, ordenación sanitaria y/o creación de los servicios autonómicos de salud.

- ***Legislación en materia laboral y de la Seguridad Social***

En **materia laboral**, los textos legislativos básicos en la materia son los siguientes: Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en Centros Especiales (modificado posteriormente por el R.D. 427/1999, de 12 de marzo; Ley 22/1992, de 30 de junio, de Fomento del empleo de personas incapaces; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (arts. 25-27); Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas; Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Legislación autonómica para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de su personal; y Convenios colectivos de trabajo;

En el **ámbito de la Seguridad Social**: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía; Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que establece una prestación contributiva de excedencia con reserva del puesto de trabajo del período de excedencia que los trabajadores disfruten con razón del cuidado de familiares con dependencia; Real Decreto 354/2004, de 5 de marzo, de mejora de las pensiones de orfandad a favor de minusválidos.

- ***Legislación en materia de discapacidad, dependencia y servicios sociales***

Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, con su posterior desarrollo en el R.D. 145/1983; Ley 22/1992, de 30 de junio, de Fomento del empleo de personas incapaces; Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía y Ley 51/2003, de 2 de diciembre,

de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁽⁴³⁾.

Pero en dicho ámbito destacan también diversas Leyes autonómicas a las que se hará referencia más adelante.

- *Legislación en el ámbito de Derecho Civil*

La legislación básica en la materia viene representada por el Código Civil, pero sin olvidar la Legislación civil autonómica en materia de Derecho de Familia.

Además, también deben citarse otros textos legales con relevancia en la materia, tales como: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad; Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; sin olvidar la llamada legislación de accesibilidad⁽⁴⁴⁾.

- *Legislación de Administración Local*

Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local; y Legislación autonómica de organización territorial y régimen local.

- *Legislación en materia fiscal*

Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y administrativas al nuevo sistema de Financiación de las CCAA de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía; Real Decreto

(43) Hasta 2003, el único marco normativo en políticas sobre Discapacidad era la Ley 13/82, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. Por ello, se consideró conveniente complementarla con otra Ley, que tuviera el carácter de básica y recogiera los nuevos enfoques y estrategias operadas en la manera de entender la Discapacidad, promulgándose así la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, regulando entre sus disposiciones aspectos relacionados con la dependencia. Este texto legal que tiene por objeto el establecimiento de medidas legales que garanticen y hagan efectivo el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad conforme a los art. 9.2, 10, 14 y 49 de la CE- define el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad como la ausencia de discriminaciones y la adopción de medidas de acción positiva, destinadas a compensar las especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad para su plena participación en la vida social (tales como trato más favorable y apoyos complementarios como prestaciones económicas, ayudas técnicas, servicios especializados y servicios de asistencia personal. Según el art. 12 de la Ley, a los efectos de la misma, tienen la consideración de persona con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 %, estableciéndose que igualmente se considerarán afectadas por una minusvalía de tal grado a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

(44) Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal; Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad; Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea; Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario; Real Decreto 1036/2004, de 7 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1247/1999, de 16 de julio, sobre reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje españoles que realicen travesías entre puertos españoles; Leyes autonómicas sobre accesibilidad; y Ley Foral Navarra 22/2003, de 25 de marzo, de modificación de la Ley 4/1988, de 11 de julio, sobre barreras físicas y sensoriales.

Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones; Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no residentes; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad; Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones; Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas; Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas; y legislación fiscal autonómica.

- *Legislación penal y procesal penal*

Ya se ha hecho referencia antes a los conceptos de alteración psíquica y trastorno mental en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a lo allí dicho me remito ahora.

B) REFORZAMIENTO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INCAPACIDAD EN LAS ÚLTIMAS MANIFESTACIONES NORMATIVAS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL CON PROYECCIÓN DIRECTA EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA POR ENFERMEDAD MENTAL

No cabe negar los esfuerzos realizados en los últimos años por el legislador nacional en orden a reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad, en una política que sigue de cerca diversas indicaciones y orientaciones procedentes de instancias supranacionales. Buena prueba de ello es la diversidad de Leyes promulgadas recientemente que, de una u otra manera, inciden en la mejora del régimen jurídico de protección de tales situaciones⁽⁴⁵⁾.

En orden cronológico, podemos mencionar en primer lugar la regulación del internamiento por razón de trastorno psíquico contenida en el art. 763 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que en un ámbito muy específico y concreto de la discapacidad -por padecimiento de enfermedad mental- viene a corregir algunas deficiencias advertidas en la regulación anterior. Igualmente debe atenderse a la regulación de la autonomía del paciente y del consentimiento informado por representación en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, que mejora la regulación marcadamente insuficiente

(45) Con carácter general, aplicable a todas las vertientes de la discapacidad, puede consultarse al respecto GONZÁLEZ GRANDA, "Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas", cit., pp.1339-1367.

contenida previamente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. No cabe olvidar la incorporación de la figura de la autotutela en el ordenamiento común español -institución no existente hasta la reciente reforma del C.c. en 2003, pero sí en el Código de Familia de Cataluña, de donde ha sido adoptado dicho modelo- a través de la *Ley 41/2003, de 18 de diciembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad*, que el legislador adopta introduciendo unos pequeños cambios en la disposiciones pertinentes del C.c. También ha de hacerse referencia a la protección patrimonial de las personas con discapacidad efectuada a través de esta misma Ley mencionada en último lugar. Así como a la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género* responde en su articulado a dichos objetivos de reforzamiento de las situaciones de incapacidad, de manera que atiende a las especificidades de la violencia ejercida sobre las mujeres con discapacidad, al tiempo que también extiende el marco de protección de la Ley a los incapaces -así como menores- situados en la órbita familiar de la mujer víctima de violencia. Sin olvidar la más reciente aun *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*.

Las propuestas de mejora en el marco jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental del ordenamiento español pueden resumirse de manera sintética en los siguientes apartados que, si bien no agotan la materia, sí se refieren a algunos de los aspectos más notoriamente necesitados de mejora.

2. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN DE LA PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL

A) FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA. CAUSAS DE INCAPACITACIÓN

A semejanza de lo que ocurre en Constituciones de nuestro mismo tronco, el art. 10.1 CE sitúa como fundamento del *orden jurídico y de la paz social* los derechos inviolables inherentes a la persona. Si bien es cierto que la cuestión de lo que debe entenderse por derechos inviolables no es absolutamente pacífica, si se parte del principio de respeto a la persona contenido en el art. 10.1 CE debe estar claro que las personas con enfermedad mental, como cualesquiera otras personas aquejadas de algún tipo de discapacidad, deben gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que todos los demás seres humanos. Por ello, la incapacitación judicial es el único medio para reconocer y declarar la inexistencia o la limitación de la capacidad de obrar de los ciudadanos, que de otro modo se presume plena.

Para comprender lo que constituye la incapacitación desde el punto de vista legal, y las consecuencias que conlleva, es preciso partir de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, conceptos jurídicos

con gran tradición en el ordenamiento jurídico español. La capacidad jurídica es la aptitud natural que tiene toda persona por el solo hecho de serlo para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar es la aptitud para gobernarse y ejercer y cumplir respectivamente los derechos y obligaciones de que se es titular. La personalidad, que se adquiere con el nacimiento, lleva consigo el reconocimiento de la capacidad jurídica, de tal manera que toda persona que nace con vida y en las condiciones previstas en el art. 29 C.c., goza de esta capacidad jurídica, que es independiente de su edad y estado físico o mental, y que sólo se pierde con la muerte. Pero para poder ejercer el conjunto de derechos que conlleva la capacidad jurídica, así como para poder cumplir con las obligaciones igualmente inherentes a dicho concepto, se precisa además tener capacidad de obrar, siendo ésta atribuida a todas las personas mayores de edad, siempre que no hayan sido expresamente privadas de ella, total o parcialmente, por medio de la incapacitación. De tal manera que al mayor de edad se le presume la plena capacidad de obrar, y esta presunción *-iuris tantum-* sólo puede desvirtuarse en el caso de que éste carezca de las cualidades necesarias para ejercitar por sí mismo sus derechos y de obligarse, porque una enfermedad o deficiencia física o psíquica le haya privado de ellas, y sólo puede hacerse a través del proceso de incapacitación⁽⁴⁶⁾, porque el legislador ha querido que la incapacitación sólo pueda ser declarada judicialmente.

Debe quedar claro que el procedimiento judicial de incapacitación de la persona con enfermedad mental ejerce un importante papel garante de estas personas, por cuanto esa limitación en su capacidad de obrar se hace para dar entrada en juego a las instituciones de protección y asistencia que el derecho le ofrece, como la tutela, para su guarda, cuidado y protección, precisamente para tratar de evitar los perjuicios que para su autogobierno -su forma de vida, la atención de sus propias necesidades- o para la gestión de sus intereses patrimoniales pudiera causarle la adopción de decisiones inadecuadas. Al declarar a una persona incapaz se persigue su protección, asegurando su correcto cuidado y atención personal, y preservando sus intereses patrimoniales, para lo que se le nombra un representante legal o alguien que le asista o complemente su capacidad, que asumirá los deberes legales del cargo y la responsabilidad consiguiente. La incapacitación civil es una medida de protección de las personas que no tiene ninguna relación con aspectos penales, ni se trata de un procedimiento punitivo, y sin embargo, lo cierto es que ha despertado y sigue despertando ciertas reticencias, no sólo por parte del propio presunto incapaz, sino también de sus familiares y allegados, percibiéndose un cierto estigma social, al que se ha aludido líneas más arriba, arraigado en el colectivo de muchas personas, que tienen la percepción de que actúan en contra de sus familiares, contra el que sería oportuno luchar desde diversos frentes.

(46) La jurisprudencia recuerda constantemente que la capacidad se presume mientras no se demuestre lo contrario por declaración judicial (así, STS de 31 octubre 1994, STS de 19 febrero 1996, entre otras).

III. Consideraciones críticas y propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico estatal de protección de la discapacidad por enfermedad mental

El proceso de incapacitación se regula en los arts. 756-763 de la LEC (capítulo II del Título I del Libro IV de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)⁽⁴⁷⁾, completándose dicha regulación con lo dispuesto en los arts. 199-201 C.c., únicos subsistentes de la regulación contenida en dicho texto legal en materia de incapacitación, en virtud de lo dispuesto en la Disposición derogatoria Única, apartado 2 de la LEC. La Exposición de Motivos de la LEC justifica el tratamiento común de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores dentro del Libro IV “De los procesos Especiales,” sobre la base de que todos ellos comparten algunas particularidades que vienen dadas por el indiscutible interés público inherente a su objeto procesal.⁽⁴⁸⁾

En concreto, la incapacitación es una cuestión que afecta al estado civil de la persona, y por ello traspasa la esfera estrictamente privada, en la medida en que supone una privación o limitación del ámbito de los derechos y obligaciones que constituyen la capacidad de obrar de una persona, que se ve mermada en consecuencia. Por ello, afecta a un interés que no es estrictamente privado sino fundamentalmente de naturaleza pública⁽⁴⁹⁾, porque en él se tutelan derechos atinentes a la persona que en sí mismos son indisponibles. Este interés público se traduce en una serie de particularidades que hace que éste sea un proceso especial en el sentido de que no se encuentra regido por los principios normales que derivan del carácter dispositivo de los derechos e intereses que normalmente se ventilan en los que podemos llamar procesos ordinarios. Dichas particularidades, que vienen a reflejar el carácter indisponible de los derechos a tutelar en este proceso concreto, suponen la atenuación de los principios dispositivo y de aportación de parte y una paralela mayor vigencia de los principios de oficialidad y de investigación de oficio, que se concretan básicamente en lo siguiente: intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC), imposibilidad de llevar a cabo actos que supongan disponibilidad del objeto procesal (art. 751 LEC), dotación al órgano judicial de poderes distintos y superiores a los ordinarios en materia probatoria (pudiendo éste practicar de oficio prueba no solicitada por las partes, y modificándose la valoración probatoria según dispone el art. 752 LEC), y las especialidades en materia de publicidad procesal establecidas en el art. 754 LEC.

Tras la reforma operada por la Ley 13/83, de 24 de octubre, el art. 199 C.c. establece que *nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*, de tal manera que

(47) Superándose de este modo finalmente las críticas vertidas por la doctrina referidas a la regulación ubicada en el C.c., y recrudescidas cuando el legislador perdió la oportunidad de crear un verdadero proceso especial de incapacitación con ocasión de la reforma del C.c. operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

(48) El legislador de la LEC de 2000 les otorga un tratamiento homogéneo por entender que comparten una serie de características comunes, relacionando el art. 748 LEC las acciones que se incluyen y las materias cuyo enjuiciamiento ha de ajustarse a los principios especiales que después se enumeran, con el posterior desarrollo en los sucesivos capítulos.

(49) La jurisprudencia ha calificado como un *tertium genus* entre el derecho privado y el público el objeto del proceso presente en los procesos relativos a la capacidad de la persona (así STS de 30 de junio de 1988), que se manifiesta en los siguientes aspectos: 1) Las partes no pueden disponer sobre el derecho litigioso; 2) El Juez no se ve afectado por lo solicitado por las partes, sino que puede resolver lo que proceda; 3) Interviene siempre el M.F., representando el interés público que concurre en estas cuestiones litigiosas; 4) En la actividad probatoria prevalece la búsqueda de la verdad material sobre la verdad formal, de tal manera que el Juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del M.F. y de las partes (arts. 752.1º LEC y 208 C.c.); 5) Se puede restringir el principio de publicidad.

el legislador trata de evitar la arbitrariedad. Y a continuación, en el art. 200, la Ley no contempla un enunciado de enfermedades o patologías que constituyan por sí causa de incapacitación, sino que ha optado por una fórmula flexible, exigiendo la concurrencia de una enfermedad o deficiencia que, persistiendo en el tiempo, impida a una persona gobernarse por sí misma, total o parcialmente⁽⁵⁰⁾. Se trata de una norma muy amplia de contenido, sólo acotado por la necesidad de que concurra un doble requisito: la persistencia y el impedimento de autogobierno. La dicción es lo suficientemente amplia y flexible para que cualquier anomalía física o psíquica -que persista en el tiempo e impida a la persona gobernarse por sí misma- pueda ser apreciada como causa de incapacitación. Y se trata de un concepto que tiene una ineludible dimensión médica y no sólo jurídica.

De tal manera que son dos los aspectos relevantes a destacar:

1. La necesaria concurrencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico persistente en el tiempo, de tal manera que no puede haber incapacitación si no existe deficiencia o enfermedad, entendiéndose en términos generales el T.S. por deficiencias *aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y la amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes*⁽⁵¹⁾.

Además, si bien para la incapacitación no es esencial un diagnóstico claro y perfectamente preciso de la enfermedad, sí exige el legislador que la enfermedad o deficiencia sea **persistente en el tiempo**, de tal manera que sin la nota de persistencia está claro que no es posible la incapacitación. Pero es innegable que la objetivación del requisito de la persistencia siempre resulta problemática, porque no se define en el precepto legal, de tal manera que ha de entenderse que ha de valorarse en primer lugar las expectativas de remisión de la enfermedad, y puede afirmarse que hay unanimidad al afirmar que no puede equipararse a "irreversibilidad"; bastando con que previsiblemente sea lo suficientemente duradero el trastorno a lo largo de un prolongado período de tiempo, es decir, que se trate de un padecimiento que pueda asegurarse que sea crónico o al menos presumiblemente de larga duración⁽⁵²⁾.

Con este requisito está claro que el legislador trata de diferenciar claramente estos supuestos de lo que puede denominarse un simple trastorno mental transitorio o momentáneo, que resulta

(50) El art. 200 C.c. dispone textualmente que *son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*

(51) Así STS de 31 de diciembre de 1991.

(52) Vid. STS de 19 mayo de 1998.

irrelevante a efectos de incapacitación, si bien puede tener otras consecuencias jurídicas en el orden civil y penal⁽⁵³⁾. Y tal diferenciación es particularmente interesante en materia de enfermedades mentales, por cuanto en este tipo de dolencias la ciencia representa menor seguridad en cuanto a la recuperabilidad o no del enfermo, a diferencia de lo que sucede en otros tipos de dolencias discapacitantes. Efectivamente, en enfermedades degenerativas como el Alzheimer o la demencia senil, o bien en enfermedades constitutivas de discapacidad psíquica intelectual (tal como el síndrome de Down, por ejemplo), la ciencia no permite recuperaciones sustanciales, de tal manera que es previsible que si al tiempo de la exploración médica del enfermo éste está privado de capacidad para regirse por sí mismo, también va a seguir estándolo en el futuro, en igual o mayor medida incluso. Por el contrario, en el supuesto de la enfermedad mental es más difícil predecir en todos los casos la evolución de la enfermedad en un paciente concreto, de tal manera que lo más prudente será seguir el criterio médico en cuanto al carácter duradero o transitorio de la enfermedad y a lo que presumiblemente pueda esperarse de su evolución, y esperar un tiempo para ver la evolución de la enfermedad. No obstante, tal y como establece la jurisprudencia del T.S. los intervalos lúcidos tampoco impedirán la incapacitación, si el estado general de la persona es de enajenación o ausencia de autogobierno⁽⁵⁴⁾.

Pero el problema más complicado en el caso de la enfermedad mental se plantea cuando ésta tiene una manifestación en fases cíclicas, lo cual es bastante frecuente, existiendo diversos trastornos cuya evolución fluctúa y en los que aparecen períodos de agudización o de descompensación con grave alteración de las facultades mentales, que luego se alternan con períodos de relativa normalidad psíquica en el paciente (tal es el caso de la esquizofrenia, psicosis maniaco-depresiva, trastorno bipolar descompensado, etc.). Aun cuando no existan dudas acerca del carácter persistente de estas patologías, por reunir la nota de permanencia constante -al margen de su mayor o menor intensidad periódica- los Jueces ven realmente difícil privar de capacidad a estas personas, cuando resulta que tienen períodos en los que gozan de plena lucidez y aptitud para dirigir sus vidas. No obstante, en muchos de estos casos parece preferible y recomendable la incapacitación, dado el carácter protector de dicha institución, siempre -claro está- que exista mal pronóstico de la enfermedad,

(53) Efectivamente, el trastorno mental transitorio puede ser tenido en cuenta a fin de determinar la imputabilidad de un hecho delictivo o la concurrencia del consentimiento válido en la realización de un negocio jurídico (arts. 1261.1º con relación al art. 1263.3º C.c. respecto a los contratos, y arts. 663.2º y 665 C.c. en los negocios *mortis causa*), y si se dan los requisitos establecido en el art. 763 LEC, puede hacer necesario el internamiento por razón de trastorno psíquico.

(54) Así, STS de 10 de febrero de 1986 y STS de 28 de julio de 1998.

según los antecedentes que se posean, teniendo en cuenta la frecuencia de los episodios de crisis, su duración e intensidad, y valorando también las posibilidades reales que existen de controlar al paciente cíclicamente, dependiendo ello en buena medida de su voluntad de colaborar en el tratamiento, así como en la propia eficacia de dicho tratamiento, de su conciencia de enfermo, y del grado de deterioro residual neuropsicológico que pueda quedarle entre fase y fase, entre otros factores a considerar.

En cualquier caso, siempre debe tenerse presente que si, a pesar del pronóstico o diagnóstico previo, la causa de incapacitación desapareciese, puede instarse y acordarse dejar sin efecto o modificar la incapacitación (art. 761.1 LEC), como veremos enseguida.

2. Y el segundo requisito es que **dicha dolencia ha de impedir a la persona gobernarse por sí misma**, de tal manera que debe haber un nexo causal entre la enfermedad o deficiencia y la situación de incapacidad a declarar, y además ésta debe producir secuelas funcionales. Efectivamente, es importante destacar que la incapacitación no viene determinada por la existencia de una enfermedad o deficiencia -sea de la índole que sea y con independencia de su carácter persistente-, sino por los efectos que en cada caso produce en la persona.

Si bien no es preciso -tal y como se ha dicho líneas más arriba- un diagnóstico perfectamente preciso de la enfermedad o deficiencia, sí lo es que se constaten los efectos que produce en esa persona con relación a su falta de capacidad, porque la enfermedad o deficiencia debe impedir a la persona gobernarse por sí misma, o lo que es lo mismo, debe producir secuelas funcionales. Y esto es así hasta el punto de que tal imposibilidad de autogobierno es el presupuesto verdadero de la incapacitación y no un simple requisito, resultando reveladora la jurisprudencia al respecto, cuando define la incapacitación como *la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado*.⁽⁵⁵⁾ Es decir, lo decisivo no es la existencia de determinada patología como entidad diagnóstica, sino las repercusiones concretas que tienen sobre la persona, lo que obligará a examinar la situación particular y específica de cada paciente en cada caso y todas sus circunstancias personales, socio-familiares y del entorno, así como la previsible duración de la patología y su incidencia en el futuro.

Cuestión más delicada es, sin duda, la de definir debidamente el concepto de autogobierno, que en principio puede definirse como la aptitud necesaria para actuar por uno mismo o libremente, y sobre todo establecer sus límites con precisión. Los Tribunales no advierten que exista una pérdida de capacidad de autogobierno

(55) STS de 31 de diciembre de 1991; STS de 31 de octubre de 1994; y STS de 28 de julio de 1998, entre otras.

mientras la persona *pueda física y mentalmente realizar actos o negocios jurídicos con garantías de que actúan con conciencia y voluntad, y de que realizan los actos libre y conscientemente*⁽⁵⁶⁾, de tal manera que bien puede afirmarse que los presupuestos de una acción libre descansan en un conocimiento suficiente y un acto de voluntad. Pero también es preciso admitir que existen distintos grados de discernimiento, y en consecuencia pérdida de autogobierno parcial o referido sólo a algunas actividades vitales y no a otras. En definitiva, habrá de ser el Juez quien, haciendo uso de la exploración del presunto incapaz, valore los informes médicos y los efectos que la enfermedad produce en la capacidad de autogobierno del paciente, y decida en consecuencia sobre la conveniencia o no de la incapacitación, configurando así en cada caso el concepto de “autogobierno”.

Y al efecto es oportuno contribuir a deshacer la confusión que se percibe muy frecuentemente en enfermos y familiares de los mismos: no es preciso, de acuerdo con la Ley, que el impedimento para el autogobierno sea absoluto o total en la persona para que pueda resultar procedente la incapacitación, sino que el Juez habrá de determinar la extensión y los límites de ésta, en función del grado de incapacidad que presente el afectado, dependiendo de lo cual se arbitrarán unos u otros mecanismo de protección para el incapaz, según necesite de otra persona que supla totalmente su falta de capacidad -y asuma todas las funciones de cuidado y representación del incapacitado-, o bien tan sólo precise de un auxilio, control o supervisión de sus actos para completar una capacidad de obrar limitada. Y también debe tenerse presente el componente ambiental en cuanto a la determinación de la capacidad de autogobierno, por cuanto ha de ir referido al comportamiento “normal” de una persona de acuerdo con su vida y su entorno habitual, relaciones personales y sociales e intereses económicos propios, dentro todo ello del marco en que dicha persona se encuentra⁽⁵⁷⁾.

B) PRESUPUESTOS PROCESALES Y TRAMITACIÓN

Para la tramitación de este procedimiento el legislador ha optado por una remisión general al Juicio Verbal, sin perjuicio de determinadas especialidades explícitamente determinadas, y teniendo en cuenta que la adaptación de este tipo procedimental exige un esfuerzo de interpretación e integración de normas para adaptar la estructura del Juicio Verbal a este ámbito.

(56) Vid. S.AP Palencia de 26 de julio de 1993.

(57) Vid. al efecto GONZÁLEZ NIÑO, “Consecuencias jurídico-legales de las psicopatologías: la incapacitación civil”, en <http://neurologia.rediris.es/congreso-I/conferencias/neuropsicologia-2.html>.

1. Legitimación y capacidad

En virtud de lo dispuesto en los arts. 757.1 y 757.4 LEC, a la hora de determinar la legitimación activa para solicitar la incapacitación del presunto incapaz ha de tenerse en cuenta si éste es menor o mayor de edad. En el primer caso, la legitimación corresponde sólo a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC), y en su defecto al M.F. En el segundo caso, esto es, aquél en que el presunto incapaz es mayor de edad, la legitimación corresponde a: el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz (art. 757.1 LEC) y, en defecto de tales personas o en defecto de solicitud por parte de tales personas, tiene legitimación el M.F. (art. 757.2 LEC).

La legitimación activa del presunto incapaz constituye una novedad legislativa introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que vino a modificar el art. 757.1 LEC al efecto. Dicha atribución de legitimación -que ya había sido propuesta sin éxito durante la tramitación parlamentaria de la Ley 13/1983, de Reforma del C.c.⁽⁵⁸⁾ viene a constituir el complemento de la regulación de la figura de la autotutela -a la que nos referiremos enseguida- en el ámbito de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad citado, tal y como refiere el propio legislador en la Exposición de Motivos(VI) de la citada Ley. Hasta la fecha de esta modificación, el presunto incapaz no podía promover su propia incapacitación porque la Ley no preveía tal posibilidad, de tal manera que si aquél advertía su falta de capacidad -total o parcial- lo único que podía hacer era comparecer ante el M.F. para que fuera éste quien la promoviere en su caso, o bien ante el Juzgado, para que éste en su caso -y sin perjuicio de poder adoptar las medidas de protección necesarias- lo pusiera en conocimiento del M.F., dada su falta de legitimación.

En cuanto a la legitimación activa de los parientes enunciados, debe decirse que el enunciado de parientes establecido en el art. 757.1 LEC es un listado cerrado o *numerus clausus*, como ya lo era en la regulación anterior (art. 202 C.c., hoy derogado por la Disposición Derogatoria Única 2.1 LEC), de tal manera que el legislador quiere restringir la legitimación dentro del estricto círculo familiar. Y dicho enunciado de parientes no está sujeto a prelación o jerarquización de ningún tipo, desapareciendo así

(58) Lo cierto es que no hubo un verdadero argumento de rechazo a la autoincapacitación voluntaria, sino que se destacó su innecesariedad, por cuanto el proyectado art. 204 C.c. permitía a "cualquier persona" -por tanto también al que pretendía su propia incapacitación- acudir al M.F. para poner en su conocimiento los hechos que pudieran ser determinantes de su incapacitación (puede consultarse PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil"; Revista de Derecho Privado, dic.2001, p.940-941).

Pero resulta claro que no es lo mismo permitir a cualquier persona poner los hechos en conocimiento del M.F. para que aquél inicie, si considera que efectivamente los hechos son susceptibles de determinar una posible incapacitación que tener atribuida legitimación directa para poner en marcha un proceso con dicho objeto. Y esta posibilidad no se concede al presunto incapaz hasta el momento en que el legislador vincula dicha posibilidad con la institución de la autotutela a la que nos referiremos después.

el problema interpretativo que surgía en virtud de la legislación anterior.⁽⁵⁹⁾ De tal manera que cada uno de ellos puede actuar por separado, bien sea en defecto de las demás personas o bien en defecto de solicitud de las mismas, y también pueden actuar conjuntamente a través de la llamada “acumulación subjetiva de acciones” o “litisconsorcio voluntario” (arts. 12.1 y 72 y ss.LEC).

A diferencia de la regulación anterior, la LEC equipara plenamente la relación conyugal con la pareja de hecho, o, para decirlo en los términos exactos del legislador, con la “situación de hecho asimilable” por lo que se refiere a la legitimación para instar la incapacitación. Al respecto, debe decirse en primer lugar que dicha equiparación ha de integrarse con la normativa sustantiva que se ha dictado en algunas CCAA sobre uniones de hecho, de tal manera que allá donde dicha normativa exista habrá de comprobarse la verificación de los requisitos de acreditación exigidos en cada caso; en su defecto, subsiste el problema de discernir cuándo estamos ante una unión de hecho “asimilable a la conyugal”. Algún autor propone distinguir según haya o no hijos, de tal manera que si no los hay la convivencia parece ser un requisito indispensable, en tanto que si hay hijos no debe exigirse convivencia, máxime cuando la propia norma no la menciona.⁽⁶⁰⁾ Por otro lado, cabe poner de relieve cómo esta ampliación de la legitimación a la pareja de hecho plantea un problema, toda vez que no se ha visto modificado el art. 229 C.c., y el problema es que la situación creada parece poner en posición ventajosa a la pareja de hecho frente a la conyugal, toda vez que ambas están igualmente legitimadas para solicitar la declaración de incapacidad, pero sólo la segunda puede tener responsabilidad por daños y perjuicios causados por el incapaz no incapacitado cuando debiera estarlo. Además, debe entenderse que tiene legitimación el cónyuge separado, pero no quien haya estado casado con el presunto incapaz si el matrimonio resultó disuelto por divorcio o declarado nulo. Respecto al que ha estado en una unión de hecho asimilable, según la doctrina antes expuesta también puede incluirse como legitimado para instar la incapacitación a la persona que fue pareja del presunto incapaz y con la que tuvo hijos, no pareciendo que le corresponda legitimación al ex conviviente en otro caso por larga que haya sido la convivencia.⁽⁶¹⁾ Por lo que se refiere a la legitimación de los descendientes del presunto incapaz, debe decirse que resulta indiferente que se trate de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, así como descendientes biológicos o adoptivos, al igual que en el caso de los ascendientes.

(59) El art. 202 C.c. ahora derogado establecía textualmente que *corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes, y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz*, y lo cierto es que dicha redacción había suscitado dudas y críticas, por cuanto no estaba del todo claro si la subsidiariedad establecida respecto a ascendientes y hermanos estaba supeditada a la inexistencia de cónyuge y descendientes, o bien si de lo que dependía era de la falta de iniciativa por parte de aquéllos enunciados en primer lugar, interpretación ésta última mayormente defendida en aras a eliminar el carácter excesivamente restrictivo de la legitimación activa.

(60) Vid. APARICIO AUÑÓN, “Comentario al art. 757 LEC”; en “Comentarios a la nueva LEC”; op.col., coord. Lorca Navarrete, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, t.IV, p.3984.

(61) APARICIO AUÑÓN, op.et.loc.cits. en nota 60.

Respecto a los hermanos, resulta indiferente que lo sean de vínculo sencillo o de doble vínculo, haya o no habido convivencia con el presunto incapaz⁽⁶²⁾.

Por lo que se refiere a la legitimación activa del M.F, constituye un derecho-deber y una manifestación del interés público subyacente en la declaración de la situación de incapacidad de una persona, cuando no haya parientes legitimados o éstos no la hayan instado pareciendo ésta conveniente, de tal manera que con ello el legislador trata de evitar que una declaración de incapacidad pueda quedar supeditada a la mayor o menor diligencia de los familiares próximos o a la existencia de los mismos. Si el M.F. tiene conocimiento de la existencia de un presunto incapaz y carece de elementos de juicio suficientes para promover la incapacitación (bien porque la información médica y social sea insuficiente o por cualquier otra razón) abrirá diligencias de investigación, y si a través del pertinente informe social resulta que sí existen parientes legitimados, el M.F. habrá de darles la oportunidad de promover ellos la incapacitación si así lo estiman oportuno.

Para facilitar la misión encomendada al M.F., el art. 757.3 LEC establece lo que en ocasiones constituye una facultad y en otras un deber: así, según lo dispuesto en el art. 757.3 LEC, *cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del M.F. los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación*, de tal manera que aquí deben entenderse incluidas cualquier otro tipo de parientes no incluidos en el apartado 1 del art. 757 (porque ya hemos dicho que dicho enunciado constituye una lista cerrada), que si bien no tienen legitimación, sí pueden poner en conocimiento del M.F. la situación de incapacidad natural advertida, para que en su caso sea éste quien pida la incapacitación; valiendo lo dicho igualmente para amigos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, etc.; asimismo, y en dicha art. 757.3 LEC se añade *que las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del M.F.*, debiendo entenderse por tales funcionarios y autoridades en general aquellos que tienen que ver con actividades administrativas, sanitarias o sociales en servicios públicos que afectan al entorno de personas enfermas, desvalidas o en situación de desamparo, esto es, médicos, forenses, psicólogos, trabajadores sociales, etc., siempre que actúen como funcionarios públicos, puesto que si tales profesionales actúan en el ejercicio privado de su profesión estarán facultados (entrando en el ámbito de "cualquier persona" del párrafo anterior) y no obligados, quedando así a su conciencia la posibilidad de denuncia de la posible causa de incapacidad para que pueda ponerse en marcha el mecanismo de este

(62) Debe destacarse la diferencia existente entre la legitimación para instar la declaración de incapacidad y la legitimación para instar la declaración de prodigalidad: en el primer caso, que es el que aquí nos ocupa, no se corresponde con el derecho a recibir alimentos, en tanto que para instar la declaración de prodigalidad la legitimación corresponde estrictamente a los titulares del derecho de alimentos. Ello es así en razón de los distintos intereses tutelados: en el procedimiento de prodigalidad se ampara el interés de los titulares del derecho de alimentos, en tanto que en el procedimiento de incapacitación lo que se tutela es el interés del propio incapaz.

procedimiento protector de los intereses del presunto incapaz. En este apartado de "deber" ha de incluirse a los funcionarios cualesquiera de la Oficina Judicial, sin olvidar a los propios Jueces, que tampoco pueden promover de oficio un proceso de incapacitación, debiendo en caso de tener conocimiento de la existencia de un presunto incapaz (por ej., por haberse producido reiterados internamientos psiquiátricos del art. 763 LEC), ponerlo en conocimiento de la Fiscalía para que la promueva si lo estima procedente, sin perjuicio de poder adoptar las medidas de protección necesarias (art. 762.1 LEC).

Legitimado pasivamente estará la persona presuntamente incapaz, para lo cual la demanda deberá especificar qué actos ha realizado el presunto incapaz que puedan ser constitutivos de incapacidad o qué circunstancias rodean la conducta del mismo que lo hagan, lógicamente, incapaz, de tal manera que una demanda que no contenga este relato fáctico debe ser rechazada *in limine litis* y sobreseído el procedimiento. Pero en el juicio de Incapacitación habrá de demandarse también al M.F., siempre que éste no sea la parte actora, y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 749 LEC.

En cuanto a la capacidad procesal -que se corresponde con la capacidad de obrar propia del Derecho privado, y con ella se alude a la aptitud para comparecer en juicio, tal y como dispone el enunciado del art. 7 LEC o. lo que viene a ser lo mismo, con la aptitud para realizar válidamente los actos procesales- sólo plantea interés la capacidad para comparecer del presunto incapaz, y ello, porque, según se dispone en el art. 758. LEC, el presunto incapaz puede comparecer con su propia defensa y representación, y si así no lo hace, será defendido por el M.F., salvo que éste haya sido el promotor del procedimiento, en cuyo caso lo será por el defensor judicial designado. Para la debida comprensión de la norma, debe decirse que el legislador está pensando en primer lugar en un presunto incapaz que está en condiciones de comprender la demanda y de manifestar su oposición, y en tal caso establece que puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, y ello es lógico por cuanto su capacidad de obrar aún no se ha visto privada ni restringida. Pero si, por el contrario -segunda hipótesis del legislador implícita en la norma- resulta que la enfermedad o el deterioro no permite al presunto incapaz comprender la demanda, o cuando éste, por las mismas razones, simplemente adopte una posición pasiva frente a la demanda, entonces el legislador le concede la representación: bien al M.F. si la demanda ha sido interpuesta por los parientes legitimados; o bien al Defensor Judicial nombrado al efecto en los casos en que la incapacitación sea promovida por el M.F.

En el primer caso, el M.F. actúa en el marco de lo previsto en el art. 3.7º EOMF, que le otorga *la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pudieran actuar por sí mismos*, y en el segundo caso actuaría como defensor de la legalidad, al igual que cuando el demandado comparece en su propia representación. Por lo que se refiere a la figura del Defensor Judicial, ésta es una figura de protección provisional, que en el proceso de incapacitación sólo se puede nombrar mientras dure

el proceso, de acuerdo con la regulación general de esta figura contemplada en los arts. 7.2 y 8 de la LEC, que se refiere a esta figura como uno de los mecanismos posibles tendentes a integrar la incapacidad para el supuesto de que la persona física que no se halle en el pleno uso de sus derechos civiles carezca de persona que la represente o asista para comparecer en juicio, en cuyo caso el Tribunal tiene el deber de nombrarle un Defensor Judicial, que asumirá su representación y defensa, en tanto no sea designada aquella persona que deba representarle (art. 8.1); asumiendo el M.F. dicha representación y defensa mientras se procede al nombramiento de Defensor Judicial (función conforme con lo dispuesto en el art. 3.7 del Estatuto del M.F.), y quedando en suspenso el proceso mientras no conste la intervención del M.F. (art. 8.2.II).⁽⁶³⁾

Conviene dejar claro que la aptitud para comparecer en qué consiste la capacidad procesal del demandado (para comparecer con su propia defensa y representación) coincide con esa llamada “capacidad natural” antes analizada que tiene amplias repercusiones en relación con las personas con enfermedad mental. Piénsese que efectivamente dicha capacidad puede verse obstaculizada por la propia inhabilidad derivada del padecimiento, y que ésta puede detectarse en diversos momentos. El legislador no entra en detalles temporales, pero debe quedar claro que dicha manifestación de “incapacidad natural” no tiene por qué ser inicial, sino que puede ser sobrevenida en cualquier momento del proceso, debiendo en cualquier caso actuarse del mismo modo. Así, puede suceder que la situación de la persona con enfermedad mental le impida o dificulte gravemente incluso la comprensión del primer acto procesal, como es el otorgamiento de poder al procurador; si esto ocurre y tal dificultad es detectada por el Notario o el Secretario judicial en su caso en dicho trámite, éstos deberán denegar su realización, poniéndolo en conocimiento del Juzgado para que puedan entrar en funcionamiento los mecanismos de representación supletorios establecidos en el art. 758 LEC, es decir, para que pueda ser defendido por el M.F., salvo que el mismo hubiere interpuesto la demanda en cuyo caso no podría actuar en calidad de parte actora y demandada, sino que habría de serle designado un Defensor Judicial al presunto incapaz. Pero también puede suceder que la “incapacidad natural” para seguir el proceso se detecte no en ese primer momento sino en algún otro momento posterior a lo largo del proceso; en tal caso, debe entenderse que una vez apreciada por el Juez, éste habrá de acordar que le defienda el M.F. o en su caso el Defensor Judicial que se le nombre al efecto inmediatamente, y la omisión de esta diligencia puede ocasionar nulidad de actuaciones del art. 225.3º LEC.

También es importante destacar que la apreciación -ya de oficio ya a instancia de parte- de la situación de “incapacidad natural” por el Juez a lo largo del proceso no prejuzga en absoluto el sentido del fallo. Y esto tiene especial importancia en el caso de la enfermedad mental -por cuanto hay

(63) Su intervención está, además, prevista en distintas normas del C.c., tales como los arts. 163, 181, 207, 249 y 299.

intervalos lúcidos, episodios de crisis, etc.- y puede suceder que una persona con enfermedad mental con intervalos lúcidos pueda defenderse por sí y sin embargo puede resultar finalmente incapacitada; por el contrario, puede suceder que la demanda de incapacitación sea desestimada aun cuando se le haya nombrado un defensor judicial o haya sido defendido por el M.F. por falta de capacidad procesal en algún momento del proceso.

2. *Jurisdicción y competencia*

Aunque el art. 756 LEC sólo hace referencia al presupuesto de la competencia, previamente -puesto que no puede haber competencia si no hay jurisdicción- hemos de atender a lo dispuesto en el art. 22.3 de la LOPJ, en cuya virtud, los Juzgados y Tribunales españoles pueden ejercer su jurisdicción “en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona y de los bienes de los incapacitados” cuando éstos tengan su residencia habitual en España, con independencia de la nacionalidad de la persona afectada. Por lo tanto, debe entenderse que tanto los españoles como los extranjeros que residan habitualmente en España pueden ser incapacitados en España, si bien en el caso de extranjeros el Derecho material aplicable será en tal caso el propio de su nacionalidad⁽⁶⁴⁾, de tal manera que las causas de incapacitación serán las que prevea la normativa de su país, debiendo advertirse en la demanda la nacionalidad extranjera del demandado y aportarse la normativa aplicable.

Para la determinación concreta del órgano judicial ha de estarse a lo dispuesto en el art. 756 LEC, que establece la competencia objetiva y territorial. Y según establece dicha norma, será competente para conocer de las demandas sobre capacidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite. Por lo que se refiere a la competencia objetiva, queda claro que ésta corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, y no a los Juzgados de Familia donde los haya -porque no tienen expresamente atribuida esta competencia-, aunque sí a los Juzgados especializados que existen en poblaciones como Madrid y Barcelona en incapacitaciones y tutelas, al amparo del criterio previsto en el art. 98 LOPJ. En cuanto a la competencia territorial, la LEC resuelve las posibles dudas que suscitaba la regulación anterior,⁽⁶⁵⁾ y establece el fuero de la residencia de la persona cuya incapacitación se solicita, en disposición acorde con lo también dispuesto en el art. 52.1.5º del mismo texto legal.⁽⁶⁶⁾

(64) El art. 9.1 del C.c. dispone que *la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, rigiéndose por dicha Ley la capacidad y el estado civil...*

(65) Efectivamente en la LEC de 1881 no existía mención expresa al fuero de la incapacitación en el art. 63, y en consecuencia tanto la doctrina como la jurisprudencia venían incluyendo la incapacitación dentro de las demandas sobre el estado civil, que tenían asignado el fuero especial del domicilio del demandado (así, STS de 8 de marzo de 1947 o STS de 5 de mayo de 1949, entre otras).

(66) Así, el art. 52.1.5º dispone que *en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el tribunal del lugar en que éstos residan.*

Pero la regulación de esta manifestación de la competencia requiere algunas observaciones:

1. En primer lugar, debe decirse que, ante la dicotomía que existía con anterioridad entre domicilio real y domicilio legal (art. 40.2 C.c. y arts. 64 y 69 LEC de 1881), la jurisprudencia ya había optado por el primero, declarando que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual (STS de 1 de julio de 1992). En esta línea se sitúa el art. 756 LEC, que pretende en definitiva la sujeción real a un lugar determinado del presunto incapaz, y por ello utiliza el criterio de la residencia -entendiendo por tal el lugar donde el demandado pasa la mayor parte del tiempo y donde se presume que residirá durante el procedimiento y en el futuro- y no el criterio del domicilio, para el caso de que uno y otro no coincidan.
2. Tal elección de fuero es acertado en el procedimiento que analizamos, máxime si se tiene en cuenta la importancia que adquiere la prueba de la exploración directa del presunto incapaz por el Juez competente, y cuya realización no es posible por exhorto.
3. Respecto a la discordancia existente entre los fueros establecidos en el art. 22.3 LOPJ ("residencia habitual") y art. 756 LEC (simplemente "residencia"), debe decirse que la no utilización del término "habitual" por el legislador de la LEC en realidad merece una valoración positiva, por cuanto no se entiende un concepto de residencia que no sea habitual, de tal manera que la distinción entre "residencia habitual" y "residencia" sin adjetivar no se sostiene desde el punto de vista del Derecho Procesal. Porque la residencia no puede ser sino habitual, en tanto que la residencia que no sea habitual (sino esporádica) no será residencia, sino mera estancia en un lugar determinado.⁽⁶⁷⁾ Puesto que hablamos de personas con enfermedad mental grave, y que dentro de este colectivo las situaciones concretas pueden ser muy diversas, en principio debe diferenciarse entre: aquellos que viven en su domicilio o domicilio familiar, en cuyo caso la determinación del fuero no plantea problemas, por cuanto coincide domicilio y residencia, y ello con independencia de que por temporadas estén ingresados. Y personas con enfermedad mental que están ingresados en Centros especializados para su tratamiento, en cuyo caso hay que atender al carácter más o menos provisional de tal ingreso, de tal manera que debe rechazarse como residencia el Centro donde provisionalmente está ingresado una persona con enfermedad mental para su atención por una crisis aguda, si es que éste tiene un carácter provisional y transitorio, siendo su domicilio en tal caso el determinante a los efectos de determinar la competencia

(67) Vid. así CORTÉS DOMÍNGUEZ, "La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (artículos 21 y 22 de la LOPJ)", Revista Justicia, 4, 1985, p.782.

territorial en el proceso de incapacitación; por el contrario, si el ingreso no es por fase aguda sino subaguda o residual y las circunstancias familiares no hacen presumir su vuelta a casa, el Centro Psiquiátrico puede valer como lugar de residencia habitual⁽⁶⁸⁾.

4. Finalmente, es importante destacar también que en este procedimiento no cabe la sumisión, ni expresa ni tácita,⁽⁶⁹⁾ de tal manera que el fuero de la residencia no puede ser modificado por voluntad de las partes, y debe en consecuencia ser controlado de oficio, según dispone el art. 58 LEC, lo que ordinariamente se hará en el momento de la demanda, sin perjuicio de que pueda producirse en cualquier momento con posterioridad, previa audiencia del M.F. y de las partes personadas, por medio de auto motivado.

3. *Demanda y contestación a la demanda*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 437 LEC, el proceso podrá comenzar mediante demanda sucinta, en la que deberán consignarse los datos y circunstancias que identifiquen al actor, para poder advertir su legitimación, y del demandado, es decir, de la persona cuya incapacitación se pretenda; y también deberá fijarse con claridad y precisión lo que se pida, esto es la pretensión, que en este tipo de proceso sólo podrá perseguir un pronunciamiento judicial que declare si una persona es o no civilmente capaz, y en su caso, el alcance de la incapacidad, así como el régimen de tutela a que deba quedar sometido el incapacitado (arts. 210 y 212 C.c. y arts. 760 y 761 LEC). Sin embargo, nada excluye que comience mediante demanda ordinaria, tal y como permite en todo caso el art. 443.1 LEC. Y es más, debe decirse que, pese a que la tramitación que corresponde a este tipo de proceso es la del Juicio Verbal (art. 753 LEC), la demanda debiera redactarse en la forma prevista para el Juicio Ordinario, y ello en atención a que el art. 753 LEC establece que la contestación se hará conforme a lo dispuesto para el procedimiento ordinario (art. 405 LEC), otorgándose por tanto un plazo de veinte días para la contestación por escrito. De tal manera que si la demanda no se redacta de forma ordinaria, podrían suscitarse varios problemas: por un lado, la contestación tendría entonces un contenido más extenso que la propia demanda; y por otro, que el demandado, en el momento de contestar, vería notablemente mermado su derecho de defensa ante una demanda sucinta en la que no se fundamenta la pretensión y a la que difícilmente podrá oponerse con un mínimo de garantías, al desconocer aquellos datos

(68) Para los enfermos mentales ingresados en prisión, dependiendo del tiempo de condena, podrá estimarse aquélla como lugar de residencia habitual. Así, la Fiscalía en la Consulta 6/1997, sobre el criterio determinante de la competencia territorial en los procesos civiles de incapacitación seguidos contra quienes se hallan internos en un Establecimiento Psiquiátrico-Penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad dictada en un proceso penal, emplea el argumento de la inmediatez como exigencia ineludible para la práctica procesal del reconocimiento judicial.

(69) Ello es así tanto por razón del procedimiento (no es válida la sumisión en todos los asuntos que se decidan por Juicio Verbal según dispone el art. 54.1 LEC), como porque el fuero viene determinado por una regla imperativa (art. 756 LEC).

que el demandante utilizará en el momento del inicio de la Vista, cuando proceda a su ratificación y fundamentación, tal y como prevé el art. 443 LEC.⁽⁷⁰⁾

Junto con la demanda de incapacidad se puede acumular la de nombramiento de la persona o personas que asistan o representen al presunto incapaz en el caso de ser declarado tal. Es decir, cabe que, además de la declaración de incapacidad, se pida el nombramiento de tutor o curador, lo que representa una novedad respecto a la jurisprudencia que reiteradamente venía sosteniendo que el nombramiento de tutor no debía hacerse en la misma sentencia de incapacitación sino posteriormente en trámite de Jurisdicción Voluntario aparte⁽⁷¹⁾. La intención del legislador es clara: con esta posibilidad trata de buscarse economizar actuaciones procesales y tiempo, de tal manera que se puedan unificar los dos pronunciamientos en una misma sentencia. Sin embargo, debe decirse que, dada la naturaleza de la decisión sobre el cargo tutelar, ello no puede impedir que posteriormente sea necesaria la remoción del cargo dispuesto en dicha sentencia, lo que habrá de hacerse forzosamente mediante un trámite de Jurisdicción Voluntaria posterior. Por otro lado, también cabe advertir que dicha solución legislativa puede ocasionar un segundo problema en relación con la impugnación de la sentencia; efectivamente, podrá apelarse, no por disconformidad con el objeto principal de la sentencia -esto es, la incapacitación-, sino con la designación concreta del tutor, echándose de menos una previsión normativa similar a la dispuesta en el art. 774.5 LEC, en el sentido de que, cuando la apelación afecte sólo al nombramiento de los cargos tutelares, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre declaración de incapacidad. En tal supuesto de acumulación objetiva, el Juez, además de llevar a cabo la práctica de la prueba que más adelante se verá, podrá oír a las personas que estime pertinentes, teniendo en cuenta que no siempre la persona que vaya a ejercitar la tutoría o que vaya a representar al presunto incapaz tiene que encontrarse en el círculo de parientes cercanos, pudiendo ser alguien distinto a las personas clasificadas en el art. 757.1 (arts. 759.2 y 760.2 LEC).

No existe ninguna otra posibilidad de acumulación objetiva de otras pretensiones, como pudieran ser la nulidad de un negocio jurídico o la reivindicatoria de la propiedad, pero la práctica judicial sí se ha pronunciado a favor de la acumulación subjetiva, en casos tales como los de los padres que pretenden incapacitar a dos o más hijos, afectados todos ellos por la misma enfermedad o deficiencia -e incluso también cuando las enfermedades incapacitantes sean diversas- al apreciar que no existe precepto que lo prohíba, que concurren los presupuestos del art. 72 LEC y que resulta tendente a la economía procesal.

Una vez presentada la demanda de incapacitación, y en cualquier momento antes de dictarse sentencia, puede solicitarse por el M.F. o por

(70) Esta es la argumentación utilizada en la obra colectiva coordinada por Cortés Domínguez y Moreno Catena, "La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación Práctica", ed. Tecnos, Madrid, 2004, vol. III, p.2938.

(71) Por citar sólo algunas de las últimas sentencias previas al giro legislativo, vid. STS de 27 de enero de 1998 y STS de 19 de mayo de 1998.

cualquier interesado la anotación en el Registro Civil, con carácter informativo, del procedimiento judicial de incapacitación (art. 38 LRC), al margen de la “correspondiente inscripción de nacimiento” (art. 150 RRC). También podrá pedirse la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad (arts. 42.5º LH y 165 RH), con la finalidad de advertir a quienes piensan contratar con el presunto incapaz que hay pendiente un juicio de incapacitación y que puede ser que esa persona no esté en disposición de prestar un consentimiento válido, y evitar así que pueda surgir un tercero hipotecario que demande la protección de la fe pública registral (art. 34 LH).

Si el procedimiento es iniciado por el M.F., una vez admitida la demanda, el Juez ordenará dar traslado al demandado para que pueda comparecer si puede y lo desea bajo su propia representación procesal (art. 758 LEC), y en el caso de que la enfermedad o deterioro alegado no le permita comprender la demanda, o cuando adopta una posición pasiva ante la demanda, actuará en su nombre el defensor judicial nombrado. Si la demanda ha sido presentada por cualquiera de los familiares legitimados y no por el M.F., entonces se dará conocimiento de la demanda no sólo al demandado sino también al M.F., quien en dicho caso asumirá la representación y defensa del demandado cuando éste no comparezca por sí mismo a través de su propia representación procesal (art. 758 LEC).

En cualquier caso, debe destacarse como particularidad procedimental ya mencionada que la contestación a la demanda no se hará en el acto de la Vista, como sucede ordinariamente en el Juicio Verbal, sino que el art. 753 concede un plazo de veinte días desde que se da traslado de la demanda al demandado y al M.F. en su caso para comparecer y contestar por escrito, remitiéndose para esto al Juicio Ordinario, debiendo acomodarse a las exigencias previstas en el art. 405 LEC.

4. Medidas de seguridad y especialidades probatorias

El art. 762 LEC, bajo el enunciado específico de Medidas cautelares establece una serie de medidas personales y patrimoniales que en realidad no son verdaderas medidas cautelares⁽⁷²⁾, puesto que no tratan de asegurar la ejecución de la sentencia, sino de posibilitar una situación adecuada para el desarrollo del propio proceso, y ello a pesar de la remisión efectuada por el legislador a lo dispuesto en los arts. 734, 735 y 736 LECr.

Al igual que en la regulación anteriormente vigente⁽⁷³⁾, las medidas de seguridad pueden adoptarse de oficio o a instancia de parte, y tanto en cualquier estado del procedimiento como también antes. Dichas medidas

(72) Siguiendo en este punto la doctrina claramente establecida por CORTÉS DOMÍNGUEZ, en “Los procesos especiales”, tomo V de la obra colectiva “La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 100.

(73) Los arts. 209 y 203 C.c., derogados por la Disposición Derogatoria de la LEC, disponían textualmente: *El juez en cualquier estado del procedimiento, podrá, a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz y de su patrimonio. ...El Juez competente, en los mismos casos, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien deberá solicitar del Juez lo que proceda, dentro del plazo de quince días.*

deben ser adoptadas de oficio cuando el Juez estime que son necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz y de su patrimonio, pudiendo hacerse incluso sin que esté en marcha el proceso de incapacitación, ello con tal de que entienda éste que son necesarias, en cuyo caso habrá de poner en conocimiento del M.F. los hechos para que aquél pueda promover la acción de incapacitación si lo estima oportuno (art. 762.1 LEC). Igualmente el M.F. puede solicitar del órgano judicial la inmediata adopción de tales medidas de seguridad siempre que tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, aunque no esté en marcha proceso de incapacitación alguno contra tal persona (art. 762.2 LEC). Una vez iniciado el procedimiento, también podrán las partes solicitar el mismo tipo de medidas (art. 762.2.II LEC).

En todo caso, y como regla general, tales medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas, siendo para ello de aplicación lo dispuesto en los arts. 734, 735 y 736 de la LEC en materia de adopción de medidas cautelares.

No existe un listado cerrado de las mismas, confiriéndose al Juez la facultad de acordar las que estime necesarias para proteger los intereses personales o patrimoniales del presunto incapaz, ya se sitúen éstas en la esfera personal o patrimonial de la persona. En el ámbito personal, puede tratarse del nombramiento de un Defensor Judicial para representar al presunto incapaz en toda clase de actos, o bien para una representación en un acto determinado, (como puede ser la aceptación de una herencia, o el ejercicio de alguna acción civil o criminal, la firma de una escritura, la reclamación de rentas o alimentos, etc.), o para el cuidado personal del presunto incapaz; nombramiento que se hará al amparo de lo prescrito en el art. 299 C.c. en relación con el art. 762 LEC; pero también puede tratarse del internamiento del presunto incapaz por trastorno psíquico, regulado en el art. 763 LEC que veremos detalladamente en su momento por la importancia especial que tiene; o de cualquier otra medida que parezca necesaria, como pudiera ser la autorización de una intervención quirúrgica en contra de la voluntad del presunto incapaz, etc. En la esfera patrimonial, puede tratarse del nombramiento de un Defensor Judicial para la administración de los bienes del presunto incapaz (ciñéndose sus facultades a actos de simple administración y no de disposición); autorización para la venta de algún bien; o prohibición de disponer, como medio de disponer que no enajenará o gravará bienes en su propio perjuicio (debiendo anotarse en dicho caso dicha prohibición en el Registro de la Propiedad al amparo de lo dispuesto en el art. 42.4º LH).

En cuanto a las **especialidades probatorias** vigentes en este proceso éstas derivan de que en él se tutelan derechos atinentes a la persona que en sí mismos son indisponibles, y que en consecuencia reprotogen a través de un proceso que refleja el carácter indisponible de los mismos. Por razón de la naturaleza de tales derechos, el Juez tiene conferidos poderes distintos y superiores a los ordinarios en materia probatoria, que se manifiestan en que puede practicar de oficio prueba no solicitada por las partes, y también en la modificación en la valoración probatoria prevista en

el art. 752 LEC; igualmente se manifiestan especialidades en la existencia de unos medios de prueba ineludibles, y en la restricción de la publicidad.

Si bien de acuerdo a lo dispuesto en el art.752 LEC, el órgano judicial puede realizar de oficio la prueba que estime pertinente, con independencia de la prueba que pueda practicar de oficio el Juez y de la prueba propuesta por las partes, existen **tres medios de prueba que adquieren en este procedimiento una importancia esencial**, sin los cuales no habrá de dictarse sentencia, y que son los contenidos en el art. 759.1 LEC, a saber: el examen judicial del presunto incapaz, el dictamen pericial médico acordado por el Juez y la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz. Se trata de tres actividades probatorias que han de practicarse siempre por imperativo legal,⁽⁷⁴⁾ no debiendo quedar reservada su práctica exclusivamente al período probatorio, sino que podrán realizarse antes y también en cualquier otra fase del procedimiento hasta el mismo momento de dictar sentencia (piénsese, por ej., en la aparición de nuevos familiares, o en un cambio significativo en el estado de la persona con enfermedad mental).

- *Reconocimiento judicial del presunto incapaz*: Es importante destacar la importancia del examen o exploración del presunto incapaz⁽⁷⁵⁾, que se impone al Juez como una prueba inexorable en el art. 759.1 LEC, pero respecto a la cual la jurisprudencia siempre fue contundente con anterioridad. Es además la única prueba que no puede practicarse por exhorto, por cuanto perdería toda su virtualidad, dado que se trata de una prueba que dota al Juez de un conocimiento directo de la situación del demandado, e incumpliría la exigencia del art. 759.1 LEC⁽⁷⁶⁾, y hasta tal punto es importante la inmediación judicial que para resolver la apelación de la sentencia de incapacitación será necesario que la AP correspondiente vuelva a practicar esta prueba, según establece el art. 759.3 LEC. La exigencia de esta exploración judicial como requisito previo a la incapacitación comporta la imposibilidad de declarar incapaz a quien no esté presente o se encuentre en paradero desconocido, y ello está relacionado directamente con la elección del fuero territorial de la residencia del demandado.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta prueba, debe quedar claro que no se trata sólo de un interrogatorio de parte, sino de un verdadero reconocimiento judicial⁽⁷⁷⁾, en el cual la misión del

(74) Esta exigencia no constituye una novedad legislativa, puesto que ya se preveía en el art. 208 C.c., con una dición similar a la del actual art. 759.1 LEC.

(75) Que procede de la reforma del C.c. de 1983, y cuya importancia no ha dejado de ser resaltada por la jurisprudencia posteriormente.

(76) En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, declarando la nulidad del procedimiento de incapacitación en que se omitió el examen personal del presunto incapaz por el Tribunal, tanto en primera instancia como en sede de recurso (vid. STS de 31 de diciembre de 1991; STS de 30 de diciembre de 1995 y STS de 9 de junio de 1997, entre otras).

(77) A pesar de que la jurisprudencia le haya negado en ocasiones este carácter, por ej., en STS de 31 de diciembre de 1991, reiterando la doctrina expuesta en STS de 20 de febrero de 1989 (*El examen directo del presunto incapaz tanto por el Juez de instancia como por el Tribunal, es una actuación que ni puede calificarse de reconocimiento judicial ni de inspección personal, y menos de mezcla de ambos(...), sino que se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada...*).

Juez no es comprobar que el presunto incapaz está enfermo, sino formar juicio acerca de su capacidad o incapacidad “natural” en relación con su posibilidad y adecuación o no de autogobierno. Esto significa que de lo que se trata es de que el Juez explore sus facultades mentales (cognitivas y volitivas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de dicha persona, teniendo en cuenta los informes médicos aportados por las partes, para poder incidir en aquellas facetas de la personalidad más afectadas por la situación reincapacidad.

Antes de la celebración del Juicio, el Juez acordará practicar la exploración judicial de la persona que se pretende incapacitar.

En términos generales, el examen habrá de versar sobre dos aspectos básicos: uno, la esfera personal y otro la esfera patrimonial. En la esfera personal, habrán de analizarse las facultades cognitivas básicas, como son atención, memoria y entendimiento; capacidad de comprensión y de expresión verbal; capacidad para relacionar conceptos y de razonamiento abstracto; grado de autonomía para la realización de tareas personales; capacidad de cuidado personal (muy importante en el caso de enfermedad mental, en que es frecuente un aplanamiento afectivo y desinterés vital, de tal manera que parezca precisa la asistencia de personas que les estimulen y asistan); en las personas con enfermedad mental también es fundamental observar el grado de conciencia de enfermedad que tienen, en relación sobre todo con el sometimiento voluntario al tratamiento médico, puesto que de lo contrario el enfermo necesitará la supervisión de otra persona para asegurar el seguimiento del tratamiento (si bien debe decirse que en el caso de la enfermedad mental en muchas ocasiones dicho sometimiento voluntario está presente en algunos momentos de la enfermedad, pero no en las fases o crisis agudas de la misma, y este problema tiene difícil solución). En la esfera patrimonial, deberá calibrarse la aptitud para valorar económicamente los bienes de uso y consumo ordinario y extraordinario; la capacidad de cálculo mental; el conocimiento de las monedas de curso legal y su valor; juicio práctico prudencial para aplicar los recursos económicos a sus necesidades vitales; etc.

- *Informe médico:* Al igual que sucede con el examen del presunto incapaz, antes de la celebración del Juicio, el Juez recabará del médico forense, o de un facultativo designado por él, un informe médico sobre la capacidad del demandado, que es independiente de los que las partes hayan podido incorporar al proceso en sus escritos de alegaciones.

El examen que habrá de realizar dicho facultativo para realizar el informe médico podrá realizarse en trámite independiente o bien conjuntamente con el reconocimiento judicial, lo que parece lo más adecuado siempre que ello resulte posible, a fin de ocasionar las menores molestias posibles al presunto incapaz,

y también en razón a su propio cometido⁽⁷⁸⁾. Debe quedar claro, en efecto, que no se trata del diagnóstico de la enfermedad -que en la generalidad de los casos ya vendrá dado por el profesional que haya tratado en el pasado al enfermo-, sino de que, a la vista de los informes aportados y a la vista del reconocimiento del paciente, se permita concluir con un juicio médico-legal sobre la aptitud del presunto incapaz para gobernar su persona y sus bienes. De la definición legal de las causas de incapacitación, se deduce que la labor del facultativo informante habrá de extenderse a dos puntos fundamentales: uno, el grado de aptitud o autonomía que dicha patología permite tener a la persona afectada, es decir, al presunto incapaz; y dos, la persistencia o expectativas potenciales de remisión de la enfermedad. Pues -como ya hemos dicho- lo importante no es tanto la existencia de determinada patología como entidad diagnóstica, sino las repercusiones concretas que tiene sobre la persona, lo que obliga a examinar la situación particular de cada paciente y todas sus circunstancias personales, sociofamiliares y de su entorno, así como la duración probable o previsible de la patología y su incidencia en el futuro⁽⁷⁹⁾.

Dicho informe -que tiene inequívoca naturaleza de dictamen pericial- ha de ser necesariamente realizado por un médico (no bastando el de otro tipo de profesionales relacionados con la enfermedad mental como puedan ser asistentes sociales, por ej.), y preferentemente médico psiquiatra, aunque lo cierto es que la Ley no exige que sea psiquiatra. Ordinariamente, será el médico forense adscrito al Juzgado quien lo realice, sin perjuicio de que el Juez pueda nombrar al médico que estime conveniente, sin que las partes intervengan en este trámite de designación. Emitido el dictamen, ha de entenderse que las partes podrán solicitar aclaraciones, así como formular valoraciones al respecto.

- *Y trámite de audiencia a los parientes "más próximos del presunto incapaz"*: La exigencia de audiencia a los parientes del presunto incapaz -disposición heredada de la audiencia al llamado Consejo de Familia de la regulación anterior (art. 216 C.c. derogado- viene referida en el art. 759.1 LEC a los más próximos del presunto incapaz. Si bien la utilización del concepto de proximidad en el parentesco puede plantear la duda de si se refiere sólo a los parientes que tienen legitimación para instar la incapacitación o

(78) Posibilidad que encuentra perfecto acomodo legal en lo dispuesto en el art. 356.1 LEC, que bajo el enunciado de "Concurrencia del reconocimiento judicial y el pericial," dispone que "Cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer, mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona, siguiéndose el procedimiento establecido en esta Sección."

(79) En la práctica, refiere GONZÁLEZ NIÑO, "Consecuencia jurídico-legales..." cit., p.4, que lo que se suele exigir al perito médico es que se pronuncie sobre tres aspectos fundamentales de la autonomía del presunto incapaz: autonomía personal o aptitud para realizar por sí solo funciones de nutrición, aseo, cuidado personal y seguridad; autonomía doméstica o aptitud para afrontar situaciones para las cuales el sujeto ha sido adiestrado previamente sin necesidad de ser estimulado cada vez que se enfrenta a ellas, reconociendo dichas situaciones como idénticas a aquellas para las que tiene esquemas de conducta establecidos; y autonomía social, cuando el sujeto es capaz de afrontar situaciones nuevas, esto es, es capaz de adaptarse, adquirir experiencia y utilizarla, presentando proyectos de futuro adecuados, y siendo capaz de controlar sus impulsos.

también puede incluir a otros que tengan proximidad afectiva aun sin tener concedida legitimación, lo cierto es que cabe afirmar en primer lugar que parece claro que deberán ser citados los parientes a los que la Ley considera del círculo más próximo, esto es, a los que la Ley concede legitimación en el art 757.1 LEC, y ello aunque tales parientes hayan sido los demandantes⁽⁸⁰⁾, puesto que la naturaleza del procedimiento aconseja no escatimar oportunidades para que el Juez pueda conocer a su través extremos que estime relevantes para la incapacitación. Pero en segundo lugar, y por la misma razón, es el Juez quien, al igual que antes elegía a los parientes o extraños que conformarían el Consejo de Familia, ahora decide qué parientes puede estar interesado en oír, por razón de proximidad afectiva o trato, aunque no pertenezca al círculo estrecho del art 757.1 LEC. En uno y otro caso, y siempre que éstos existan y sean conocidos, se les citará a la Vista para que sea practicada allí la audiencia prevista en el art. 759 LEC. Por otro lado, si bien se trata de una prueba necesaria, las consecuencias de haber omitido a algún pariente debieran valorarse en función de su proximidad y del número de los ya escuchados.⁽⁸¹⁾ También debe decirse que no es de aplicación lo dispuesto en el art. 440.1.II LEC, ya que la inasistencia de la parte no comportará necesariamente la admisión de los hechos. Debe decirse además que cuando se hubiera solicitado en la demanda también el nombramiento de la persona que haya de representar al incapaz, en tal caso el art. 759.2.'in fine' LEC permite también dar audiencia a otras personas no necesariamente ligadas por parentesco (textualmente dice: *y a las demás personas que el tribunal considere oportuno*).

En cuanto a la restricción de la publicidad, debe decirse que en este proceso rige lo dispuesto en el art. 754 LEC, de tal manera que queda excluida la publicidad en las actuaciones de este procedimiento, *siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del art. 138 de la presente Ley*. En virtud de lo dispuesto en el art. 138.1 y 2 LEC, las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuya objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública; no obstante lo cual, podrán celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades

(80) En contra, alguna Sentencia ha entendido que no procede la audiencia a parientes cuando actúen como demandantes (así STS de 30 diciembre de 1995 y STS de 19 de febrero de 1996).

(81) En algunos casos la jurisprudencia ha considerado que la ausencia no era suficientemente relevante, por tener aquéllos constancia del procedimiento y no haberse personado para ser oídos por falta de voluntad (así STS de 19 de febrero de 1996).

lo exijan, o cuando la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia⁽⁸²⁾. La particularidad de lo dispuesto en el art. 754 LEC en relación con el proceso de incapacitación está en que el Juez puede acordar la celebración de tales actuaciones a puerta cerrada aunque no se esté en ninguna de las circunstancias previstas como excepción a la regla general de la publicidad establecida en el art. 138 LEC. Aunque dada la redacción tan general de las excepciones previstas en el art. 138.2 de la LEC realmente parece dudoso que esta particularidad sea realmente tal (porque efectivamente tiene cabida al menos en la fórmula de cierre *cuando la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia*), debe aplaudirse la voluntad del legislador, dado que pocas dudas puede ofrecer que el bien del presunto incapaz aquejado de una enfermedad mental grave que debe ser objeto de exploración justifica el que dicha exploración no se haga a la vista del público y ni siquiera en presencia de las partes y de sus abogados, debiendo tenderse a que el ambiente que rodee la exploración no le ocasione un perjuicio psicológico, así como a que la presencia de algunos familiares no les violente, siendo preferible en muchos casos que no estén presentes.

C) LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN

Aunque el comienzo del proceso queda supeditado a la iniciativa de quienes están legitimados para promover la incapacitación, la pretensión no permanece a disposición de las partes (art. 751 LEC). El Juez debe dilucidar, sobre la base de las pruebas practicadas, la capacidad civil del demandado, y para ello ni los hechos pasados ni los diagnósticos médicos son determinantes de la incapacitación, sino que lo único realmente relevante es la apreciación global que haga el Juez a la vista de todas las pruebas practicadas y de la situación en que se encuentra el presunto incapaz, para poder decidir si está en condiciones, y hasta qué punto, de decidir por sí mismo en su esfera personal y/o patrimonial (art. 752.1º y 2º LEC). De tal modo que el alcance de la resolución judicial no vendrá determinado por la limitación de hechos aducidos por las partes o la extensión de la incapacitación solicitada, ni se verá afectada por el allanamiento o la transacción, expresamente excluidas del procedimiento por el art. 751 LEC.

A la vista de la pretensión y de la prueba practicada, la sentencia declarará si una persona está o no incapacitada para regir su persona y sus bienes.

Si la sentencia declara la incapacidad, debe fijar la extensión y los límites de dicha incapacitación, especificando el régimen de tutela y guarda

(82) El art. 138 LEC especifica con mayor detalle que el art. 229.2 LOPJ los motivos que pueden justificar la práctica de las actuaciones judiciales orales a puerta cerrada: cuando sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan; y a modo de cláusula general, añade: "en la medida en que el tribunal lo considere estrictamente necesario".

legal al que debe quedar sometido, y en el caso de que haya sido solicitado expresamente (a través de una acumulación objetiva de pretensiones) la sentencia además nombrará a la persona que haya de asumir la tutela.

La sentencia *desestimatoria* de la demanda es de naturaleza meramente declarativa, mientras que la sentencia *estimatoria* tiene naturaleza constitutiva, al crear un estado o situación jurídica inexistente con anterioridad a ella⁽⁸³⁾, al igual que tiene naturaleza constitutiva la sentencia que modifica la situación de incapacidad declarada previamente, tal como veremos después. Y ello es así porque, si bien antes de estar declarada judicialmente, la incapacidad “natural” de una persona puede ser manifiesta y notoria, también lo es que sólo la sentencia de incapacitación impide el juego de la presunción “*iuris tantum*” de plena capacidad de obrar en toda persona mayor de edad. Consecuentemente, la sentencia no puede tener eficacia retroactiva, lo cual no quiere decir -y aquí nuevamente se advierte el interés del concepto de incapacidad “natural” en materia de enfermedad mental- que no pueda ser tenida en cuenta posteriormente en el supuesto de que se inste la nulidad de los negocios celebrados con anterioridad a la declaración de incapacitación del incapaz. En tal caso, la nulidad se instará por defecto de consentimiento y la sentencia posteriormente recaída en el proceso de incapacitación podrá ser tenida en cuenta -como prueba- a la hora de valorar si hubo o no defecto de consentimiento.

Pero para que este tipo de sentencias pueda afectar a terceros se hace precisa su anotación en los pertinentes Registros Públicos, tal y como establece el art. 222.3.II LEC: *En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.* Y con estos términos lo que quiere decirnos el legislador es que las sentencias que declaren la incapacidad total o parcial de una persona -o que modifiquen o extingan una previa incapacitación- tienen eficacia constitutiva, de tal manera que no son susceptibles de ejecución propia sino impropia. En consecuencia, se establece su eficacia *erga omnes* a partir de su inscripción o anotación registral, posibilitándose así el conocimiento general, en aras de la seguridad jurídica.

Por su parte, el art. 755 LEC se refiere a la debida comunicación de oficio a los Registros Civiles, y a la comunicación a petición de parte a cualquier otro Registro público que en cada caso proceda: *Cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título (entre los que se encuentra el procedimiento de incapacitación) se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. A petición de parte, se*

(83) Aunque efectivamente la opinión “ortodoxa” considera la sentencia declarativa de la incapacidad como constitutiva de un estado civil nuevo que se adquiere precisamente en el momento de la firmeza de la resolución judicial, existen otras opiniones un tanto artificiosas que tienden a diferenciar entre el carácter mero-declarativo de la incapacidad y el carácter constitutivo de la tutela (así, GORDILLO CANAS, “Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos”, ed. Tecnos, Madrid, 1986).

comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan. De tal manera que debe entenderse que el Juez acordará de oficio la inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro Civil (arts. 755 LEC y 25 RC), en la Sección 1ª, al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento (art. 46 LRC). Si la incapacitación es parcial, deberá quedar reflejado en el Registro el contenido y alcance concreto de la misma, y el régimen de tutela o rehabilitación de la potestad de los padres, al que quede sometido (art. 760 LEC y 177 RRRRC). Y, a petición de parte, una vez firme la resolución, también será posible la petición de inscripción en cualquier otro Registro público que resulte procedente. La inscripción en el Registro Mercantil no es obligatoria, pero sí conveniente en atención a los requisitos de capacidad que el C.c impone para ser comerciante, y que pueden quedar afectados por la sentencia de incapacitación al autorizar o restringir el ejercicio del comercio por el incapacitado, con la asistencia del tutor o curador (art. 5 C.Cm.); De ahí que el art. 87.4º RRM prevea que en la hoja abierta al empresario individual se inscribirán *las resoluciones judiciales que modifiquen la capacidad del empresario individual*, debiendo inscribirse también los nombramientos de quienes ejerzan la guarda o representación legal del empresario individual (art. 87.5 RRM). La declaración de incapacidad también será susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad en el folio de las fincas que posea el incapaz (art. 2.4º LH), en la medida en que afecte a la facultad de disponer o gravar bienes inmuebles, debiendo contener esta inscripción todas las circunstancias enunciadas en el art. 55 RH, inscribiéndose también en un Libro especial denominado *de alteraciones en las facultades de administración y disposición* (arts. 386 a 391 RH, reformado el 4 de septiembre de 1998). Al efecto, debe entenderse que no será necesario despachar la ejecución de las sentencias constitutivas -art. 521.1 LEC- para proceder a su inscripción en los Registros Públicos, siendo suficiente (art. 521.2 LEC) la presentación por la parte de la certificación de la sentencia firme o en su caso el mandamiento judicial que podrá expedirse de oficio para llevar a cabo la inscripción del pronunciamiento que afecta al estado civil.

Como estamos diciendo, la sentencia de incapacitación estimatoria declara la incapacidad de obrar de una persona que hasta el momento de dicha declaración la tenía en su plenitud, destruyendo a través de la misma la presunción *iuris tantum* de que todo adulto tiene plena capacidad de obrar. Pero, a diferencia de lo que sucede con la capacidad jurídica -que no es graduable- la capacidad de obrar sí lo es, de tal manera que será la sentencia de incapacitación la que habrá de *determinar la extensión y los límites* de dicha incapacidad, tal y como dispone el art. 760.1 LEC, así como también habrá de determinar el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado⁽⁸⁴⁾. El Juez debe determinar la

(84) En materia de incapacitación, la graduación de la capacidad fue una de las principales novedades de la reforma del C.c. operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

extensión de la incapacitación en la sentencia, pudiendo ésta ser parcial o total: es parcial cuando afecta a un determinado tipo de actos, generalmente relacionados con la administración de los bienes; es total cuando afecta a todos los actos relacionados con el autogobierno de la persona. Y debe destacarse que, en la determinación de la incapacitación, el Juez no está vinculado en cuanto a su extensión por la pretensión del actor, de tal manera que es perfectamente posible que se haya solicitado una incapacitación parcial y se resuelva una total, o viceversa.

Si la incapacitación es total (y más del 50% de las demandas de incapacitación se resuelven en casos claros de incapacitación total), ello significa que los efectos derivados del padecimiento de la enfermedad se prevén prácticamente como irreversibles y determinan una imposibilidad de regirse por sí mismo el enfermo o capacidad de autogobierno, como consecuencia del déficit o deterioro de las facultades mentales del enfermo. Esto sucederá en los supuestos en que la persona sometida al proceso de incapacitación tenga una enfermedad grave que anule por completo su capacidad de discernimiento. Naturalmente, no es fácil tal determinación al plantear la cuestión en relación con personas con enfermedad mental. Piénsese que en las deficiencias psíquicas por enfermedades seniles (Alzheimer, etc.) o en los supuestos de la llamada discapacidad intelectual grave y media, es mucho más fácil advertir tal imposibilidad. La enfermedad mental, por el contrario, puede ser perfectamente compatible con el mantenimiento de funciones cognitivas básicas, pero con carencia de juicio prudencial práctico para cuidarse y velar por sus propios intereses personales y patrimoniales. Por ello, el Juez debe valorar prudencialmente el alcance de la incapacitación.

Si la incapacitación es parcial, el Juez debe ceñir la incapacitación únicamente a aquellas esferas o ámbitos de la actividad humana que realmente se vean afectadas por los efectos de la enfermedad y en las que se evidencia la necesidad de una protección. Para su determinación y concreción en la sentencia será fundamental conocer el ambiente en que desarrolla su vida el demandado, los problemas que haya podido sufrir y las repercusiones de la incapacitación en su ánimo vital, porque, como ya se ha dicho, no todas las patologías, aunque sean idénticas, afectan por igual a todas las personas que las padecen, de manera que la capacidad de autogobierno tiene un componente marcadamente ambiental. Cuando la incapacitación es parcial, lo normal es que el Juez haga menciones genéricas a facetas o esferas de la autonomía personal o patrimonial que quedarán afectadas por la incapacitación, tratando de evitarse con ello que una lista de actos que pudiera pretenderse omitiera por falta de previsión algunos otros, y pudiera ello advertirse más tarde. Sin embargo, como es evidente que las fórmulas generales pueden dar lugar a su vez a problemas -precisamente por su falta de concreción-, existen otras posibilidades diversas de graduación de la capacidad en la sentencia, de manera que en ocasiones se enuncian los actos concretos para los que se necesita asistencia y en otros casos, a la inversa, se declara la incapacitación general, dejando a salvo una serie de actos concretos. En el caso de incapacitación por enfermedad mental en que el enfermo carece de

conciencia -al menos completa- de su enfermedad y de la voluntad necesaria de someterse a un tratamiento, es frecuente declarar a la persona incapaz para cuidarse, precisando de otra persona que supervise su sometimiento a dicho tratamiento médico o asistencial. En la esfera patrimonial también puede declararse a la persona incapacitada para administrar sus bienes, precisando de un curador para complementar su capacidad en todos aquellos actos respecto de los cuales un tutor necesita de la autorización judicial; pero en otros casos puede declarar a la persona capacitada para administrar sus bienes, si bien no para disponer de ellos por sí sola, necesitando del complemento de capacidad del curador; o también puede, en fin, declararse la incapacidad para administrar y disponer de sus bienes, necesitando de otra persona que realice por él estos actos, estando este tutor sujeto al régimen de control y autorizaciones preceptivas; etc. Por otro lado, conviene tener presente que, ya sea la incapacitación total o parcial, existen determinados límites infranqueables a la facultad de representación del tutor, tal y como veremos enseguida.

La sentencia de incapacitación de un adulto por enfermedad mental grave determinará siempre el régimen de tutela o curatela aplicable al incapacitado, pero dicha determinación no supone necesariamente la designación de la persona concreta que deba asumirla, a no ser que se hubiera solicitado expresamente en la demanda de incapacitación (art. 759.2º y 760 LEC). Efectivamente, tal y como ya se ha dicho líneas más arriba, junto con la demanda de incapacidad se puede acumular la de nombramiento de la persona o personas que asistan o representen al presunto incapaz en el caso de ser declarado tal; es decir, cabe que además de la declaración de incapacidad, se pida también el nombramiento del tutor o curador. Pero en la actualidad cabe también la posibilidad de que en la demanda de incapacitación no se acumule la pretensión de nombramiento de tutor, en cuyo caso, posteriormente habrá de acudir a un trámite de jurisdicción voluntaria, tal y como sucedía antes, en todo caso con arreglo a la regulación anterior.

El primer supuesto -esto es, que en la propia demanda se solicite y en consecuencia en la propia sentencia de incapacitación se nombre a la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapacitado- constituye una novedad introducida por el legislador de la LEC del año 2000. Con arreglo a la regulación anterior, el nombramiento se producía siempre en trámite de jurisdicción voluntaria posterior al proceso de incapacitación, por aplicación de la Disposición Adicional de la Ley 13/83, de 24 de octubre, que establecía que *los demás procedimientos derivados de los Títulos IX y X del Libro X del C.c. se tramitarán por las Disposiciones de la LEC sobre Jurisdicción Voluntaria*⁽⁸⁵⁾. Por el contrario, ahora, dentro del propio proceso contradictorio de incapacitación puede discutirse y resolverse sobre la persona en concreto que ha de ocupar el cargo, sin necesidad de acudir a un trámite posterior de jurisdicción voluntaria.

(85) Vid. así expresamente STS de 27 de julio de 1993 y STS de 27 de enero de 1998.

La intención del legislador es clara: con esta posibilidad trata de buscarse economizar actuaciones procesales y tiempo, de tal manera que se puedan unificar los dos pronunciamientos en una misma sentencia. Y lo cierto es que puede afirmarse que la regulación actual parece plausible: en primer lugar, porque el proceso de incapacitación ofrece en general más garantías que el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria; y también porque resulta más ventajoso por economía procesal, toda vez que si el trámite fuera de Jurisdicción Voluntaria, en caso de oposición el procedimiento se convertiría en contencioso dilatándose en exceso una tramitación que, por la naturaleza de la materia de que se trata, debe ser ágil. Sin embargo, debe decirse que, dada la naturaleza de la decisión sobre el cargo tutelar, ello no puede impedir que posteriormente sea necesaria la remoción del cargo dispuesto en dicha sentencia⁽⁸⁶⁾, lo que habrá de hacerse forzosamente mediante un trámite de Jurisdicción Voluntaria posterior.

Cuando se hubiese solicitado junto con la demanda de incapacitación la designación de la persona que haya de hacerse cargo de la tutela o curatela, también habrá de pronunciarse la sentencia sobre este punto. En tal caso, habrá de procederse a la práctica de prueba específica para la determinación de en quién debe recaer el nombramiento (art. 759.2 LEC), lo que significa que, aparte de las pruebas relativas a la procedencia o no de la incapacitación, debe atenderse a la prueba dirigida a que el Juez forme juicio acerca de este punto concreto del nombramiento de la persona en quien haya de recaer el cargo tutelar del incapaz, debiendo tratar de advertir el Juez además si el presunto incapaz tiene juicio suficiente para opinar sobre la persona que debe asumir el cargo tutelar, manifestando alguna preferencia al respecto o por el contrario manifestando quizás algún rechazo particular. Punto éste en el que la asistencia del informe médico le será de enorme utilidad también al Juez, y no sólo para la determinación de la incapacidad. Igualmente en la audiencia a los parientes se les preguntará por la persona a su juicio más idónea para la asunción de las funciones tutelares, en interés siempre del presunto incapaz. Y lo mismo cabe decir respecto a la audiencia a las demás personas que permite el art. 759.2 LEC, teniendo en cuenta que no siempre la persona que vaya a ejercitar la tutoría o que vaya a representar al presunto incapaz tiene que encontrarse en el círculo de parientes cercanos, pudiendo ser alguien distinto a las personas clasificadas en el art. 757.1 (arts. 759.2 y 760.2 LEC).

Pero, tanto en el caso de que la designación de la persona que haya de asumir las funciones tutelares se haga en el mismo trámite de la sentencia

(86) Según establece el art. 247 C.c.: *Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.*

El art. 248 C.c. dispone que: *El Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada, decretará la remoción del tutor, previa audiencia de éste si, citado, compareciere. Asimismo, se dará audiencia al tutelado si tuviere suficiente juicio.*

Añaden los arts. 249 y 250 C.c. respectivamente lo que sigue: *Durante la tramitación del procedimiento, podrá el Juez suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial." Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo tutor en la forma establecida en este Código.*

como en el caso de que se determine posteriormente en trámite de jurisdicción voluntaria, para la determinación en uno y otro caso ha de estarse a lo dispuesto en el C.c. en orden a la delación de la tutela. Y en dicha regulación destaca la reciente reforma operada para incorporar la figura de la llamada autotutela.

Debe decirse que la discrecionalidad judicial -ya en la propia sentencia de incapacitación, ya en trámite posterior- para la designación de la persona que haya de asumir la función tutelar varía según haya o no delación voluntaria. Hasta la reforma del C.c. operada por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad, el sistema era el siguiente: si existía delación voluntaria de los padres, conforme a lo dispuesto en los arts. 223 y 224 C.c., el Juez debía seguir esta voluntad, pudiendo apartarse de ella sólo si así lo exigiera el beneficio del incapacitado, exponiendo en la sentencia las razones; a falta de dicha delación voluntaria, el Juez habría de proceder a designar el tutor partiendo del orden de prelación del art. 234 C.c., pudiendo apartarse de dicho orden sólo si así lo exigiera el beneficio del incapacitado, ya sea alterando la prelación legal, o designando a otra persona ajena a las llamadas por Ley para asumir la tutela, pudiendo también nombrar a una persona jurídica (art. 234 C.c.); a falta de dichos parientes, el Juez habría de designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considerase más idóneo. En el año 2003 fue promulgada la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Formativa Tributaria con esta finalidad, cuyo objeto inmediato es la regulación de una masa patrimonial, *el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad*, al que haremos referencia más adelante, pero que también incorpora otras modificaciones legislativas que tratan de mejorar el panorama jurídico de protección de dichas personas. Entre tales medidas se encuentra la regulación de la autotutela, a la que dedicaremos un análisis más adelante, que viene a modificar el orden de delación de la tutela, prefiriendo en primer lugar como tutor al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al Juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado, pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueran tenidas en cuenta al efectuar la designación. En consecuencia, en el nuevo régimen del C.c. el sistema es el siguiente: si existiera delación voluntaria del presunto incapaz, el Juez seguirá esta voluntad, salvo que otra cosa decida el Juez en beneficio del incapacitado, exponiendo en la sentencia las razones que le han llevado a otra conclusión; en defecto de delación voluntaria del presunto incapaz, y si existiera delación voluntaria de sus padres, conforme a lo previsto en los arts. 223 y 224 C.c., el Juez seguirá esta voluntad, igualmente salvo que otra cosa entienda el Juez en beneficio del incapacitado, exponiendo en la sentencia las razones que le han llevado a otra conclusión; a falta de delación voluntaria, el Juez procederá a designar al tutor, partiendo del orden de prelación que establece el art. 234 C.c., pudiendo apartarse de

dicho orden igualmente en beneficio del incapacitado, ya sea alterando la prelación o designando a otra persona ajena a las llamadas por la Ley para asumir la tutela, pudiendo nombrar también a una persona jurídica (art. 234 C.c.), entrando en juego en su defecto lo dispuesto en el art. 235 C.c. En todo caso, la sentencia deberá motivar la designación y podrá contener también medidas de vigilancia y control previstas en la delación voluntaria o que el Juez estime oportunas, siempre en beneficio del tutelado (art. 233 C.c.), así como la remuneración del cargo tutelar (art. 274 C.c.).

Por lo que se refiere al régimen de impugnación, la sentencia dictada en primera instancia en un proceso de incapacitación -ya sea estimatoria, ya desestimatoria⁽⁸⁷⁾- produce efectos de cosa juzgada una vez que alcanza la firmeza. Pero antes de ser firme puede ser recurrida en apelación. Y dicho recurso de apelación se entenderá en ambos efectos (art. 455 y ss. LEC), excluyéndose en el art. 525.1 LEC de forma expresa la ejecución provisional de las sentencias dictadas en los procesos de capacidad y estado civil (así como paternidad, maternidad...) *salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso. Por su parte, el art. 759.3 LEC dispone que: Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo*, disposición con la que la LEC recoge la jurisprudencia ya establecida sobre la necesidad de que el Tribunal de apelación que revoca la sentencia dictada en primera instancia pueda declarar la incapacidad realizando la prueba obligatoria, y a su vez amplía dicha interpretación, puesto que aquella se centraba básicamente en la prueba de examen del presunto incapaz, y sin embargo las disposiciones aludidas -contenidas en los apartados anteriores de este artículo- no sólo se refieren a dicha prueba, sino a las otras dos pruebas obligatorias e ineludibles (informe médico y audiencia a pariente).

Puede afirmarse que la exigencia del art. 759.3 LEC obedece a dos razones: una enlaza con la realidad de que la incapacidad, como situación personal, puede cambiar en el transcurso del tiempo que va desde la tramitación en primera instancia hasta la de la segunda instancia; la persona puede haber mejorado o empeorado en su salud mental, pues no se puede olvidar que en este tipo de patologías, la falta de capacidad "natural" de autogobierno es menos previsible en el tiempo, careciendo del grado de estabilidad que está presente en mucha mayor medida en otros colectivos de discapacitados, y ello principalmente porque la enfermedad mental frecuentemente cursa a través de crisis o episodios agudos y fases diversas que pueden ir sucediéndose cíclicamente a lo largo de buena parte de la vida del enfermo. La segunda razón estriba en

(87) Naturalmente, la desestimación de la demanda no impedirá iniciar un nuevo proceso basado en hechos nuevos, por ejemplo, un agravamiento significativo de la enfermedad. A su vez, la sentencia de incapacitación no impedirá un proceso posterior para revisar el grado de la misma y aun también para la reintegración de la capacidad, siempre -naturalmente- que las circunstancias se hayan visto modificadas.

III. Consideraciones críticas y propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico estatal de protección de la discapacidad por enfermedad mental

que sólo de esa manera se preserva en toda su integridad el principio de inmediación⁽⁸⁸⁾; y hasta tal punto es importante la inmediación en la práctica de las pruebas prescritas en el art. 759.1 LEC (reconocimiento judicial del presunto incapaz, informe médico y audiencia de parientes) que para resolver la apelación de la sentencia de incapacitación, será necesario que la A.P. correspondiente vuelva a practicar estas pruebas en la segunda instancia; el tribunal de apelación puede formar una opinión distinta, pero siempre previa práctica de las pruebas mencionadas⁽⁸⁹⁾.

Pero en materia de prueba en segunda instancia es fundamental recordar que, tal y como ya se ha dicho, la Ley permite (arts. 759.2 y 760.2 LEC) que, junto con la demanda de incapacidad se puede acumular la de nombramiento de la persona o personas que asistan o representen al presunto incapaz en el caso de ser declarado tal. Cabe advertir que dicha solución legislativa puede ocasionar un problema en relación con la impugnación de la sentencia; porque efectivamente puede darse el supuesto de que se apele la sentencia, pero no por disconformidad con el objeto principal de la sentencia -esto es, la incapacitación-, sino por disconformidad con la designación concreta del tutor, echándose de menos una previsión normativa similar a la dispuesta en el art. 774.5 LEC, en el sentido de que, cuando la apelación afecte sólo al nombramiento de los cargos tutelares, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre declaración de incapacidad⁽⁹⁰⁾.

D) REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y MODIFICACIÓN DE SU ALCANCE

Aunque a veces algunos sectores doctrinales han tenido dificultades a la hora de calificar la naturaleza jurídica del proceso que permite posteriormente modificar la declaración de incapacitación efectuada con anterioridad⁽⁹¹⁾, debe decirse que en realidad el problema es inexistente. Si resulta que la cosa juzgada de las sentencias firmes -sean estimatorias o desestimatorias- excluye, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo (así expresamente lo establece el art. 222.1 LEC), en consecuencia queda

(88) Vid. CORTÉS DOMINGUEZ, "Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades," cit., p.99.

(89) Mejorando así, por cierto, la tesis formulada por reiterada jurisprudencia emanada vigente la regulación anterior, que ponían el acento sólo en la exigencia de la prueba del examen judicial del demandado, de tal manera que -se afirmaba- el Tribunal de apelación puede formar una opinión distinta, pero examinando previamente al demandado para poder declarar su incapacidad (así, entre otras, STS de 12 de junio de 1989; STS de 20 de febrero de 1989; STS de 12 de junio de 1989; STS de 20 de marzo de 1991; y STS de 24 de mayo de 1991). Ahora no sólo se exige la práctica de esta prueba, sino también la de las otras dos pruebas mencionadas: informe médico y audiencia de parientes.

(90) Efectivamente, en el art. 774.5 LEC en materia matrimonial, el legislador, a fin de que el pronunciamiento principal del procedimiento matrimonial adquiriera firmeza cuanto antes en los supuestos en que los cónyuges lo consienten, el legislador introdujo una novedosa norma jurídica en relación con el recurso de apelación contra la sentencia, de tal manera que si la impugnación afecta sólo a los pronunciamientos sobre medidas, se declara la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio: 5. *Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio.*

(91) Como exponente de tales dificultades, puede verse lo expuesto en BANACLOCHE PALAO, "El proceso de reintegración de la capacidad de obrar," ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.

entonces claro que, sin perjuicio de la eficacia de cosa juzgada que produce la sentencia estimatoria de incapacitación, posteriormente podrá instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar en su caso el alcance de la incapacitación ya declarada judicialmente con carácter previo. Es decir, que la firmeza de la sentencia de incapacitación no puede impedir que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso, puesto que la pretensión u objeto del proceso no será ya idéntico al anterior. El único requisito para que esto sea posible es que hayan sobrevenido nuevas circunstancias, de tal manera que entonces la pretensión a ejercitar será distinta y en consecuencia no podrá servir de excepción el juego de la cosa juzgada de la sentencia dictada anteriormente.

El art. 761 LEC, bajo el enunciado concreto de *Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación*, en una regulación que conserva los antecedentes de la regulación antes contenida en los arts. 212 y 213 C.c.⁽⁹²⁾ pero a su vez desarrolla aquella con disposiciones más completas reguladoras del procedimiento, de tal manera que la Ley prevé que pueda modificarse la extensión de la incapacidad declarada -ya para agravarla ya para reducirla-, o incluso pueda reintegrarse plenamente la capacidad de obrar de una persona, y ello como consecuencia de nuevas circunstancias sobrevenidas.

Si bien no son demasiado frecuentes los supuestos de reintegración de la capacidad, debe decirse que es precisamente en el colectivo de personas con enfermedad mental de larga evolución donde éstos son más frecuentes, precisamente por tratarse del colectivo en que existen mayores posibilidades de evolución de la enfermedad, puesto que la enfermedad mental no es un elemento estático, sino que puede haber variado a lo largo del tiempo transcurrido, y ello a pesar de las previsiones tomadas como base para dictar la sentencia. Así, puede estar justificada la reintegración de la capacidad en aquellos casos de enfermos que han experimentado un mejoramiento en el tratamiento médico y una adquisición de conciencia de enfermedad, de tal manera que la enfermedad ya no está descompensada, sino que ha mejorado perceptiblemente, pasándose a una situación de estabilidad que ha permitido al enfermo recuperar sensiblemente su autogobierno. Si la recuperación es menor puede verse modificado el alcance de la incapacitación, porque haya recuperado su capacidad de autogobierno parcialmente, de tal manera que se restrinjan las limitaciones a su capacidad de obrar.

El requisito fundamental es, pues, que la enfermedad mental incapacitante haya evolucionado favorablemente, sin que sea necesario que se haya producido una curación o remisión completa de la enfermedad.

(92) Los derogados arts. 212 y 213 C.c. disponían textualmente lo siguiente:

Art. 212: *La sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.*

Art. 213: *Corresponde formular la petición para iniciar el procedimiento a que refiere el artículo anterior, a las personas mencionadas en el art. 202, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al M.F. y al propio interesado.*

Basta con una simple mejoría en dicha enfermedad, de tal manera que entonces los requisitos que dieron lugar a la incapacitación declarada anteriormente no tienen ya la misma virtualidad. Debe quedar claro, además, que ninguna otra cuestión puede discutirse en estos procedimientos, salvo la petición que integra dicha pretensión: esto es, la petición de reintegración de la capacidad o bien de modificación del alcance de la incapacitación declarada previamente. Por lo demás, y dada la naturaleza de estos procedimientos y la disminución de la vigencia del principio dispositivo, nada excluye que solicitada la reintegración de la capacidad pueda declararse simplemente una modificación del alcance de la incapacitación, o viceversa.

- **Legitimación y capacidad:** Tal y como establece el art. 761.2 LEC, la legitimación activa corresponde no sólo a las personas que tienen concedida legitimación para instar el procedimiento de incapacitación (esto es, en virtud de la remisión operada a lo dispuesto en el art. 757.1 LEC, al presunto incapaz, al cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, a los descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz, y al M.F.), sino también a las personas que se encuentren ejerciendo cargo tutelar o tengan bajo su guarda al incapacitado. Cualquiera de ellos puede iniciar el proceso de reintegración de la capacidad o de modificación del alcance de la incapacitación siempre que consideren que se dan las nuevas circunstancias que viene a modificar la situación de incapacidad declarada judicialmente con anterioridad.

En cuanto a la legitimación pasiva, habrá de diferenciarse entre el supuesto en que la demanda la interponga el incapacitado, o bien cualquiera otra de las personas legitimadas: en el primer caso, la demanda se dirigirá contra todos los legitimados activamente, incluido el M.F.; en otro caso, es decir, si la demanda la interpone cualquiera otra de las personas legitimadas (incluido el M.F.), se dirigirá la demanda contra el demandado y contra el resto de personas activamente legitimadas.

La capacidad para comparecer del incapacitado dependerá de la extensión y los límites de la declaración establecida en la sentencia previa de incapacitación. Si la sentencia no ha privado al incapacitado de su capacidad para comparecer en juicio, en tal caso podrá comparecer por sí mismo, con su propia defensa y representación, al igual que hemos visto que puede comparecer por sí mismo en el proceso de incapacitación. Pero por las mismas razones, también hemos de añadir aquí que, con independencia de que no haya habido restricción a la capacidad de comparecer efectuada en la sentencia, la capacidad para comparecer debe corresponderse con la capacidad "natural" actual del incapacitado, de tal manera que si se detecta una situación de "incapacidad natural", el Juez deberá acordar que le defienda el M.F. o en su caso el Defensor judicial que se le nombre al efecto de inmediato.

En el supuesto de que la sentencia sí haya privado al incapacitado de su capacidad para comparecer en juicio, en tal caso comparecerá a través de quien ejerza el cargo tutelar, que será quien tenga atribuida la representación legal del incapaz. Pero en el caso de que quien ejerza el cargo tutelar no esté de acuerdo con la pretensión del incapacitado, así como en el supuesto de que fuera precisamente quien ejerce el cargo tutelar quien inicia el proceso, en dichas dos hipótesis el legislador establece que el incapacitado habrá de obtener una *expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo*. Habrá de entenderse que si dicha autorización judicial no es concedida, el incapacitado será defendido por el M.F. o en su caso por el Defensor Judicial nombrado al efecto.

- **Prueba y sentencia:** La sentencia que recae en los procesos de reintegración de la capacidad y de modificación del alcance de la incapacitación tiene la misma naturaleza que la sentencia que recae en la sentencia de incapacitación. Así, la sentencia desestimatoria es de naturaleza mero-declarativa, mientras que la sentencia estimatoria es de naturaleza constitutiva, por cuanto modifica la situación jurídica preexistente (acentuándola, disminuyéndola o extinguiéndola)⁽⁹³⁾. Como dice expresamente, el apartado 3.º del art. 761 LEC antes transcrito, *la sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta*.

Si la sentencia deja sin efecto la incapacitación -esto es, si se trata de una sentencia de reintegración de la capacidad de obrar total- en tal caso se extinguirá el régimen tutelar, puesto que se hace innecesario mantener un régimen tutelar cuando la persona recupera su capacidad de obrar.

Si la sentencia modifica la extensión y los límites de la incapacitación, en tal caso sólo se altera el alcance de la incapacitación, pero no se recupera plenamente la capacidad de obrar. Por ello, la sentencia debe precisar con claridad cuáles van a ser en adelante los límites establecidos a la capacidad de obrar del incapacitado parcialmente, pudiendo suceder que la sentencia establezca una mayor limitación de la misma o por el contrario una ampliación de la capacidad de obrar del incapacitado. Si es que la situación del enfermo ha empeorado, la sentencia establecerá una mayor limitación de su capacidad de obrar, por ejemplo, sujetando al enfermo a tutela en vez de a curatela. Si por el contrario ha mejorado, la sentencia podría establecer que el enfermo se sujete a curatela en vez de a tutela.

(93) Siguiendo la doctrina de CORTÉS DOMÍNGUEZ, expuesta claramente en "Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades", cit., p.99.

Dada la naturaleza especial de estos procesos, en materia de congruencia de la sentencia sólo habrá incongruencia cuando el Juez no se pronuncie sobre todas las cuestiones planteadas o no haya especificado el nuevo régimen tutelar como consecuencia de la modificación de la capacidad declarada.

También se establece de forma expresa que habrán de practicarse de oficio -es decir, aunque no hayan sido solicitadas por las partes- las pruebas preceptivas a que se refiere el art. 759 LEC (examen del incapacitado, dictamen pericial y audiencia de los parientes más próximos), tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda, lo que no excluye -naturalmente- la práctica de cualesquiera otras pruebas que sean admisibles y resulten pertinentes a criterio judicial, bien sean solicitadas a instancia de parte o igualmente practicadas de oficio. La preocupación del legislador de exigir que en caso de que la sentencia que recaiga en estos procedimientos resulte impugnada, en tal supuesto deban practicarse nuevamente tales pruebas -en regulación acorde con lo establecido en el art. 759.3 LEC para el proceso de incapacitación- obedece a una razón muy clara: no sólo es que las circunstancias a que debe atenderse son las actuales, y han podido verse modificadas desde que recayó la sentencia en primera instancia hasta el momento en que se resuelve el recurso (primera razón); sino que sólo así se salvaguarda debidamente el principio de inmediación (segunda razón).

E) NECESIDAD DE CLARIFICACIÓN EN LOS LÍMITES DE LA FACULTAD DE REPRESENTACIÓN

El art. 267 C.c. establece que *el tutor es el representante del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición de la Ley o de la sentencia de incapacitación*, y puede afirmarse que esta disposición constituye el eje nuclear que determina el régimen jurídico de la facultad de representación del tutor. De tal manera que ha de entenderse que las funciones tutelares -que constituyen un deber y deben ejercerse siempre en beneficio del tutelado, bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 216 C.c.) y la vigilancia del M.F. (art. 232 C.c.)-, se extienden a todos los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo por tener limitada la capacidad de obrar en virtud de una sentencia de incapacitación. Y ello es así porque se entiende que el tutor completa la capacidad de obrar del sujeto incapacitado en la medida en que lo determina la sentencia incapacitadora.

Esto es precisamente lo que quiere decir el legislador en el art. 267 C.c. Pero lo cierto es que la norma también añade algo más, y es que existen ciertos actos que el incapacitado puede realizar solo – y ello no sólo por disposición de la sentencia de incapacitación- y que, en tales casos, ahí cesa la tarea de representación del tutor.

¿Cuáles son exactamente esos actos que puede realizar por sí solo el incapacitado?

Cabe observar que la norma del sistema del Derecho Civil Común, a diferencia de lo que sucede en el Código de Familia de Cataluña aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio⁽⁹⁴⁾, no contiene una previsión normativa que excluya de forma expresa la representación del tutor, de tal manera que se establezca con claridad cuáles son dichos límites. Como ya hemos dicho, el art. 267 C.c., más lacónicamente, se limita a determinar que *El tutor es el representante del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición de la Ley o de la sentencia de incapacitación*, de tal manera que los actos que puede realizar por sí solo el incapacitado serán aquéllos que establezca la Ley o la sentencia de incapacitación.

Pero lo cierto es que, al no determinarse claramente cuáles son los actos de disposición que deben ser excluidos del ámbito de representación del tutor en el ejercicio de sus funciones, se plantean ciertas dudas.

En realidad, lo primero que cabe advertir al analizar el contenido de la norma del art. 267 C.c. es que la disyuntiva establecida (actos que pueda realizar por sí solo, *ya sea por disposición de la Ley o de la sentencia de incapacitación*) induce a la confusión, porque parece que el legislador quiera decir lo que en realidad no es posible. Efectivamente, no se trata de que la sentencia de incapacitación pueda declarar algo no querido o al margen de la Ley, puesto que el Juez –todo Juez– se encuentra sometido de forma absoluta al imperio de la Ley, de tal manera que no puede haber restricción alguna del ámbito de la representación del tutor si no es por disposición legal. Lo que con poca fortuna en los términos empleados quiere decir el legislador en esta disposición es que existen algunos supuestos específicos en que las Leyes no permiten la representación del tutor por tratarse de actos personalísimos; y que existen otros casos en que, sin tratarse de tales actos personalísimos, las Leyes permiten que la sentencia de incapacitación pueda restringir la representación del tutor -o lo que es lo mismo, autorizar su realización al incapacitado- expresamente, y ello con independencia de que la incapacitación sea total o parcial. De tal manera que sí existen ciertos actos excluidos del ámbito de la representación del tutor y ello siempre por disposición legal.

Pero además de los actos que puede realizar por sí solo el incapacitado en virtud de lo dispuesto en el art. 267 C.c., existen otros límites de la facultad de representación del tutor derivados de otras disposiciones normativas, a saber: actos excluidos de la administración

(94) El art. 209.2 del Código de Familia Catalán dispone cuáles son los actos excluidos de la representación del tutor en los siguientes términos:

- a. Los relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen lo dispongan de otro modo.
- b. Los que, de conformidad con las leyes y las condiciones de la persona tutelada, puede realizar por sí misma.
- c. Aquellos en los que hay un conflicto de intereses con el tutelado o tutelada.
- d. Los relativos a los bienes excluidos de la administración de la tutela o, en su caso, de la administración patrimonial, en particular los que sean objeto de la administración especial definida en el artículo 169.
- e. Los relativos a los bienes que el menor que tenga dieciséis o más años haya adquirido con su trabajo o industria. Para los actos que excedan de la administración ordinaria, el menor necesita la asistencia del tutor o tutora.

del tutor y actos excluidos del ámbito de la representación del tutor por existencia de un conflicto de intereses, de tal manera que en todos estos supuestos nos encontramos ante limitaciones de la representación del tutor, bien porque el legislador considera que dicha representación es superflua cuando se trata de actos que puede realizar el propio incapacitado, bien porque entiende que el tutor no puede ejercer válidamente su representación en ciertas situaciones.

Veámoslos a continuación.

1. Actos excluidos de la administración del tutor

- *Régimen de prohibiciones, de autorización previa y de aprobación posterior.*

La sentencia de incapacitación no podrá franquear en ningún caso los límites que provienen del régimen de actos que le están prohibidos al tutor en el art. 221 C.c., ni los límites que provienen del régimen de autorización judicial previa y de aprobación posterior previstos en los arts. 271 y 272 C.c., y ello por el carácter de orden público que se entiende que tienen tales normas.

El régimen de las prohibiciones viene establecido en el art. 221 C.c. en los siguientes términos: Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: 1. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión. 2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3. Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Por su parte, el art. 271 C.c. *dispone cuáles son los actos para los que el tutor necesita expresamente autorización judicial: 1. Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2. Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3. Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado. 4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8. Para dar y tomar dinero a préstamo. 9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.*

En virtud de lo dispuesto en el art. 272 C.c., no necesitará autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero sí requerirán aprobación judicial una vez practicadas.

Antes de proceder a la autorización o aprobación de cualquiera de los actos contemplados en los arts. 271 y 272 C.c., el Juez debe oír al M.F. y al tutelado, y también habrá de recabar los informes que estime pertinentes o le sean solicitados.

– *Actos relativos a bienes excluidos de la administración del tutor.*

El Código de Familia Catalán dispone expresamente en el art. 209.2.d. que se excluyen de la representación del tutor los actos *relativos a los bienes excluidos de la administración de la tutela, o, en su caso, de la administración patrimonial, en particular, los que sean objeto de la administración especial definida en el art. 169*. Y en virtud de dicha remisión legal, resulta que quedan excluidos de la actuación tutelar -o en su caso de la administración patrimonial- los bienes adquiridos por la persona tutelada por donación, herencia o legado, cuando el donante o causante ha ordenado una administración especial de los mismos y ha nombrado a la persona que debe ejercerla.

Por su parte, y a pesar de que en el C.c. no existe una previsión normativa similar, está claro que existen determinados actos excluidos de la administración del tutor, y así sucede con los ordenados en el art. 227 C.c., en cuya virtud el que disponga de bienes a título gratuito a favor de un incapacitado puede establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla; de tal manera que las funciones de dicha administración no le corresponderán siempre que exista un administrador “ad hoc”; si bien sí le corresponderán al tutor en tal caso las funciones no conferidas expresamente a dicho administrador⁽⁹⁵⁾.

– *Supuestos de conflicto de intereses.*

Aunque no enunciado con la misma rotundidad que en el Código de Familia Catalán⁽⁹⁶⁾, debe decirse que en el C.c. se da carta de naturaleza al supuesto de conflicto de intereses en diversos preceptos. En primer lugar, se contempla como una prohibición en el art. 221.2 C.c., de tal manera que se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar representar al tutelado cuando en el mismo intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Por otro lado, y según lo dispuesto en el art. 244.4 C.c., es causa específica de inhabilidad, por cuanto: *Tampoco pueden ser tutores: (...) 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes o los que le adeudaren sumas de consideración.*

Dos puntos de interés deben destacarse al respecto. Por un lado, debe advertirse que el art. 244.4 C.c. añade el calificativo de “importante” al conflicto de intereses, de tal manera que en principio quedan excluidos

(95) Vid. GONZÁLEZ POVEDA, “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela,” ed. CGPJ, Madrid, 1998.

(96) Según lo dispuesto en el art. 209.2.c. del Código de Familia Catalán, se excluyen de la representación del tutor los actos en los que haya un conflicto de intereses con el tutelado o tutelada.

los problemas de pequeña entidad; ahora bien, dado que la percepción de la importancia de un problema es una cuestión muy variable y dependiente de la personalidad de los sujetos implicados en el conflicto, el Juez habrá de procurar siempre una interpretación del conflicto planteado acorde con el principio legal de que las funciones tutelares deben ejercerse siempre en beneficio del tutelado. También debe tenerse en cuenta que lo dispuesto en el art. 246 C.c. matiza el alcance de tal circunstancia de inhabilidad para ser tutor, en cuanto que establece que dicha causa de inhabilidad -al igual que la contemplada en el art. 243.4- no se aplicará a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueron conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del incapacitado.

Según se establece en el art. 247 C.c., será causa de remoción de la tutela el haber incurrido en causa legal de inhabilidad después de deferida la tutela, de tal manera que si el conflicto de intereses "importante" surgiera después, el Juez, de oficio o a solicitud del M.F., del tutelado o de otra persona interesada decretará la remoción del tutor, previa audiencia de éste si compareciere, dándose también audiencia al tutelado si éste tuviere suficiente juicio. También debe entenderse implícitamente incluido el supuesto de conflicto de intereses, ya originario o inicial, ya sobrevenido, en las causas de excusa para el desempeño de la tutela enunciadas en el art. 251 C.c., cuando dispone que: *Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.* Si el conflicto es originario, deberá alegarse tal circunstancia dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviere conocimiento del nombramiento. Si el conflicto es sobrevenido, el tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela y ello sin límite de tiempo (arts.253 y 255 C.c.); si bien en este caso, el art. 253 C.c. supedita la excusa a que haya persona de parecidas condiciones para sustituirle, requisito éste de dudosa interpretación ciertamente; admitida la excusa se procederá al nombramiento de nuevo tutor (art. 258 C.c.), si bien en tanto se resuelve podrá seguir ejerciendo la función tutelar o podrá ser nombrado un defensor que le sustituya (art. 256 C.c.).

2. Actos que pueda realizar por sí solo el incapacitado por disposición legal o por disposición de la sentencia

A estos actos se refiere expresamente el mencionado art. 267 C.c., constituyendo en realidad el único supuesto de límites a la capacidad de representación del tutor expresamente previstos en la norma (*El tutor es el representante del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición de la Ley o de la sentencia de incapacitación*), y sin duda el que resulta más problemático en la práctica.

Ya hemos dicho que, a pesar de la poca fortuna en la sintaxis (el uso de la disyuntiva *ya sea por disposición de la Ley o de la sentencia de*

incapacitación induce claramente a confusión, como si fuera posible que la sentencia de incapacitación pudiera declarar cosa distinta de lo que la Ley permite), lo que quiere decir con poca fortuna el legislador en esta disposición es que existen algunos supuestos específicos en que las Leyes no permiten la representación del tutor por tratarse de actos personalísimos; y existen otros casos en que, sin tratarse de tales actos personalísimos, las Leyes permiten que la sentencia de incapacitación pueda restringir la representación del tutor o lo que es lo mismo autorizar su realización al incapacitado expresamente, y ello con independencia de que la incapacitación sea total o parcial. De tal manera que debe quedar claro que, al fijar la extensión de la incapacidad, la sentencia no puede traspasar ciertos límites que resultan infranqueables incluso tratándose de una incapacitación total. Efectivamente, existe otro tipo de límites legales que rigen incluso tratándose de una incapacidad total: porque tampoco en este caso podrá el tutor -nombrado para velar por el tutor incapacitado y representarlo- decidir por él en la esfera de sus derechos personalísimos.

En el Código de Familia Catalán el art. 209.2.a. dispone que se excluyen de la representación a que se hace referencia en el apartado 1 (apartado que define la función del tutor como el representante legal del tutelado dentro del ámbito de sus competencias) *los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen lo dispongan de otro modo*. Aunque en el sistema del Derecho Civil Común no hay una previsión similar, lo adecuado es entender que los derechos relativos a la personalidad (a testar, a reconocer un hijo, a contraer matrimonio o solicitar la separación o el divorcio, a pedir la nacionalidad, etc.) no pueden ser restringidos sino sólo con la misma salvedad.

En consecuencia, debe estar claro que, al margen de que la declaración de incapacidad sea total o parcial, existen algunos derechos de la personalidad de los que no queda privado el incapacitado si no se hace un pronunciamiento expreso en tal sentido, de tal manera que no cabe entender que la incapacitación total necesariamente conlleve consigo la privación de tales derechos. De ahí la importancia de que las sentencias de incapacidad describan de forma clara y precisa los actos jurídicos que el afectado puede realizar y los que no, pues en otro caso habría de entenderse que dichas dudas sólo surgirían entonces en los casos en los que la persona con enfermedad mental no se encuentra incapacitada, por cuanto si lo estuviese, el alcance de la incapacitación debiera estar explicitado perfectamente en la propia sentencia de incapacitación. Sin embargo, lo cierto es que las sentencias de incapacitación no siempre describen de forma clara los actos jurídicos que el afectado puede realizar y los que no, siendo lo más habitual la utilización de fórmulas que expresan sólo que el paciente no puede administrar sus bienes y sí su persona, o bien que no puede gobernar ni sus bienes ni su persona.

Pero también debe hacerse hincapié en que el precepto no limita al tutor sobre derechos que sean personalísimos del tutelado, sino sobre derechos que, por el grado de discernimiento y madurez del incapacitado pueda realizar por sí mismo, que no es exactamente lo mismo.

A continuación veamos algunas de las hipótesis más interesantes.

– *En materia sucesoria, electoral y laboral:* La enfermedad mental, en términos generales, no impide testar, debiendo valorarse si la persona que la padece puede o no testar, sin formularse nunca juicios absolutos que impliquen incapacidad de una persona para realizar actos o funciones, a pesar de que tengan una enfermedad mental. El C.c. así lo entiende, al establecer que en su art. 662 que pueden testar todos aquéllos a quienes la Ley no lo prohíba expresamente, y señalando como incapacitados para testar sólo a los menores de 14 años y a quienes *habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio* (art. 663 C.c.). Además, en virtud de lo dispuesto en el art. 665 C.c. se deduce también que tampoco podrán testar las personas incapacitadas cuya sentencia de incapacitación establezca expresamente que no pueden testar. Por su parte, el art. 666 C.c. establece que para apreciar la capacidad del testador, se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento, lo que tiene una importancia y una significación muy especial -otra vez- en el caso de la enfermedad mental, por cuanto dichos enfermos sufren frecuentes oscilaciones en su estado, con crisis y remisiones temporales, etc.

Del conjunto de tales disposiciones pueden extraerse tres conclusiones. En primer lugar, cuando la persona con enfermedad mental se encuentra incapacitada judicialmente, y la sentencia establece expresamente que no puede testar, la situación no ofrece duda alguna: será quien supla legalmente su falta de capacidad de obrar en este ámbito quien habrá de otorgar dicho testamento; si las circunstancias sobrevinidas de evolución favorable de la enfermedad indican otra cosa podrá instarse la modificación del alcance de la incapacitación que afecta a este punto, o en su caso la reintegración total de la capacidad; pero si no existe tal cambio en la declaración de la incapacitación, debe entenderse que la limitación o restricción permanece. En segundo lugar, cuando la persona con enfermedad mental se encuentra incapacitada pero la sentencia de incapacitación no contiene pronunciamiento expreso acerca de su capacidad para testar, en dicho caso, la solución viene dada por lo establecido en el art. 665 C.c.⁽⁹⁷⁾: *Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente lo reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*, en cuya virtud es importante destacar varios aspectos: 1ª) habrán de ser dos facultativos, no bastando el informe de uno sólo; 2ª) aunque la Ley no precisa quiénes deban ser tales facultativos, ni requiere una profesión determinada, debería tender a

(97) Debe decirse que el art. 116 del Codi de Sucesions Catalán emplea una fórmula más desafortunada que el art. 665 C.c., pues no queda claro si, al autorizar el testamento notarial abierto en intervalo lúcido de quien habitualmente está privado de capacidad, esté o no incapacitado, la sentencia de incapacitación puede excluir expresamente esta facultad de testar. Aunque el principal problema radica en cómo considerar que una persona *tiene habitualmente disminuida su capacidad natural*, el Notario no tiene por qué tener conocimiento de este hecho sino es que se lo refiere alguien.

exigirse una cualificación adecuada en tales facultativos, debiendo entenderse que habrán de ser preferentemente médicos psiquiatras, pero en su defecto, de otra especialidad, e incluso psicólogos; 3ª) para evaluar la capacidad del paciente, los facultativos designados deberán valorar su estado en el momento de otorgar el testamento, puesto que el examen sobre capacidad para testar debe realizarse en el mismo momento de otorgar el testamento, (art. 666 C.c.), para determinar si el individuo se encuentra quizás en un "intervalo lúcido". En tercer lugar, cuando la persona con enfermedad mental no se encuentra incapacitada, entonces rige plenamente lo dispuesto para la persona con enfermedad mental incapacitada sin pronunciamiento expreso en la sentencia. Este supuesto se producirá cuando el Notario detecte alguna anomalía que le haga sospechar la presencia de una enfermedad mental, no debiendo permitir la actuación sin haber tomado esta garantía legal.

En materia electoral, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y sus sucesivas modificaciones, establece que no pueden votar, con carácter general, *los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio y los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*. De aquí se deduce, igualmente, que la restricción a este derecho sólo puede ser expresamente limitado por el Juez en su sentencia de incapacitación, y al efecto el Juez habrá debido valorar en la prueba de reconocimiento judicial (exploración directa) la imposibilidad para comprender el sentido del voto, sin que en ningún caso pueda verse obligado el presunto incapaz en su momento o el incapacitado si es que se pretende la modificación del alcance de la extensión de la incapacitación verse obligado a expresar sus preferencias políticas, y ello por prohibición expresa constitucional. Por lo que se refiere al enfermo internado, si está incapacitado habrá de estarse a lo dispuesto en la sentencia. Pero si no está incapacitado -o si, estándolo, la sentencia no contenga pronunciamiento limitativo expreso al respecto- debe entenderse que tiene capacidad para votar, aunque su ingreso sea involuntario, salvo que la autorización judicial de ingreso establezca expresamente lo contrario.

En materia laboral, el art. 7 del Estatuto de los Trabajadores exige para la celebración de un contrato de trabajo la "plena capacidad de obrar"; disponiendo que en los supuestos de una persona con capacidad limitada, deberá haber una autorización expresa de su representante legal. De tal modo que la persona incapacitada podrá celebrar contratos de trabajo en los términos que prevea la sentencia de incapacitación, sin que pueda realizarlo por él su representante, que en todo caso, se limitará a intervenir prestando su autorización.

– *En los procesos matrimoniales:* En principio, la declaración de incapacidad, aunque sea total, no impide la celebración del matrimonio civil⁽⁹⁸⁾, no pudiendo la sentencia de incapacitación privar expresamente al incapaz del derecho a contraer matrimonio, aunque sí podrá establecer controles médico judiciales más rigurosos y especializados, pero sin eludir la competencia del encargado del Registro Civil para decidir en cada caso. Según lo dispuesto en el art. 56 C.c., quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, y *si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*. De tal manera que corresponde al Juez encargado del Registro Civil, previo informe médico de especialista, apreciar la capacidad para prestar el consentimiento del contrayente, y ello con independencia de que el contrayente afectado por deficiencia o anomalía psíquica se encuentre o no incapacitado judicialmente. Se trata de uno de esos supuestos en los que adquiere carta de naturaleza el concepto de capacidad/incapacidad “natural”, que debe ser apreciada en el momento concreto. Lo cual no quiere decir que, en su caso –es decir, si el enfermo se encuentra incapacitado- la sentencia de incapacitación resulte irrelevante, pues esto no es así, sino que lógicamente dicha sentencia necesariamente constituirá un elemento de convicción muy fuerte a tener en cuenta, junto con el dictamen médico, para que en caso de duda el Juez encargado del Registro pueda autorizar la celebración del matrimonio.

En cuanto a la **disolución del vínculo matrimonial**, no hay problema en entender que el tutor tiene legitimación para ejercer la acción de nulidad matrimonial, puesto que el art. 74 C.c. establece que: *La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al M.F y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ello*, de tal manera que quedaría incluido en el perfil de esa “cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ello”. Más complicada es la cuestión referida a la legitimación para ejercitar la acción de separación y divorcio de la persona incapacitada judicialmente. La duda es: ¿está legitimado el tutor, como representante del incapaz, para instar una acción de separación o divorcio en nombre de su pupilo, previa la autorización judicial a la que se refiere el art. 271.6 C.c.?

Existe una reiterada opinión doctrinal y jurisprudencial que, con base en lo dispuesto en el art. 81 C.c., limita a los cónyuges el ejercicio de la acción de separación matrimonial, no admitiéndola en consecuencia, porque -afirma- no obstante la generalidad de la atribución de la facultad de representación en el art. 267 C.c., existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor considerándose especialmente inadmisibles la representación del tutor en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos

(98) Puede consultarse CALVO SAN JOSÉ, M.J., “Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental”, Diario LA LEY, nº 6364, 22 de noviembre de 2005, p.6.

por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado, como sucede en el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado nuevo de los cónyuges o ex cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquel por el que se venían rigiendo; razón por la cual el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello.

Sin embargo, existe una interesante sentencia del T.C. (STC 311/2000, de 18 de diciembre de 2000) que representa un importante giro en relación con la posición constantemente mantenida por el T.S., al conceder legitimación a la madre y tutora de la incapacitada judicialmente para instar la separación matrimonial. Aunque el asunto tiene particularidades destacadas, como es la de que la tutela no está encomendada al cónyuge sino a la madre de la incapacitada, interesa ahondar en el asunto, porque pudiera arrojar luz con carácter general en la materia que se aborda aquí. En el caso de autos, la madre y tutora de la incapaz interpuso recurso de amparo contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, confirmatoria de otra dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo, en autos de juicio de separación matrimonial, que estimó falta de legitimación activa, por entender que las facultades del tutor no alcanzan a poder ejercitar la acción de separación matrimonial al amparo del art. 267 C.c., dado el carácter personalísimo de aquélla, dictando en consecuencia sentencia absolutoria en la instancia sin entrar a conocer del fondo del asunto. Los derechos fundamentales que la recurrente considera vulnerados y frente a cuya vulneración solicita el amparo son los de igualdad del art. 14 y de tutela judicial efectiva del art. 24.1 ambos de la Constitución española. Igualmente el M.F. interpuso recurso de casación en interés de la Ley contra dicha sentencia por supuesta infracción de los arts. 3, 267 y 271 C.c., así como de los arts. 24.1, 32.2 y 49 de la Constitución española.

Es oportuno destacar que las conclusiones alcanzadas por el T.C. y por el T.S. fueron divergentes e inconciliables en este caso.

La Sentencia 149/1999, de 27 de febrero de 1999, resolutoria del recurso de casación nº 1469/1998, interpuesto por el M.F., niega la vulneración de los preceptos mencionados, declarando en consecuencia no haber lugar al recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el M.F., afirmando entre otras cosas que no hay vulneración del art. 267 C.c., por cuanto, *no obstante la generalidad de la atribución de la facultad de representación en dicha norma, existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor al estar expresamente prohibidos porque en ellos no se admita la representación, como es el caso del matrimonio, y especialmente se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado, como sucede en el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado nuevo de los cónyuges o ex cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto*

de aquel por el que se venían rigiendo, razón por la cual el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello. Que no puede tampoco entenderse que la no autorización al tutor para el ejercicio de estas acciones suponga desigualdad entre los cónyuges⁽⁹⁹⁾, prohibida por el art. 32.1 en relación con el artículo 14 ambos de la Constitución española, porque tiene declarado con reiteración el T.C. que no toda desigualdad de trato legal respecto de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 de la Constitución española, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que pueda calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable y en el presente caso las consecuencias jurídicas diferenciadas tienen un fundamento objetivo como es la incapacidad declarada de uno de los cónyuges, que no puede calificarse de arbitraria dada la trascendencia que para el estado civil de la persona tienen las acciones de separación y divorcio.

Sin embargo, el T.C. considera que sí se ha vulnerado el derecho fundamental de tutela judicial efectiva de la demandante al negarle la legitimación como tutora para el ejercicio, en representación de su hija incapacitada, de la acción de separación del matrimonio, así como también se ha visto vulnerado el derecho fundamental a la igualdad, ello tras efectuar una argumentación jurídica en la que cabe destacar los siguientes puntos de interés: a propósito de la falta de legitimación activa, el T.C. recoge la doctrina sentada que impone a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de la misma para acceder a los procesos judiciales⁽¹⁰⁰⁾, recordando que la función del T.C. al respecto se circunscribe a constatar que las limitaciones establecidas en su caso por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer la pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas⁽¹⁰¹⁾, así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la

(99) Efectivamente, los argumentos que se recogen textualmente en la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo para denegar legitimación de la tutora para ejercitar la acción de separación matrimonial se centran fundamentalmente en la premisa de que el juzgador declara incuestionable: la de que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y otra incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y deberes.

Pero para la recurrente tal afirmación no sólo contradice el art. 49 de la Constitución que concede igualdad de derechos a los incapaces que al resto de los ciudadanos, aunque no sea objeto de amparo constitucional, sino que vulnera claramente el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, al discriminar a la incapacitada...

(100) Así, STC 24/1987, de 2 de febrero; STC 93/1990, de 23 de mayo; STC 195/1992, de 16 de noviembre.

(101) STC 10/1996, de 29 de enero; STC 12/1999, de 20 de enero.

disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental⁽¹⁰²⁾. A continuación, y atendidas las circunstancias en que se ha producido la negación a la recurrente de la legitimación para interponer, como tutora de su hija incapacitada, demanda de separación matrimonial contra el esposo de ésta, debe inquirirse si éste es un interés legítimo al que se le haya cerrado el acceso a la tutela judicial, en cuyo caso la vulneración del art. 24 sería innegable; tras afirmar que la separación matrimonial y al acción judicial tendente a obtenerla vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación, es innegable que dichos intereses y perjuicios posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso en éstos de modo más dramáticamente perceptible, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta del cónyuge capaz, de manera que dadas la situación teórica de dicha vitanda sumisión y de dicho indiscutible interés el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación es precisamente el ejercicio de tal acción. También afirma que la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia, y puesto que ésta se ha producido en el presente caso resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva contra la que se demanda el amparo. Entiende, igualmente, que el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos, en defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que derivan del art. 49 de la Constitución en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1, en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio, por lo que resulta también vulnerado el art. 14 de la Constitución.

(102) Entre otras, STC 285/1993, de 4 de octubre y STC 34/1994, de 31 de enero.

Y lo cierto es que negar dicha posibilidad con carácter general puede generar situaciones no deseadas por la Ley, y éste es el argumento más convincente de los empleados por el T.C. en su argumentación. Efectivamente, hay que coincidir en que, puesto que el art. 216 C.c. comprende la tutela como un deber que obliga al tutor a actuar siempre en beneficio del tutelado, en consecuencia debe comprender la legitimación del tutor para ejercitar cuantas acciones sean precisas para defender los derechos aun personales del tutelado, porque, dada la variedad de circunstancias en que se puede encontrar el incapaz, que no ha previsto el legislador expresamente, si no dejamos a su tutor ejercitar la acción de separación o divorcio resulta que pudiera suceder que estuviésemos obligando al incapaz a soportar -en su caso- el trato indigno que podría suponer cualquier situación matrimonial perjudicial para su persona o bienes, como por ejemplo, en el caso de malos tratos, abandono, o cualquier otro semejante que aconseje la suspensión de la vida en común. Por ello, de lo dispuesto en el art. 81 del C.c. no puede derivarse el carácter absoluto de la falta de legitimación del tutor, destacándose especialmente el alcance del concepto velar por el tutelado, como obligación de la tutela, considerando que difícilmente se puede compaginar el cumplimiento del deber de velar por el incapaz con la convivencia matrimonial de éste con un cónyuge no tutor que vaya incluso en contra de los intereses del incapaz, e incluso que no le preste la alimentación, educación o asistencia médica necesaria. En consecuencia, habrán de ser los Tribunales quienes habrán de ponderar las circunstancias en cada caso, sin que parezca posible formular una decisión con carácter absoluto.

F) OTRAS PROPUESTAS DE MEJORA

Respecto al *proceso de incapacitación de la persona con enfermedad mental*, analizado ampliamente en este trabajo, es oportuno trasladar a los enfermos, familiares y sociedad en general, los siguientes puntos de interés:

1. En primer lugar, que dicho proceso -siempre que efectivamente concurren los requisitos necesarios para ello- constituye la aplicación de un derecho de la persona con enfermedad mental, de cara a ver protegida su persona y su patrimonio. Lo cierto es que sigue firmemente arraigado en el colectivo de muchas familias la idea de que si acuden a los Tribunales están actuando en contra de los intereses de sus hijos o hermanos, o de que les van a perjudicar en sus posibilidades vitales de futuro. Por ello, debiera hacerse llegar a la sociedad el mensaje de algo que el mundo jurídico conoce bien, y es que dichos procesos ejercen precisamente un importante papel garante de las personas con enfermedad mental incapacitante. Consecuentemente, debe promoverse la normalización y agilización de este tipo de procesos judiciales, lo que exige una mejor dotación de medios personales y materiales especializados, en orden a poder otorgar una mejor garantía de la protección jurídica de las personas con estas enfermedades que requieran la incapacitación.

2. También es importante trasladar a la sociedad que no es preciso, de acuerdo con la Ley, que el impedimento para el autogobierno sea absoluto o total en la persona para que pueda resultar procedente la incapacitación judicial, sino que el Juez habrá de determinar la extensión y los límites de éstas, en función del grado de incapacidad que presente el afectado, dependiendo de lo cual se arbitrarán unos u otros mecanismos de protección para el incapaz, según necesite de otra persona que supla totalmente su falta de capacidad -y asuma todas las funciones de cuidado y representación del mismo-, o bien tan sólo precise de un auxilio, control o supervisión de sus actos para completar una capacidad de obrar limitada.
3. Igualmente debe tenerse presente que la Ley prevé que pueda modificarse la extensión de la incapacidad declarada -ya sea para reducirla, o bien para agravarla-, o incluso pueda reintegrarse plenamente la capacidad de obrar de la persona, ello como consecuencia de nuevas circunstancias sobrevenidas.

Debe decirse que es precisamente en el colectivo de personas con enfermedad mental de larga evolución donde los supuestos de reintegración de la capacidad son más frecuentes, precisamente por tratarse de enfermos en los que existen mayores posibilidades de evolución de la enfermedad, dado que la enfermedad mental no es un elemento estático, sino que puede haber variado a lo largo del tiempo transcurrido, y ello a pesar de las previsiones tomadas como base para dictar la sentencia de incapacitación. De este modo, puede estar justificada la reintegración de la capacidad en aquellos casos de enfermos que han experimentado una mejoría en el tratamiento médico y una mayor conciencia de enfermedad, de tal manera que la misma ya no está descompensada sino que ha pasado a una situación de estabilidad que ha permitido al enfermo recuperar sensiblemente su autogobierno; si la recuperación es menor, puede verse modificado el alcance de la incapacitación, porque haya recuperado su capacidad de autogobierno parcialmente, de tal manera que se restrinjan las limitaciones a su capacidad de obrar. El requisito fundamental es que la enfermedad mental incapacitante haya evolucionado favorablemente, sin que sea necesario que se haya producido una curación o remisión completa de la enfermedad; basta con una simple mejoría de dicha enfermedad, de tal manera que entonces los requisitos que dieron lugar a la incapacitación declarada anteriormente no tengan ya la misma virtualidad.

4. Finalmente, también es necesario hacer hincapié en un punto que es frecuentemente motivo de duda en la sociedad, y es el relativo a cómo se debe actuar cuando se tiene noticia de la existencia de una persona presumiblemente perturbada pero no se tiene vínculo familiar con ella. Sucede con cierta frecuencia que son

los vecinos los primeros que advierten una conducta extraña en una persona, que les hace temer por la seguridad del propio enfermo y también por la seguridad de toda la comunidad (por observar conductas extrañas, o simplemente injustificados cambios de conducta (por ejemplo, que no salen de casa con la frecuencia acostumbrada, que arrojan objetos por las ventanas, que narran escuchar ruidos extraños u otra clase de alucinaciones, que profieren amenazas injustificada, etc.). ¿Cómo deben actuar? Ciertamente que, en virtud de lo dispuesto en el art. 757 LEC, la legitimación para solicitar la incapacitación corresponde sólo, además de al presunto incapaz, al cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz, y en defecto de tales personas o en defecto de solicitud por parte de tales personas, tiene legitimación el M.F. Pero no debe olvidarse que, según lo dispuesto en el apartado 3 de esta misma disposición normativa, *cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del M.F. los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación*, de tal manera que ahí encuentran cabida, no sólo cualquier otro tipo de parientes no incluido en el apartado 1 del art. 757, sino también amigos, compañeros de trabajo o jefes, o simplemente conocidos o vecinos, que, si bien no tienen legitimación para constituirse partes en el proceso, sí pueden poner en conocimiento del M.F. la situación de incapacidad natural advertida, para que, en su caso, sea éste quien pida la incapacitación.

3. LA FIGURA DE LA AUTOTUTELA

A) ANTECEDENTES DOCTRINALES Y NORMATIVOS

La sentencia que declara la incapacidad de una persona debe fijar la extensión y los límites de dicha incapacitación, especificando el régimen de tutela y guarda legal al que debe quedar sometido, y en el caso de que haya sido solicitado expresamente (a través de una acumulación objetiva de pretensiones) la sentencia además nombrará la persona que haya de asumir la tutela.

Pero, tanto en el caso de que la designación de la persona que haya de asumir las funciones tutelares se haga en el mismo trámite de la sentencia como en el caso de que se determine posteriormente en trámite de jurisdicción voluntaria, en dicha designación ha de estarse a lo dispuesto en el C.c. en orden a la delación de la tutela. Y en dicha regulación destaca la reciente reforma operada para incorporar la figura de la llamada autotutela, de tal manera que la discrecionalidad judicial para la designación de la persona que haya de asumir la función tutelar varía según haya o no delación voluntaria.

Hasta la reforma del C.c. operada por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad, el sistema era el siguiente: si existía delación voluntaria de los padres, conforme a lo dispuesto en los arts. 223 y 224 C.c., el Juez debía seguir esta voluntad, pudiendo apartarse de ella sólo si así lo exigiera el beneficio del incapacitado, exponiendo en la sentencia las razones. A falta de dicha delación voluntaria, el Juez habría de proceder a designar el tutor partiendo del orden de prelación del art. 234 C.c., pudiendo apartarse de dicho orden sólo si así lo exigiera el beneficio del incapacitado, ya sea alterando la prelación legal, o designando a otra persona ajena a las llamadas por Ley para asumir la tutela, pudiendo también nombrar a una persona jurídica (art. 234 C.c.). A falta de dichos parientes, el Juez habría de designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considerase más idóneo.

Dentro de la búsqueda de nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, la mencionada Ley del año 2003 incorporó la regulación de la institución de la autotutela, esto es, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de propia futura incapacitación, de tal manera que se modifica el orden de delación de la tutela, prefiriendo en primer lugar como tutor al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al Juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado, pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueran tenidas en cuenta al efectuar la designación.

En consecuencia, en el nuevo régimen del C.c. el sistema es el siguiente: si existiera delación voluntaria del presunto incapaz, el Juez seguirá esta voluntad, salvo que otra cosa decida el Juez en beneficio del incapacitado, exponiendo en la sentencia las razones que le han llevado a otra conclusión. En defecto de delación voluntaria del presunto incapaz, y si existiera delación voluntaria de sus padres, conforme a lo previsto en los arts. 223 y 224 C.c., el Juez seguirá esta voluntad, igualmente salvo que otra cosa entienda el Juez en beneficio del incapacitado, exponiendo en la sentencia las razones que le han llevado a otra conclusión. A falta de delación voluntaria, el Juez procederá a designar al tutor, partiendo del orden de prelación que establece el art. 234 C.c., pudiendo apartarse de dicho orden igualmente en beneficio del incapacitado, ya sea alterando la prelación o designando a otra persona ajena a las llamadas por la Ley para asumir la tutela, pudiendo nombrar también a una persona jurídica (art. 234 C.c.), entrando en juego en su defecto lo dispuesto en el art. 235 C.c. En todo caso, la sentencia deberá motivar la designación y podrá contener también medidas de vigilancia y control previstas en la delación voluntaria o que el Juez estime oportunas, siempre en beneficio del tutelado (art. 233 C.c.), así como la remuneración del cargo tutelar (art. 274 C.c.).

Lo cierto es que la posibilidad de incorporar la institución de la autotutela ya había sido planteada con ocasión de la discusión parlamentaria de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del

C.c. en materia de incapacidad y tutela⁽¹⁰³⁾. Pero en dicho trámite no prosperó la incorporación de dicha institución en el marco del C.c. por dos razones. Por un lado, porque la autotutela fue vinculada a la denominada “incapacitación voluntaria”, es decir, a la posibilidad de que ciertos sujetos (se pensaba especialmente en personas seniles o afectadas por drogadicción o alcoholismo severo) que tuvieran una previsible pérdida de capacidad de autogobierno pudiesen acudir directamente al Juez en demanda de su propia incapacitación; si se admitía esa posibilidad parecía inevitable aducir también que dicha persona pudiese designar a su propio tutor o excluir a otros inicialmente llamados por mandato legal; y lo cierto es que no hubo un verdadero argumento de rechazo a la incapacitación voluntaria, sino que se destacó su innecesariedad, por cuanto el proyectado art. 204 C.c. permitiría a cualquier persona -y en consecuencia por ello también al que pretende su propia incapacitación- acudir al M.F. en demanda de protección. Con dicha conclusión, el legislador confundió el concepto en aquel momento, sin darse cuenta de que la autotutela se refiere a un momento necesariamente posterior al de la incapacitación, esto es, al momento de la adopción de las medidas tutelares y nombramiento del tutor.

Por otro lado, el segundo argumento fue el temor a la posible captación de la persona, de tal manera que se pensaba que la persona que designase un tutor para sí sería ya un presunto incapaz, y por tanto, de voluntad sospechosa y manipulable, porque en el debate parlamentario se hablaba siempre de personas “próximas” a la incapacitación⁽¹⁰⁴⁾. Hasta llegado el momento en que se comprendió debidamente que la autotutela pretende que una persona todavía en perfectas condiciones (es decir, no sólo con capacidad de obrar sino con capacidad “natural” de autogobierno) pueda decidir lo que considere oportuno en previsión de su futura posible incapacitación, no se estuvo en el camino de aceptar el encaje de dicha institución en el ordenamiento jurídico español, al modo de otros ordenamientos de nuestro entorno⁽¹⁰⁵⁾.

Así, en el ordenamiento español, la autotutela fue incorporada en primer lugar por el Derecho catalán, por obra de la Ley 11/1996, de 29 de julio (art. 5.1) , que modificó la anterior Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela e Instituciones Tutelares del Derecho Catalán; y hoy el Código de Familia de Cataluña la regula en su art. 172⁽¹⁰⁶⁾, debiendo decirse que dicha institución goza de buena salud en Cataluña, puesto que los negocios jurídicos relativos a la misma no han hecho sino crecer desde entonces.

(103) Para antecedentes doctrinales más remotos, puede consultarse ARIAS BUSTAMANTE, “La tutela”, ed. Bosch, Barcelona, 1954, quien ya en la fecha había planteado la posibilidad de incorporar dicha institución a nuestro ordenamiento jurídico.

(104) Vid. BADOSA COLL, “La autotutela” en ‘Estudios de Derecho Civil’, Libro-Homenaje en honor al profesor Lacruz Berdejo, ed. J.M.Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993, p.925.

(105) Vid. una breve referencia de Derecho Comparado en GARCÍA-GRANERO COLOMER, “La Autotutela en el Derecho Común español”, Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1998, p.201. También puede consultarse MARTÍNEZ GARCÍA, “Apoderamiento preventivo y autotutela”, en ‘La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales’, ed. Civitas, Madrid, 2000, p.125) similitud con la figura de la autotutela.

(106) El art. 172.1 establece lo siguiente: *Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva.*

Añadiendo en su apartado 2 que: *Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevvenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.*

B) REGULACIÓN JURÍDICA EN LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL C.C., DE LA LEC Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

El legislador incorpora la regulación de la autotutela⁽¹⁰⁷⁾ introduciendo unos pequeños cambios en las disposiciones pertinentes del Código Civil (arts. 223, 234 y 239).

En el art. 223 C.c. se añade un nuevo pfo. II (*Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*), conforme al cual puede definirse la autotutela como la facultad de designación del propio tutor u otras medidas de disposición relativas a la propia persona o bienes del incapaz atribuida a cualquier persona con capacidad de obrar “suficiente” -luego volveremos sobre este punto- en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro. De tal manera que en el mismo artículo -el 223- en el que se permitía ya que los padres pudieran “en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”, se hace la precisión relativa a la autotutela.⁽¹⁰⁸⁾

En el art. 234 C.c., tal y como hemos dicho líneas arriba, se altera en consecuencia el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueran tenidas en cuenta al efectuar la designación. Además se garantiza, mediante los mecanismos oportunos, que el Juez que estuviera conociendo de la constitución de la tutela pueda conocer la eventual existencia de disposiciones relativas a la misma, sean de los padres, sea del propio incapaz (art. 223.III y IV)⁽¹⁰⁹⁾. Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del art. 1732 del C.c.⁽¹¹⁰⁾, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de

(107) Por lo que se refiere a la denominación de esta figura, el legislador de 2003 utiliza explícitamente el término de “autotutela” en la Exposición de Motivos, si bien doctrinalmente también se emplea el término de “autodelación de la tutela”, y en el Código de Familia Catalán recibe el nombre de “delación hecha por uno mismo”.

(108) Y justamente uno de los argumentos esgrimidos por el legislador y expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley es el de que si ya los padres podían adoptar las medidas que considerasen oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado en el futuro.

(109) Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil, en su caso, del Registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

(110) Con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el Juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el Juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor. Y también complementa dicha regulación la concesión de legitimación al presunto incapaz a promover su propia incapacitación, modificándose por tanto el art. 757.1 de la LEC.⁽¹¹¹⁾

C) CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Como comentario a dicha regulación cabe hacer una serie de observaciones. En primer lugar, y si se compara la regulación incorporada en el sistema del C.c. con la regulación contenida en el Código de Familia Catalán, debe decirse que la nueva regulación es menos explícita que aquélla, no dándose respuesta expresa a algunas cuestiones que aquella regulación sí resuelve. Ello se debe, sobre todo, a que el legislador de la Ley de Reforma del C.c. utiliza una fórmula más genérica (*cualquier persona (...) podrá (...) adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*), en tanto que el Código de Familia detalla las medidas a adoptar en el art. 172.⁽¹¹²⁾

Otra diferencia notable es que el C.c. hace referencia expresa en el art. 223.II al grado de capacidad de obrar “suficiente” como requisito de validez de la adopción de las disposiciones en que consiste la autotutela, en tanto que el Código de Familia Catalán omite tal precisión. Y cabe afirmar que resulta adecuado el proceder del legislador de 2003, por cuanto es oportuno poner el acento en este punto para tratar de deshacer absolutamente la posible desconfianza que pudiera inspirar esta figura con base precisamente en el temor a que la persona que vaya a realizar tales previsiones pudiese estar en un estado próximo al de la incapacitación que pudiera hacerlo especialmente vulnerable y manipulable⁽¹¹³⁾.

Esta es otra de las manifestaciones normativas en que adquiere especial importancia el concepto de capacidad/incapacidad “natural”, debiendo entenderse que será el Notario quien habrá de valorar el grado de suficiencia haciendo constar en la escritura pública que, a su juicio,

(111) Añadiéndose un nuevo nº 1: *La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz.*

(112) “1. *Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva.* 2. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.

(113) Siendo éste precisamente uno de los puntos críticos en el pasado, cuando se discutió la posibilidad de introducción de esta figura con ocasión de la discusión parlamentaria de la Ley 11/1983, por cuanto se afirmó que la persona que se designaba tutor para sí era un presunto incapaz y, por tanto, de voluntad sospechosa y captable, porque lo cierto es que en dicha discusión parlamentaria se centró la atención indebidamente sólo en quien se encontraba ya “próximo” a la incapacitación, es decir, del que estaba ya prácticamente incurso en ella, entendiéndose que el negocio jurídico de la autotutela se celebraba en un momento en que el sujeto en cuestión sufría ya la causa de incapacitación, con lo que se estaba admitiendo la existencia de un “periodo previo sospechoso” anterior a la incapacitación, si bien los defensores de la autotutela situaban ésta realmente en un momento de plena capacidad del sujeto (véd. BADOSA COLL, “La autotutela”, cit., p.925).

el otorgante reúne la capacidad “suficiente,” esto es, necesaria para la realización del negocio jurídico de la autodelación de la tutela, porque a ello está obligado como fedatario público en todos los casos, en virtud de lo dispuesto en los arts. 156.8º y 167 del Reglamento Notarial⁽¹¹⁴⁾. El requisito expreso de la forma notarial -acorde con lo dispuesto en relación con la delación de la tutela de los padres en el art. 223.I C.c. y también presente en el Código de Familia Catalán en relación con la llamada “delación hecha por uno mismo” del art. 172- es razonable, por aparecer así el acto de la autotutela dotado y revestido de las garantías que siempre procura la intervención notarial, y al tiempo adquiere toda la importancia en relación con la observación de dicha capacidad “natural”⁽¹¹⁵⁾.

Por otro lado, cabe advertir que la utilización del término *capacidad de obrar suficiente* utilizada por el legislador plantea la duda de si será posible que la persona con enfermedad mental incapacitada pero en el caso de que la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento expreso de limitación de la capacidad en este punto podría acudir a la utilización de la institución de la autotutela para que ésta fuera tenida en cuenta en el momento de designación concreta de los mecanismos tutelares a imponer, ya en la propia sentencia, o ya en trámite posterior. En principio, creo que nada lo impide, debiendo -eso sí- en este caso concreto extremarse la prudencia, y aunque la Ley no lo exija, procurar que el Notario acuda a todos los mecanismos posibles que le puedan ayudar a la hora de valorar la capacidad del enfermo.

4. EL INTERNAMIENTO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

A) ANTECEDENTES NORMATIVOS

La CE de 1978 sentó las bases para un sistema de protección de la enfermedad mental dentro del marco de un Estado “social y democrático de Derecho”, con el que resultaba incompatible el Real Decreto de 3 de julio de 1931, de “Asistencia de los enfermos mentales”, por cuanto el modelo administrativista que incorporaba -y que para entender debidamente

(114) Art. 156 Rglo. Notariado: *La comparecencia de toda escritura indicará: (...) 8º. La afirmación, a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera. Art. 167 Rglo. Notariado: El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.*

(115) Cuestión distinta es si habrá de exigirse que el Notario se asegure de dicha capacidad a través de la presencia de testigos. Algunos apuntan que la solución positiva podría tener como base la interpretación analógica de lo dispuesto en materia testamentaria en el art. 6973 C.c., que prevé que al acto de otorgamiento del testamento abierto deban concurrir dos testigos siempre que el testador o el notario lo soliciten, pero lo cierto es que en dicha disposición no se obliga con carácter general a la concurrencia de testigos, sino que habrá de realizarse con testigos si es que el testador o el notario lo solicitan, que es cosa distinta. Con base en dicha disposición normativa, creo que a la conclusión a que ha de llegarse es que en materia de autotutela no constituye una exigencia general la realización del acto en presencia de dos testigos. Lo cual no excluye que en el caso de que el Notario tenga dudas fundadas acerca de la capacidad del otorgante -al igual que en el caso de que dudara de la capacidad del testador- entonces sí estará obligado a acudir a los testigos. Porque de lo que se trata es de que el Notario pueda asegurarse de que el otorgante tiene la capacidad legal (esto es, como dice la Ley, la capacidad de obrar suficiente) para la realización de dicho acto jurídico, de tal manera que en aquellos casos en que el Notario no tenga dudas acerca del grado de suficiencia de su capacidad el requisito de los testigos será innecesario.

III. Consideraciones críticas y propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico estatal de protección de la discapacidad por enfermedad mental

debe situarse en el contexto histórico correspondiente⁽¹¹⁶⁾- permitía privaciones de libertad sin control judicial⁽¹¹⁷⁾.

En este contexto se promulgó la Ley 13/1983, de 24 de octubre⁽¹¹⁸⁾, que derogó expresamente el hasta entonces vigente Real Decreto de 1931, y modificó sustancialmente el sistema de ingreso forzoso en centro psiquiátrico, configurándose como una privación de libertad justificada por razones terapéuticas bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, siendo precisa la autorización previa -o en su caso, por razón de urgencia, la convalidación judicial posterior- de cualquier tipo de ingreso psiquiátrico contra la voluntad del enfermo. No obstante, la parquedad de la norma -frente a la detallada regulación del Real Decreto de 1931- fue criticada por la doctrina, que puso de relieve las numerosas deficiencias de la nueva legislación⁽¹¹⁹⁾, entre las que se mencionaron la falta de determinación de las causas o motivos que pueden dar lugar al internamiento, así como de las personas legitimadas para promover el internamiento y de la que debe notificar al Juez el internamiento de urgencia; la falta de regulación de los supuestos de finalización del internamiento, la indefinición de lo que son internamientos voluntarios e involuntarios y la no determinación de los derechos de las personas durante la situación de internamiento.

Aunque se realizó un notable esfuerzo interpretativo de dicha disposición en orden a suplir sus carencias, sentándose con ello las bases

(116) Abolidas las posibilidades de un nuevo modelo asistencial que comenzaba a apuntar en el período correspondiente a la Dictadura de Primo de Rivera, dicho discurso fue retomado con vigor en el marco de la II República, en el que se sitúa el mencionado Real Decreto, cuyo objetivo fundamental fue regular tanto la admisión como la salida de enfermos psíquicos en los establecimientos psiquiátricos, superando los impedimentos del Real Decreto de 10 de mayo de 1885, sobre el internamiento de enfermos mentales, que preveía un complejo procedimiento jurídico administrativo que relegaba el papel del médico a un papel muy secundario en el ingreso en el manicomio de los enfermos mentales. En coherencia con esa mayor agilidad en los ingresos y en las altas, el Real Decreto de 1931 estableció la adopción de un nuevo modelo asistencial no basado ya exclusivamente en el encierro manicomial, sino centrado en los aspectos profilácticos, y puede afirmarse que en líneas generales vino a satisfacer en buena medida las premisas teóricas que venía formulando el sector médico de la Psiquiatría española desde hacía más de una década, impidiendo los acontecimientos políticos posteriores la culminación de la mencionada reforma.

(117) La regulación contenida en dicho Real Decreto contemplaba 4 tipos de internamiento: voluntario, por orden judicial, y por indicación médica o gubernativa para observación, sin garantías suficientes, y especialmente sin control judicial. Y la doctrina que lo ha estudiado en profundidad refiere cómo a su amparo era posible enviar de por vida al "manicomio" a personas sin enfermedad mental alguna pero sí con conductas "extravagantes" o "desviadas" (homosexualidad o adulterio, por ejemplo) a juicio de su familia si bien mentalmente sanas, lo que resultaba posible por la indeterminación de las razones del internamiento, que se referían a "estado de peligrosidad" o "peligro inminente para la tranquilidad o la seguridad pública" (vid. DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España", ed. Civitas, Madrid, 1986, t.II, p.285; también MARÍN LÓPEZ, "El internamiento de incapaces", ed. CGPJ, Madrid, 1994, p.148). Lo cierto es que la situación en la que se encontraban la mayor parte de los enfermos mentales, al amparo del Real Decreto de 3 de julio de 1931, era la siguiente: un elevado porcentaje estaba sin incapacitar, reclusos de forma indefinida en hospitales psiquiátricos, sin apenas control por el Juez y sin que su situación hubiera sido revisada en ningún momento; la incapacitación y la tutela se reservaban "de facto" para los enfermos con cuantioso patrimonio (asi exactamente describe el panorama CHIMENO CANO, "El internamiento psiquiátrico forzoso en Cataluña: análisis del art. 255 del Código de familia y la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", Revista Jurídica de Cataluña, 2001, p.323).

(118) Debe decirse que, en los años precedentes, frente a una primera opinión a favor de una Ley específica que cubriese el vacío legal, impuesto por la lectura constitucional del Real Decreto ya implícitamente derogado, se impone en el sector de la Psiquiatría la opinión contraria a una normativa específica para enfermos mentales, por entender que su misma existencia supondría la institucionalización de la diferencia -la separación, la discriminación-, y en consecuencia, se mostró más favorable a una regulación común a la existente o proyectada para el común de los enfermos. En el ámbito político, en el año 1982 se constituyó una Comisión en el Ministerio de Justicia para el estudio de la problemática derivada del internamiento de enfermos mentales en España y la sustitución del Real Decreto de 1931, cuya vigencia estaba ya cuestionada por la CE de 1978; dicha Comisión, que prolongó sus esfuerzos a lo largo de un año y llegó a desarrollar hasta siete proyectos de Borradores de Ley alternativos al Real Decreto de 1931, finalmente llegó a la conclusión de que el tratamiento y el internamiento no debía ser objeto de una normativa específica, para evitar discriminaciones, sino que su desarrollo legislativo debía derivarse en lo afectante a los aspectos sanitarios a la futura Ley General de Sanidad. Sin embargo, lo cierto es que, en la medida en que implica privación de libertad, la regulación del internamiento por razón de trastorno mental se incluyó en el Proyecto de Ley sobre la incapacitación y tutela, que posteriormente sería la Ley 13/83, de 24 de octubre, que da nueva redacción al Título IX del C.c.

(119) Vid., por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud", ADC, 1983, IV, pp.971-972.

del perfeccionamiento de la regulación ulterior,⁽¹²⁰⁾ lo cierto es que en el año 1996 se aprovecha el trámite de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del C.c. y de la LEC -que nace para abordar explícitamente el internamiento del menor en Centro Psiquiátrico- para ir más allá de lo que anuncia la Exposición de Motivos, introduciendo otros cambios en el art. 211 referidos también al internamiento de adultos, entre los que destaca la sustitución de la expresión “internamiento de un presunto incapaz” por la de “internamiento de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí” (el internamiento) -corrigiéndose así una de las deficiencias más reiteradamente destacadas por la doctrina⁽¹²¹⁾-, y además se establece que la autorización judicial será siempre previa al internamiento, a salvo las situaciones de urgencia.

B) REGULACIÓN JURÍDICA

La Disposición Derogatoria Única de la LEC deroga expresamente los arts. 202 a 214 del C.c., de tal manera que el art. 211 que analizábamos desaparece, siendo sustituido por el contenido dispuesto en el art. 763 LEC, en una regulación que viene a corregir algunas deficiencias advertidas⁽¹²²⁾ y que se pretende escrupulosamente respetuosa con las circunstancias que pueden permitir su adopción, así como con las garantías relativas a su desarrollo, habida cuenta de que se trata de una medida que supone una restricción abrumadora de derechos fundamentales de la persona.⁽¹²³⁾ Completando dicha regulación, deben mencionarse las siguientes disposiciones normativas: el art. 271.1 C.c. que dispone el internamiento del tutelado en un establecimiento de salud mental como uno de los actos para los cuales el tutor necesita expresamente autorización judicial, así como el art. 760.1 LEC, que establece que la sentencia que declare la incapacidad se pronunciará en su caso sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763⁽¹²⁴⁾.

(120) Al efecto, es importante destacar la STC 129/99, de 1 de julio de 1999, dictada con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de 1ª Instancia nº 6 de Orihuela, en la que se consideraba el art. 211 C.c. y concretamente su pfo. 2º contrario a los arts. 171 y 24 CE, por no seguir las garantías necesarias el proceso a través del cual se acuerda el internamiento. Dicha sentencia, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada, es interesante en la medida en que aporta la necesaria interpretación de la regulación procedimental del internamiento para salvarla de los reproches de inconstitucionalidad dirigidos por el Juez en el recurso, y lo cierto es que dicha interpretación fue decisiva a la hora de redactar el art. 763 LEC, que constituye la legislación vigente en la materia.

(121) Y ello por cuanto una interpretación estricta de los términos *presunto incapaz* venía a excluir del internamiento tanto a los ya incapacitados como a las personas que padecieran una enfermedad mental no tributaria de incapacidad, como pudiera ser el caso de personas que padecieren enfermedades con episodios de perturbación intensa pero no persistente.

(122) Recogiendo en ocasiones soluciones propugnadas por la doctrina, y consagrando también legalmente determinados criterios de interpretación sentados por el T.C., sin olvidar la influencia recibida de la regulación contenida al efecto en el Código de Familia Catalán, que había regulado la cuestión del internamiento forzoso de las personas con vecindad catalana varios años antes, cuando se promulgó la Ley 9/1998, de 15 de julio.

(123) Pueden recordarse aquí las palabras de CASTILLA DEL PINO contenidas en el prólogo al libro de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La marginación de los locos y el derecho”, ed. Taurus, Madrid, 1976, al señalar que *sobrecoge el uso que puede hacerse de una persona cuando, merced a sus circunstancias, llega a ser considerada una cosa sobre la cual cualquier componente del estamento sanatorial puede ejercer la autoridad más arbitraria.*

(124) En el ámbito europeo, el Proyecto *Compulsory Admission and Involuntary Treatment of Mentally Ill Patients-Legislation and Practice in EU Member States* puso de manifiesto cómo las normativas de los países de la Unión Europea son muy heterogéneas, viniendo determinadas en buena medida por las tradiciones y actitudes culturales y por la estructura y la calidad de los sistemas de asistencia psiquiátrica, variando mucho la prevalencia del internamiento forzoso entre unos y otros Estados.

1. Concepto de internamiento y naturaleza jurídica del procedimiento

El internamiento por razón de trastorno psiquiátrico puede definirse como una privación de libertad en centro sanitario especializado, autorizada judicialmente con toda una serie compleja de garantías, con el objeto de aplicar una terapia psiquiátrica sobre persona afectada por trastorno psíquico, cuando ésta no tenga capacidad de decidir por sí y exista un grave riesgo para su salud⁽¹²⁵⁾. Definición de la que interesa precisar los siguientes aspectos:

- 1.1. **Privación de libertad en centro sanitario especializado:** Efectivamente, en el contexto de la norma el internamiento consiste en una medida privativa de la libertad del sujeto internado, razón por la cual resulta necesaria la intervención judicial. De tal manera que cuando el ingreso es en un centro de régimen abierto, aunque afecte a personas que padezcan trastornos mentales queda fuera del ámbito de aplicación de la norma, simplemente por no tratarse de un supuesto de internamiento a estos efectos, dado que falta la nota privativa de la libertad⁽¹²⁶⁾.
- 1.2. **Sujeto pasivo del internamiento:** El art. 763 LEC mantiene la terminología incorporada en la reforma del C.c. de 1996, abandonándose definitivamente el término de “presunto incapaz” y con ello las dudas que suscitaba tal terminología en relación con el concepto de incapacitación. Ha de entenderse, en consecuencia, que pueden quedar incluidas en el contexto de la norma -además de personas incapacitadas en su caso- tanto personas no incapacitadas, pero con enfermedad incapacitante, como aquellas otras con trastornos temporales o padecimientos psíquicos que no derivarán nunca en causa de incapacitación.
- 1.3. **Internamiento no voluntario:** Tal y como establece el propio enunciado del art. 763 LEC, el procedimiento regulado se refiere al internamiento de personas con trastornos mentales en aquellos casos en que el ingreso del sujeto no es voluntario. Ahora bien, cabe cuestionarse qué significa exactamente involuntario, si significa acaso que el enfermo haya de rehusar de modo claro su ingreso y que deba ser recluido “contra su expresa voluntad”, y en definitiva si es lo mismo internamiento “no voluntario” que internamiento coactivo o forzoso.

En mi opinión, la utilización del término “no voluntario” en el contexto de la norma desvía la atención del punto fundamental, que es el requisito de que la persona a internar no esté en condiciones de decidir por sí la conveniencia de su internamiento,

(125) Vid. en un sentido muy similar, CHIMENO CANO, “El internamiento psiquiátrico forzoso en Cataluña: análisis del artículo 255 del Código de Familia y la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, cit., p.324.

(126) Al respecto resulta más expresiva la norma contenida en el art. 255 del Código de Familia de Cataluña, por disponer que el internamiento por razón de trastorno psiquiátrico ha de ser en una institución adecuada y cerrada.

III. Consideraciones críticas y propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico estatal de protección de la discapacidad por enfermedad mental

siendo indiferente que la falta de capacidad de decisión del enfermo se deba a un déficit temporal o permanente, que dé lugar a una carencia absoluta de conciencia o simplemente vicie dicha conciencia sobre sí. Si la persona está en condiciones de decidir acerca de su internamiento, ello significa que dicho internamiento queda al margen de la regulación contenida en el art. 763 LEC⁽¹²⁷⁾, como también debe entenderse que quedan fuera de dicho ámbito aquellos casos en los que el sujeto a internar no puede decidir por sí, pero ello por razones distintas del propio trastorno psiquiátrico, porque efectivamente -como se señala a continuación- el padecimiento mental ha de ser necesariamente psiquiátrico para que el internamiento se encuentre en el ámbito de la regulación contenida en dicha norma⁽¹²⁸⁾. Si, por el contrario, la persona a internar no tiene la capacidad de discernimiento necesaria para poder decidir sobre la necesidad de su internamiento, es entonces cuando deberá recurrirse al procedimiento del art. 763 LEC para legitimar dicha medida de internamiento, y ello tanto si la persona se opone como si no se opone, e incluso aunque la persona acepte expresamente o insista en ello, puesto que su consentimiento es en todo caso inválido. Respecto a la valoración de dicha capacidad, ésta será efectuada por el Juez si es que la medida está relacionada con un proceso de incapacitación, o por el médico que estudia la posibilidad de internamiento solicitada por un sujeto concreto en otro caso⁽¹²⁹⁾.

1.4. Padecimiento mental necesariamente psiquiátrico: El padecimiento mental ha de ser psiquiátrico -requisito igualmente existente al amparo del derogado art. 211 C.c.⁽¹³⁰⁾-, no siendo preciso que

(127) Obviamente, nada excluye que una persona decida voluntariamente someterse a un tratamiento psiquiátrico en centro cerrado. En tal caso, se constituye una relación contractual para cuya perfección simplemente es preciso el consentimiento del enfermo, del médico y del centro que le acoge, que tendrá como objeto la permanencia en el centro del paciente para el tratamiento de la crisis psíquica. Dicho internamiento queda al margen del control judicial mientras no haya vicios que invaliden el consentimiento del paciente, cuya voluntad ha de quedar exenta de vicios desde su manifestación primera y persistir a lo largo de todo el ingreso; así es lo normal en patologías psiquiátricas menores (como neurosis, depresiones, toxicomanías o alcoholemias, etc.), que el propio enfermo acuda al psiquiatra y se someta al internamiento que aquél le aconseja como terapia, con la decisión de cooperar activamente en su proceso de curación. En principio, estos trastornos -que, por lo demás, tampoco suelen alcanzar un grado psicótico o enajenante- no inducen a cuestionarse la validez del consentimiento emitido por el enfermo. Pero la Ley no está pensando en el art. 763 LEC en tal tipo de internamiento "voluntario", sino en un internamiento involuntario.

(128) Y así deben entenderse al margen del ámbito del internamiento regulado en el art. 763 LEC aquellos casos en los que el sujeto a internar no puede decidir pero por razones distintas del propio trastorno psíquico, como pueda ser el caso de los ingresos hospitalarios de personas aquejadas de padecimientos físicos, aunque se encuentren inconscientes, o los internamientos en Centros de Rehabilitación, salvo -igualmente- que tengan perturbadas sus facultades mentales en orden a decidir o no sobre su propio internamiento. Vid. al respecto APARICIO AUNÓN, en "Comentarios a la nueva LEC", cit., t.IV, p.4037.

(129) Quien, con carácter previo a dicho ingreso, habrá de realizar un examen sobre su capacidad de decidir, de tal manera que si apreciase entonces alguna anomalía deberá ponerlo en conocimiento del Juez competente, porque en dicho caso nos encontraríamos ya de plano con el supuesto de hecho de la norma -"persona que no sea capaz de decidir por sí" la conveniencia o no de dicha medida, y entonces será precisa ya la autorización judicial dispuesta en la norma. Nada excluye tampoco, por supuesto, que los signos de enfermedad sean tales que pudieran hacer aconsejable una incapacitación, en cuyo caso el médico deberá comunicarle al Juez o al M.F. tal duda, tal y como se deduce de las normas que regulan la incapacitación. Y entre tanto, se resuelve tal cuestión afectante a su capacidad para decidir sobre su propio internamiento, voluntaria -pero posiblemente viciada dicha voluntad por falta de capacidad- no debe procederse a dicho internamiento.

(130) Vid. S.TC 104/1990, de 4 de junio, que, siguiendo la doctrina consolidada del TEDH (caso Weinterwerp, sentencia de 24 de octubre de 1979, y Ashingdane, sentencia de 8 de mayo de 1985) señala que, para privar al enajenado de su libertad debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad.

III. Consideraciones críticas y propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico estatal de protección de la discapacidad por enfermedad mental

la enfermedad sea persistente, ni por tanto causante de incapacitación actual o futura, dado que la persistencia del padecimiento sólo tendrá relevancia a efectos de una futura incapacitación, que se tramitará por el procedimiento correspondiente.

Pero si está claro que el padecimiento de una enfermedad mental es condición necesaria para el internamiento a que se refiere la norma, también debe estarlo que no es condición suficiente, puesto que sería absurdo pensar que el mero hecho de padecer una enfermedad mental pudiera justificar la adopción de una medida tan grave como es el internamiento, por muy rodeada de garantías legales que ahora se encuentre. El tener diagnosticada una enfermedad mental- por muy grave que ésta pueda ser- no justifica en ningún caso por sí el internamiento, siendo necesario que el tratamiento médico requiera ineludiblemente su ingreso psiquiátrico. Y al efecto, no cabe negar cierta razón a la doctrina que pone de relieve la subsistencia en este punto de falta de determinación de las causas o motivos que pueden dar lugar al internamiento, puesto que sigue sin definirse el supuesto de hecho del internamiento regulado.⁽¹³¹⁾ No obstante, y aunque la Ley no lo establezca expresamente, debe entenderse que el internamiento es legítimo sólo cuando redunde en el propio beneficio del internado. Cuestión que no debe confundirse con otra, que resulta más debatida, como es la de si el internamiento resulta legítimo no sólo cuando la conducta del enfermo puede resultar peligrosa para sí mismo sino también para terceros, y que en mi opinión debe tener una respuesta afirmativa, en cuanto que en ambos casos -es decir, ya sea un peligro para terceros, o para sí mismo- debe entenderse que el internamiento ha de redundar en el propio beneficio del internado⁽¹³²⁾. Piénsese además que dichas manifestaciones de peligrosidad⁽¹³³⁾ son consecuencia directa de la enfermedad padecida y muestran la necesidad de que el sujeto esté sometido a mayor control en el tratamiento de su enfermedad, siendo así que éste -como desgraciadamente saben muy bien las familias, principales afectadas por este problema⁽¹³⁴⁾-

(131) Así expresamente SANTOS MORÓN en "El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el art. 763 LEC 1/2000"; Valencia, 2002, p19, a la resolución de cuyo problema dedica buena parte del contenido de dicho libro.

(132) Sin embargo, la opinión de algunos (vid. en este sentido BUSTOS VALDIVIA, en "Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de mayo de 1996"; Actualidad Civil, nº 35, 2000, p.1306) es que imponer una medida privativa de libertad, como es el internamiento, fundándola en la potencial peligrosidad del enfermo, sería inconstitucional.

(133) Aunque es imposible realizar una exposición completa de tales situaciones de riesgo con carácter general, es importante destacar que serán criterios médicos los que determinarán la procedencia del internamiento caso por caso, sin que se puedan establecer posturas apriorísticas genéricas -así expresamente STS 104/1990, de 4 de junio, entre otras-, y también parece prudente entender que hay que incluir riesgo de autolesiones, así como agresiones e incluso desestabilizaciones psíquicas de familiares, riesgo de vecinos y terceros en general que puedan verse afectados por conductas agresivas, tales como puedan ser el lanzamiento de objetos por la ventana, o por la provocación de explosiones, fuego, o accidentes de cualquier tipo.

(134) Efectivamente resulta imposible desconocer que el colectivo de enfermos mentales, además de compartir la misma problemática general que presenta cualquier otra situación de discapacidad (física, sensorial y síquica por discapacidad intelectual), plantea además una problemática específica que es consecuencia de una serie de factores, entre los que cabe citar, por un lado los efectos no deseados derivados de la desinstitucionalización generalizada de los pacientes mentales tras la situación creada por la reforma psiquiátrica iniciada en 1986, así como por otro lado el mayor grado de estigmatización social que alcanza el padecimiento de este colectivo.

en muchas ocasiones sólo puede asegurarse a través de la medida de internamiento.

- 1.5) **Autorización judicial expresa:** que debe ser previa al internamiento en el procedimiento ordinario (a modo de autorización), si bien en el procedimiento urgente se procede al internamiento y posteriormente se sujeta éste a la necesaria actuación judicial (tratándose entonces de una aprobación o ratificación). Es importante destacar que el internamiento puede solicitarse aunque no se haya promovido proceso de incapacitación de la persona afectada, ni se esté siquiera en los momentos anteriores a su iniciación, y ello porque no se trata de una medida cautelar ligada a la incapacitación, sino que de lo que se trata es de una medida de seguridad -de prevención, o de protección- que procede en aquellos supuestos en los que se haya manifestado un brote agudo de una enfermedad mental. Pero tampoco hay nada que excluya que dicha medida se adopte estando pendiente un proceso de incapacitación, o bien que dicha medida sea adoptada cuando la persona ya esté realmente incapacitada.

Y lo cierto es que todos estos supuestos están previstos en nuestro ordenamiento jurídico: el internamiento de una persona no incapacitada ni afectada por un proceso de incapacitación se solicitará al amparo de lo dispuesto en el art. 763.1 LEC; el internamiento de quien ya está incapacitado nos reconduce al art. 271 C.c., en cuya virtud el tutor necesitará autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, lo que a su vez nos lleva también al mismo art. 763.1 LEC; y finalmente el internamiento de quien está incurso en un proceso de incapacitación, puede ser solicitado en la demanda de incapacitación o en otro momento del proceso, y puede ser adoptada también de oficio por el propio Juez, debiendo pronunciarse la sentencia en su caso sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763 LEC (art. 760.1 LEC), y debiendo destacarse que la adopción de la medida de internamiento en ningún caso puede entenderse que vaya a prejuzgar el fallo en relación con la incapacitación solicitada. También es oportuno poner de relieve que, aunque es una medida que puede adoptarse judicialmente en diferentes circunstancias, en cualquier caso tiene intrínsecamente la misma naturaleza,

Por lo que se refiere al primero de los factores mencionados, debe decirse que, por diversos factores cuyo análisis no puede abordarse aquí, si bien con dicha reforma se pretendió la incardinación del enfermo mental en su ámbito comunitario - y éste fue precisamente uno de los factores de cambio más importantes-, lo cierto es que se constató pronto la inadecuación de los servicios comunitarios, pivotando en demasía el esfuerzo sobre las familias de los propios enfermos. De tal manera que es justo poner de relieve el gran problema que de manera indirecta ha provocado dicho fenómeno de desinstitucionalización de los pacientes mentales, por cuanto ha venido a trasladar de forma casi absoluta el cuidado de lo enfermos mentales graves del hospital psiquiátrico a la familia, constituyendo ello en ocasiones un problema crítico, por cuanto existen familias que representan auténticos colectivos de emergencia social (en las que los cuidadores -muy principalmente las madres- se encuentran en situaciones límite por agitación o estrés, necesitando a su vez ayuda psicológica y/o psiquiátrica). En este punto además puede afirmarse que la tensión entre la previsión por la reforma y la realidad socialmente nueva de las familias es un factor de radical importancia, no sólo desde el punto de vista de la estabilidad de estas últimas, sino también desde su aportación a la mejora del propio enfermo que vive con ellas.

tratándose como decimos de una medida de seguridad, que puede adoptarse, bien como un incidente en el proceso de incapacitación, o bien como una medida autónoma e independiente de todo proceso. Y siempre con las mismas garantías.

2) *El procedimiento ordinario o común*

Si bien existe un sector doctrinal que destaca el carácter contencioso del procedimiento regulado en el art. 763 LEC frente a la naturaleza de procedimiento de jurisdicción voluntaria de la regulación anterior⁽¹³⁵⁾, también existe otro -con el que coincide- que defiende la postura contraria, afirmando que, a pesar de la minuciosa regulación procedimental, no se trata de un verdadero proceso jurisdiccional, sino de un Expediente de Jurisdicción Voluntaria, porque con este expediente el Juez lo que hace es conformar el ordenamiento jurídico, completándolo y sustituyendo la autorización que necesariamente exige el ordenamiento jurídico del interesado para poder ser ingresado en un establecimiento psiquiátrico, cuando resulta que dicha autorización no es posible obtenerla por la deficiente salud psíquica del afectado⁽¹³⁶⁾.

En términos generales, puede afirmarse que las novedades en la tramitación del procedimiento suponen una clara mejora en lo que se refiere a las garantías de orden procesal.

2.1. **Jurisdicción y competencia:** El art. 763.1 LEC se refiere sólo al presupuesto de la competencia, pero hemos de atender en primer lugar a lo dispuesto en el art. 22.3 de la LOPJ, en cuya virtud, los Juzgados y Tribunales españoles pueden ejercer su jurisdicción *en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona y de los bienes de los incapacitados* cuando éstos tengan su residencia habitual en España, con independencia de la nacionalidad de la persona afectada, de tal manera que tanto los españoles como los extranjeros que residan habitualmente en España pueden ser sujetos a la misma.

Para la determinación concreta del órgano judicial se establece la competencia territorial del órgano judicial *del lugar donde reside la persona afectada por el internamiento*,⁽¹³⁷⁾ en una acertada regulación que hace coincidir la competencia con la del procedimiento de incapacitación, para evitar posibles discordancias, teniendo en cuenta que, si bien incapacitación e internamiento

(135) Así, expresamente, entre otros, GÓMEZ COLOMER "El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)", op.col., ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p.802; CHIMENO CÁNO, "El internamiento psiquiátrico forzoso...", cit., pp.322 y ss.; SANCHO GARGALLO, "Incapacitación y tutela", Valencia, 2000, pp.146-147; SANTOS MORÓN, "El supuesto de hecho del internamiento involuntario...", cit., p.15.

(136) De tal manera que así el órgano judicial completa esa parte del ordenamiento jurídico, supliendo la falta de voluntad del interesado con su autorización (así expresamente CORTÉS DOMÍNGUEZ, "Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades", op. col., "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo V, ed. Tecnos, Madrid, 2000, p.100). Otras opiniones sustancialmente coincidentes son las vertidas en "La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica", op.col., coordinada por Cortés Domínguez y Moreno Catena, ed. Tecnos, Madrid, 2005, vol. III, p.2970; y la de MARIMÓN DURÁ, en "El Proceso Civil", op.col., coord. Escribano Mora, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, vol.VIII, p.6295.

(137) Antes de la entrada en vigor de la LEC de 2000, la competencia territorial venía determinada por el domicilio del presunto incapaz, tanto en los Expedientes de Internamiento Judicial (procedimiento ordinario, sujeto a autorización judicial) como en los Urgentes (sujetos a la posterior aprobación judicial).

son dos actuaciones claramente diferenciables, también es verdad que la Ley prevé la posibilidad de que en el marco de un proceso de incapacitación pueda ser adoptada dicha medida de internamiento por resultar necesaria en un momento concreto del proceso⁽¹³⁸⁾.

- 2.2. **Solicitud del internamiento:** Nada dice la norma expresamente, pero está claro que ha de diferenciarse según que la medida se adopte en el marco de un proceso de incapacitación o bien se adopte de forma independiente y autónoma.

En el primer caso, la solicitud corresponde a quien tiene la legitimación para instar dicho procedimiento, si bien también puede adoptarse la medida de oficio.

Si se trata de una medida de internamiento autónoma, ha de entenderse que cualquier persona puede poner en conocimiento del Juez -en forma escrita o por simple comparecencia ante el M.F. o ante el mismo Juzgado- la situación fáctica de una persona que requiere internamiento, alegando las razones que motivan su petición. Pretender restringir dicha posibilidad de solicitud de internamiento sólo a aquellos que tienen legitimación para promover el proceso de incapacitación resulta inadecuado por cuanto tal paralelismo carece de justificación, habida cuenta de que no hablamos aquí propiamente de legitimación ni de proceso propiamente jurisdiccional. Resulta evidente -y esto es lo importante- que cualquier persona que tenga conocimiento de unos hechos que a su juicio constituyan una situación de riesgo derivada del padecimiento psíquico de un sujeto, está facultada para hacer llegar tal situación al Juzgado o al M.F. para que se proceda a los efectos oportunos. El Juez también podrá actuar de oficio⁽¹³⁹⁾, poniendo los hechos en conocimiento del M.F. de forma inmediata, no sólo porque no podrá resolver sin su previo dictamen, sino también por si los hechos pudieran hacer aconsejable el análisis de la incapacitación del sujeto a internar.

- 2.3. **Trámites de audiencia y de prueba de realización preceptiva:** En una regulación que recuerda en materia probatoria a la tramitación regulada en el procedimiento de incapacitación -pero con más orden-, el legislador refiere en el apartado 3.1 del art. 763 LEC cuáles son los trámites de realización preceptiva, estableciéndose en primer lugar el trámite de audiencia preceptiva previa a la concesión de autorización a la persona afectada por la decisión, al M.F. y a cualquier otra persona cuya comparecencia se estime conveniente.

(138) Por lo que se refiere a la competencia objetiva, a la que no alude la norma expresamente, debe entenderse que la misma corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y no a los Juzgados de Familia -donde los haya, porque no se les atribuyó esta competencia cuando fueron creados en el año 1981-, aunque sí a los Juzgados especializados en incapacitaciones y tutelas que existen en algunas poblaciones como Madrid y Barcelona, al amparo del criterio previsto en el art. 98 LOPJ.

(139) Negar dicha posibilidad sería una incongruencia, teniendo en cuenta que el Juez sí puede, por expreso mandato legal, acordar el internamiento como medida de seguridad dentro del procedimiento de incapacitación.

Por lo que se refiere a la audiencia a la persona afectada por la medida, es importante destacar que la citada disposición determina que *en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley*, ello de conformidad con la doctrina sentada por la STC 129/99, de 1 de julio de 1999. De tal manera que, en virtud de lo dispuesto en el mencionado art. 758 LEC -al que la norma se remite- la persona afectada puede comparecer en el procedimiento con su propia defensa y representación, y si no lo hiciere, será defendido por el M.F., siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento, en cuyo caso le será nombrado un defensor judicial, si es que no estuviere ya nombrado. Aunque el tenor de la disposición no impone preceptivamente la asistencia de letrado y procurador para la persona cuyo internamiento se pretende, de lo dispuesto en el art. 750.I LEC se desprende que si el afectado comparece en su propia defensa debe contar con la asistencia de aquéllos. El trámite de audiencia al M.F. es imprescindible, a diferencia de la regulación contenida en el derogado art. 211 C.c. que no lo exigía con carácter previo. Además, habría de llegarse al mismo punto a través de lo dispuesto en el art. 749 LEC, dada la naturaleza de la medida.

En cuanto a la audiencia de cualquier otra persona, sin duda resulta conveniente que el Juez oiga antes de resolver a todas aquellas personas que puedan aportar información sobre el estado de la persona que se pretende internar y sus actuaciones. Aquí debemos entender personas de su confianza, esto es, amigos, familiares o el psiquiatra que lo trate habitual u ocasionalmente, o le haya tratado en el pasado, en su caso -en aquellos casos en que la persona ya esté diagnosticada y a tratamiento, o lo haya estado anteriormente-, y en general cualquiera que pueda referir un testimonio útil al Juez.

Pero además de los trámites de audiencia mencionados, la Ley quiere que el Juez examine por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate, y oiga al dictamen de un facultativo por él designado, tal y como se establece a continuación en el siguiente párrafo del mismo apartado 3 del art. 763 LEC. El desorden antes mencionado de la norma estriba en que parece que el legislador considera que el trámite de examen a la persona de cuyo internamiento se trate es un trámite distinto del mencionado antes (necesaria audiencia al afectado por la medida), cuando en realidad lo lógico es que se trate de la misma actuación, pues no tendría sentido pensar que el afectado deba ser oído primero y examinado después. Se trata de que el Juez no dicte resolución alguna al efecto antes de haber tenido oportunidad de examinar al afectado, y en dicho trámite será donde éste podrá ser oído. Es importante destacar la importancia de este trámite, que se impone al Juez como una prueba inexorable, dado que dota al

Juez de un conocimiento directo de la situación del afectado, por consistir no en un interrogatorio de parte sino en un verdadero reconocimiento judicial, en el que la misión del Juez es comprobar -a través de un juicio ponderado- que el afectado requiere la medida de internamiento por padecimiento de una alteración psíquica enajenante en la que pueda resultar una situación de peligro en el sentido antes expuesto.

Por lo que se refiere al preceptivo dictamen de un facultativo, resulta imprescindible que se trate de un médico, puesto que, tal y como declaró el T.C. en su sentencia 104/1990, de 4 de junio -siguiendo la doctrina consolidada del TEDH (Winterwep, sentencia de 24 de octubre de 1979, y Ahirgdane, sentencia de 8 de mayo de 1985)-, debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva. Obviamente, en aquellos casos en que la medida de internamiento se adopte en el marco de un procedimiento de incapacitación, el dictamen preceptivo médico se referirá también a este punto, de tal manera que no sólo analizará las circunstancias de procedencia de la incapacitación, sino también la procedencia de la medida de internamiento solicitada; si se trata de un procedimiento independiente, se referirá sólo a este punto. Ordinariamente será el médico forense o en su defecto será el perito designado por el Juzgado, al margen de que también puedan ser oídos otros facultativos a instancia de la propia persona afectada por la medida o de sus parientes.

- 2.4. **Resolución e impugnación:** Una vez practicada la prueba (la preceptiva y cualquier otra que el tribunal estime relevante para el caso), habrá de procederse a la resolución judicial, pero en este punto hay que diferenciar debidamente, según la medida de internamiento sea solicitada en el marco de un procedimiento de incapacitación o no sea así. En el primer caso, la resolución concediendo o denegando dicha medida se hará en la sentencia de incapacitación, salvo que por razón de urgencia deba pronunciarse sobre ella antes, en tal caso en forma de auto. En el segundo caso -es decir cuando se tramite como una medida independiente de cualquier procedimiento de incapacitación- el Juez resolverá siempre por medio de auto, que será apelable en un solo efecto ante la AP (art. 763.3 en relación con el 456 LEC)⁽¹⁴⁰⁾, y que será trasladado al M.F., por si éste pudiera apreciar la concurrencia de una posible causa de incapacitación en el afectado, a fin de procurar su declaración, cumpliendo con lo previsto en los arts. 757 y 763.3 LEC.

(140) El legislador ha seguido aquí igualmente el criterio defendido por la referida STC 129/99, de 1 de julio de 1999, y por la doctrina científica, ante el silencio que la Ley guardaba con anterioridad.

Por supuesto, la resolución judicial habrá de ser siempre motivada, y además deberá contener una serie de pronunciamientos ineludibles: el lugar de internamiento, la obligación impuesta a los facultativos que atiendan a la persona internada de informar al Juzgado sobre la necesidad de mantener la medida, así como la periodicidad de dicha información. Este contenido del pronunciamiento constituye lo que se denomina el *control judicial sobre el internamiento*, que viene regulado en el apartado 4 del art. 763 LEC.

Frente a lo dispuesto en el art. 211 C.c. -vigente la regulación anterior-, que establecía en su párrafo tercero la misma forma para la revisión y control del internamiento que para la autorización judicial -esto es, previa exploración judicial y con un nuevo informe médico-, el art. 763.4 LEC elude aquella exigencia de la exploración judicial, y se limita a imponer a los facultativos del Centro Psiquiátrico la obligación de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida y, en todo caso, cada seis meses⁽¹⁴¹⁾, a no ser que el Juez haya señalado en su resolución un plazo inferior. De tal manera que en cualquier caso el Juez puede revisar la autorización concedida en su momento, solicitando informes médicos, y ello cuando quiera, y en todo caso, cada seis meses.

Para el cese del internamiento no será necesaria autorización judicial, estando obligados los facultativos que atiendan al interesado a darle el alta cuando bajo su criterio no sea necesario que continúe en régimen de internamiento. Esto representa una novedad, y debe decirse que, frente al criterio sostenido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/84 de que la decisión de poner fin al internamiento corresponde al Juez, gran parte de la doctrina entendió siempre que debía permitirse a los profesionales médicos dar el alta médica al enfermo, toda vez que hubiese desaparecido la necesidad terapéutica que dio lugar al internamiento, ello con independencia de que el Juez pudiese poner fin al internamiento con ocasión del seguimiento periódico del mismo.

3. *El procedimiento extraordinario o por razón de urgencia*

Ahora, al igual que antes⁽¹⁴²⁾, dicho procedimiento significa que en ocasiones pueden existir razones imperiosas que determinen que el internamiento por razón de trastorno psíquico no pueda esperar a la previa autorización judicial,

(141) Por cierto que el art. 255 del Código de Familia de Cataluña refuerza el control judicial del internamiento, al disponer que su revisión se realizará como mínimo cada dos meses, tiempo que es más acorde con la realidad, por cuanto efectivamente la duración media de los ingresos en unidades de agudos se encuentra alrededor de los dos meses precisamente.

(142) También estaba previsto en el hoy derogado art. 211 C.c., si bien regulado de manera muy escasa, mejorando parcialmente el actual art. 763 LEC la deficitaria regulación al respecto.

sino que deba ser adoptado “inmediatamente,” esto es, sin demora, de tal manera que primero se adopta el internamiento - para lo cual no se requiere en principio más que la conformidad de los responsables del Centro en que se realice el ingreso- y posteriormente se recaba la intervención judicial, que será la ratificación del mismo.

Los puntos clave de dicho procedimiento son los que se exponen seguidamente.

- 3.1. **Comunicación de la situación del internamiento:** A diferencia de la regulación anterior que omitía cualquier previsión al respecto -y en una previsión normativa casi idéntica a la contenida en el art. 255.1 del Código de Familia de Cataluña- el legislador establece con claridad que corresponde al responsable del Centro en el que se hubiera producido el internamiento dar cuenta al Juez competente *lo antes posible, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas*. Eso sí, no se añade requisito alguno en orden a dicha comunicación, pareciendo lógico entender que será suficiente el parte médico con la especificación de los datos personales del internado, la causa del internamiento y las razones que lo motivaron, así como el día, hora y fecha, y la persona (con determinación de su vinculación si se trata de familiar, amigo, autoridad, etc.) que lo ingresó con dicho carácter de urgencia.
- 3.2. **Competencia judicial para la ratificación del internamiento:** Corresponde al tribunal del lugar en que radique el centro donde éste se haya producido (art. 763.1.III LEC), quien además deberá poner los hechos en conocimiento del M.F., por si éste pudiere interesar una posible causa de incapacitación, tal y como establece el art. 757.3 al que se remite expresamente el art. 763.1.III *in fine* ambos de la LEC. Si con posterioridad resulta que se inicia un proceso de incapacitación, el Juez competente será el de la residencia del presunto incapaz, coincidiendo ésta con el lugar donde está internado, de tal manera que se salvan así los inconvenientes que se apreciaban en la regulación anterior⁽¹⁴³⁾.
- 3.3. **Tramitación del Expediente para la ratificación del internamiento:** Una vez comunicada al Juzgado la situación de internamiento de urgencia, el tribunal habrá de proceder a la ratificación o no del internamiento ya practicado, lo que se hará a través de auto debidamente motivado, que deberá ser dictado en el plazo máximo de 72 horas (art. 763.1.II LEC); solución ésta coincidente con la que ya había alcanzado previamente la doctrina ante el silencio de la regulación anterior⁽¹⁴⁴⁾.

(143) En que el tribunal competente para la incapacitación era el del domicilio del demandado (por aplicación de la disposición contenida en el art. 63.1 LEC de 1881), y podía suceder que el lugar del domicilio y el del internamiento no coincidieran, originándose una indeseable dualidad de tribunales competentes, uno para la incapacitación y otro para la autorización de internamiento.

(144) Efectivamente, tanto la Fiscalía General del Estado (Circular nº 2/84), como la doctrina habían entendido que debía ser el facultativo responsable del Centro en el que la persona hubiera sido internada quien debería comunicar al Juez tal hecho, debiendo resolver el Juez en el plazo máximo de las 72 horas aludido en el art. 172 CE. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La protección jurídica...”, cit., p.960; o RAMOS CHAPARRO, “El internamiento de incapaces presuntos”, RGLJ, 1988, nº3, pp.524-528.

III. Consideraciones críticas y propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico estatal de protección de la discapacidad por enfermedad mental

En cuanto a la incoación del Expediente, el apartado 3 del art. 763 LEC no hace distinción alguna por razón de la urgencia, de tal manera que ha de entenderse que habrá de reunir las mismas garantías que en el procedimiento ordinario, por lo que se refiere a las preceptivas audiencias y trámites de prueba. En cuanto a la resolución judicial, ésta también deberá contener las menciones antes vistas, en relación con el control de la medida ratificada, y será susceptible de recurso de apelación.

Debe decirse que el art. 763 LEC no resuelve expresamente la cuestión que se plantea cuando una persona ha sido internada voluntariamente, y después resulte que se encuentra en una situación que no pueda decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento. Parece oportuno propugnar la solución otorgada por el Código de Familia catalán -que sí contempla de forma expresa tal posibilidad- y entender en consecuencia que el director del Centro donde se encuentra internada la persona con enfermedad mental habrá de actuar del mismo modo que si se tratase de un internamiento no voluntario por razón de urgencia.

Por último, también es importante señalar, en relación con esta modalidad de internamiento, que en la práctica se observan situaciones complicadas y deficitarias de protección real, tratándose de un punto que requiere con urgencia alguna intervención orientada a la coordinación de los agentes que intervienen (médico de cabecera, Juez, policía, hospital).⁽¹⁴⁵⁾

C) PROPUESTAS DE MEJORA

En cuanto al internamiento por razón de trastorno psíquico -analizado en este trabajo- es sabido que el procedimiento extraordinario o por razón de urgencia tiene lugar en aquellos casos en que el internamiento no puede esperar a la previa autorización judicial, sino que debe ser adoptado *inmediatamente* -el legislador parte de la realidad de que pueden existir razones imperiosas que hacen necesario el internamiento sin más demora- de tal manera que primero se adopta el internamiento y posteriormente se recaba la intervención judicial, que será la ratificación del mismo. Pero lo cierto es que se ha llegado a observar que en la práctica, generalmente por la lentitud de la resolución de internamiento ordinario (con la consecuente distorsión de la motivación que llevó a la solicitud, el empeoramiento del paciente y de la situación socio-familiar),

(145) Efectivamente, el internamiento por razón de urgencia de enfermos en situación de crisis aguda constituye una situación de especial gravedad para el enfermo y también de tensión a veces insostenible para su entorno familiar -que es quien generalmente ha de asumir la responsabilidad de ese ingreso-, en la que los aspectos emocionales son muy importantes y en muy buena medida insoslayables; razón por la cual, y para no aumentar dichas tensiones debiera tratarse de establecerse algún tipo de criterios de actuación que, desde la profesionalidad de los agentes que intervienen faciliten a las familias el proceso de internamiento, de forma que no se traslade a éstas la necesidad de esclarecer quién y en qué momento debe actuar respecto de ese ingreso del paciente. Quizás la elaboración de un Protocolo de Actuación en estos casos, que permitiera la formación adecuada y la coordinación estricta de los diferentes agentes, podría ser el mejor medio de disminuir esa carga emocional añadida a las familias, al tiempo que abocaría a una mejor defensa de los derechos del ciudadano enfermo con las mayores garantías.

la vía del internamiento urgente, que debería ser excepcional, se convierte en la vía más utilizada por las familias y los servicios sociales.⁽¹⁴⁶⁾ Tendencia ésta que debería tratar de ser corregida.

También es importante destacar que en la práctica del internamiento por razón de trastorno psíquico se detectan situaciones muy complicadas y deficitarias de protección real en los momentos de crisis agudas de los enfermos, que tanto el enfermo como sus familiares suelen referir como momentos angustiosos en grado extremo, por cuanto efectivamente el internamiento no voluntario de los enfermos con trastornos psiquiátricos en situación de crisis aguda constituye una situación de especial gravedad para el enfermo y para su ámbito familiar, que es quien generalmente ha de asumir la responsabilidad de ese ingreso.

Los aspectos emocionales son muy importantes en dicha situación de tensión para las familias, y en muy buena medida son insoslayables. Sin embargo, debe tratar de establecerse criterios de actuación que, desde la profesionalidad de la actuación de los agentes que intervienen, faciliten a las familias el proceso de internamiento desde el establecimiento de la referencia necesaria, de forma que no se traslade a ella la necesidad de establecer quién y en qué momento debe actuar respecto de ese ingreso urgente del paciente. La elaboración de un Protocolo de Actuación en estos casos, que permitiera la formación adecuada y la coordinación estricta de los diferentes agentes parece el mejor medio de disminuir esa carga emocional añadida a las familias, al tiempo que de defender los derechos del propio ciudadano enfermo con las mayores garantías.

Finalmente, también debe ponerse de relieve que, si bien es verdad que el sistema judicial se esfuerza por cumplir las exigencias legales derivadas de la aplicación del art. 763 LEC, *lo que ha implicado que los Jueces han salido de sus despachos para ir a ver a los enfermos mentales*⁽¹⁴⁷⁾, también lo es que parecen existir irregularidades en el cumplimiento del control judicial del internamiento, sin que en verdad el Juez atienda a las condiciones reales del paciente, bastando con el simple informe del centro para prolongar el internamiento. Práctica ésta que igualmente debiera erradicarse, al igual que cualquier otra irregularidad en materia de garantías del internamiento.⁽¹⁴⁸⁾

(146) Vid. CASAS PLANES, "Reflexión..." cit., p.4.

(147) En palabras de GANZANMÜLLER, C. ESCUDERO, J.F., "Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico", ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.244.

(148) Sobre este punto concreto -relativo al daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales y del funcionamiento anormal de la Administración Pública- es interesante la propuesta de *lege ferenda* efectuada por CASAS PLANAS en su trabajo "Reflexión..." cit., y que consiste en la oficialización de la pena privada a modo de la Carta de los Derechos y Libertades de Québec, y hasta que se produzca dicha oficialización, de *lege data* propone que los Tribunales apliquen, a través de la denuncia de la Comisión de los derechos de la persona, las llamadas "condenas simbólicas".

5. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA EN MATERIA MÉDICA

A) EL CONSENTIMIENTO INFORMADO POR REPRESENTACIÓN

En el año 2002 se promulgó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que tiene expresamente carácter de legislación básica⁽¹⁴⁹⁾, y que regula el *consentimiento informado* y las denominadas *instrucciones previas* en el Capítulo IV de su articulado cuyo título es "El respeto de la autonomía del paciente"⁽¹⁵⁰⁾.

El consentimiento informado es definido como *la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud* (art.3), de tal manera que el legislador parte de la consideración innegable de que el paciente, por el hecho de serlo y acudir a la asistencia médica, no pierde su dignidad de persona ni los derechos que le son inherentes -entre ellos el de la libertad y más en concreto el derecho de autodeterminación con relación a su salud- y se concreta en el derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos para luego decidir lo que quiera y crea conveniente⁽¹⁵¹⁾.

Pero constituye un hecho innegable que el consentimiento informado no siempre puede ser ejercitado por los propios interesados -esto es, titulares originarios del derecho- y ello por falta de capacidad, circunstancia a la que no puede ser ajena la Ley, que prevé el siguiente régimen tutelador de la incapacidad. En el art. 5 -bajo el enunciado de "Titular del derecho a la información asistencial"- y tras establecer en su apartado nº 1 que el titular del derecho a la información es el paciente (debiendo también ser informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita), el legislador hace referencia a continuación a la situación genérica de incapacidad, estableciendo que el paciente *será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión,*

(149) Expresamente reconocido en su Disposición Adicional Primera (*Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.1º y 16º de la Constitución*, por cuanto y a pesar de que la Sanidad es competencia de las CCAA que la asumen (art. 148.1.2º CE), el legislador pretende asegurar la igualdad de todos los ciudadanos del Estado español en el ejercicio del derecho de autonomía del paciente, ello sin perjuicio de que la regulación contenida en la Ley y aplicable en todo el territorio español pueda ser desarrollada con mayor detalle en algunos aspectos por las CCAA. Así, en Cataluña existe la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, del Parlament de Catalunya, que ya regulaba previamente el derecho a la información, el consentimiento informado y las voluntades anticipadas; en Galicia, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la documentación clínica de los pacientes; en Navarra, la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; y en Valencia, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derecho e información al paciente de la Comunidad Valenciana.

(150) Debe decirse que, aunque con anterioridad ya se regulaba en el ordenamiento jurídico español el consentimiento informado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en los apartados 5 y 6 de su art. 10, lo cierto es que aquella regulación era marcadamente insuficiente.

(151) Ello de conformidad con el art. 5 del Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997 -que entró en vigor en España el día 1 de enero de 2000-, así como en el art. 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01 -precepto que regula el consentimiento informado dentro del derecho a la integridad de la persona, después de reconocer a toda persona el derecho a su integridad física y psíquica, al disponer que *en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la Ley*-.

cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal (apartado nº 2). Y también establece que *cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho* (apartado nº 3).

De tal manera que la capacidad aludida no viene determinada por la ausencia de una incapacitación judicial, sino que el médico habrá de atender a si en la realidad el paciente está o no en condiciones de comprender las repercusiones de la información sanitaria pertinente, puesto que se trata de la aptitud intelectual y emotiva necesaria para comprender la enfermedad, y poder valorar en consecuencia las posibles alternativas y optar por la alternativa en su caso más conveniente. Para ello es evidente que resulta imprescindible un mínimo de juicio práctico prudencial, determinación que corresponde exclusivamente al criterio médico (del médico que le asiste, se entiende), que será quien habrá de decidir si el paciente está en condiciones de comprender o si por el contrario se halla en un estado psíquico que no le permita hacerse cargo de su situación. Pero también debe estar claro que dicho juicio práctico prudencial puede concurrir en el caso de determinados enfermos -aun incapacitados judicialmente-, al igual que también puede concurrir en determinados casos en los menores de edad. Esté o no incapacitado judicialmente el paciente, tiene derecho a la información sanitaria, debiendo ser informado en todo momento *de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión*, y sólo cuando, según el criterio del médico que le asiste carezca de capacidad para entender la información a causa de estado físico o psíquico, entonces la información habrá de ser puesta en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Interesa destacar que la Ley diferencia por un lado entre el derecho a la información contenido en el art. 5 en los términos expuestos⁽¹⁵²⁾, y el derecho a emitir el consentimiento informado, en los términos que pasamos a examinar ahora. Y la diferencia se establece de tal modo que, sin negarle el derecho a la información a todo paciente -aun incapaz, como decimos-, sin embargo el art. 9.2 enuncia determinadas limitaciones a la emisión del consentimiento informado, de manera que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento en determinados casos de riesgo⁽¹⁵³⁾.

(152) Derecho a la información que sólo puede ser limitado, según establece el apartado 4 del mencionado art. 5 de la Ley por la existencia de acreditada de un estado de necesidad terapéutica, entendiéndose por tal la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente cuando, por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicial su salud de manera grave, debiendo en tal caso el médico dejar constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicar su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Y debiendo tenerse en cuenta además que, tal como establece el art. 9.1 de la Ley, *la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso, añadiéndose que cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.*

(153) Uno, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley (art. 9.2.a); y dos, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, previa consulta, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho al paciente (art. 9.2.b).

Y además -por lo que aquí interesa- en el mismo art. 9 de la Ley se hace referencia al **otorgamiento del consentimiento por representación**, que habrá de proceder: 1. Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (art. 9.3.a), en cuyo caso el consentimiento lo prestará su representante legal, y si resulta que carece de representante legal, entonces el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. 2.- Cuando el paciente esté incapacitado legalmente (art. 9.3.b), en cuyo caso -aunque la Ley no lo diga- ha de entenderse que el consentimiento lo otorgará su representante legal. Y 3. Cuando el paciente menor de edad no sea capaz, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos⁽¹⁵⁴⁾ (art. 9.3.c).

Respecto a la regulación del consentimiento por representación, cabe efectuar las siguientes observaciones:

- 1ª Aparece una contradicción entre lo dispuesto en los números 1 y 2 enunciados (esto es, art. 9.3.a) y b) de la Ley), por cuanto en el primero se refiere la Ley al supuesto de que el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, y ello con independencia de que el paciente esté o no incapacitado, ello de acuerdo con el mismo criterio utilizado en el art. 5 antes visto regulador del derecho a la información asistencial, de tal manera que debe entenderse, “sensu contrario”; que en caso de que el paciente sí tenga capacidad para tomar decisiones -a criterio del médico- entonces no será necesario el otorgamiento del consentimiento por representación. Y sin embargo, resulta que en el número 2 (o sea, en el apartado b del art. 9.3 de la Ley) se establece, sin matización de ningún tipo, que se otorgará el consentimiento por representación *cuando el paciente esté incapacitado legalmente*.

Ante la existencia de dicha contradicción, mi opinión es que debe prevalecer el criterio legal general basado en la constatación de la capacidad “natural” -esto es, la capacidad de tomar decisiones- a criterio del médico responsable de la asistencia, porque llegar a otra conclusión es caer en una contradicción absurda e injustificada. De tal manera que ha de defenderse que el hecho de que una persona esté incapacitada no le priva del derecho al otorgamiento del consentimiento informado, siempre que efectivamente sea titular del derecho a la información asistencial y el criterio del médico sea el de que el paciente es capaz de tomar decisiones, atendiendo a si en realidad el paciente está o

(154) Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

no en condiciones de decidir libremente sobre un aspecto de su personalidad, que puede afectar a algunos de los derechos que le son inherentes, como es someterse a una actuación médica. Aunque el art. 9.3 de la Ley 41/2002 no prevé expresamente la necesidad de oír antes a la persona incapacitada ni sopesar su voluntad, sin embargo el art. 5.2, cuando regula el derecho de información del paciente, prevé que *el paciente debe ser informado, incluso en caso de incapacidad, de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión*, de donde se deduce que si la persona incapacitada debe ser informada en la medida en que pueda comprender, también debe ser oída en la medida en que tenga juicio suficiente y sin que su voluntad sea nunca vinculante. Si la persona no tiene capacidad real aunque su incapacidad no haya sido declarada judicialmente, tampoco podrá prestar válidamente su consentimiento. Dicha falta de capacidad “real”, que habrá de ser evaluada por el médico, atenderá a dos parámetros: que el estado psíquico del paciente no le impida hacerse cargo de la situación (su enfermedad y la conveniencia del tratamiento, así como sus alternativas), y que goce de la misma aptitud para tomar decisiones. Dicho juicio de capacidad real corresponde al médico y habrá de ser plasmado por escrito y razonado, en el mismo documento en el que se recoja el consentimiento prestado por representación. En tal caso, el consentimiento será prestado por sus representantes legales si los tuviere, o por los guardadores de hecho, o personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, no precisando de autorización judicial para que la persona discapacitada objeto de su guarda sea sometida a una intervención médica⁽¹⁵⁵⁾.

- 2ª En todo caso, también ha de tenerse presente que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, debiendo participar el paciente, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, tal y como se establece en el apartado 5 del art. 9 de la Ley.
- 3ª Por último, el apartado 4 del art. 9 de la Ley se refiere a determinadas prácticas sanitarias (interrupción voluntaria del embarazo, práctica de ensayos clínicos y práctica de técnicas de reproducción humana asistida), con una explícita remisión legal a lo establecido por las disposiciones especiales de aplicación, lo que enlaza directamente con los supuestos específicos que pasamos a exponer a continuación.

(155) Cuando resulte de aplicación el Código de Familia catalán, el representante legal o quien ejerza la guarda de hecho, no siempre estará legitimado directamente para prestar el consentimiento informado. Si la intervención médica puede poner en peligro la vida o la integridad física del menor, incapacitado o incapaz de hecho, necesitará contar con la autorización judicial. Sólo en caso de urgencia, esta autorización judicial puede recabarse *a posteriori*.

B) PROBLEMÁTICA DE LOS SUPUESTOS DE ESTERILIZACIÓN E INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO DE INCAPACES

La polémica sobre las relaciones entre Bioética y Derecho médico plantea un sinnúmero de supuestos en los que se advierten las tensiones entre la tecnología y las normas jurídicas, y uno de éstos es, sin duda, el de la contracepción de incapaces, centrandolo aquí el análisis sólo en las formas más drásticas de la misma: esterilización e interrupción del embarazo. Fórmulas ambas a las que se recurre con mucha frecuencia en el supuesto de mujeres deficientes mentales, pero también en el caso de mujeres con enfermedad mental cronicada⁽¹⁵⁶⁾, y que en muchas ocasiones se adoptan de espaldas a la voluntad de la mujer incapaz, cuando no contra su voluntad expresamente manifiesta.

Veamos cuál es el panorama legislativo al respecto.

En la actualidad la esterilización voluntaria como método contraceptivo constituye una práctica que encuentra una aceptación creciente por parte de la población en general, seguramente por la sencillez de la intervención quirúrgica, la ausencia de riesgos significativos y su alto grado de eficacia, aunque sin duda su carácter prácticamente irreversible introduce nuevos matices no considerados en el análisis del resto de los métodos de control de la natalidad. La hipótesis normal consiste en que sea la misma persona la que, por motivos diversos, decide privarse de su capacidad de procreación, y ciertamente el ordenamiento jurídico español considera aceptable éticamente que un sujeto capaz, de forma voluntaria e informada, pueda tomar esta decisión, y así el art. 156.I C.P. establece que: *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de (...) esterilizaciones (...) realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio, recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.* En tal caso, la responsabilidad ética primordial de la persona que realiza la operación y de la que asesora es asegurar que la persona que va a ser esterilizada sea capaz de emitir su consentimiento válida, libre y conscientemente, bien informado, y de forma voluntaria, sin estar bajo presión de ninguna especie.

Pero el problema se plantea en aquellos supuestos en los que la persona no está en condiciones de adoptar por sí misma esa decisión. Y las cuestiones que surgen son diversas: ¿cómo se determina dicha capacidad?, ¿qué sucede con el consentimiento informado en este caso? Y también

(156) Especialmente delicado es el caso en el supuesto de pacientes con enfermedades mentales, por cuanto es éste uno de los ámbitos en los que se refleja más nitidamente las consecuencias derivadas de la mayor relevancia que tiene el concepto de "capacidad/incapacidad natural" en este colectivo frente a otras situaciones de discapacidad, en los que dicha capacidad/incapacidad natural es más constante y previsible. Si se tiene en cuenta que en muchos casos la evolución futura de la enfermedad es imprevisible, así como que las capacidades cognitivas de muchos enfermos mentales sufren enormes oscilaciones (hay intervalos lúcidos, crisis o episodios agudos y en definitiva diversas fases que pueden reproducirse cíclicamente), se puede comprender fácilmente por qué puede ser tan delicado el problema de determinadas decisiones médicas (como es el caso de las que ahora nos interesan) que además resulta que son irreversibles.

¿puede el Derecho admitir que otra persona adopte una decisión de este tipo en contra de la voluntad explícita de la persona incapaz?

Resulta innegable que la simple utilización de los términos *esterilización de incapaces* contiene una innegable e inquietante carga emocional, y ello seguramente es así en parte por las connotaciones derivadas de la práctica y experimentación con incapaces en épocas pasadas, y su utilización en ciertos ámbitos como método rutinario, impuesto por motivos eugenésicos, con innumerables arbitrariedades y abusos y sin ninguna consideración ética ni salvaguarda jurídica⁽¹⁵⁷⁾. Sin olvidar además otro dato, como es el de que en general la esterilización de incapaces consiste en la esterilización de las mujeres incapaces, con lo que se introduce otro elemento de discriminación de género indeseable y asociado en este caso a razones obvias de vinculación entre sexualidad y maternidad.

Que existen casos en que tal decisión puede ser adoptada voluntariamente por algunas personas con discapacidades diversas es incuestionable; pero también lo es que mucho más frecuentemente tales decisiones se adoptan contra la voluntad expresamente manifiesta de la persona incapaz. El argumento empleado suele ser que otras posibles medidas anticonceptivas no ofrecen la seguridad y certeza que son necesarias en tales casos, de tal manera que sólo así se preserva -así se afirma- el derecho de los incapaces a disfrutar debidamente del ejercicio de su sexualidad. Desde el punto de vista jurídico, conviene cuestionarse en primer lugar si este modo de proceder tiene efectivamente acogida legal, y más concretamente si con ello se tiene en consideración el concepto de capacidad "natural" contenido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del paciente en los términos expuestos líneas arriba.

Fue en el año 1989 cuando se incorporó al C.P. español, por medio de la LO 3/1989, de 21 de julio, un inciso al art. 428 estableciendo la posibilidad de la realización lícita de la esterilización de incapaces⁽¹⁵⁸⁾, contra el que se planteó cuestión de inconstitucionalidad que no prosperó,⁽¹⁵⁹⁾ y posteriormente el C.P. aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, presentó en lo nuclear -con algunos puntos de mejora- una

(157) En el trabajo "Realidad de la eugenesia" ([http://www.arbil.org\(11\)euge.htm](http://www.arbil.org(11)euge.htm)) puede consultarse un interesante repaso histórico-sociológico acerca de las políticas eugenésicas que, por razones de índole filosófica, religiosa y social, registraron una espectacular acogida en los países anglosajones, el área germánica y la Europa nórdica (donde el puritanismo protestante se congregó rápidamente con ellas). Fue así como Suecia desarrolló en 1922 la primera Ley eugenésica, un año después lo hacía Noruega, y Dinamarca en 1929. En 1928 Suiza aprobaba un Decreto por el que se facultaba la esterilización de los enfermos mentales. Políticas que continuaron después de la II Guerra Mundial -ello sin contar las aberraciones de la Alemania nazi-, de tal manera que en 1948 EEUU llevó a cabo uno de los programas más vastos de esterilización forzosa que se conoce, ello en el marco de un vasto proyecto de eliminación de "indeseables", término que abarcaba desde los deficientes mentales, alcohólicos, o más simplemente, miembros de grupos étnicos percibidos como una amenaza; programa que no fue eliminado hasta el año 1972.

(158) Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el M.F. y previa exploración del incapaz.

(159) La cuestión de inconstitucionalidad alegó la contradicción de la norma legal con el art. 15 CE, que reconoce que *todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. A ese argumento se añadía lo dispuesto en los arts. 10.1 CE (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social)* y 49 ("los poderes realizarán una política de... disminuidos psíquicos..."). Por Sentencia 215/1994, de 14 de julio, el TC resolvió el recurso planteado y declaró que la modificación introducida en el C.P. no era contraria a la CE.

regulación similar al precepto derogado, estableciendo el art. 156.II que *no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el M.F. y previa exploración del incapaz.*

Los puntos de mejora son: por un lado, la expresión concisa y acertada persona incapacitada, frente a la ambigüedad e imprecisión de la anterior “persona incapaz”; por otro, la adición del inciso *tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz*. Efectivamente, es una mejora la sustitución terminológica antedicha, por cuanto el concepto de persona incapacitada es inequívoco y nos reconduce a una previa declaración judicial firme. Esto significa que la esterilización sólo está prevista respecto de personas ya incapacitadas o en proceso de incapacitación. De tal manera que la esterilización no punible de incapaces implícitamente conlleva la incapacitación previa de la persona, pudiendo sólo ser adoptada dicha medida en el propio procedimiento de incapacitación o en actuación de jurisdicción voluntaria posterior a dicho proceso de incapacitación.

Si resulta que la persona está ya efectivamente incapacitada, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la norma, de tal manera que, con independencia de que esté incapacitado de forma total, su tutor no tiene facultad para prestar su consentimiento, porque el art. 156.I C.P. lo establece así expresamente, sino que en tal caso, habrá de solicitarse autorización judicial, y actuar de conformidad con las demás previsiones normativas contenidas en el art. 156.II C.P. En consecuencia, el tutor no puede consentir o solicitar la esterilización, sino que debe ser autorizada por el Juez, teniendo como “criterio rector el de mayor interés del incapaz”, lo que debería justificarse por parte de dos “especialistas” (no se especifica que deban ser médicos, y se ha aceptado en ciertos casos informes de psicólogos), debiendo el informe detallar los motivos por los que se considera que el mayor bien para el incapaz es la esterilización y no otra forma alternativa de anticoncepción⁽¹⁶⁰⁾. Porque efectivamente la adición del inciso *tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz* en la norma muestra claramente cuál debe ser el criterio que ha de guiar a las resoluciones judiciales en materia tan íntima y personal e impide cualquier aplicación espúrea de carácter eugenésico o interés

(160) Porque parece inaceptable afirmar con carácter general que dicha medida tiende a mejorar las condiciones de vida y el bienestar de la mujer incapaz, como establece la Sentencia de la A.P. de Asturias 14/2/2000, añadiendo: *Equiparándolo en todo lo posible al de las personas capaces, permitiéndole no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad, así como al ejercicio de su sexualidad sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no pueden prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica.*

particular de los representantes legales del incapaz, habiendo establecido la jurisprudencia diversas pautas orientativas en esta materia⁽¹⁶¹⁾.

Si se solicita en el propio procedimiento de incapacitación, en la sentencia el Tribunal podrá pronunciarse sobre la autorización de esterilización, siempre que se haya practicado la específica prueba que prevé el art. 156 del C.P., es decir, el dictamen de dos especialistas. Si se solicita en trámite de jurisdicción voluntaria posterior al proceso de incapacitación, la legitimación la tiene el representante legal del incapaz, siendo preceptivo tanto la intervención del M.F., como la nueva exploración del incapaz, centrada ya en este solo aspecto específico: la conveniencia o no de la esterilización para el mayor interés del incapaz. En el supuesto de que el facultativo observe una petición de este tipo por una persona no incapacitada, pero que a su juicio no sea capaz de medir la trascendencia del acto que va a realizar, debiera asegurarse prudentemente del grado de conciencia y entendimiento sobre este acto médico concreto -recordar el consentimiento informado visto antes-. Y si llega a la conclusión de que la persona es "incapaz" (en la acepción del término contenida en la Ley 41/2002, en tal caso, debe saber que su consentimiento no es válido, ni tampoco el otorgado por sus representantes legales (padres, tutores, etc.). En dicho supuesto, lo que deberá hacer el facultativo será poner en conocimiento del M.F. o del Juez competente por si correspondiera en su caso una declaración de incapacitación. Ahí concluye su responsabilidad sobre el asunto. Una vez hecho esto, dependerá del resultado del procedimiento de incapacitación en su caso.

Puede decirse que, a la vista del panorama expuesto, dos conclusiones quedan claramente advertidas. En primer lugar, que esta medida debe ser siempre autorizada judicialmente, no bastando la decisión del representante legal del incapaz, aunque se encuentre en situación de incapacitación judicial. Y en segundo lugar, que para el sistema legal expuesto es absolutamente irrelevante que la persona a esterilizar manifieste su acuerdo o desacuerdo con dicha decisión, pues se entiende que el hecho de que la persona esté incapacitada la priva de cualquier derecho respecto a tal decisión⁽¹⁶²⁾. Y sin embargo, lo cierto es que esta segunda conclusión se cohonesto mal con la regulación contenida en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del paciente, puesto que, tal y como vimos líneas arriba, el hecho de estar incapacitada no priva

(161) Tales como que: 1) No cabe olvidar que la esterilización afecta al derecho fundamental a la integridad física que consagra el art. 15 CE, en cuanto supone una intervención corporal resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativo de sus potencialidades genéticas, de suerte que tal autorización sólo cabrá cuando se considere justificada en atención a aquél preferentemente en juego, y lícita desde la vertiente de la proporcionalidad, es decir, que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira, sin encerrar graves riesgos para la salud de la persona afectada. 2) La deficiencia psíquica del incapaz ha de ser grave y consecuentemente generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal solicitada, a la que se añade acertadamente en uno de los votos particulares formulados a aquella Sentencia del TC la necesidad de que se trate de una deficiencia permanente, señalando el Auto citado de 24 de noviembre de 1998 que el concepto de grave deficiencia psíquica es un concepto jurídico, en el sentido de que la integración acabada de su contenido corresponde al Juez, el cual deberá verificar si la deficiencia es suficiente para justificar la adopción de una medida tan radical como la contemplada en el precepto.

(162) Piénsese en la especial trascendencia y la particular gravedad que adquiere esta cuestión en algunos colectivos de discapacitación -como sucede en la derivada de enfermedad mental- en los que la evolución de la enfermedad es poco previsible, pudiendo mejorar en el futuro, de tal manera que la irreversibilidad de este tipo de medidas parece agravarse.

a la persona en ningún caso de su derecho a ser informada *de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión*, y puesto que, tal y como también dijimos, la correcta interpretación de lo dispuesto en el art. 9.3. significa que será el médico en cada caso quien habrá de decidir si la persona -esté o no efectivamente incapacitada- es o no capaz de tomar decisiones de trascendencia médica.

El otro problema con mayores implicaciones éticas y morales que puede plantearse es el de la *interrupción del embarazo por razón de incapacidad*, problema que surge frecuentemente en el ámbito familiar de la mujer incapaz, y que no es muy diferente al planteado en relación con la esterilización más arriba expuesta, salvo en un punto importante: en este caso, el ordenamiento jurídico nada dice al respecto de manera explícita.

Para plantear la cuestión en sus justos términos, el problema de la interrupción voluntaria del embarazo se plantea en este caso -al igual que en el de la esterilización de incapaces- en aquellos supuestos en que la persona en cuestión no está en condiciones de adoptar por sí misma esa decisión con un buen grado de discernimiento.

Es práctica bastante generalizada que los médicos que son requeridos se limiten a solicitar la autorización firmada del representante legal de la mujer incapacitada (al igual que se limitan a solicitar la autorización firmada de los padres en caso de minoría de edad), desconociendo en gran medida las consecuencias en que pueden incurrir si no obtienen la preceptiva autorización judicial, porque resulta que con dicha práctica olvidan los facultativos que el aborto voluntario no es una simple intervención quirúrgica programada, ni mucho menos una situación de urgencia médica, sino una conducta tipificada en el C.P., y que sólo reuniendo una serie de requisitos puede ser una conducta no punible.

Entonces, ¿es imprescindible la autorización judicial, como en el caso de la esterilización?

La respuesta es sí, aunque ciertamente el art. 271 C.c. -que enuncia los supuestos en los que es preciso que el tutor solicite la autorización judicial- no contempla expresamente éste que analizamos. Pero el argumento no es definitivo, por cuanto tampoco se contempla el supuesto de la autorización judicial para la medida de esterilización antes analizada, y sin embargo sí se contempla en el C.P. El razonamiento para llegar a una respuesta afirmativa es el que se expone a continuación.

Situados en la órbita del C.P., observamos que el Derecho español no contempla sino unas circunstancias de no punibilidad del aborto en los que siempre se hace referencia al *consentimiento expreso de la mujer embarazada* (así en los arts. 144, 145 C.P. y 417 bis del derogado C.P., vigente por obra de la Disposición Derogatoria 1 a) de la Ley Orgánica 10/1995), estableciéndose expresamente en el art. 144 C.P. que *el que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.*

Sólo existe un supuesto en el que podrá prescindirse del consentimiento expreso de la mujer (así como del dictamen), y es en caso de urgencia por riesgo para la gestante, es decir, en el llamado aborto terapéutico contemplado en el art. 417 bis del derogado C.P., esto es, el que es necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. ¿Estamos ante ese supuesto? Obviamente no, puesto que el supuesto que analizamos es el de una interrupción del embarazo de una mujer incapaz motivada justamente por su incapacidad, y no por ninguna razón de urgencia médica.

Entonces, y puesto que la no punibilidad de la intervención está supeditada a la prestación de consentimiento por parte de la mujer, debemos cuestionarnos si dicho consentimiento puede ser suplido en caso de incapacidad, ya que, como sabemos, el ordenamiento jurídico permite suplir la voluntad del paciente incapaz para la realización de determinadas intervenciones médicas siempre que se den las circunstancias establecidas en la norma.

En virtud de lo dispuesto en la Ley 41/2002, tal y como hemos visto, el paciente debe ser informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal, estableciéndose también que *cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*. Y en el art. 9 se establecen las limitaciones a la emisión del consentimiento informado, de modo que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, y cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, previa consulta, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho al paciente. ¿Estamos acaso entonces ante las circunstancias requeridas por el ordenamiento jurídico para que ello sea posible? Tampoco.

¿Puede entonces encuadrarse este supuesto dentro de alguno de los contemplados en el mismo art. 9 cuando se hace referencia al otorgamiento del consentimiento por representación? Debe decirse que el apartado 4 del citado art. 9 contempla una disposición específica referida a la interrupción voluntaria del embarazo (así como a la práctica de ensayos clínicos y a la práctica de técnicas de reproducción humana asistida), si bien lo cierto es que la norma no aclara nada, por cuanto establece sólo que tales supuestos *se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*, no alcanzándose a entender certeramente qué tiene esto que ver con el contenido general del mencionado art. 9 en el que se incardina, ni tampoco se alcanza a ver cuáles sean tales disposiciones especiales de aplicación.

En consecuencia, y ante la ausencia de solución legal expresa, nos inclinamos por considerar la solución legal prevista para la esterilización por uso expreso de la interpretación analógica, de tal manera que -puesto que no nos encontramos ante una intervención ordinaria de las previstas en el art. 9-, y teniendo en cuenta la similitud de la problemática, se puede llegar a la conclusión de que en el caso de mujeres incapaces (incapacitadas o no) -así como de menores de edad- se tiene que solicitar siempre autorización judicial para no incurrir en el tipo delictivo previsto en el C.P. , y naturalmente debe concurrir -y acreditarse así adecuadamente- alguna de las circunstancias previstas en el C.P. de no punibilidad del ilícito contemplados en la Ley, esto es: 1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto, salvo caso de urgencia por riesgo para la gestante (esto es, el llamado aborto “terapéutico”). 2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado (esto es, el llamado aborto “ético”). 3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto (esto es, el llamado aborto “eugenésico”).

Debiendo destacarse por cierto respecto a esta última circunstancia cómo no siempre se respetan los márgenes establecidos en la propia norma, pudiendo recordar aquí un caso reciente en el tiempo en el que la familia de una joven de 27 años, con discapacidad intelectual, y en estado de gestación de seis meses, pidió autorización judicial para la práctica del aborto, tras haberse negado una clínica por cuando ésta sólo realizaba intervenciones de este tipo en las doce primeras semanas de gestación, y la autorización judicial fue concedida. El caso fue especialmente triste, por cuanto la decisión fue tomada contra la decisión expresa de la joven, y ello a través de la vía del llamado aborto “eugenésico”. Y por cierto que es interesante poner de relieve cómo este suceso fue considerado expresamente como un supuesto de violencia de género contra la mujer con discapacidad en el Estudio “Violencia de Género contra las mujeres con discapacidades”⁽¹⁶³⁾.

Puede afirmarse que el discurso empleado por el T.C. en S.TC 215/1994, de 14 de julio de 1994, cuando se refiere a la inexcusable intervención judicial en materia de esterilización, puesto que de otro modo

(163) Vid. ARNAU RIPOLLÉS, “Estudio: La cara oculta de la violencia...”, cit., p. 75.

podríamos entrar en lo que califica como *política gubernamental de esterilización de los deficientes psíquicos*, de manera que la intervención judicial *por tanto, es inexcusable, para que pueda otorgarse la autorización constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás*, puede ampliarse debidamente y afirmar en consecuencia que de otro modo podríamos entrar en una inadmisibles política gubernamental de interrupción "eugenésica" de gestaciones de mujeres con discapacidad - sea ésta la que sea-, de tal manera que la primera garantía será la previa autorización judicial. Debiendo, en consecuencia, exigirse los siguientes requisitos: 1. Solicitud por parte de quienes ostenten la representación legal de la persona incapaz ante el Juez del domicilio del incapaz. 2. Exploración judicial de la persona incapaz. 3. Dictamen de dos especialistas que determinen con claridad y precisión si se cumplen los requisitos establecidos para proceder a la interrupción del embarazo. 4. E intervención del M.F.

De tal manera que debe concluirse que para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo de una incapaz no puede suplirse la autorización judicial sin más por el representante legal. Por el contrario, esta medida, al igual que la de esterilización en los mismos supuestos de incapacidad, debe ser autorizada judicialmente, no bastando la decisión del representante legal del incapaz, aunque se encuentre en situación de incapacitación judicial. Y todo ello -no se olvide- tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, ello con apoyo en la citada S.TC

Además es interesante destacar los problemas especialmente graves que puede plantear la canalización de la no punibilidad del aborto a través de la vía del llamado aborto "eugenésico" especialmente en el supuesto de discapacidad psíquica de la mujer por enfermedad mental, y ello porque la presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras psíquicas -y esto es lo que exige la Ley- es especialmente difícil de establecer en el ámbito de este tipo de enfermedades, en las que no sólo influyen los componentes genéticos sino también las circunstancias ambientales, y no existe desde luego técnica de diagnóstico alguna que pueda calibrar esto⁽¹⁶⁴⁾.

(164) Al efecto, por cierto, son muy interesantes las palabras vertidas por una mujer -por cierto de talante progresista y feminista- con discapacidad (vid. ARNAU RIPOLLÉS, "Estudio: la cara oculta de la violencia..." cit., p.75 nota 61) cuando considera que en relación al tercer tipo de aborto (esto es, "eugenésico") queda mucho por decir todavía, principalmente por las propias personas con discapacidad, que en estos momentos se encuentran elaborando un "nuevo discurso social" sobre la misma -más humano, si cabe- donde su pensamiento como expertas en esta realidad y desde una posible "filosofía de la discapacidad" puedan hacer frente a justificaciones para practicar dicha modalidad de aborto tales como que con el aborto se intenta librar al futuro niño de una vida con una pésima calidad de vida o llena de sufrimientos intolerables.

Y son muy interesantes porque, lejos de compartir esa justificación, advierte cómo en muchas ocasiones la calidad de vida de las personas con discapacidad es pésima y sus sufrimientos son intolerables, pero no precisamente por su "ser" (es decir, no por razón propiamente de la discapacidad en sí), sino "más bien por toda la discriminación absurda que sufrimos").

Comparto esta opinión punto por punto y remito al lector para mayor profundización en la cuestión a ROMANACH CABRERO y ARNAU RIPOLLÉS, "Omisiones bioéticas sobre la discapacidad", en la revista *Cuenta y razón del pensamiento actual*, nº 134 -otoño 2004, pp. 65-72.

C) PROPUESTAS INTERPRETATIVAS DE MEJORA

En el ámbito del ejercicio de la *autonomía en materia médica*, la problemática de los supuestos de esterilización e interrupción del embarazo de incapaces ocupa una importancia muy destacada, por incidir directamente en el ámbito de los derechos humanos, y por encontrarse regulados muy deficitariamente.

Por lo que se refiere a la *esterilización como método contraceptivo*, debe tenerse presente en primer lugar que esta medida debe ser siempre autorizada judicialmente, no bastando la decisión del representante legal del incapaz, aunque la mujer con enfermedad mental se encuentre en situación de incapacitación judicial. Y en segundo lugar, debe considerarse que, en virtud de la regulación contenida en la Ley 41/2002, Básica reguladora de la Autonomía del paciente, será el médico quien habrá de decidir si la persona -esté o no efectivamente incapacitada- es o no capaz de tomar decisiones de trascendencia médica, de tal manera que la persona aquejada por enfermedad mental -esté o no incapacitada- no se ve privada de pronunciarse respecto a la decisión de esterilización que, muy frecuentemente, es solicitada por los familiares o tutores en contra de la voluntad del paciente. Piénsese en la especial trascendencia que adquiere esta cuestión en los colectivos de discapacidad por enfermedad mental, dado que la evolución de la enfermedad es poco previsible, pudiendo mejorar en el futuro, siendo así que la esterilización es una medida prácticamente irreversible.

En cuanto a la *interrupción del embarazo por razón de enfermedad mental grave*, ha de entenderse que, pese al silencio legal, no puede suplirse la autorización judicial sin más por el representante legal; sino que, por el contrario, y al igual que sucede en el supuesto de esterilización en los mismos supuestos de incapacidad, debe ser autorizada judicialmente, no bastando la decisión del representante legal del incapaz, aunque se encuentre en situación de incapacitación judicial; y todo ello -no se olvide- tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz. En este punto debe destacarse además el problema especialmente grave que puede plantear la canalización de la no punibilidad del aborto a través de la vía del llamado aborto "eugenésico" en el supuesto de discapacidad psíquica de la mujer por enfermedad mental, y ello porque la presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras psíquicas -y esto es precisamente lo que exige la Ley- es especialmente difícil de establecer en el ámbito de estas enfermedades, en las que no sólo influyen los componentes genéticos sino también las circunstancias ambientales, no existiendo desde luego técnica de diagnóstico alguna que permita calibrar esto.

6. REFORZAMIENTO DE LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL

A) PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. *El patrimonio protegido*

– *Concepto:* con buen criterio, el legislador fue consciente en el año 2003 de que la protección patrimonial de las personas con discapacidad no estaba suficientemente regulada con las disposiciones relativas a la incapacitación y tutela, y ello porque los conceptos de discapacidad e incapacitación no son correlativos sino que existe un gran número de personas que, si bien no reúnen los requisitos para ser incapacitados -y en consecuencia, para que entren en juego los mecanismos de protección patrimonial en que consiste el régimen tutelar-, sin embargo sufren algún tipo de incapacitación que les hace más vulnerables también en el ámbito patrimonial. Por ello, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de 2003, de *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*⁽¹⁶⁵⁾ incorpora diversas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta -tal como afirma el legislador en la Exposición de Motivos de dicha Ley- que *efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos.*

En primer lugar -y éste constituye precisamente el objeto inmediato de la Ley, aunque no agota aquí su contenido, como ya hemos tenido oportunidad de ver líneas arriba, con la incorporación de la figura de la autotutela- se atiende a la regulación de una masa patrimonial que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, que se aísla del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario y que se destina a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario⁽¹⁶⁶⁾.

El patrimonio protegido consiste, pues, en la constitución de una masa patrimonial, inmediata y directamente vinculada a la persona con discapacidad, que es su titular, y que tiene como finalidad la satisfacción de sus necesidades vitales, sometiéndose a un régimen de administración y supervisión específico.

(165) A los efectos del régimen jurídico de esta nueva figura contenida en el ordenamiento jurídico es importante dejar claras dos circunstancias: por un lado, que la regulación contenida en dicha Ley se entiende, no obstante, sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8 de la CE y los diferentes Estatutos de Autonomía, siéndoles de aplicación esta Ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil. Por otro lado, que la regulación contenida en esta Ley y en las disposiciones de desarrollo de la misma tiene aplicación preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los Títulos IX (*De la incapacitación*) y X (*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores e incapacitados*), tal y como se establece expresamente en el art. 1.2 de la nueva Ley.

(166) En virtud de lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley: *Todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.*

A los efectos de esta Ley, los beneficiarios de este patrimonio sólo pueden ser exclusivamente las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía (si es psíquica, igual o superior al 33%, y si es física o sensorial, igual o superior al 65%), y ello con independencia de que concurren o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del C.c. y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas, tal y como se establece claramente en el art. 2.2 de la Ley. Debiendo acreditarse dicho grado de minusvalía mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme (art. 2.3 de la Ley).

– *Constitución y extinción del patrimonio protegido:* la constitución del patrimonio requiere una aportación originaria de bienes o derechos, que debe constituirse necesariamente en escritura pública o por resolución judicial, según los casos, debiendo destacarse además el requisito de la publicidad registral de la condición de un bien o derecho real inscrito como integrante de un patrimonio protegido.⁽¹⁶⁷⁾

¿Quién puede realizar la constitución de un patrimonio protegido? De lo dispuesto en el art. 3 de la Ley, se advierte que el legislador diferencia a este respecto según que la persona con discapacidad que va a ser la beneficiaria del patrimonio protegido tenga o no capacidad de obrar suficiente, de tal manera que en este punto sí tiene importancia en la Ley el hecho diferenciador de que el discapacitado se encuentre o no incapacitado judicialmente, puesto que éste es -como sabemos- el único mecanismo para limitar la capacidad de obrar de cualquier persona. Si resulta que la persona con discapacidad que va a ser beneficiaria del patrimonio protegido tiene capacidad de obrar suficiente, en tal caso la Ley permite que la constitución de dicho patrimonio le corresponda a ella (art. 3.a) de la Ley). Si, por el contrario, resulta que la persona con discapacidad que va a ser beneficiaria del patrimonio protegido no tiene capacidad de obrar suficiente, entonces en principio corresponderá a sus padres, tutores o curadores, de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico (art. 3.b) de la Ley). En el caso concreto de incapacitación por enfermedad mental de un adulto, esto significa entonces que le corresponderá tal facultad o bien al tutor o curador (según los casos), o bien a los padres con patria potestad rehabilitada (en el supuesto del art. 171 C.c.).

Pero, con independencia de que la persona con discapacidad que va a ser beneficiaria del patrimonio protegido tenga o no capacidad de obrar

(167) En virtud de lo dispuesto en el art. 8.2 y 3 de la Ley:

2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el registro de la Propiedad correspondiente.

La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrable. Si se trata de participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante, o por el Juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior.

suficiente, la Ley también permite que dicho patrimonio pueda ser constituido por el guardador de hecho (art. 3.c) de la Ley), o por cualquier persona con interés legítimo (art. 3.d) de la Ley). Efectivamente, y sólo para el supuesto específico de beneficiarios con discapacidad psíquica, se establece que también corresponderá a su guardador de hecho (caso de que lo haya), la posibilidad de constituir un patrimonio protegido en beneficio del discapacitado, ello con dos requisitos normativos: uno, que se haga con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; y dos, ello sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 303, 304 y 306 del C.c. De tal manera que: el guardador de hecho podrá ser requerido por la autoridad judicial para que informe de la situación de la persona y los bienes del presunto incapaz, y de su actuación en relación con el mismo, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que estime oportunas (art. 303 C.c.); los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad (art. 304 C.c.); y si el guardador de hecho sufre daños y perjuicios en el ejercicio de su función y sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del incapaz, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento (art. 220, por remisión del art. 306, ambos del C.c.).

La Ley también prevé la posibilidad de que “cualquier persona con interés legítimo” pueda solicitar de la persona con discapacidad y capacidad de obrar suficiente la constitución de un patrimonio protegido; o bien -si es que la persona con discapacidad no tiene capacidad de obrar suficiente- pueda solicitar dicha constitución de sus padres, tutores o curadores. En ambos casos, dicha persona con interés legítimo debe ofrecer al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin. En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al M.F., quien instará del Juez lo que proceda, atendiendo al interés de la persona con discapacidad, en cuyo caso si el Juez autorizara dicha constitución habrá de pronunciarse sobre el contenido del mismo y el cargo del administrador. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que cuando la persona con discapacidad que va a ser beneficiaria del patrimonio protegido tiene capacidad de obrar suficiente, en tal caso, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico (art. 10.1 CE), no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio en contra de su voluntad.

¿Cómo se constituye un patrimonio protegido? Ordinariamente, el patrimonio protegido se constituirá en documento público notarial, cuyo contenido mínimo incluye las menciones referidas en el art. 3.3 de la Ley: el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio, la determinación de las reglas de administración y en su caso de fiscalización y cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo. Pero también puede constituirse el patrimonio protegido en resolución judicial, a través

de un trámite de Jurisdicción Voluntaria, y ello será así en el caso contemplado en el art. 3.1.d) de la Ley, para el supuesto de que, ante la voluntad de cualquier persona con interés legítimo en solicitar la constitución de un patrimonio protegido, éste se encuentre con una negativa injustificada a su juicio, pudiendo entonces acudir dicho interesado al M.F. para que el Juez decida lo que proceda en resolución que puede efectivamente autorizar dicha constitución, sin necesidad en este caso de la constitución sea realizada en documento público notarial.

El documento de constitución contendrá un patrimonio de gasto que proporcione unas rentas disponibles para cubrir necesidades cotidianas (cuidadores, centros, gastos médicos...), análogas a una pensión alimenticia. También puede constituirse un patrimonio de ahorro si se aportan unos bienes o derechos (inmuebles, derechos reales), con cuyo uso y disfrute sea posible obtener suficiencia económica.

¿Quién puede realizar aportaciones al patrimonio protegido una vez constituido éste? Una vez constituido el patrimonio, cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones al patrimonio protegido, siempre a título gratuito y con sujeción a las mismas formalidades dispuestas para la constitución del mismo.

Pero la Ley exige que exista consentimiento (art. 4.2 de la Ley) para que tales aportaciones puedan ser realizadas, consentimiento que habrá de ser otorgado: por el propio beneficiario del patrimonio protegido en el caso de tener suficiente capacidad de obrar, debiendo tenerse en cuenta que en este supuesto -es decir, cuando la persona con discapacidad que va a ser beneficiaria del patrimonio protegido tiene capacidad de obrar suficiente-, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico (art. 10.1 CE), no se podrán hacer aportaciones al patrimonio protegido constituido en contra de su voluntad; o por los padres, tutores o curadores en caso de que el beneficiario del patrimonio protegido no tenga suficiente capacidad de obrar (en dicho supuesto, también es posible que éstos nieguen "injustificadamente" su consentimiento, en cuyo caso la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al M.F., quien instará del Juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad).

Por otro lado, el aportante del bien o derecho al patrimonio protegido puede establecer el destino que deba dárseles a tales aportaciones en los términos establecidos en el art. 4.3 de la Ley⁽¹⁶⁸⁾.

¿Cuáles son las causas de extinción del patrimonio protegido? La extinción del patrimonio protegido se produce, según dispone el art. 6 de la Ley, por muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, o por dejar de padecer éste una minusvalía en los grados establecidos por la

(168) Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al art. 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el C.c. o en las normas de Derecho Civil Foral o especial que, en su caso, fueran aplicables.

Ley. Pero también puede extinguirse excepcionalmente - aunque no lo diga expresamente ahí la norma-, porque el Juez acuerde la extinción por convenir al interés de la persona con discapacidad.

En el supuesto de extinción por muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, su contenido se entenderá comprendido en su herencia, como resulta lógico y dispone expresamente el art. 6.2.I de la Ley). En el caso de extinción por razón de que el beneficiario ya no cumple con el requisito de afectación por minusvalía dispuesto en el art. 2.2 de la Ley, entonces éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que integraban dicho patrimonio, con sujeción, por un lado, a las normas generales del C.c. o de Derecho Civil Foral o Especial que en su caso fueren aplicables) y, por otro lado, a la finalidad que en su caso debiera darse a determinados bienes y derechos por voluntad del aportante, y si ello no fuera posible, deberá darle otra, lo más análoga y conforme a la prevista por aquél, atendiendo cuando proceda a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones (art. 6.3 de la Ley).

– *Administración y supervisión del patrimonio protegido:* En cuanto al régimen regulador de la administración del patrimonio, la Ley parte de la diferenciación fundamental a los efectos de aplicación de esta Ley de que el beneficiario tenga o no capacidad de obrar suficiente. Cuando el beneficiario del patrimonio protegido constituido tenga capacidad de obrar suficiente, en tal caso la administración de los bienes y derechos que lo integran se sujeta a las reglas establecidas en el documento público de constitución, pudiendo el beneficiario con capacidad de obrar nombrar y sustituir al administrador y cambiar las reglas sobre la gestión de su patrimonio. Cuando -por el contrario-, el beneficiario del patrimonio protegido no tenga capacidad de obrar suficiente en tal caso las reglas de administración establecidas en el documento público de constitución deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, esto es, los supuestos contemplados en las disposiciones contenidas en los arts. 271 y 272 del C.c.⁽¹⁶⁹⁾ por lo que se refiere al régimen del Derecho Civil Común,⁽¹⁷⁰⁾ si bien dicho requisito queda muy desvirtuado por cuanto la Ley contempla la posibilidad de que los constituyentes o el administrador

(169) Recordamos que el art. 271 C.c. se refiere a la obligatoriedad de la autorización judicial para los siguientes actos de disposición sobre bienes del tutelado:

1. (...). 2. Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3. Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado. 4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8. Para dar y tomar dinero a préstamo. 9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

Por su parte, el art. 272 C.c. establece que *no necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.*

(170) O, en su caso, a lo dispuesto en las normas de Derecho Civil Foral o Especial que fueren aplicables.

puedan instar al M.F. que solicite del Juez la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos y ello a través de una fórmula legislativa de gran amplitud.⁽¹⁷¹⁾

¿Quién puede ser administrador del patrimonio protegido?
Según se ha dicho, el contenido mínimo del documento público de constitución del patrimonio protegido debe hacer referencia al procedimiento de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración y fiscalización, y ello con la única limitación contenida en el art. 5.6 de la Ley, en cuya virtud, *en ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el C.c. o en las normas de Derecho Civil, Foral o Especial que, en su caso, fueran aplicables.*⁽¹⁷²⁾

Dado el especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de que su beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a una persona distinta, sea porque así lo ha querido la propia persona con discapacidad –cuando ella misma haya constituido el patrimonio–, sea porque lo haya dispuesto así el constituyente del patrimonio y lo haya aceptado el beneficiario, cuando el constituyente sea un tercero. En cambio, cuando el beneficiario del patrimonio protegido no tenga capacidad de obrar suficiente, el o los administradores del patrimonio protegido pueden no ser los padres, tutores o curadores a los que legalmente corresponde la administración del resto del patrimonio de la persona con discapacidad, lo cual hace conveniente que la Ley prevea expresamente que la representación legal de la persona con discapacidad para todos los actos relativos al patrimonio protegido corresponda, no a los padres, tutores o curadores, sino a los administradores del mismo, si bien la representación legal está referida exclusivamente a los actos de administración.

En cualquier caso, y siempre que el administrador del patrimonio protegido no sea el propio beneficiario del mismo (es decir, cuando el administrador del patrimonio sea el tutor o curador de la persona, o entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención a las personas dependientes) será quien ostente la representación legal de la persona dependiente para todos los actos relativos al patrimonio protegido, teniendo la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio, y no requiriendo el concurso de los padres o tutores para su validez y eficacia (art. 5.7 de la Ley). En este supuesto, además, la Ley exige que dicha representación legal se haga constar en el Registro Civil (art. 8.1 de la Ley).

(171) Efectivamente, el art. 5.3 de la Ley establece que los constituyentes o el administrador podrán instar al M.F. que solicite del Juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos *en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.*

(172) Deben tenerse en cuenta, pues, los requisitos de capacidad para ser tutor establecidos en los arts. 241-242, así como las causas legales de inhabilidad y prohibiciones (arts. 243-245).

Además, la Ley prevé la hipótesis de que no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público notarial o en la resolución judicial de constitución, en cuyo caso el Juez habrá de proveer lo que corresponda a través de una actuación de Jurisdicción Voluntaria instada por el M.F. (art. 5.6 de la Ley).

¿Quién supervisa y cómo la administración del patrimonio protegido? Aspecto fundamental en la Ley es la supervisión de la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, debiendo destacar al respecto varios aspectos de interés.

En primer lugar, el contenido mínimo del documento público de constitución del patrimonio protegido debe hacer referencia a la determinación de las reglas de administración y en su caso de fiscalización; de tal manera que el constituyente puede establecer las reglas de supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio que considere oportunas.

En segundo lugar, la Ley pone el acento en la función de supervisión institucional encomendada al M.F., que se manifiesta en diferentes actuaciones: por un lado, debe ser oído siempre en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido; por otro lado, es el órgano receptor de las cuentas de la gestión efectuada por el administrador (siempre que no sea el propio beneficiario o sus padres), que deben ser rendidas siempre que el M.F. lo interese y en todo caso una vez al año, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello debidamente justificado; finalmente, como consecuencia de las funciones mencionadas, debe actuar, ya de oficio ya a instancia de parte, para instar del Juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, *incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.*

Por último, como órgano de apoyo, auxilio y asesoramiento del M.F. en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la creación de la figura jurídica del patrimonio protegido (y sin perjuicio de las demás que reglamentariamente pudieran atribuírsele), la Ley crea además la Comisión de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

2. Otras medidas de protección patrimonial

El contenido de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de 2003, de *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria* con esta finalidad además incorpora otras modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de dichas personas, y que, desde el punto de vista sistemático, pueden clasificarse en medidas de protección contenidas en la normativa civil por un lado, y medidas de protección contenidas en la normativa tributaria por otro.

– *Otras medidas de protección patrimonial de los discapacitados en la normativa civil:* Éstas se refieren a la regulación del contrato de alimentos convencionales y también a diversas modificaciones en el ámbito del Derecho de sucesiones.

Así, por un lado, el legislador crea un nuevo Capítulo II dentro del Título XII del Libro IV del C.c., bajo la rúbrica “Del contrato de alimentos”, que abarca los arts. 1791-1797 C.c, y que constituye una regulación sucinta de los alimentos convencionales ubicada en los contratos aleatorios, que viene a ampliar las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y en general de las personas con dependencia. Teniendo en cuenta además que en la práctica tales contratos ya se venían celebrando, especialmente en el caso de personas mayores, que tienen la necesidad de conseguir una renta o una prestación de servicios de carácter social a cambio de la entrega de un bien inmueble.

A través de dicho contrato, una de las partes -el obligado a prestarlos- se obliga a proporcionar “alimentos” (esto es, *vivienda, manutención y asistencia de todo tipo*, según lo dispuesto en el art. 1791 C.c.)⁽¹⁷³⁾ a una persona -el alimentista- durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos. La extensión y calidad de la prestación de alimentos se establece en el contrato y así permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista, resultando especialmente patente su utilidad en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del C.c.⁽¹⁷⁴⁾.

La obligación de dar los alimentos se extingue por la muerte del alimentista, pero no por el resto de las causas contenidas en el art. 152 C.c. en materia de alimentos entre parientes⁽¹⁷⁵⁾, tal y como establece expresamente el art. 1794 de la Ley. Por lo que se refiere a la muerte del obligado a prestar los alimentos, esta circunstancia se equipara a la de la concurrencia de cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia

(173) Con una dicción no idéntica pero sustancialmente igual a lo dispuesto en el art. 142 C.c. para la regulación de los alimentos entre parientes, que entiende por alimentos *todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*, comprendiendo también *la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, e incluyéndose también entre los alimentos los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.*

(174) Art. 1257 C.c.: *Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley.*

Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.

(175) Las otras causas contempladas en dicho art. 152 C.c. son las previstas en los números 2-5:

2. *Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.*

3. *Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.*

4. *Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.*

5. *Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.*

de las partes, y conlleva la consecuencia prevista en el art. 1792 C.c.: *De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido previsto en el contrato o, de no haber sido previsto, mediante la que se fije judicialmente.*

Ante el incumplimiento por parte del alimentista, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1792 C.c., el alimentista tendrá derecho a optar entre exigir el cumplimiento -incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda- o la resolución del contrato, con aplicación en ambos casos de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. Si el alimentista opta por la resolución del contrato, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, pudiendo el Juez sin embargo acordar que la restitución que corresponda al alimentista quede, total o parcialmente, aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.⁽¹⁷⁶⁾ Cuando los bienes o derechos que se transmiten a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita (art. 1797 C.c.)⁽¹⁷⁷⁾.

En cuanto a las modificaciones legislativas en el ámbito del Derecho de Sucesiones, en primer lugar, se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder "abintestato" el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el Título VI del Libro I del C.c., y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos, y ello se hace mediante la adición de un apartado al art. 756 del C.c.⁽¹⁷⁸⁾. También se modifica el art. 782 C.c. al objeto de permitir que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, de tal manera que en este caso se excepciona el marco general de la Ley en que lo que se exige es un determinado grado

(176) Según lo dispuesto en el art. 1795 C.c., pero ello siempre con respeto a lo dispuesto en el art. 1796 C.c., en cuya virtud, de las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.

(177) Además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el art. 157 de la Ley Hipotecaria en los siguientes términos:

Podrá constituirse hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

En la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo y forma con que deben ser satisfechas.

El acreedor de dichas rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los arts. 129 y ss. de esta Ley. El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a terceros; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los arts. 114 y pfo. primero y segundo del art. 115 de esta Ley.

Salvo pacto en contrario, transcurridos seis meses desde la fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre el pago de dichas pensiones o prestaciones.

(178) Con la siguiente redacción: "Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 del Código Civil".

de minusvalía y no la incapacitación judicial (art. 2.2 de la Ley), ⁽¹⁷⁹⁾ modificándose igualmente en consecuencia los arts. 808 y 813 C.c.⁽¹⁸⁰⁾ Igualmente se ve modificado el art. 822 C.c., al objeto de otorgar un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizadas a favor de las personas con discapacidad⁽¹⁸¹⁾ que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible. Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

Por otro lado, se reforma el art. 831 C.c., al objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial “indirecta” de las personas con discapacidad, concediendo al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permite aplazar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad hasta un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades del mismo.

Finalmente, se introduce un nuevo párrafo al art. 1041 C.c., con el fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad⁽¹⁸²⁾.

– *Otras medidas de protección patrimonial de los discapacitados en la normativa tributaria:* A ellas se refiere el capítulo III de la Ley, adoptándose toda una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos constituidos en beneficio de una persona con discapacidad, reforzando de este modo los importantes beneficios fiscales que introdujo en su día la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no residentes. De este modo, la Ley procedió a modificar:

(179) Textualmente: *Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el art. 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.*

(180) Se añade un tercer párrafo al art. 808 C.c. con el siguiente texto: *Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.*

Y se modifica el párrafo segundo del art. 813 C.c., que queda redactado como sigue: *Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el art. 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.*

(181) En virtud de lo dispuesto en la nueva Disposición Adicional Cuarta del Código Civil, la referencia a personas con discapacidad realizada en este artículo se entiende hecha al concepto definido en el art. 2.2 de la Ley 41/2003.

(182) Nuevamente debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del Código Civil a los efectos de la conceptualización de la discapacidad empleada en esa disposición.

la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias; la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades; y el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al objeto de regular el régimen tributario aplicable al discapacitado titular del patrimonio protegido por las aportaciones que se integren en éste y a los aportantes a dicho patrimonio por las aportaciones que realicen.

Posteriormente, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la Ley 46/2002, fue reformada por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas y por el Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas. Efectivamente, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, en la redacción dada por la Disposición Final Decimooctava de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, administrativas y del orden social estableció que el Gobierno elaboraría y aprobaría en el plazo de 15 meses a partir de la entrada en vigor de la Ley los Textos Refundido del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, del Impuesto sobre la Renta de no residentes y del Impuesto sobre Sociedades. Y en el ejercicio de dicha autorización se elaboró el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que constituye, junto con el Real Decreto 1775/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la normativa en materia fiscal que interesa en la materia.

A los efectos de la legislación vigente, tienen la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33%, tal y como establece expresamente el art. 58.6 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, teniendo en cuenta además que *en particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33% en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65%, cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.*

Según lo dispuesto en el desarrollo reglamentario aludido, el grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas, sin olvidar lo dispuesto respecto a la consideración de una minusvalía igual o superior al 33% o en su caso igual o superior al 65 %, aquellos pensionistas que se encuentren

en la situación descrita en el art. 58.6 del Real Decreto Legislativo 3/2004 arriba mencionado. El art. 58 del Real Decreto Legislativo 3/2004 contiene las Reducciones por discapacidad, si bien debe destacarse que para la aplicación de las reducciones previstas por discapacidad del contribuyente (nº1), por discapacidad de ascendientes o descendientes (nº 2), así como por gastos de asistencia de los discapacitados (nº4), han de tenerse en cuenta los requisitos previstos en el art. 57 de la Ley⁽¹⁸³⁾. Por su parte, el art. 59 del Real Decreto Legislativo 3/2004 contiene las Reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas.

B) PROPUESTAS DE MEJORA

Por lo que se refiere al *reforzamiento de la protección patrimonial* de los discapacitados, debe reconocerse que la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad -analizada en el apartado II.2.C.d) de este trabajo- vino a proporcionar nuevas soluciones jurídicas para dar respuesta a determinadas demandas.

En términos generales, puede afirmarse que la institución del *patrimonio protegido* es una buena solución para garantizar la seguridad económica de este grupo social, por cuanto permite la constitución de una masa patrimonial directamente vinculada a la persona con discapacidad, que será su titular, y que se forma mediante aportaciones (dinero, bienes o derechos) propios o de terceros que se realizan siempre a título gratuito. Sin embargo, en los dos años de vigencia de la Ley, lo cierto es que sólo se han constituido unos cuarenta patrimonios protegidos, lo que debe hacer meditar al respecto.

Por un lado, parece innegable que, de cara a su utilización con normalidad es necesario informar debidamente de su existencia y de su utilidad, trasladando a la sociedad de forma pedagógica la idea de que es necesario que los ciudadanos comprendan que las soluciones a la discapacidad deben suponer, no sólo un ejercicio de responsabilidad principalmente por parte del Estado, sino también una cuota de responsabilidad, solidaridad y compromiso por parte de todos, incluido su entorno próximo. Pero por otro lado, también debe decirse que, si bien esta Ley ha marcado un hito reconocido dentro del mundo de la discapacidad, se viene reconociendo que su falta de utilización práctica se debe principalmente al tratamiento fiscal, que debe ser revisado de modo inaplazable, existiendo ya el compromiso por parte del Ministerio de Justicia de proceder a actualizar dicho tratamiento fiscal.⁽¹⁸⁴⁾

(183) A saber: 1. Que cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a la aplicación de las reducciones respecto de los mismos ascendientes o descendientes, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales. Y cuando tengan distinto grado de parentesco, la aplicación de la reducción corresponderá a los de grado más cercano, salvo que éstos no tengan rentas fijas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso corresponderá al siguiente grado. 2. Que no procederá la aplicación de estas reducciones cuando los ascendientes presenten declaración por este Impuesto o la solicitud de devolución prevista en el art. 1000 de esta Ley. 3. Que la determinación de las circunstancias personales y familiares que deban tenerse en cuenta a efectos de lo establecido en los arts. 54, 55 y 56 de esta Ley, se realizará atendiendo a la situación existente en la fecha de devengo del impuesto. 4. Y que para la aplicación de las reducciones por edad y por asistencia correspondientes a los ascendientes, será necesario que éstos convivan con el contribuyente, al menos, la mitad del período impositivo.

(184) Vid. "Impulso a los patrimonios protegidos", en la revista Escritura Pública, nº 39, mayo-junio 2006, p.32.

7. EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

A) PROTECCIÓN DE LA INCAPACIDAD EN LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (LOMPIVG)

1. *La discapacidad como factor de reforzamiento de la protección jurídica de la mujer víctima de violencia de género*

La LOMPIVG viene a culminar un proceso de reformas legislativas tendente a erradicar la violencia “de género”⁽¹⁸⁵⁾, y ello desde una óptica pretendidamente integral y multidisciplinar que atiende a las recomendaciones de los organismos internacionales, en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres.⁽¹⁸⁶⁾ Ello para proporcionar lo que el legislador califica en consecuencia como *una respuesta legal integral*, formada por todo un conjunto de medidas encaminadas a alcanzar los fines contenidos en el art. 2 de la Ley, que bajo el rótulo de “Principios rectores” hace referencia a un amplísimo elenco de finalidades que se canalizan a través de una triple tutela.

La tutela que podríamos denominar asistencial (contenida en las disposiciones de los Títulos I -Medidas de sensibilización, prevención y detección-, II -Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género-, y III -Tutela institucional- de la Ley) se corresponde con diversas finalidades establecidas en el mencionado art. 2 de la Ley. Por su parte, las tutelas penal y procesal -o judicial esta última, como es denominada en la Ley- (contenidas respectivamente en los Títulos IV y V de la Ley) se corresponden principalmente con la finalidad establecida en la letra g) de dicho art. 2 (*fortalecimiento del marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral*) y se materializan a través del reforzamiento de la respuesta penal por un lado, y mediante la creación de unos órganos jurisdiccionales especializados con atribuciones en materia penal y civil, cuya actuación requiere igualmente la también necesaria especialización

(185) Finalmente la terminología resultante ha sido ésta, por afirmarse que, pese a haber sido criticada en términos lingüísticos y también desde un punto de vista conceptual, constituye no obstante un término de amplia raigambre y consolidación en el ámbito internacional así como en todas aquellas Asociaciones que han abanderado la lucha contra la violencia sobre la mujer.

Debe observarse, sin embargo, cómo -curiosamente- los nuevos Juzgados creados no se denominan “Juzgados de Violencia de género” sino “Juzgados de Violencia sobre la mujer”.

(186) Carácter integral y multidisciplinar de un proceso de reforma legislativa en cuyo marco normativo debe citarse las siguientes Leyes: LO 14/1999, de 9 de junio, de Modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley 38/2002, de 24 de octubre, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica e integración social de los extranjeros; y Ley 30/2003, de 13 de octubre, de Medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Sin olvidar las disposiciones legales en el ámbito autonómico: Ley 16/2003, de 8 de abril, de Canarias, de Prevención y protección Integral de las mujeres contra la violencia de género; Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat de Valencia para la Igualdad entre mujeres y hombres; y Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León. Además, el marcado carácter multidisciplinar propio de este fenómeno legislativo ha estado igualmente presente en otras Disposiciones e Iniciativas, tales como la Guía contra la Violencia Doméstica adoptada por el CGPJ en Acuerdo de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la Violencia Doméstica, que incluye criterios orientativos a observar por los Juzgados en el tratamiento procesal de los asuntos de maltrato, o bien los Planes I y II del Gobierno contra la Violencia Doméstica, ambos del año 1998, y cuya estructuración abarca 6 apartados el I (Sensibilización y prevención, Educación y formación, Recursos sociales, Sanidad, Legislación y práctica jurídica, e Investigación) y 4 el II (Medidas preventivas y de sensibilización, Medidas legislativas y procedimentales, Medidas asistenciales y de intervención social, y Medidas de investigación).

del Ministerio Fiscal y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por otro.⁽¹⁸⁷⁾

Pero la aplicación de todas las medidas dispuestas en esta Ley está supeditada a que la violencia ejercida sobre la mujer encuentre cabida en las previsiones contenidas en su art. 1, que -bajo el enunciado de Objeto de la ley- proporciona en efecto los requisitos de aplicabilidad de la misma, o lo que es lo mismo, su ámbito de aplicación, a través de la descripción de la violencia que se pretende erradicar con este instrumento legal.

El primer referente para la determinación del tipo de violencia de género tutelable en la Ley se establece en la **previsión descriptiva** contenida en el apartado 3 de dicho art. 1 (*todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”), que debe completarse con lo dispuesto en el apartado 1 del mismo artículo para su debida comprensión (*violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas...*)⁽¹⁸⁸⁾. El segundo referente es el relativo al elemento subjetivo pasivo o víctima de la violencia tutelable a través de los instrumentos contenidos en esta Ley: al efecto, y ante la opción de hacer frente a cualquier tipo de violencia doméstica -como algunos propugnaban- o bien sólo a la violencia ejercida sobre la mujer, la voluntad legislativa fue la de establecer medidas de protección integral dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar muy en primer lugar o de manera directa la violencia de género o violencia ejercida sobre las mujeres -así como prestar a las mismas la debida asistencia-; y sólo indirectamente -el denominado ámbito añadido⁽¹⁸⁹⁾ de la tutela judicial al que nos referiremos después en extenso- a los descendientes, menores e incapaces que se encuentren en su entorno, en la medida en que la protección de dichas otras personas procede sólo *cuando también se haya producido un acto de violencia de género*. Y en tercer lugar también ha de concurrir otra circunstancia: el sujeto activo o **agresor** ha de ser un hombre vinculado afectivamente con la víctima (ha de estar o haber estado casado con ella,

(187) Al respecto puede consultarse mi trabajo “Los Juzgados de Violencia sobre la mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, en Diario LA LEY, nº 6214, de 21 de marzo de 2005.

(188) Disposición ésta que, si bien reproduce bastante fielmente la definición de la violencia contra las mujeres utilizada por la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1993 -como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres-, lo cierto es que es susceptible de diversas críticas en atención al contexto en que se incorpora, y ello aun habiéndose reducido la trascendencia del elemento intencional del agresor que contenía la redacción originaria del Anteproyecto (que definía la violencia sobre la mujer como aquella que se ejerce *como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*).

Aun así, ha de admitirse que la literalidad de la norma no permite determinar con certeza si el legislador pretende que sea necesario hacer una valoración previa sobre la intencionalidad del agresor, o si bien deberá presumirse que toda manifestación de violencia ejercida contra la mujer en el ámbito determinado en la norma sea manifestación de tales actitudes, siendo esta última la interpretación generalmente admitida.

(189) En expresión utilizada en la Guía Práctica de la LOMPIVG elaborada por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, designados por el CGPJ, con la finalidad de ayudar al profesional del derecho en la interpretación de estas normas, p.58, cuando hace referencia por un lado al “ámbito propio” (esto es, el determinado por delitos cometidos por un hombre contra una mujer si la mujer es o ha sido esposa del autor de la infracción penal o si está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia), y al “ámbito añadido” (esto es, el determinado por delitos cometidos sobre los descendientes propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sometidos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, en todo caso cuando también se haya producido un acto de violencia de género).

o estar o haber estado ligado a ella por relación similar de afectividad aun sin convivencia).⁽¹⁹⁰⁾

En consecuencia, no cabe duda de que la **mujer con discapacidad** - sea ésta del tipo que sea y con independencia de su graduación- está protegida por la cobertura jurídica de la Ley simplemente por el mero hecho de ser mujer y ser víctima de violencia de género en los términos legales establecidos; es decir, siempre que se den los requisitos mencionados líneas arriba: uno, que se trate de un acto de violencia tal y como es definido en el art. 1 de la Ley; y dos, que el sujeto activo o agresor sea un hombre, y además en él concorra la circunstancia de estar o haber estado casado con ella, o estar o haber estado ligado a ella por relación similar de afectividad aun sin convivencia. Con rotundidad establece el art. 17.1 que: *Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley.*

Además de esta protección genérica de toda mujer que se encuentre en una situación de violencia tal y como ésta es definida en la Ley, lo cierto es que el legislador hace hincapié en la especial necesidad de protección de ciertos colectivos de mujeres, entre los que se encuentra el de mujeres con discapacidad, apareciendo de manera expresa en la misma múltiples referencias a dicho colectivo. Así, dentro de las Medidas de sensibilización, prevención y detección (Título I de la Ley), el legislador pone buen cuidado en que las campañas de información y sensibilización contra este forma de violencia se realice de manera que *se garantice el acceso a las mismas de las personas con discapacidad* (art. 3.3). Igualmente el art. 18.2, contenido en el Título II de la Ley (bajo el enunciado de “Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”), determina que: *Se garantizará, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existente*⁽¹⁹¹⁾. Idéntica referencia explícita al factor de la discapacidad se contempla en el Título III de la Ley (“Tutela Institucional”), en cuyo ámbito el art. 32 encomienda a los poderes públicos la elaboración de Planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las Administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad, estableciéndose cómo habrán de desarrollarse

(190) Ello con independencia de que puedan intervenir otras personas (ya hombres o mujeres) en concepto de coautores, inductores, cooperadores o cómplices, puesto que, siempre que se trate de un mismo título de imputación de un mismo delito de violencia de género, la intervención del agresor afectivamente vinculado a la víctima es determinante del sometimiento de todos los imputados a la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Para las debidas consideraciones respecto a la exclusión del especial ámbito de protección de la LOMPIVG de las parejas de un mismo sexo -en las que efectivamente pueden reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en dicha Ley por asunción de los roles y estereotipos sociales masculinos y femeninos-, así como respecto a la inclusión de las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer, vid. las consideraciones efectuadas en la Circular nº 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los Criterios de Aplicación de la LOMPIVG, p.11.

(191) Añadiéndose además que esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos.

dichos Planes, y determinándose expresamente en el apartado 4 que: *En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentren en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad.* También, en fin, en el art. 47 de la Ley, en materia de Formación, establece el legislador que: *El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas.*

Puede afirmarse que la utilización del término de discapacidad en el ámbito de la LOPMPIVG se incluye dentro de la corriente generalizada antes expuesta, que tiende así a sustituir por éste el término de minusvalía, distinguiéndose además entre: discapacidad física, discapacidad sensorial (ceguera y sordera) y discapacidad psíquica (intelectual y por enfermedad mental); si bien -como también hemos dicho ya- el término de “minusválido” o “persona con minusvalía” subsiste en algunos textos normativos y además es insustituible cuando se trata de concretar el grado de los efectos discapacitantes, habida cuenta de que el concepto de discapacidad incluye situaciones muy dispares en cuanto a su gravedad, tal como sucede en la LOMPIVG, en cuyo marco se hace necesario acudir al concepto de minusvalía como determinante del grado de discapacidad condicionante del ámbito de algunas de sus disposiciones.

Efectivamente, la concreción del grado de minusvalía es utilizada en esta Ley a la hora de reforzar las ayudas sociales contenidas en su art. 27, disposición normativa en la que se hace referencia a la especial tutela de la mujer con discapacidad, estableciéndose, por un lado, que el importe de la ayuda para el caso de la limitación de renta contemplada en el apartado 1 de la norma no será el equivalente a seis meses de subsidio por desempleo -que es la ayuda establecida con carácter general-, sino que cuando la víctima de la violencia ejercida contra la mujer tuviera reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33%⁽¹⁹²⁾, el importe será entonces equivalente a 12 meses de subsidio por desempleo; y por otro lado, que en el caso de que la víctima tenga responsabilidades familiares,

(192) Debe decirse que el grado de minusvalía del 33% es el tenido en cuenta en otros textos normativos. Así sucede en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, que establece que únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Y también en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que establece en su art. 12 que, a los efectos de dicha Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido una minusvalía igual o superior al 33%, considerándose afectados por dicha minusvalía los pensionistas de la S.S. que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

si ella o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 % -en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente Ley-, entonces el incremento en esta ayuda no será la establecida con carácter (que es en la norma el importe equivalente a un período de 18 meses de subsidio), sino que será equivalente a un período de 24 meses de subsidio.

Por otro lado, y además de esta protección específica y reforzada de la mujer con discapacidad manifestada de manera expresa, existen otras referencias normativas en el ámbito de la Ley que completan el marco de dicha protección especial, si bien de **manera implícita**, incluyendo aquí todas aquellas disposiciones en las que se habla de necesidades y demandas específicas de determinadas mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales, tienen mayor riesgo de sufrir violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios. Así sucede en el art. 2.k de la Ley, que establece los Principios rectores de la misma y señala que a través de la misma se articula un conjunto integral de medidas encaminadas a alcanzar una serie de fines, entre los que se encuentra el de *Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género*. O en el art. 18.3, cuando en la regulación del derecho a la información, se dispone que: *Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho*. Y es el caso también de lo dispuesto en el art. 30.1, que referido a la constitución del Observatorio de Violencia sobre la mujer, como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales al que corresponderá el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios, y propuestas de actuación en materia de violencia de género, dispone que *tales informes, estudios y propuestas considerarán de forma especial la situación de las mujeres con mayor riesgo de sufrir violencia de género o con mayores dificultades para acceder a los servicios*.

Observado el panorama legislativo descrito, la crítica que cabe efectuar a esta especial protección de la mujer con discapacidad en el ámbito de la Ley tiene que ser necesariamente positiva, debiendo resaltarse el acierto que ha tenido el legislador al hacer un especial hincapié en este reforzamiento del marco de protección. ¿Por qué? Pues porque, como se puso de relieve en el I Congreso Internacional sobre Mujer y Discapacidad⁽¹⁹³⁾, las mujeres con discapacidad de todo el mundo viven y sufren una doble marginación y exclusión, puesto que padecen las desventajas propias de lo *que es tener una discapacidad y de lo que es ser mujer* en esta sociedad. Razón por la cual es fácil advertir que la especial vulnerabilidad de este colectivo puede tener conexión con el problema de la llamada "violencia de género".

(193) <http://www.micongreso.gva.es>

Aunque apenas existe literatura específica que visibilice este tipo de violencia cuando se aplica a una mujer con discapacidad -precisamente por la mayor dificultad que ello conlleva-, de tal manera que los escasos estudios que trabajan sobre esta realidad tan sólo son aproximaciones estimatorias que carecen de datos estadísticos precisos, sin embargo lo cierto es que todos ellos apuntan cifras escalofriantes, constatándose además que la incidencia y la probabilidad de padecer algún tipo de abuso es mayor cuanto mayor es el grado de afectación.⁽¹⁹⁴⁾ Según se establece en el *Informe sobre la situación de las mujeres de los grupos minoritarios en la Unión Europea* (2003/2109 (INI)), aprobado el 24 de febrero de 2004, de la Comisión de Derechos de la mujer e igualdad de oportunidades (FEMM) del Parlamento Europeo, casi el 80% de las mujeres con discapacidad es víctima de la violencia y tiene un riesgo cuatro veces mayor que el resto de mujeres de sufrir violencia sexual. Y dentro de este grupo de mujeres con discapacidad, las que mayor probabilidad tienen de sufrir algún tipo de acción violenta son: mujeres con gran limitación física, mujeres con importantes dificultades de comunicación (discapacidad auditiva elevada, por ej.), mujeres con dificultad de aprendizaje y entendimiento o retraso mental, y mujeres con alteraciones mentales⁽¹⁹⁵⁾.

Pero la Ley tiene una importante laguna, y es que no da cobertura jurídica a la llamada violencia “institucional”, dado que centra su tutela en la violencia ejercida sobre la mujer cuando entre ésta y su agresor existe un vínculo afectivo previo o actual (exigiéndose que concurra la circunstancia de que el agresor esté o haya estado casado con la víctima, o ligado a ella por relación similar de afectividad aun sin convivencia).

¿Y qué es esta llamada violencia “institucional” en el marco de la mujer discapacitada que aquí nos interesa? Se trata del término acuñado para hacer referencia a aquellas posibilidades de violencia que tienen lugar precisamente cuando no existe el mencionado vínculo afectivo, y que generalmente no se producen en el entorno familiar ni siquiera en el domicilio de la víctima, sino que por lo común se producen fuera de él, bien en las diversas instituciones que acogen a la misma, ya de forma transitoria, ya de forma permanente (centros de día, residencias de discapacitados, hospitalizaciones, etc.), o bien en otros contextos, teniendo como nota común que el sujeto agresor entra en contacto con la misma precisamente por razón de los cuidados que requiere por su discapacitación. Y resulta que tales manifestaciones de violencia no tienen cobertura a través de la LOMPIVG por faltar el requisito del mencionado vínculo afectivo previo o actual entre el agresor y la víctima.

(194) Vid. RADTKE, D.; BARBUTO, R.; NAPOLITANO, E.; e IGLESIAS, M., “Violence means death of the soul”, Disables People International-European Union Comité (versión en castellano “Violencia significa muerte del alma”) disponible en <http://www.dpitalia.org/donne/kitOsp.htm>.

(195) En cuanto a la violencia que puedan sufrir igualmente los hombres por razón de su discapacidad, lo cierto es que no existen datos verdaderamente fiables al respecto, y ello porque no existe ningún trabajo específico sobre dicho colectivo, siendo sólo ahora, cuando comienza a trabajarse sobre las mujeres con discapacidad cuando, a modo de análisis comparado, comienza a estudiarse también el grupo de hombres, arrojándose por el momento la conclusión de que parecen sufrirla en menor medida, por el simple hecho de “no ser mujeres”.

Aunque es evidente que no sólo las mujeres pueden ser objeto de dicha violencia sino también los hombres que padecen algún tipo de limitación o discapacidad, ello no excluye que sea de lamentar la ausencia de cobertura jurídica en el marco de esta Ley, por cuanto se ha constatado que, así como las mujeres sin discapacidad son objeto de una violencia mayoritariamente causada por su pareja o ex pareja, las mujeres con discapacidad están más expuestas a la violencia de personas de su entorno, ya sea personal sanitario, de servicio o cuidadores, tal y como establece el Informe elaborado por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo -anteriormente citado- que señala además la cifra aproximada del 68% de mujeres con discapacidad que viven en instituciones. Si bien es imposible determinar exhaustivamente las manifestaciones de violencia sobre las mujeres con discapacidad que pueden integrar este lamentable capítulo, éstas abarcan multiplicidad de ejemplos, tales como: negligencia (cuidados médicos y personales escasos y/o inadecuados), abusos físicos (abuso de tranquilizantes, medicación inadecuada, confinamiento y agresiones), abusos psicológicos (explotación, crueldad mental, insultos, mala administración financiera, no consultar con las propias afectadas para tomar decisiones que les conciernen, amenazas), abusos sexuales (ataques, tocamientos indeseados, incesto), incitación al aborto o a la esterilización involuntaria, o negación de la educación e información sexual).⁽¹⁹⁶⁾ Por ello, desde hace algunos años, los diversos Documentos Internacionales sobre personas con discapacidad, tales como las *Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las personas con discapacidad* (ONU: 1993), o el *Manifiesto de las Mujeres con discapacidad de Europa* (FED: 1997), matizan que las personas con discapacidad que viven en instituciones deben tener una consideración especial para ser protegidas contra todo tipo de maltrato o abuso.

Y en consecuencia debemos censurar que el legislador español no se haya hecho eco de la necesidad de esta protección especial en el ámbito de la LOMPIVG. Ello hubiera sido posible simplemente permitiendo que dicha Ley abarcara todas las manifestaciones de la violencia de género, concepto más amplio que el utilizado por esta Ley, que incluye todas las formas de violencia contra la mujer por razón de su sexo sin limitación alguna, de tal manera que se incluye la violencia de pareja y familiar pero también la social en su más amplia acepción, con inclusión en consecuencia, no sólo del maltrato doméstico, sino también de otras manifestaciones tales como el infanticidio de niñas, la mutilación genital, la explotación, agresión y acoso sexual, y también la violencia institucional en la vertiente mencionada.

(196) Vid. ARNAU RIPOLLÉS, "Estudio: la cara oculta de la violencia: la violencia de género contra la mujer con discapacidad", Fundación Isonomía.doc., pp.59-62.

2. Extensión de la tutela judicial a los incapaces situados en la órbita familiar de la mujer maltratada

A diferencia de la que podemos denominar protección “directa” de la mujer con discapacidad expuesta en el apartado anterior, la LOMPIVG contempla también la que podríamos denominar protección “indirecta” de incapaces que estén en la órbita de la mujer maltratada, que se expone a continuación.

Pero conviene hacer hincapié -antes de seguir- en que la extensión de la protección a los incapaces se limita al ámbito procesal (la llamada Tutela Judicial del Título V de la LOMPIVG), porque es oportuno tener presente que no existe una correspondencia exacta y lineal entre las distintas vertientes de tutela contenidas en la Ley. De este modo, si bien el conjunto de medidas que se integran en los Títulos I, II y III (la que denominamos aquí Tutela asistencial) tienen en común su contribución a la erradicación de la violencia de género tal como es entendida en la Ley, sin embargo también se contienen ahí algunas previsiones normativas de más amplio alcance, como sucede con las medidas de los ámbitos educativo y publicitario, que están dirigidas a la consecución de una función preventiva frente a la violencia contra la mujer en cualquiera de sus manifestaciones. Del mismo modo, esta falta de correspondencia se observa asimismo entre los planos judicial y penal, de tal manera que la Tutela Judicial está prevista sólo para exigir la responsabilidad penal por los delitos referidos en el nuevo art. 87.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en los términos y con los requisitos establecidos en dicha norma; en tanto que la Tutela Penal, si bien se dirige principalmente a reforzar la protección de dichas manifestaciones delictivas, sin embargo, el reforzamiento de la respuesta penal en que consiste se hace extensiva a otro tipo de sujetos pasivos (“personas especialmente vulnerables”) a las que sin embargo no siempre alcanza la Tutela Judicial. Volveremos después sobre este punto que hace surgir alguna duda interpretativa.

La mencionada protección “indirecta” se manifiesta a través de la extensión de la tutela judicial inicialmente prevista para amparar sólo a la mujer, de tal manera que, en determinadas circunstancias, ésta puede alcanzar también a los incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente maltratada. En efecto, y tal y como ya se ha dicho antes, ante la opción de hacer frente a cualquier tipo de violencia doméstica o bien sólo a la violencia ejercida sobre la mujer, la voluntad legislativa fue la de establecer medidas de protección integral dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar sólo determinadas manifestaciones de violencia ejercida sobre las mujeres -precisamente aquellas que tengan como sujeto activo a un hombre con la vinculación afectiva exigida en el art. 1 de la Ley-. Esta limitación del ámbito de aplicación inicialmente previsto sólo a las mujeres fue uno de los puntos más polémicos relativos al contenido de esta Ley, destacando al respecto la postura del CGPJ en su Informe al Anteproyecto, que consideró que el pretendido carácter integral del texto se avenía mal con el hecho de que éste no abarcase

todos los ámbitos en los que se manifiesta la violencia doméstica, así como también con el hecho de que uno de los pilares del mismo fuese precisamente la llamada “discriminación positiva,” afirmando en consecuencia que la Ley debiera ampliar el alcance de su tutela, entre otras razones porque la exclusión de las demás manifestaciones de la violencia doméstica -si bien porcentualmente menos significativas (sobre ancianos y menores, así como contra ascendientes y entre hermanos)- no viene a garantizar en modo alguno una mayor protección de la mujer⁽¹⁹⁷⁾.

Y lo cierto es que, como consecuencia de tales críticas, el legislador reconsideró su intención inicial y, tras diversas modificaciones en el texto originariamente presentado por el Gobierno, advertimos casi por sorpresa en los arts. 44 (y 58) de la LOMPIVG que, mediante la adición de un nuevo art. 87.ter en la LOPJ (y 14 LECr.), la Ley también protege a través de la llamada Tutela Judicial a los descendientes del autor de la violencia o de la mujer maltratada, así como a los menores o incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Decimos que advertimos este “ámbito añadido” por sorpresa y decimos bien, porque efectivamente ni en la definición legal del art. 1 ni tampoco en la finalidad de la Ley expuesta en el art. 2 (“Principios rectores”), ni -en fin- en el propio Título de la Ley se hace referencia más que a la mujer como sujeto pasivo o víctima de la violencia; en tanto que, por su parte, en la Exposición de Motivos de la Ley así como en el art. 19.5 el legislador menciona la extensión del ámbito de protección de la Ley pero sólo en relación con los menores, sin incluir en modo alguno a los incapaces. De tal manera que la ausencia de mención en tales disposiciones resulta censurable especialmente desde el punto de vista de la sistemática legal, porque sin duda la correcta interpretación del ámbito de aplicación de la Ley se resiente y se ve dificultado por ello; especialmente criticable resulta al respecto la omisión en el mencionado art. 1, y ello por la importancia que dicha disposición tiene desde el punto de vista conceptual en el marco de la Ley.

Quizás -es imposible saberlo con certeza- esta omisión sea fruto simplemente de un olvido por parte del legislador a la hora de hacer las oportunas correcciones en el texto legal para dar cabida al nuevo ámbito añadido. Pero en dicha omisión tal vez haya podido concurrir la circunstancia antes mencionada de que el concepto de incapacidad manejado por la LOMPIVG tiene su plasmación directa sólo en el ámbito de la llamada Tutela Judicial (expresamente en el art. 44 que modifica el art. 87 LOPJ). Siendo así, tal vez el legislador consideró que si incluía este concepto en el art. 1, dada la estructura y sistemática de la Ley, también habría de mencionar en

(197) Vid. REQUERO IBÁÑEZ, “Ley Orgánica Integral de Violencia sobre la mujer y el Informe del CGPJ al Anteproyecto”, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 4, septiembre 2004, pp.20 y ss. Igualmente, en la Ponencia “Violencia Doméstica”, presentada en las Jornadas de Presidentes de Audiencias Provinciales celebradas en Valencia los días 26 a 29 de octubre de 2004 (p.7) también quedó patente la preocupación por el hecho de que la limitación de los efectos de la Ley a la violencia ejercida sobre la mujer no podría ser más que una constante fuente de conflictos y de agravación de sus consecuencias, que no se soluciona con la inclusión también como víctima protegida en esos casos a “las personas especialmente vulnerables que convivieren con el actor”; y también se puso de manifiesto que ese tratamiento asimétrico no sólo no va a contribuir a la “pacificación” de las relaciones de pareja, sino que por el contrario va a originar una mayor tensión que, de rechazo, perjudicará presumiblemente a la parte ordinariamente más débil y que es la inspiradora de la Ley: la mujer.

la misma norma la extensión de la Tutela Penal a las “personas especialmente vulnerables”. Y no cabe duda de que la inclusión de ambos conceptos en dicha disposición normativa habría resultado prácticamente ininteligible salvo que el legislador efectuara toda una serie de precisiones relativas a las diferentes -y divergentes- vías de tutela y respecto a los respectivos ámbitos añadidos de protección (descendientes, menores e incapaces en la Tutela Judicial y “personas especialmente vulnerables” en la Tutela penal). Si es así, resulta comprensible que la tarea le pareciera excesiva al legislador en dicho contexto, y decidiera no incluir ni a unos (descendientes, menores e incapaces) ni a otros (personas especialmente vulnerables).

Sea como fuere, es importante destacar que la ampliación de la Tutela Judicial a los descendientes, menores e incapaces integrados en el entorno de la mujer víctima de violencia de género **procede sólo cuando también se haya producido un acto de violencia de género**,⁽¹⁹⁸⁾ es decir -para utilizar las propias palabras contenidas en la Exposición de Motivos, referidas sólo a los menores y ampliándolas también a los incapaces a los que ahí no menciona como ya hemos dicho- *en la medida en que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan a los descendientes, menores e incapaces que se encuentran dentro de su entorno familiar -sean ellos mismos víctimas directas o indirectas-, contemplándose su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.*

Como primera valoración de esta protección indirecta de incapaces situados en la órbita familiar de la mujer maltratada en el ámbito de aplicación de la Ley, debe decirse que resulta muy justificada. Sin embargo, la supeditación de esta extensión competencial al requisito de que la mujer del entorno del incapaz sea asimismo maltratada debe ser criticada. Aunque la razón que explica dicha limitación esté en la propia filosofía y razón de ser de la Ley, no puede negarse que con ello se produce un claro efecto distorsionante: así resulta que, tratándose de las mismas víctimas y por unos mismos hechos, en unos casos éstas tienen los derechos a las prestaciones de los Servicios Sociales recogidos en el art. 19.5 LOMPIVG⁽¹⁹⁹⁾ y en otros casos no, dependiendo ello sólo de la razón

(198) En realidad, debe decirse que la sistemática legal también se resiente en este punto concreto, y ello porque es lo cierto que el mencionado requisito sólo aparece expresamente dispuesto en el apartado a)) del nuevo art. 87ter.1 LOPJ (referido a la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad por los delitos recogidos en los títulos del C.P. relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier delito cometido con violencia o intimidación); por lo que se refiere al apartado b) del mismo art. 87ter.1 LOPJ de forma expresa la norma sólo condiciona la competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer a que *la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior*, sin precisar si en relación con tales delitos cometidos contra los descendientes, menores o incapaces también es indispensable que se haya cometido un acto de violencia de género.

Planteadas la duda, en consecuencia, de si debe entenderse implícitamente aplicable dicho requisito en los delitos contra los derechos y deberes familiares, la respuesta no puede ser sino positiva, porque otra interpretación conduciría a la paradoja de atribuir al Juzgado de Violencia sobre la mujer la competencia para conocer, sin restricción alguna, de tales delitos y faltas siempre que fuera sujeto pasivo alguna de las personas comprendidas en dichos grupos (descendientes, menores o incapaces), mientras que los delitos relacionados en el apartado a) -los de mayor gravedad- precisarían ir en todo caso unidos a actos de violencia de género (así, expresamente, la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2005, cit., p.a64).

(199) Aunque dicha norma reconoce expresamente el derecho a la asistencia social integral sólo respecto de los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida, suponemos que no hay razón para no considerar igualmente incluidos también a los incapaces a quienes alcanza la tutela judicial, y en realidad puede tratarse sólo de una falta de adaptación completa de la norma al nuevo ámbito añadido de protección.

puramente circunstancial de que la mujer referenciada en la norma también haya sido maltratada o no en su caso. Lo mismo puede decirse en cuanto a la limitación de la atribución de la competencia a unos órganos especializados por la misma razón circunstancial. También ha de tenerse en cuenta que, tal y como es definida la violencia de género en el marco de la Ley, resulta evidente que dicha extensión se aleja de la idea o eje central de la misma, de tal manera que resulta inevitable que el sistema entero se resienta de ello. En consecuencia, cabe observar que la atribución de competencia a los Juzgados de Violencia sobre la mujer basada en este criterio suscita diversas dudas. Por un lado, no se sabe a ciencia cierta si la operatividad de la cláusula condicional *cuando también se haya producido un acto de violencia de género* exige o no unidad de acto; si bien la interpretación lógica conduce a una respuesta negativa⁽²⁰⁰⁾, debe resaltarse que todo esfuerzo interpretativo sería innecesario en este punto si la norma estuviese dotada de la necesaria y exigible claridad. Tampoco se debe olvidar, por cierto, la difícil coherencia de este requisito con toda una serie de delitos cuyo sujeto pasivo no puede ser la mujer y a los que nos reenvía sin embargo el art. 87 ter.1.a) y b) LOPJ.

Pero en un orden lógico, la primera duda que se suscita de inmediato es la interpretación del propio concepto de “incapaces”; porque ciertamente resulta legítimo cuestionarse cuál es exactamente la acepción del término que aquí interesa, habida cuenta de que la terminología jurídica afectante a las situaciones genéricas de incapacidad es diversa y en ocasiones equívoca (piénsese en los conceptos de discapacidad y minusvalía, en la categoría constitucional del disminuido físico, sensorial y psíquico; en el concepto de incapacitación judicial, o en las diversas y graduables situaciones de dependencia, etc.), sin olvidar, además, que el propio término de incapacidad tiene una multiplicidad de significados en los diversos textos legales (piénsese igualmente en la situación laboral de incapacidad en la Ley General de la Seguridad Social, en el concepto de incapacitación judicial o en la que puede denominarse incapacidad “natural”, que tiene múltiples manifestaciones normativas y con notable relevancia jurídica).

¿Habrà de defenderse la identificación del concepto de “incapaz” utilizado en el ámbito de la Tutela Judicial de la LOMPIVG con el concepto de persona incapacitada judicialmente? No se puede negar que dicha identificación aportaría una importante dosis de seguridad jurídica en la cuestión, puesto que en otro caso nos encontramos ante un concepto jurídico cuya indeterminación puede ser fuente de problemas, máxime si se tiene en cuenta que la circunstancia de la incapacidad es determinante nada más y nada menos que de la competencia objetiva y funcional de unos determinados órganos jurisdiccionales especializados. No obstante, la respuesta debe ser negativa. El principal argumento en contra se resume en que, con independencia de cuál haya podido ser la voluntad

(200) Vid., así, la opinión contenida en la Guía Práctica de la LOMPIVG, cit., p.11, o los razonamientos aducidos en la Circular de la Fiscalía General del Estado, n1 4/2005, cit., pp.62-63.

real del legislador, lo cierto es que la Ley no exige en modo alguno el requisito de la previa sentencia judicial firme de incapacitación. Dado que la Ley no contempla tal previsión expresa, no parece justificado deducir que hayan de verse limitados toda una serie de derechos que constituyen el ámbito de protección reforzado de esta Ley. Piénsese sólo que tal interpretación excluiría los supuestos más comunes en la práctica, esto es, familiares convivientes ancianos, o bien afectados por alguna drogadicción o alcoholismo, o quizás por alguna alteración mental, que, en virtud de lo dispuesto en la norma, quedarían fuera del alcance de dicha tutela, puesto que tales circunstancias no condicional “per se” una declaración judicial de incapacidad (salvo que eventualmente concurren los requisitos establecidos en el art. 200 C.c.). Conviene tener presente que existe un gran número de personas que, si bien no reúnen los requisitos para ser incapacitados, sin embargo pueden padecer serias limitaciones derivadas de su condición que les hace no sólo más dependientes sino también más vulnerables, puesto que -como sabemos- los conceptos de discapacidad y de incapacitación no son correlativos. Aunque es verdad que -especialmente en otro tiempo- el deslinde de ambos conceptos -incapacidad e incapacitación- no siempre ha sido todo lo preciso que resulta deseable, también lo es que el legislador de los últimos años pone especial cuidado en no confundir los términos de persona incapaz y persona incapacitada, como queda patente en Leyes muy recientes, y así en cuanto a la condición de beneficiario del patrimonio protegido en el ámbito de aplicación de la Ley 41/2003, de *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, y sucede igualmente en el marco de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*⁽²⁰¹⁾. La cuota de seguridad jurídica que se pierde con esta interpretación es innegable, pero también lo es que no resulta admisible repercutir las consecuencias de una mala técnica legislativa precisamente sobre la tutela de los incapaces.

¿Cómo debe ser interpretado entonces el término “incapaces” en el contexto de la tutela judicial de la LOMPIVG?, ¿acaso debemos acudir directamente al concepto de incapaz que define el art. 25 C.P.? Ésta es

(201) En el art. 5 el legislador hace referencia a la situación genérica de incapacidad, estableciendo que el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal (apartado nº 2). Y también establece que cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (apartado nº 3).

En consecuencia, la capacidad aludida no viene determinada por la ausencia de una incapacitación judicial, sino que el médico habrá de atender a si en la realidad el paciente está o no en condiciones de comprender las repercusiones de la información sanitaria pertinente, puesto que se trata de la aptitud intelectual y emotiva necesaria para comprender la enfermedad, y poder valorar en consecuencia las posibles alternativas y optar por la alternativa en su caso más conveniente. Para ello es evidente que resulta imprescindible un mínimo de juicio práctico prudencial, determinación que corresponde exclusivamente al criterio del médico que le asiste, que será quien habrá de decidir si el paciente está en condiciones de comprender o si por el contrario se halla en un estado psíquico que no le permita hacerse cargo de su situación. Pero la Ley entiende que dicho juicio práctico prudencial puede concurrir en el caso de determinados enfermos -aun incapacitados judicialmente, de tal manera que estén o no incapacitados judicialmente los pacientes, tienen derecho a la información sanitaria “de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión”, y sólo cuando, según el criterio del médico que le asiste carezca absolutamente de capacidad para entender cualquier clase de información, entonces ésta habrá de ser puesta en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

precisamente la conclusión defendida por algunos, y en concreto en la Circular nº 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, que viene a afirmar -lo cierto es que sin previa argumentación- que *conforme a lo dispuesto en el art. 25 C.P., respecto de los incapaces no es necesaria la previa declaración judicial de incapacidad*. De tal manera que para la Fiscalía la innecesariedad de la previa declaración de incapacitación judicial deviene directamente de lo dispuesto en el art. 25 C.P., que establece textualmente que *a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma*. Por mi parte, coincido enteramente con la citada Circular en que la LOMPIVG no requiere la previa incapacitación judicial de los incapaces a que se refiere la norma mencionada -ya se ha dicho líneas arriba- pero no puedo estar tan segura de que la razón esté directamente en lo dispuesto en el art. 25 C.P., porque -se mire como se mire- ha de admitirse que trasladar o extrapolar sin más el concepto de incapaz definido en los términos expuestos en el C.P. al ámbito de la LOMPIVG no está exento de problemas. ¿Por qué? Pues principalmente por dos razones. La primera y principal es que, como bien establece el art. 25 C.P., dicha consideración de incapaz lo es *a los efectos de este Código*, o sea, a los efectos del Código Penal. Consecuentemente debe entenderse que, si el legislador de la LOMPIVG no define debidamente el concepto de incapacidad a que se refiere, dicha interpretación ha de ir acompañada de algún tipo de razonamiento o argumentación jurídica, sin que pueda resultar del todo correcta la deducción implícita. Pero si nos situamos en este terreno, ha de admitirse que dicha argumentación es harto difícil, y ello sobre todo porque, si bien es verdad que la LOMPIVG tiene una importante dimensión o vertiente de tutela penal, también lo es que su alcance va mucho más allá de lo referido estrictamente a la tutela penal. Porque ¿acaso puede entenderse justificado limitar la extensión de la tutela de las prestaciones contenidas en el art. 19.5 LOMPIVG por razón de lo que dispone el art. 25 C.P.? Y lo mismo cabe cuestionarse en el ámbito de la Tutela Judicial, ámbito éste en el que precisamente es utilizado el término “incapaz” ¿acaso debe resultar determinante de la extensión de la competencia objetiva y funcional de los Juzgados de Violencia sobre la mujer el concepto manejado en el art. 25 C.P.? Por el contrario, lo lógico es entender que el concepto de “incapaz” tal y como es definido en el C.P. ha de limitar su trascendencia -en sus justos términos- única y exclusivamente a la parcela de la Tutela Penal contenida en la LOMPIVG.

Ahora bien, podemos observar también la cuestión desde otra vertiente, que atiende, no a la aplicabilidad directa de la disposición contenida en el art. 25 C.P. en este ámbito, sino a su utilidad interpretativa a la hora de procurar respuestas a la incertidumbre que suscita la LOMPIVG en este punto. Pero resulta que si nos situamos en dicha perspectiva tampoco podemos llegar a otro resultado, de tal manera que ésta que ahora se expone es la segunda razón que ha de conducirnos a una respuesta igualmente negativa. Y ello porque si observamos despacio el concepto de incapaz que utiliza el art. 25 C.P., advertimos enseguida que

los parámetros de la norma nos sitúan ante una situación de incapacidad “natural” -en el sentido de que no es necesario que haya sido declarada judicialmente -pero definida de tal forma que coincide enteramente “en grado” con la situación de incapacidad requerida en el C.c. para que un sujeto pueda ser incapacitado judicialmente. Y entonces lo pertinente es preguntarse si la rigidez en la valoración de la incapacidad exigida por el art. 25 C.P. es la que debe defenderse respecto a la tutela de los incapaces en el marco de la LOMPIVG, es decir, si resulta justificado exigir la concurrencia de dichos dos requisitos, y en consecuencia si resulta justificada la interpretación restrictiva del término “incapaces” que utiliza el C.P., que es restrictiva precisamente porque se refiere a las mismas situaciones fácticas que pueden dar lugar a una sentencia de incapacitación.

En mi opinión, la rigidez en la valoración de la incapacidad exigida por el art. 25 C.P. no es la que debe defenderse respecto a la tutela de los incapaces en el marco de la LOMPIVG, y ello por estrictas razones de legalidad y de coherencia jurídica, simplemente porque no tiene una justificación legal suficiente. Tal y como antes se ha dicho, una interpretación restrictiva debiera estar expresamente prevista en la Ley. ¿Por qué, si el legislador no lo dice así expresamente, ha de entenderse que sólo encuentran la reforzada protección judicial de la LOMPIVG aquellos incapaces que se encuentran en la situación descrita en el art. 25 C.P., que exige persistencia de la dolencia y falta de autogobierno? Dicha interpretación es restrictiva de las situaciones de incapacidad “natural”; de tal manera que -puesto que lo que otorga la LOMPIVG a dichos incapaces es una protección reforzada en el ámbito legal- para que dicha restricción sea legítima, ha de estar expresamente prevista.

Si observamos el panorama legislativo, vemos sin dificultad que en muy diversos textos legales se hace referencia al “incapaz”, aludiéndose a una situación frecuentemente equívoca, pero en la que queda patente que el legislador quiere destacar que no se hace mención a la situación de incapacitación judicial, sino a una situación que se refiere a una falta de autogobierno “natural” no declarada judicialmente, pero que tiene, no obstante, notable relevancia jurídica. Y cabe observar que en todos estos casos existe una circunstancia común entre ellos y ésta es que lo que quiere la Ley es que se observe la capacidad de la persona en un momento concreto y para la realización de una determinada actuación, y quiere además la Ley que esta capacidad (juicio práctico prudencial) sea observada con independencia de que concurren o no las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 C.c. y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas⁽²⁰²⁾.

(202) Así, en el marco del proceso de incapacitación, el concepto de capacidad/incapacidad “natural” resulta fundamental para la determinación de la aptitud del demandado para comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, de tal manera que cuando la situación de enfermedad le impide o dificulta su personación, entran entonces en funcionamiento los mecanismos de representación supletorios establecidos en el art. 758 LEC, es decir, la defensa será ejercida entonces por el Ministerio Fiscal o en su caso por un Defensor Judicial nombrado al efecto, sin que en ningún caso dicha apreciación intraprocésal pueda prejuzgar el fallo. Pero la relevancia jurídica del concepto aludido -capacidad/incapacidad “natural”- se extiende a muchos otros supuestos contenidos en muy diversas disposiciones. En el ámbito del C.c. hay varios ejemplos; así, es el caso del supuesto normativo contemplado en el art. 248, o de la fórmula descriptiva utilizada en el art. 663; también es

III. Consideraciones críticas y propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico estatal de protección de la discapacidad por enfermedad mental

Y ésta creo que debe ser igualmente la interpretación del término “incapaces” utilizado en la Tutela Judicial de la LOMPIVG, de tal manera que no se hace precisa la concurrencia fáctica de los requisitos de persistencia de la dolencia o enfermedad y la consecuente falta de autogobierno, tal y como dichos requisitos son interpretados en los ámbitos respectivos del proceso de incapacitación por un lado, y del C.P. por otro lado. Sino que debe predicarse, en consecuencia, una interpretación amplia y más flexible -y por ello más tuitiva- tal que, en atención a las circunstancias concretas de cada caso, permita acoger, no sólo a las personas en las que concurran los requisitos que posibilitan la pertinente declaración judicial -estén o no efectivamente incapacitadas-, sino que además permita también la tutela judicial de aquellas otras que, afectadas por algún trastorno incapacitante, sin embargo éste no tenga la entidad necesaria para derivar en causa de incapacitación (por ejemplo, por faltar el requisito de la persistencia temporal, o bien por no ser causante de una falta de autogobierno en la medida en que es requerida para ser causa de incapacitación), siempre que resulte clara la situación de limitación o dependencia en que tales personas se encuentran.

Finalmente, ¿puede ser de alguna utilidad la interpretación jurisprudencial del concepto de “persona especialmente vulnerable” de cara a desarrollar la necesaria interpretación del concepto? Como es sabido, bajo el rótulo de “Tutela penal”, el Título II de la LOMPIVG reforma parcialmente el C.P. para asegurar una protección reforzada de la mujer víctima de violencia de género, pero lo cierto es que el legislador -también como consecuencia de las críticas vertidas por la falta de cobertura a otros sujetos igualmente necesitados de dicha protección- aprovechó esta iniciativa legislativa para hacer extensiva (el denominado ámbito añadido de la Tutela Penal) esta especial protección penal a otras personas. De tal manera que, al igual que se amplió la Tutela Judicial a los descendientes, menores e incapaces (en los términos y con las condiciones establecidas en el art. 87.ter.1), se hizo lo mismo con la Tutela Penal reforzada, pero en este caso, y a diferencia de lo que ocurre con la Tutela Judicial, debe destacarse que el legislador no incluye a los descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer maltratada entre los sujetos especialmente protegidos en el ámbito penal, sino que se refiere a las *personas especialmente vulnerables que convivan con el agresor*⁽²⁰³⁾.

el caso de la apreciación de la capacidad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio en virtud de lo dispuesto en el art. 56 C.c.; otro ejemplo viene representado con la novedosa institución de la autotutela (incorporada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 41/2003, de 18 de diciembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad) en que el legislador refiere como requisito de validez de la adopción de las disposiciones relativas a la propia persona o bienes incluida la designación de tutor el requisito de tener capacidad de obrar “suficiente”, debiendo ser en este caso el Notario quien habrá de valorar dicha capacidad, haciendo constar en la escritura pública que, a su juicio, el otorgante reúne la capacidad “suficiente” para la realización del negocio jurídico de la autodelación de la tutela. Dicho concepto también está presente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica en diversas disposiciones. Del mismo modo que también está presente -en fin, para no alargarnos- en la regulación jurídica del internamiento por razón de trastorno psíquico contenida en el art. 763 LEC, por cuanto el Juez habrá de valorar la situación de trastorno o de incapacidad en ese momento, y con total independencia de que la persona se encuentre o no incapacitada judicialmente.

(203) Equiparación que “tiene su fundamento en el prevalimiento de la situación de superioridad que está implícito en las conductas delictivas que tienen como sujetos pasivos a unas y otros” (vid. Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2005, cit., p. 22).

Siendo así, los conceptos de persona incapaz (del ámbito de la Tutela Judicial de la LOMPIVG) y de “persona especialmente vulnerable conviviente” (del ámbito de la Tutela Penal de la LOMPIVG) no han de ser confundidos, debiendo entenderse que este último agota su virtualidad en el ámbito de la Tutela Penal de la LOMPIVG, en el cual, teniendo en cuenta que sobre el concepto de vulnerabilidad existe ya una abundante interpretación jurisprudencial y doctrinal (específicamente en los arts. 180.1.3^a, 184.3, 188.1, 318.bis y 607.bis.2.9^o C.P.) ésta podrá ser de utilidad en la aplicación de los nuevos preceptos penales en tanto que la jurisprudencia vaya perfilando la indeterminación de este concepto jurídico en la materia específica incorporada con ocasión de la LOMPIVG (concretamente en los arts. 148, 153, 171 y 172 C.P.). Lo cual no excluye que, en atención a las circunstancias concurrentes, en determinadas ocasiones puedan coincidir ambas circunstancias. Y lo cierto es que, si bien tal concurrencia parece menos probable en el caso de los descendientes -téngase en cuenta que el art. 87.ter.1 LOPJ les dispensa la Tutela Judicial con independencia de la edad y sin que se requiera convivencia con el agresor ni con la mujer maltratada-, es más difícilmente imaginable un supuesto de menor o incapaz que no resulte especialmente vulnerable, máxime en los casos en que tales menores e incapaces convivan con el agresor o con la mujer maltratada.

B) CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS INTERPRETATIVAS DE MEJORA

Tanto el Informe de la OMS sobre la Salud en el mundo (2001) como el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas para la mejora de la salud mental de la población (“Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental”) hacen especial hincapié en que las legislaciones nacionales deben ser especialmente sensibles a las necesidades de las *poblaciones especialmente vulnerables*, incluyendo en ellas niños, ancianos y mujeres maltratadas, así como grupos sociales específicos del entorno sociopolítico de cada país (inmigrantes, refugiados, etc.).

En ese orden de ideas, el legislador nacional ha sido sensible a esta necesidad y por ello la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG) contempla la discapacidad como un factor de reforzamiento de la protección jurídica de la mujer víctima de violencia de género, decisión merecedora de aplausos por cuanto la especial vulnerabilidad de la mujer con discapacidad puede tener conexión con el problema de la violencia de género.

No obstante, ha de reconocerse que la Ley tiene una importante laguna al respecto, y es que no da cobertura a la llamada “violencia institucional”, dado que centra su tutela en la violencia ejercida sobre la mujer cuando entre ésta y su agresor existe un vínculo afectivo previo o actual (exigiéndose que concurra la circunstancia de que el agresor esté o haya estado casado con la víctima o ligado a ella por relación similar de afectividad aun sin convivencia). Por violencia institucional se entiende aquellas manifestaciones de violencia que tienen lugar precisamente cuando no existe el mencionado vínculo afectivo, generalmente fuera del

entorno familiar, bien en las diversas instituciones que acogen a la mujer discapacitada, ya de forma transitoria, ya de forma permanente (centros de día, residencias de discapacitados, etc.), teniendo como nota común la circunstancia de que el sujeto agresor entra en contacto con la víctima precisamente por razón de los cuidados que requiere por su padecimiento discapacitante. Resulta que tales manifestaciones de violencia no tienen cobertura a través de la LOMPIVG por faltar el requisito del mencionado vínculo afectivo previo o actual entre el agresor y la víctima. Tal como se ha desarrollado esta materia en el apartado II.2.C.e) de este trabajo, desde hace algunos años, los diversos Documentos Internacionales sobre personas con discapacidad, tales como las *Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las personas con discapacidad* (ONU: 1993), o el *Manifiesto de las Mujeres con discapacidad de Europa* (FED: 1997), matizan que las personas con discapacidad que viven en instituciones deben tener una consideración especial para ser protegidas contra todo tipo de maltrato o abuso.

En consecuencia, debe censurarse que el legislador español no se haya hecho eco de la necesidad de esta protección especial en el ámbito de la LOMPIVG, lo que hubiera sido posible simplemente permitiendo que dicha Ley abarcara todas las manifestaciones de la violencia de género, concepto más amplio que el utilizado por esta Ley; y debe pedirse que el legislador sea sensible a la necesidad de especial protección de esas manifestaciones de violencia.

Por otro lado, y en relación con la interpretación del término incapaces en la extensión de la tutela judicial a determinadas personas que convivan con el agresor o que se hallen sujetas a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente maltratada, debe defenderse una interpretación flexible del mismo, que no se identifica ni con la situación de incapacitación judicial ni tampoco con el concepto de incapaz que define el art. 25 del C.P. (que exige las mismas situaciones fácticas que pueden dar lugar a una sentencia de incapacitación, que no siempre es posible predicar de determinadas enfermedades mentales, como hemos venido diciendo a lo largo de este trabajo). Interpretación flexible que viene referida a esa falta de autogobierno natural que tiene múltiples legales y en las que siempre quiere la Ley que sea observada con independencia de que concurran o no las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 C.c. y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas. De tal manera que permita acoger, no sólo a las personas en las que concurran los requisitos que posibilitan la pertinente declaración judicial -estén o no efectivamente incapacitadas- sino que además permita también la tutela judicial contemplada en la LOMPIVG de aquellas otras que, afectadas por algún trastorno incapacitante, sin embargo no tenga éste la entidad necesaria para derivar en causa de incapacitación (por ejemplo, por faltar el requisito de la persistencia temporal, o bien por no ser causante de una falta de autogobierno en la medida en que es requerida para ser causa de incapacitación), siempre que resulte clara la situación de limitación o dependencia en que tales personas se encuentran.

8. EN EL ÁMBITO LABORAL

Igualmente parece muy conveniente un reforzamiento de la integración social y laboral, con el correspondiente impulso de la normativa existente para su aplicación, teniendo en cuenta sobre todo que el trabajo cumple una función terapéutica en estos casos, propiciando que el enfermo tenga relaciones sociales y mantenga su propia dignidad, tendiendo con ello a mejorar su estado de salud, de tal manera que no debe ser visto sólo como una medida ocupacional -una actividad de entretenimiento-, sino en atención a las múltiples funciones que el trabajo cumple en estos colectivos.

Dado que la persona con enfermedad mental es sistemáticamente rechazada en el mercado laboral, habría que impulsar políticas que favorecieran la contratación, dando así cumplimiento efectivo a la normativa estatal y autonómica en materia de integración laboral y de creación de puestos de trabajo destinados a colectivos de discapacitados. Lo cierto es que los recursos que se están ofreciendo a la población con problemas de reinserción laboral por padecimiento de discapacidad constituye un punto crítico de urgente solución, porque resulta que la política de no diferenciación en atención a según qué tipo de discapacidad dificulta en gran medida la consecución de los objetivos que se proponen, puesto que no siempre es apropiado integrar indiferenciadamente a personas con discapacidades tan diversas como pueden ser las relativas al ámbito físico o al sensorial (ceguera y sordera), o al psíquico (y dentro de éste a la discapacitación intelectual y a la enfermedad mental).

9. PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL EN LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

A) EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

En el marco del ya mencionado esfuerzo realizado en los últimos años por el legislador nacional, en orden a reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad, surgió el **Libro Blanco sobre la Dependencia** (editado por el Ministerio de Asuntos Sociales), para colmar una laguna de protección afectante a un importante grupo de personas que, debido a deficiencias, enfermedades o trastornos –personas mayores y personas con discapacidad-, precisan del apoyo de otras para realizar actividades básicas de la vida cotidiana. Tal y como se mencionó en su día en la presentación del mismo, se trata de un compromiso que se asienta en la convicción de que España forma parte de un modelo social, como el europeo, en el que la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía se sitúa como una prioridad política, y en consecuencia se trata de un nuevo paso en la profundización del Estado del Bienestar y en

la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, mediante el desarrollo de un nuevo sistema de protección a las personas en situación de dependencia y a sus familias, convergiendo de esta forma con los Estados más avanzados de la UE que ya nos han antecedido en dar una respuesta a estos problemas.

Libro Blanco preparado asimismo para dar cumplimiento al compromiso adquirido por el Gobierno de elaborar un Proyecto de Ley en la materia, plasmado efectivamente en el Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, cuyo norte fue la configuración del Sistema Nacional de Dependencia como cuarto pilar del Estado del Bienestar, tras el sistema nacional de salud, el sistema educativo y el sistema de pensiones.

Tal como establecieron las Líneas Básicas de dicho Proyecto, con este instrumento legislativo se establece un nuevo derecho universal y subjetivo de ciudadanía que garantiza atención y cuidados a las personas en situación de dependencia, es decir, *aquellas que no pueden valerse por sí mismas, en su mayoría personas mayores*, si bien la Ley también amparará a las personas con discapacidad grave que no se puedan valer por sí mismas, entendiéndose por ello que necesiten ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria, tal como avanzó en su día el Ministro de Trabajo.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, en vigor desde el 2 de enero de 2006, representa la culminación de dicha iniciativa, y a su vez un gran desafío de la política social en España. En efecto, el legislador establece que el Sistema atenderá de forma equitativa a todos los ciudadanos en situación de dependencia, mediante un Sistema Nacional de Dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional; respondiendo a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contemplará medidas en todas las áreas que afecten a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales.

Para ello, la norma contempla el reparto de ayudas económicas a las personas dependientes, según su grado de dependencia (moderada, severa o gran dependencia), estableciéndose en cada uno de los grados de dependencia dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requieran.

La puesta en marcha de esta Ley necesita de un desarrollo reglamentario que debe proponer el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, del que forman parte todas las Administraciones implicadas.

Está previsto que sea un órgano de valoración decidido por cada Comunidad Autónoma el que emitirá un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia de cada persona, a la vez que especificará los cuidados

que pueda requerir, dependiendo de esta valoración el momento en el que podrá ser beneficiario de la Ley.

Tras ser evaluada, la persona recibe una acreditación con su grado y nivel de dependencia, que tendrá validez en todo el Estado, siendo válida esta normativa tanto para los españoles como para los inmigrantes que lleven un determinado tiempo residiendo y trabajando en España.

La implantación de la Ley se ha decidido que sea progresiva, de manera que la efectividad del derecho a las prestaciones se ejercerá de un modo gradual, siendo el primer año (2007) para quienes sean valorados en el grado III de Gran Dependencia, niveles 1 y 2; en 2008 y 2009 se incorporarán los dependientes severos (grado II de nivel 2); en 2010 y 2011, los dependientes severos (grado II de nivel 1); en 2012 y 2013, los dependientes moderados (grado I de nivel 2); y en 2014 y 2015, los dependientes moderados (grado I de nivel 1).

B) PROYECCIÓN DE LA LEY DE PROMOCIÓN Y AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN EL ÁMBITO CONCRETO DE LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL

Según recoge el Libro Blanco de la Dependencia a partir de las proyecciones de población del Instituto Nacional de Estadística, la mayoría de las personas dependientes tienen más de 65 años, superando esta edad más del 80% de las personas que no se pueden valer por sí mismas.⁽²⁰⁴⁾ Consecuentemente, en un primer momento, la iniciativa legislativa se centró de forma casi exclusiva en el mundo de las personas de edad avanzada.

Pero el mundo de la discapacidad -uno de los grupos sociales más directamente concernidos por la realidad de la dependencia y la falta de autonomía-⁽²⁰⁵⁾ se hizo oír en el proceso de gestación de esta Ley, de tal manera que progresivamente fue flexibilizándose el contenido del texto para dar mayor cabida expresa a los fenómenos constitutivos de las diversas situaciones de discapacidad física y sensorial, y también intelectual y mental.

Efectivamente, y en relación con la discapacidad por enfermedad mental, ya se advirtió en su día que el Proyecto difícilmente cubriría las situaciones afectantes a dicha vertiente discapacitante, y que, por ende, defraudaría las expectativas legítimamente creadas al respecto. Ello especialmente por razón de la definición prevista para el concepto de dependencia, referida en el ámbito del Proyecto *al estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas*

(204) Siendo atendidas en el ámbito familiar en un porcentaje del 83 %, en tanto que sólo el 3'5% de los mayores de 65 años cuentan con un servicio de ayuda a domicilio; el 2'84% con teleasistencia; el 3'86% con una plaza en una residencia; y el 0'54% en un centro de día, según dichas fuentes.

(205) Es interesante al respecto la consulta al documento emitido por CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), "Valoración del sector social de la discapacidad articulado en torno al CERMI estatal ante la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia".

de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisen de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria. Porque, en efecto, no cabe duda de que la nota de permanencia es difícilmente constatable en relación con la enfermedades mentales, que frecuentemente cursan con frecuentes fases cíclicas.

Por otro lado, en el enunciado de actividades básicas de la vida diaria que se mencionan en la definición de la dependencia en el Proyecto, se hace referencia a las siguientes: *cuidado personal, actividades domésticas básicas, movilidad esencial, reconocimiento de personas y objetos, orientación, entendimiento y ejecución de órdenes o tareas sencillas*, de tal manera que fácilmente se observa que se está pensando especialmente en situaciones de dependencia asociadas a la edad y en situaciones de discapacidad física y sensorial, antes que en la discapacidad psíquica intelectual y psíquica por enfermedad mental.

Como consecuencia de determinadas críticas, la interpretación del texto se flexibilizó en cierta medida para dar cabida de forma expresa también a la protección de la discapacidad por enfermedad mental, porque se consideró que no sería justo que se desaprovechara nuevamente una oportunidad legislativa en detrimento de este sector de la discapacidad.

Y, de este modo, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, incorpora plenamente y de forma expresa el ámbito de la discapacidad por enfermedad mental en el texto de la Ley y en consecuencia en el universo de beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Así, el art. 2 de la Ley (*Definiciones*) define la Dependencia en su apartado 2 como *el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*, resultando novedoso este último párrafo en relación con la definición contenida en el texto del Proyecto. A su vez, el apartado 4 del mismo art. 2 contempla la especificidad de las Necesidades de apoyo para la autonomía personal requeridas por las personas que tienen discapacidad intelectual o mental, *para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad*. Finalmente, el texto definitivo de la Ley prevé también la adecuación necesaria del sistema de valoración de la situación de dependencia en la regulación de los Baremos contenida en el art. 27, de tal manera que el apartado 4 de dicha disposición normativa dispone expresamente que: *El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental.*

En consecuencia, debemos considerar que es un acierto que el sistema proyectado inicialmente como enfocado hacia las personas de edad avanzada, finalmente se haya constituido como un sistema afectante también a las personas con discapacidad en general y con enfermedad mental en particular, como así lo afirma la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad mental (FEAFES), que ha seguido de cerca y ha estado presente en todo el proceso de elaboración del texto legal⁽²⁰⁶⁾.

10. URGENTE BÚSQUEDA DE SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA DE LA PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

A) RÉGIMENES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA

El art. 760.1 LEC establece que, además de la extensión y los límites de la incapacidad, la sentencia de incapacitación habrá de determinar también *el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*, expresión legal con la que se hace referencia a los distintos regímenes de guarda y protección de la persona y bienes establecidos en el C.c., que son, según establece el art. 215 C.c., la tutela, la curatela y el defensor judicial; sin olvidar el supuesto de prórroga y rehabilitación de la patria potestad del art. 171 C.c. Esto significa que en la sentencia, el Juez, no sólo debe indicar los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo, sino que debe especificar el tipo de protección adecuado para el caso.

Veamos cuáles son dichos tipos de protección.

1. *Régimen de tutela y curatela*

Si la capacidad de autogobierno de la persona está muy mermada -lo que sucederá siempre que se declare una incapacidad total- el Juez optará por la tutela, que es una forma de protección que se extiende tanto sobre la persona como sobre sus bienes. Si el grado de incapacidad no es tan extenso, el juez puede optar por la curatela, que afecta sólo a los bienes, sin limitar la libertad de la persona para tomar decisiones personales. De tal manera que debe quedar claro que cuando la persona esté aquejada de una enfermedad menos grave o cuya afectación en su caso es previsiblemente menor, puede ser sometido: bien a tutela, con especificación en la sentencia de los actos en particular en que tendrá que ser representado por el tutor; o bien a curatela, cuyo objeto será la asistencia del curador en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que haya

(206) La gerente de FEAFES ha manifestado que, según sus previsiones en relación con la concreción del baremo, entre el 30 y el 40 % de las personas con enfermedad mental podrán ser consideradas personas dependientes.

establecido la incapacitación, o, en su defecto, los que se previenen en el art. 290 en relación con el 271 del C.c., es decir, aquellos actos para los que los tutores precisan autorización judicial.

Por lo que se refiere a las funciones tutelares, el art. 216 C.c. establece que las mismas constituyen un *deber*, que “se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”; a quien deberá informar anualmente sobre la situación del incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración (art. 269.4 C.c.), y siempre que le solicite informe al respecto (art. 233 C.c.); pero también se encuentra *bajo la vigilancia del M.F.* quien podrá asimismo exigirle en cualquier momento que le informe sobre la situación del incapacitado y del estado de la administración de la tutela, como dispone a su vez el art. 232 del mismo texto normativo.

Los arts. 241-246 C.c. establecen los requisitos de capacidad para ser tutor (241-242), y en su virtud pueden ser tutores tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Las primeras, siempre que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y no concurra en ellos alguna de las causas de inhabilitación establecidas en los arts. 243-245⁽²⁰⁷⁾, ello con la salvedad establecida en el art. 246 C.c.⁽²⁰⁸⁾ En cuanto a las personas jurídicas, éstas también podrán ser nombradas tutores, siempre que no tengan finalidad lucrativa y en sus fines figure la protección de menores e incapacitados; en relación con los incapacitados por enfermedad mental esto podrá suceder en aquellos casos en que no exista familia en el orden establecido en el art. 234 C.c. o cuando, habiéndola, resulte que no quiera o no pueda hacerse cargo de la tutela, o en fin, resulte inidónea por cualquier circunstancia, en cuyo caso las personas jurídicas como Asociaciones, Fundaciones tutelares, etc. pueden ejercer el cargo de tutor, previéndose además en el art. 239.III C.c. la posibilidad de que la tutela de los incapaces sea ejercida por una Entidad Pública cuando éste se encuentre en situación de desamparo⁽²⁰⁹⁾.

En los arts. 247-250 C.c. se contempla el mecanismo de remoción del cargo y en los arts. 276 y ss. por su parte se contemplan las causas de

(207) En virtud de lo dispuesto en el art. 243 C.c.: *No pueden ser tutores: 1. Los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación por resolución judicial. 2. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior. 3. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras están cumpliendo la condena. 4. Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.*

Según lo que establece el art. 244 C.c.: *Tampoco pueden ser tutores: 1. Las personas en quienes concurra inhabilitación absoluta de hecho. 2. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado. 3. Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida. 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes o los que le adeudaren sumas de consideración. 5. Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.*

Y el art. 245 C.c. añade que: *Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o incapacitado.*

(208) En cuya virtud, las causas de inhabilitación contempladas en los arts. 243.4 y 244.4 C.c. no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueron conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o incapacitado

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

extinción de la tutela. A su vez, los arts. 268 y 269 C.c. rigen las relaciones personales entre tutor y tutelado, y en su virtud la persona con enfermedad mental incapacitada y sujetos a tutela debe respeto y obediencia al tutor en la forma establecida en este Código, pudiendo el tutor, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad; a su vez, el tutor está obligado a *velar por su tutelado*, y en particular a *promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad*⁽²¹⁰⁾. Si la sentencia de incapacitación no impone límites o condiciones especiales a la tutela, ésta se ejercerá con la extensión que se deduce de lo dispuesto en los arts. 259 y ss. C.c., siendo precisa autorización judicial expresa en determinados supuestos, y existiendo una serie de límites al ejercicio de las funciones tutelares, que analizaremos después, pues, como establece el art. 267 C.c., *El tutor es el representante del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición de la Ley o de la sentencia de incapacitación.*

En cuanto a la curatela, ésta tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. Y si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos para los que sea necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos para los que los tutores necesitan autorización judicial, según se establece expresamente en el art. 290 C.c. Igualmente, son aplicables a los curadores las mismas normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

2. La rehabilitación de la patria potestad

El art. 760.1 LEC establece que habrá de determinarse en la sentencia el *régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*, y la expresión “guarda” que utiliza el legislador en este contexto no tiene probablemente un significado pretendidamente único por el legislador, sino que se utiliza en un sentido amplio, de tal manera que se pueda dar cobertura a algunas otras figuras de protección, como puede ser el caso de la rehabilitación de la patria potestad en el supuesto de personas con enfermedad mental mayores de edad, solteros, que convivan con los padres.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 171 C.c., si el hijo mayor de edad, soltero, que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. De tal manera que esta figura presupone la incapacitación de una persona incapaz mayor de edad, y supone reintegrar a sus padres (o a uno de ellos) la patria potestad que con anterioridad a la mayoría de edad habrían ostentado.

La norma exige la concurrencia de dos requisitos para que pueda ser acordada dicha rehabilitación: uno, que el hijo sea soltero; dos, que se

(210) Lo cierto es que en este punto resulta más explícita la norma contenida en el art. 218 del Código de Familia de Cataluña, al establecer que: *El tutor o tutora debe cuidar a la persona incapacitada y, en especial, debe asegurar su bienestar moral y material, y debe realizar todo lo necesario para conseguir el mayor grado posible de recuperación de su capacidad, así como para lograr, en la medida de lo posible, su inserción en la sociedad.*

encuentre conviviendo con sus padres o con aquél de ellos a quien se vaya a reintegrar la patria potestad.

Por lo que se refiere al requisito de la soltería, sin duda éste responde a la preferencia que el cónyuge tendría en otro caso para hacerse cargo de la tutela si conviviere con él, según la redacción del art. 234.1º C.c. antes de la reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Pero tres observaciones han de hacerse al respecto: 1ª) Por un lado, en su nueva redacción el art. 234 C.c. prioriza la delación previa de la tutela efectuada por el propio tutelado, de tal manera que, aunque el art. 171 C.c. no se ha visto modificado, en mi opinión debe entenderse que la interpretación de las disposiciones relativas a la reintegración de la patria potestad debe hacerse de modo similar a lo establecido en el Código de Familia Catalán, de donde ha sido incorporada al sistema del derecho Civil Común. Y en el Código de Familia Catalán, el art. 161 dispone lo siguiente: *La declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados, si ellos mismos no han designado un tutor o una tutora, de acuerdo con lo establecido por el artículo 172 (“Delaciones hechas por uno mismo”)(²¹¹), o bien si no es procedente la constitución de la tutela a favor (...) de los descendientes, y viven aún el padre o la madre que eran los titulares de la potestad, supone la rehabilitación de esta potestad, que debe ejercerse, de acuerdo con las excepciones que pueda establecer la resolución judicial, como si se tratara de un menor.* De tal manera que queda claro que la institución de la rehabilitación de la patria potestad presupone que no se siga el orden establecido para la designación de la tutela. 2ª) En cuanto al requisito de la soltería, quizás podría entenderse -a pesar de la literalidad de la Ley- que no haya inconveniente en mitigar el requisito de la soltería, en el sentido de permitir dicha reintegración de la patria potestad siempre y cuando no exista cónyuge a quien correspondiere legalmente la tutela, aun cuando el incapacitado no estuviese soltero. Y 3ª) En cuanto al requisito de la convivencia, ésta no excluye, naturalmente, la hipótesis -harto frecuente en los supuestos de enfermedad mental- de que éste se encuentre internado con mayor o menor frecuencia.

En cualquier caso, debe quedar claro que la rehabilitación de la patria potestad no es automática, sino que el Juez debe valorar las condiciones en que se encuentra el padre o la madre, para cerciorarse de que están en condiciones de asumir las obligaciones propias de la institución y que lo harán en beneficio del incapacitado, como en todos los casos de designación de tutor. La sentencia deberá argumentar también los motivos

(211) Art. 172 del Código de Familia Catalán: *Delaciones hechas por uno mismo.*

1. *Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto en forma conjunta como sucesiva.*

2. *Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnadas por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el M.F. si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevinida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.*

por los que, resultando legalmente procedente, no se procede así. Igualmente debe quedar claro que la patria potestad se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del Título VII (“De las relaciones paternofiliales”) del Libro I del C.c., y terminará por la muerte o fallecimiento de ambos padres o del hijo, por haberse declarado la cesación de incapacidad, o por haber contraído matrimonio el incapacitado. Por último, debe decirse que si al extinguirse la patria potestad subsistiera el estado de incapacitación, se constituirá tutela o curatela, según proceda.

B) LA PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL EN SITUACIÓN DE DESAMPARO: DIAGNOSIS DEL PROBLEMA

Puede afirmarse que uno de los problemas más graves relacionados con el mundo de la discapacidad por enfermedad mental es el representado por la situación de las **personas con enfermedad mental desamparadas**, esto es, personas que padecen una enfermedad mental grave y que puede ser que hayan sido incapacitados judicialmente por razón de dicha enfermedad pero resulte que carecen de parientes o allegados idóneos para el desempeño de los cargos tutelares; o bien puede ser que no hayan sido incapacitados judicialmente pero resulte que son personas susceptibles de incapacitación igualmente faltas de allegados idóneos para desempeñar las tareas de cuidado que dichos enfermos demandan.

La LGS estableció el carácter comunitario de los servicios de Salud Mental, con derecho de los pacientes al acceso a los mismos, el carácter público universal y gratuito, debiendo potenciar las estructuras intermedias y extrahospitalarias y con mención expresa de la hospitalización psiquiátrica en unidades de los hospitales generales, desarrollo de servicios de rehabilitación y reinserción social. Esto supuso un avance en algunos aspectos de la salud mental y de la asistencia psiquiátrica y facilitó la creación de unidades específicas de Salud Mental, así como Unidades de hospitalización en hospitales generales. Sin embargo, su puesta en práctica significó el desmantelamiento de otros recursos, que no se acompañó de la creación de otras alternativas necesarias para la atención especial de las personas con enfermedad crónica.

La reforma psiquiátrica avanzada en la LGS es una profunda reforma inacabada, y tiene importantes lagunas que atender sobre las planificaciones iniciales. El diseño del sistema de atención en todos sus niveles a las personas con enfermedad mental ha quedado inconcluso ante las carencias de estructuras intermedias entre la familia y las unidades hospitalaria. El resultado ha sido que muchos de estos enfermos no encuentran la respuesta adecuada del sistema público sanitario y termina produciéndose graves situaciones de desasistencia.

Dicha Ley, cuyo objetivo prioritario fue la creación de un sistema nacional de Salud, tal y como se ha señalado líneas arriba, vino a cambiar el modelo de atención custodial/asilar de las personas con enfermedades mentales por el de la Psiquiatría comunitaria, buscando la desinstitucionalización

de la persona con trastorno mental y su reinserción en la sociedad, a través de los principios rectores inspiradores de dicha legislación: garantía de la atención a la enfermedad mental dentro de la red general de salud -especialmente en los servicios de atención primaria-, desarrollo de adecuados servicios comunitarios y soportes sociales que posibiliten la rehabilitación y reinserción social de los pacientes, promoción de cambios en la comunidad que eliminen los elementos de segregación y marginación que afectan a estos pacientes, amparo de los derechos civiles de las personas con trastornos mentales y coordinación de los servicios sociales y sanitarios de cara a la prevención, rehabilitación e inserción de las personas con enfermedad mental, en forma coordinada dirigida a una atención integral.

Con esta Ley pretendió darse un giro radical a la situación de las personas con enfermedad mental en España, tantas veces denunciada por los propios profesionales de la Psiquiatría recluidos indefinidamente en instituciones psiquiátricas de siniestro recuerdo -los manicomios-, sin apenas control judicial, y en ocasiones sin que su padecimiento fuese realmente constitutivo de una verdadera enfermedad mental, sino simplemente de conductas “extravagantes” o “desviadas” de la norma”.

Sin embargo, aunque la situación de las personas con enfermedad mental era muy deficitaria desde el punto de vista legislativo, lo cierto es que la Ley de 1986 tuvo, en el desarrollo de los principios antes expuestos, algunas consecuencias no deseadas. Por diversas razones cuyo análisis no puede abordarse aquí en profundidad, resulta imposible silenciar el reverso de la situación: si bien con dicha reforma se pretendió la incardinación de la persona con enfermedad mental en su ámbito comunitario -y éste fue precisamente uno de los factores de cambio más importantes-, debe decirse también que en todos los años transcurridos de vigencia de este modelo se constató pronto la inadecuación de los servicios comunitarios, y la falta de estructuras extrahospitalarias, lo que hace pivotar en demasía el esfuerzo sobre las familias de los propios enfermos.

En realidad, puede afirmarse que son dos los problemas derivados y relacionados entre sí: por un lado, el gran problema de las familias (su desprotección las hizo fuertes, a través del movimiento asociativo) y por otro lado, el problema de la persona con enfermedad mental que no tiene familiares o allegados, esto es, la situación de desamparo de la persona con enfermedad mental, que es especialmente preocupante por las consecuencias que de ellas se derivan.

Efectivamente, por un lado, es muy destacable el gran problema de las familias de las personas con enfermedad mental al que ya se ha hecho referencia en este trabajo, derivado fundamentalmente del fenómeno de desinstitucionalización de estas personas, que ha trasladado, de forma casi absoluta, el cuidado de las personas con enfermedad mental grave del hospital psiquiátrico a la familia, lo que constituye un problema crítico, como han puesto de relieve algunos estudios realizados al respecto. Porque existen familias que representan colectivos de emergencia social, en las que los cuidadores (muy principalmente las madres) se encuentran en una situación límite, bien por agotamiento o estrés, bien por edad o por

otros problemas de dependencia en la misma familia, destacando el elevado número de cuidadores familiares que necesitan ayuda psicológica y/o psiquiátrica; verdaderos dramas familiares, en los que la propia unidad familiar se ve amenazada hasta el extremo. En este punto, además, puede afirmarse que la tensión entre la previsión generada por la reforma y la realidad socialmente nueva de las familias es un factor de radical importancia, no sólo desde el punto de vista de la estabilidad de estas últimas, sino fundamentalmente desde su aportación a la mejora del enfermo que vive con ellas. De tal manera que lo que en principio era un grave problema sanitario se ha convertido ahora en un no menos grave problema social, al tener que cargar las familias, independientemente de los medios con los que cuenten, no sólo con la parte que en el tratamiento y cuidado de la persona con enfermedad mental les corresponde, sino con la parte que a las inexistentes estructuras intermedias habría de corresponderles.

Resulta muy interesante observar el papel que ha venido jugando en este sector concreto de la discapacidad el movimiento asociativo de familiares, amigos y personas con enfermedad mental, que son entidades privadas que tienen como objetivos coincidentes los siguientes: promover y contribuir a la mejora de la prevención, tratamiento y reinserción de las personas con enfermedad mental; posibilitar contactos entre familiares y amigos de personas con enfermedad mental; orientar e informar a los asociados; promover la comprensión social y sensibilizar a los poderes públicos hacia la problemática de las personas con enfermedad mental; coordinación con entidades e instituciones y Administraciones; orientar y asistir a las familias y/o tutores de las personas con enfermedad mental en cuanto concierne a la educación y formación de éstos; organizar y promover actividades y servicios de tipo informativo, asistencial, social, educativo, cultural, recreativo, laboral y de previsión para las personas con enfermedad mental y sus familias⁽²¹²⁾.

Pero además debe ponerse de relieve el segundo problema planteado, que es el que aquí interesa ahora, esto es, el representado por la situación de las **personas con enfermedad mental desamparadas**, esto es, personas que padecen una enfermedad mental grave y que han sido incapacitados judicialmente por razón de dicha enfermedad (o no lo han sido, pero son personas susceptibles de incapacitación) pero resulta que carecen de parientes o allegados idóneos para el desempeño de los cargos tutelares.

La falta de control adecuado de los enfermos deshospitalizados, provocada por la ausencia de medios e instituciones, resulta particularmente gravosa en los casos de enfermos con una marcada desadaptación social y cuando las familias no cuentan con los medios para

(212) El movimiento asociativo español está organizado a través de la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental, y en la Comunidad de Castilla y León pueden mencionarse las siguientes Asociaciones: FECLM, FAEMA, FEFES BURGOS PROSAME, FEFES MIRANDA ASAYEME, FEFES LEÓN ALFAEM, APES, FEFES SALAMANCA AFEMC, ASEMFA 'AMANECER' FEFES SEGOVIA, FEFES SORIA ASOVICA, FEFES VALLADOLID EL PUENTE, AZAPES.

sufragarles la siempre cara asistencia en las Instituciones privadas. La limitación de la respuesta de la Sanidad Pública a los casos agudos, así como la canalización de las ayudas económicas complementarias como competencia de los Servicios Sociales, no ayuda en este problema planteado.

Está demostrado que las personas con enfermedad mental crónica que carecen de apoyo familiar y social, terminan arrastrados al desamparo y la marginación, en una situación de riesgo ante el cumplimiento de la ley, que suele concluir con comportamientos asociales y de repercusión penal. Se constata la aparición, cada vez con mayor frecuencia, de personas con enfermedad mental crónica infractores que acaban en prisión, produciéndose una sustitución del proceso de desinstitucionalización prevista en la Reforma Psiquiátrica, que se transforma en un simple cambio del establecimiento hospitalario por el penitenciario⁽²¹³⁾. La elevada presencia de estos enfermos en los Centros Penitenciarios tiene diversas causas de gran complejidad, pero entre ellas debe mencionarse la falta de apoyo familiar y social, el entorno marginal en que se desenvuelven, la carencia de instrumentos de tutela eficaces y la ausencia de alternativas específicas para los enfermos crónicos.

El fenómeno no es exclusivo de España, sino que de hecho es bastante coincidente con el mismo fenómeno detectado en el reino Unido, según el cual se ha producido una nueva "institucionalización" de personas con enfermedad mental, pero esta vez en los servicios penitenciarios en lugar de en los hospitales psiquiátricos.

La ausencia de alternativas eficaces tras la supresión de las antiguas estructuras manicomiales para las personas con enfermedad mental crónica ha arrastrado a más de un enfermo, en especial a los más desprotegidos socialmente, hacia los centros penitenciarios tras la comisión de delitos por hechos que, en muchos casos, los afectados ni siquiera alcanzan a comprender.

Bien acaben en la calle o bien en prisión, puede afirmarse que el colectivo de personas con enfermedad mental crónica que carecen de apoyo familiar y social y de recursos económicos (desamparados) representa el colectivo de personas más desposeídas y desamparadas de nuestra sociedad, el colectivo de los más marginados entre los marginados: bien aquellos que acaban "viviendo en la calle", sin atención sanitaria de ninguna clase -vagabundos que vemos pasar por nuestras calles con sus escasas pertenencias al hombro-, o bien aquellos que acaban en prisión -que son marginados en los propios centros penitenciarios, y acaban siendo recluidos en las enfermerías o desamparados en los módulos-.

Las personas con enfermedad mental desamparadas provienen por lo general de las capas sociales más desprotegidas, y la enfermedad mental provoca que se intensifique su grado de marginación. Por ello, requieren el mayor apoyo social y asistencial.

(213) Vid. al respecto las cifras analizadas en detalle en el Informe del Defensor del Pueblo andaluz "La situación de los enfermos mentales internados en Centros Penitenciarios Andaluces".

Cuando se unen enfermedad mental deteriorante grave, de curso prolongado, y dificultades familiares (penuria económica, ausencia o avanzada edad de los padres, etc.) hay únicamente la breve estancia en la Unidad de Agudos, la visita periódica al domicilio o la inyección mensual, y el resto es encierro en el domicilio o vagabundeo sin rumbo.

¿Qué soluciones se ofrecen frente a este problema? Veámoslas.

C) LA GUARDA DE HECHO

Aunque el artículo 760.1 LEC establece que la sentencia de incapacitación habrá de determinar también *el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*, debe decirse que la expresión legal “guarda” utilizada en dicho precepto no se refiere a la figura de la “guarda de hecho” contenida en el C.c., por cuanto la consideración de transitoriedad del régimen de esta figura en la regulación contenida en los arts. 303-306 C.c. impide la consideración de la misma a los efectos de lo dispuesto en el art. 760 LEC.

¿Qué papel juega entonces esta institución en nuestro ordenamiento jurídico?

El C.c. no define esta figura, a diferencia de lo que sucede en el Código de Familia de Cataluña, en que el art. 253 establece que *El guardador o guardadora de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, pueda ser declarada incapaz o sujeta a curatela*.

Pero el concepto implícitamente contenido en la regulación de los arts. 303, 304 y 306C.c.⁽²¹⁴⁾, deja igualmente claro el concepto y la consideración de transitoriedad de dicho régimen, de tal manera que no se trata de una solución estable.

Por guarda de hecho se califican aquellas situaciones en las que personas incapaces de gobernarse a sí mismas o simplemente desamparadas son atendidas y se encuentran bajo la protección de una persona física (generalmente sus más próximos parientes o amigos en su caso) o jurídica (instituciones públicas o privadas), que actúa como si se tratara de un guardador legal, pero al margen de las previsiones legales, esto es, que estuvieren constituidos en legal forma los órganos tutelares correspondiente. En consecuencia, se puede definir como guardador de hecho a quien, careciendo de potestad legal sobre un menor o una persona incapacitada o susceptible de serlo, ejercerá respecto de ellos

(214) Art. 303: *Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 203 y 228 (ambos derogados), cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Art. 304: *Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.*

Art. 306: *Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el art. 220 respecto del tutor.*

alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses.

La nota más destacada de su régimen jurídico es que no consiste nunca en una solución estable, sino que tiene un carácter esencialmente transitorio, finalizando en el mismo momento en que el Juez tenga conocimiento de la existencia de tales situaciones.

Siendo así, resulta claro que cuando un menor de edad o una persona incapaz de gobernarse por sí misma carece de padres o de tutores, la existencia de un guardador de hecho puede estar evitando una situación fáctica de desamparo. Pero la guarda de hecho sólo evita la situación de desamparo transitoriamente, puesto que, o bien se convierte al guardador de hecho en tutor o curador, o el problema de desamparo subsistirá.

La transitoriedad de la guarda de hecho y el beneficio del presunto incapaz hace lógica la obligación de notificar su existencia a la autoridad judicial o al M.F., para que éstos puedan valorar la situación e incoar el proceso de incapacitación correspondiente. El guardador de hecho de la persona susceptible de incapacitación está obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial la situación, y si así no lo hiciere la consecuencia será la responsabilidad por los daños y perjuicios causados que establece el art. 229 C.c. Teniendo conocimiento de las circunstancias, la autoridad judicial podrá requerir al guardador de hecho para que informe de la situación y de los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación a los mismos, y entre tanto el Juez puede dictar las medidas de control que considere necesarias⁽²¹⁵⁾. Una vez que el guardador de hecho ha informado al Juez, confirmada la existencia de una causa de incapacitación, aquél ha de poner el hecho en conocimiento del M.F. para que éste pueda interesar la promoción de su incapacitación, a través del correspondiente proceso. Entre tanto, son válidos y no se pueden impugnar los actos realizados por el guardador de hecho siempre que redunden en interés del menor o del presunto incapaz.

Esto significa que, frente al mecanismo de la tutela (o curatela), que se constituye para que, a partir de entonces, el tutor se ocupe de representar y cuidar al tutelado, resulta que cuando se conoce la existencia de la guarda de hecho, precisamente entonces, finaliza la situación, de tal manera que no hay previsión de futuro, sino sólo un presente provisional y un control retrospectivo sobre la gestión realizada.

(215) Estas medidas pueden ser muy variadas, desde la posibilidad de decidir el internamiento de la persona presuntamente incapaz -cuando las circunstancias así lo exijan-, o realizar un tratamiento médico adecuado a su estado, o la adopción de medidas en relación con sus hijos si los tuviere, o medidas puramente patrimoniales (por ejemplo, el nombramiento de un administrador para el patrimonio del presunto incapacitado, o el nombramiento de un defensor judicial, nombramiento que podrá recaer en quien venía actuando como guardador de hecho o sobre otra persona), que habrán de ser adoptadas como regla previa audiencia de la persona afectada (art. 762.3 LEC).

D) EL MODELO DE LAS ENTIDADES TUTELARES PRIVADAS Y PÚBLICAS

Puede afirmarse que el problema de las personas con enfermedad mental en situación de desamparo sólo tiene una canalización efectiva, que es la asignación de la tutela a determinadas entidades tutelares privadas o en su caso públicas.

Tal como está regulado el mecanismo de la tutela en el C.c., el tutor puede ser una persona física, y esta es la posibilidad más frecuente, y en la que piensa el C.c. en su relación del art. 234. En tal caso, por lo general, la tutela se asigna a una sola persona, aunque en algunos casos se puede considerar adecuado que sean varias personas, en especial si conviene separar la guarda de la persona de la administración de sus bienes.

Pero a partir de la reforma del C.c. en materia de tutela realizada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, también se permite el ejercicio de las funciones tutelares por personas jurídicas. Su base normativa se encuentra en el art. 242, que dispone que éstas podrán ser tutores siempre que se cumplan dos requisitos: que no tengan finalidad lucrativa, y que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados.

Con esta reforma legislativa se pudo resolver un problema que hasta entonces se venía planteando: encontrar posibilidades de tutela para aquellas personas incapaces que carecen de parientes en el orden establecido en el art. 234 C.c., o bien habiendo familia resulta que no quiere o no puede hacerse cargo de la tutela, o en fin, resulte inidónea por cualquier circunstancia, de tal manera que dichas personas incapaces se hallan en situación de abandono o desamparo.

En tales caso, con anterioridad, durante años desempeñaban de facto dichas funciones las Diputaciones o las Direcciones de Hospitales Psiquiátricos o instituciones afines, lo que resultaba poco adecuado porque no resulta muy afortunada la concurrencia de la función tutelar y afortunada de la función tutelar y sanitaria en una misma institución.

El legislador pensó que sería una solución que determinadas personas jurídicas pudiesen ejercer el cargo de tutor, como organismos tutelares dirigidos a este fin.

De este modo, desde la iniciativa privada han ido surgiendo numerosas Fundaciones Tutelares, que dirigen sus esfuerzos a distintos sectores de atención, y entre ellos al sector de las personas con discapacidad psíquica por enfermedad mental grave.

Igualmente desde las distintas Administraciones se han articulado mecanismos de protección jurídica de personas dependientes, creándose en algunas CCAA organismos específicos dedicados al ejercicio de la tutela y curatela de personas incapacitadas judicialmente. Esta segunda posibilidad encuentra su base legal expresa en lo dispuesto en el art. 239 C.c, que en su nueva redacción incorporada por la reforma operada a través de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad, contempla expresamente la posibilidad de que la tutela de los incapaces sea ejercida por una Entidad Pública cuando éste se encuentre en situación de desamparo: *La entidad pública a la que, en el respectivo*

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

a) Las entidades tutelares privadas

Sin perjuicio de los recursos públicos de tutela de adultos, en todas las CCAA existen en la actualidad entidades tutelares de naturaleza privada. Todas ellas cuentan con diversidad de servicios, que abarca con carácter general: información y asesoramiento, asistencia jurídica, voluntariado, seguimiento socio-sanitario. Algunas cuentan además con Programas de vacaciones, ocio y tiempo libre, etc.

Sin ánimo de exhaustividad, las entidades tutelares privadas que cuentan con organismo tutelar específico son las que se mencionan a continuación.

En Castilla-La Mancha:

- Fundación Familia, en Albacete, bajo el protectorado de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Cuenta con los siguientes servicios: información y asesoramiento, asistencia jurídica, y organismo tutelar. Dispone del apoyo del Centro de Rehabilitación Psicosocial y Laboral de AFAEPS.⁽²¹⁶⁾
- Fundación Madre, en Guadalajara, bajo el protectorado de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Cuenta con los servicios de: información y asesoramiento jurídico y social, así como de Protección y Tutela de personas con enfermedad mental incapacitados legalmente y residentes en Castilla-La Mancha⁽²¹⁷⁾.

En Cataluña:

- Fundació Malats Mentals de Catalunya, bajo el protectorado de la Generalitat de Catalunya. Cuenta con los servicios de Información y Asesoramiento, Asistencia Jurídica, Programa de Seguimiento Individualizado, y gestiona los Servicios de Pisos Terapéuticos y de Tutela, curatela y defensa judicial de enfermos mentales⁽²¹⁸⁾.

(216) También desarrolla programas de voluntariado, delegados tutelares, formación ocupacional y rehabilitación psicosocial y laboral a través de la Asociación AFAEPS.

(217) Igualmente desarrolla programas de delegados tutelares y voluntariado, así como de Atención Domiciliaria y Salidas extrahospitalarias.

(218) También desarrolla programas de voluntariado, de formación y de atención a enfermos mentales con especiales dificultades.

III. Consideraciones críticas y propuestas de mejora en la legislación que compone el marco jurídico estatal de protección de la discapacidad por enfermedad mental

- Fundació Privada de pares Treballadors de SEAT amb Fills Disminuïts (FPPTSFD), bajo el protectorado de la Generalitat de Catalunya. Cuenta con los servicios de información y asesoramiento, asistencia jurídica, ejercicio de tutelas, acción pretutelar, promoción y tramitación de incapacitaciones y tutelas y creación de nuevos servicios para personas con disminución.
- Fundació Nou Camí, bajo el protectorado de la Generalitat de Catalunya. Cuenta con servicio de información y asesoramiento, asistencia jurídica y servicio de tutelas y curatelas.⁽²¹⁹⁾

En el País Vasco:

- Fundación Tutelar para enfermos mentales de Álava, bajo el protectorado del Gobierno Vasco. Cuenta con los servicios de información y asesoramiento y asunción de responsabilidades tutelares.⁽²²⁰⁾

En Andalucía:

- Fundación Cordobesa de Tutela, de Córdoba, cuyas Entidades promotoras son la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, la Diputación Provincial de Córdoba, FAISEM, ACPACYS, ASAENEC, FUNDEMA, FADME, y Semillas de Futuro.
- Fundación Malagueña de Tutela, de Málaga, cuyas Entidades promotoras son la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, la Diputación Provincial de Málaga, el Ayuntamiento de Málaga, FAISEM, FUNDEMA, AFENES, AMADPSI, Usuarios de Salud Mental de Al Farala, y Cáritas Diocesanas de Málaga.

En Asturias:

- Fundación Asturiana de Atención a Discapacitados (FASAD), bajo el protectorado del Gobierno del Principado de Asturias. Cuenta con los servicios de información y asesoramiento, y dispone de los siguientes Centros: Centro de Día, Centro Residencial Continuo, Centros Residenciales Temporales, Centro Ocupacional, Centro de Gestión de Recursos Generales para personas con discapacidad o dependientes, y Centro de Tutela de personas declaradas incapaces judicialmente.

En Castilla y León:

- Existe la Fundación Tutelar FECLLEM, clasificada como "Fundación benéfico Asistencial", constituida bajo el protectorado de la Consejería de Sanidad y Bienestar de la Junta de Castilla y León, mediante resolución de 7 de marzo de 2001, de la Secretaría General de Sanidad y Bienestar Social. Para su gobierno y representación,

(219) Además dispone del centro Club Social en salud Mental, y presta otros servicios, tales como ayuda telefónica.

(220) También cuenta con programas de voluntariado, delegados tutelares y tutela y divulgación de la Fundación.

cuenta con un Patronato, que es el órgano al que corresponde cumplir los fines señalados y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación.

Esta Fundación ha sido constituida por la voluntad de toda una serie de entidades privadas de ámbito comunitario: FECLEM, FAEMA, FEFES BURGOS PROSAME, FEFES MIRANDA ASAYEME, FEFES LEÓN ALFAEM, APES, FEFES SALAMANCA AFEMC, ASEMFA 'AMANECER' FEFES SEGOVIA, FEFES SORIA ASOVICA, FEFES VALLADOLID EL PUENTE, AZAPES. La finalidad de esta Fundación viene recogida en el art. 6 de los Estatutos de la Fundación, en los siguientes términos: *El ejercicio directo de la tutela, curatela u otras figuras de guarda que precisen las personas que, padeciendo una enfermedad mental grave, hayan sido incapacitadas judicialmente por ramo de dicha enfermedad y carezcan de parientes o allegados idóneos para el desempeño de tales cargos tutelares.* Para el ejercicio de la tutela, curatela u otras figuras de guarda, la Fundación ha debido ser designada por la Autoridad Judicial competente para el desempeño de un cargo tutelar sobre dicha persona.

Además, la Fundación Tutelar tiene otros objetivos: sensibilizar a la sociedad, tanto en el ámbito público como en la iniciativa privada, respecto de las necesidades del colectivo de personas con enfermedad mental grave; fomentar el desarrollo de dispositivos sanitarios y sociales, necesarios para la mejora de la calidad de vida y promoción de dicho colectivo; ejercer acciones judiciales y de denuncia pública en defensa de los derechos de las personas con enfermedad mental, de su patrimonio, de su imagen, de sus familiares o de las mejores prestaciones sanitarias y sociales en materia de salud mental; y procurar el asesoramiento jurídico y social a familiares, profesionales y tutores de personas con enfermedad mental.

b) Las entidades públicas de tutela

En virtud de la distribución de competencias que recoge nuestro texto constitucional corresponde a las CCAA el ejercicio de esta competencia, lo que se traduce en que la realidad es muy diversa en unas y otras CCAA.

En algunas CCAA existen organismos tutelares de carácter público, y ha de reconocerse que ante el problema de la persona con enfermedad mental en situación de desamparo debe tenderse a la generalización de los organismos tutelares de carácter público.

Veamos cuál es el panorama en las CCAA españolas:

Comunidad Autónoma de Andalucía

Como organismo público tutelar existe en esta Comunidad el Instituto Almeriense para la Tutela de Adultos, cuyo ámbito de actuación queda circunscrito a la provincia de Almería. Tiene como finalidad la protección de las personas adultas cuya incapacidad ha sido declarada judicialmente, procurando la adecuada integración del tutelado, la mejora de su calidad de vida, así como la defensa de sus derechos e intereses.

Comunidad Autónoma de Aragón

La Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Aragón ejerce los cargos tutelares de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, cuando así sea encomendado por la correspondiente resolución judicial, promueve la integración y normalización de los incapacitados, facilita recursos asistenciales, atención personal, cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario.

Comunidad Autónoma de Canarias

La Comisión Tutelar del Mayor Legalmente Incapacitado de Canarias ejerce los deberes tutelares de las personas mayores incapacitadas, cuando así se establezca mediante sentencia judicial, adopta todas las medidas precisas para la guarda y protección de las personas y bienes del mayor tutelado, propicia su integración y normalización, y facilita los recursos sociales idóneos para su desarrollo y bienestar personal, su cuidado, rehabilitación o recuperación.

Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

La Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha asume los nombramientos tutelares de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente residentes en esa Comunidad. También persigue el fomento y la realización de acciones encaminadas a la integración y normalización de los tutelados, facilitando recursos sociales, la atención personal, su cuidado, rehabilitación o recuperación, y el afecto necesario. Presta información, orientación y asistencia a padres, familiares y otros tutores.

Comunidad Autónoma de Extremadura

La Comisión Tutelar de Adultos de Extremadura ejerce la Tutela y Curatela de los mayores de edad incapacitados legalmente y residentes en esa Comunidad Autónoma cuando así lo determine la autoridad judicial competente.

Comunidad Autónoma de Galicia

La Fundación Galega para la Tutela de Adultos presta servicio a personas mayores de 18 años, residentes en Galicia incapacitadas judicialmente por sentencia o incursas en procedimiento de incapacitación y que carezcan de familia, persona o institución idónea para asumir las funciones tutelares.

Comunidad Autónoma de Valencia

La Comisión valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados es el órgano encargado de la vigilancia y coordinación de recursos y servicios existentes para un ejercicio correcto de los cargos tutelares respecto de personas mayores de edad residentes en esta Comunidad. Asimismo, en cada una de las Direcciones Territoriales de Bienestar Social existe una Unidad Técnica de Tutelas.

Comunidad Autónoma de Madrid

La Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos asume los nombramientos tutelares de las personas mayores de edad, incapacitadas judicialmente, residentes en la Comunidad de Madrid, cuando así lo determina la autoridad judicial, además de fomentar la realización de las acciones encaminadas a la integración y normalización de los tutelados, facilitando los recursos necesarios, la atención persona, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario. Asimismo, presta orientación y asesoramiento a particulares, profesionales e Instituciones.

Comunidad Autónoma de las Islas Baleares

Existe un Programa Interinstitucional de Acción Tutelar de Adultos, integrado en Mallorca por el Ayuntamiento de Palma, el Instituto Balear de Asuntos Sociales y el Consell de Mallorca, gestionado por la Fundación Aldaba.

Comunidad Foral de Navarra

El Gobierno de Navarra asume y ejerce la tutela o curatela de las personas mayores incapacitadas legalmente, residentes en Navarra, a través del Instituto Navarro de Bienestar Social, cuando así lo determine la autoridad judicial competente. Asimismo, asume en su caso la defensa judicial de estas personas y ejerce cuantas funciones determine la citada autoridad en medidas provisionales en defensa y protección de presuntos incapaces en situación de desamparo.

Desde la Administración Autonómica está prevista la creación de la Comisión Navarra de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados y la Comisión Técnica de Tutelas en el Instituto Navarro de Bienestar Social.

Comunidad Autónoma del País Vasco

Las competencias en materia de tutela recaen en cada una de las tres Diputaciones Forales. En el caso de Vizcaya, se ha creado recientemente el Instituto Tutelar de Bizcaia, que ejerce, entre otras funciones, la tutela y la curatela de las personas mayores incapacitadas legalmente, excepto en el caso de que las causas de incapacitación sea una enfermedad mental, en tanto en cuanto éstas no sean objeto de un Convenio con las Instituciones competentes.

Comunidad Autónoma de La Rioja

Los nombramientos tutelares se asumen por la Consejería de Salud y Servicios Sociales a través de su Secretaría General Técnica, si bien el servicio de tutelas lo lleva a cabo la Asociación Riojana Promoción de Adultos, que gestiona el Departamento de Tutelas ubicado en la Consejería de Salud y Servicios Sociales, estando en proceso la creación de una Fundación Tutelar pública para este exclusivo fin.

Principado de Asturias

La tutela de las personas declaradas incapaces que no tengan familiares o que, teniéndolos, éstos, por las razones que sea, no desean o no pueden asumir tal cargo, se encomienda a la Consejería de Asuntos Sociales.

Comunidad Autónoma de Cantabria

No hay un órgano tutelar específico que se dedique al ejercicio de la tutela de adultos, por lo que dichas funciones son asumidas, cuando así se designa por los órganos judiciales, por la Dirección General de Acción Social.

Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

No existe un organismo específico que se dedique al ejercicio de la tutela de personas adultas, si bien el Instituto de Servicios Sociales se encarga de dictar las instrucciones precisas para los casos de presunta incapacitación de residentes en los Centros dependientes del mismo.

Ciudad Autónoma de Ceuta

A través del Centro de Servicios Sociales, la Ciudad de Ceuta ofrece la posibilidad de solicitar información y asesoramiento sobre incapacitación legal y tutela, así como se promueve la declaración de incapacitación en los casos que proceda.

Ciudad Autónoma de Melilla

Tampoco existe organismo público que se dedique al ejercicio de la tutela de personas adultas, facilitando la Dirección General de Bienestar Social y Sanidad información al respecto.

Comunidad Autónoma de Cataluña

En Cataluña no existe organismo público que asuma la tutela de personas incapacitadas judicialmente, pero sí existe desde el año 1994 la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan asignada la tutela de menores o incapacitados.

Comunidad Autónoma de Castilla y León

Actualmente no existe en la misma organismo público que asuma nombramientos tutelares de personas incapacitadas judicialmente.

Existen ocasiones en que la Fundación Tutelar de Enfermos Mentales de Castilla y León renuncia y es excusada judicialmente ante la falta de recursos para procurar una buena atención a sus tutelados.

Para tales casos, el Procurador del Común de Castilla y León propone que se adopte un sistema de tutela pública similar al de Madrid, Castilla-La Mancha o Extremadura, por ej., con la creación de un órgano específico para el eficaz desempeño de las funciones tutelares y como complemento del necesario impulso del funcionamiento de las fundaciones tutelares existentes de carácter privado. O, en su caso, también podría optarse por

una participación pública en la entidad tutelar privada existente en materia de personas con enfermedad mental, convirtiéndose así en Fundación de carácter mixto.

Entre tanto, y como consecuencia de la modificación operada en el Código Civil por obra de la Ley de Protección Patrimonial de las personas con Discapacidad, existen sentencias de incapacitación que vienen a convertir al gerente de Servicios Sociales en el tutor de los incapacitados. Pero con ello lo cierto es que el problema no está resuelto, dado que si se trata de personas con enfermedad mental que necesitan tratamiento en régimen de hospitalización, la Gerencia de Servicios Sociales carece de recursos de este tipo y no puede ejercer eficazmente su función.

E) CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE MEJORA

Puede afirmarse que uno de los problemas más graves relacionados con el mundo de la discapacidad por enfermedad mental es el representado por la situación de las personas con enfermedad mental desamparadas, esto es, personas que padecen una enfermedad mental grave y que puede ser que hayan sido incapacitadas judicialmente por razón de dicha enfermedad pero resulte que carecen de parientes o allegados idóneos para el desempeño de los cargos tutelares; o bien puede ser que no hayan sido incapacitadas judicialmente pero resulte que son personas susceptibles de incapacitación igualmente faltas de allegados idóneos para desempeñar las tareas de cuidado que dichos enfermos demandan.

La confusión entre la desinstitucionalización y la deshospitización psiquiátrica -siendo así que se trata de conceptos diferenciados, puesto que la primera exige un desarrollo de recursos intermedios de rehabilitación en tanto que la deshospitización se basa en una simple reducción de camas en los sanatorios psiquiátricos- y la consiguiente limitación de la actuación al tratamiento hospitalario de los enfermos agudos, dejando de lado o posponiendo la atención especializada al extenso grupo de los pacientes crónicos, conlleva dos problemas derivados y relacionados entre sí: por un lado, el gran problema de las familias (no parecen existir recursos residenciales específicos para las personas con enfermedad mental con peligrosidad social potencial, y su integración en las familias muchas veces es imposible, por cuanto sus familiares -los que podrían ayudarles y responsabilizarse de los incapaces- son los agredidos, si bien ha de destacarse que su desprotección las hizo fuertes a través del movimiento asociativo); y por otro lado, el problema de la persona con enfermedad mental que no tiene familiares o allegados, esto es, la situación de desamparo de la persona con enfermedad mental, que es especialmente preocupante por las consecuencias que de ellas se derivan, y que es el que aquí interesa ahora destacar.

Ante el terrible problema de la persona con enfermedad mental desamparada las soluciones son escasas y el problema inaplazable. Según Informe del Comité constituido por la Asociación de Jueces para la Democracia, Unión Progresista de Fiscales y la Comisión Legislativa de la Asociación de Neuropsiquiatría de Andalucía, publicado en la Revista de la

Asociación Española de Neuropsiquiatría (vol. VII, nº 21, de 1987), *este problema, a corto plazo, va a ser el origen de una nueva institucionalización, de un nuevo encierro, más duro y difícil de desmontar que el presente... Algunas personas ya están en el. Psiquiátrico Penitenciario, y otros, los que tienen dinero, en clínicas y residencias privadas, encerrados.*

Hoy por hoy puede afirmarse que el problema de las personas con enfermedad mental en situación de desamparo sólo tiene una canalización efectiva, que es la asignación de la tutela a determinadas entidades tutelares privadas o en su caso públicas, posibilidad existente a partir de la reforma del C.c. en materia de tutela realizada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que vino a permitir el ejercicio de las funciones tutelares por personas jurídicas, encontrándose su base normativa en el art. 242, que dispone que éstas podrán ser tutores siempre que se cumplan dos requisitos: que no tengan finalidad lucrativa, y que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados.

Con esta reforma legislativa se pudo resolver un problema que hasta entonces se venía planteando: encontrar posibilidades de tutela para aquellas personas incapaces que, o bien carecen de parientes en el orden establecido en el art. 234 C.c., o bien habiendo familia resulta que no quiere o no puede hacerse cargo de la tutela, o en fin, cuando ésta resulta inidónea por cualquier circunstancia, de tal manera que dichas personas incapaces se hallan en situación de abandono o desamparo. En tales casos, con anterioridad, durante años desempeñaban *de facto* dichas funciones las Diputaciones o las Direcciones de Hospitales Psiquiátricos o instituciones afines, lo que resultaba poco adecuado porque no resulta muy afortunada la concurrencia de la función tutelar y sanitaria en una misma institución. El legislador pensó que sería una solución que determinadas personas jurídicas pudiesen ejercer el cargo de tutor, como organismos tutelares dirigidos a este fin.

De este modo, desde la iniciativa privada han ido surgiendo numerosas Fundaciones Tutelares, que dirigen sus esfuerzos a distintos sectores de atención, y entre ellos al sector de las personas con discapacidad psíquica por enfermedad mental grave. De tal manera que, sin perjuicio de los recursos públicos de tutela de adultos, en todas las CCAA existen en la actualidad entidades jurídicas de naturaleza privada, que cuentan con diversidad de servicios que abarcan con carácter general: información y asesoramiento, asistencia jurídica, voluntariado, seguimiento socio-sanitario; muchas cuentan además con Programas de vacaciones, ocio y tiempo libre, etc.; y algunas de ellas cuentan además con organismo tutelar específico de personas con enfermedad mental incapacitadas.

Igualmente desde las distintas Administraciones se han articulado mecanismos de protección jurídica de personas dependientes, creándose en algunas CCAA organismos específicos dedicados al ejercicio de la tutela y curatela de personas incapacitadas judicialmente. Esta segunda posibilidad encuentra su base legal expresa en lo dispuesto en el art. 239

C.c, que en su nueva redacción incorporada por la reforma operada a través de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad, contempla expresamente la posibilidad de que la tutela de los incapaces sea ejercida por una Entidad Pública cuando éstos se encuentren en situación de desamparo: *La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*

En virtud de la distribución de competencias que recoge nuestro texto constitucional corresponde a las CCAA el ejercicio de esta competencia, lo que se traduce en que la realidad es muy diversa en unas y otras CCAA. En algunas existen organismos tutelares de carácter público, y ha de reconocerse que ante el problema de la persona con enfermedad mental en situación de desamparo debe tenderse a la generalización de los organismos tutelares de carácter público, ello sin perjuicio de que las respectivas Comunidades continúen profundizando en su tarea de coordinación con el movimiento de asociaciones de familiares de personas con enfermedad mental que actúan en su ámbito geográfico -mediante convocatorias de subvenciones que les permitan consolidarse y avanzar en el desarrollo de programas y servicios de apoyo que complementen a la red pública de recursos-

IV. NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA GLOBAL EN EL ÁMBITO ESTATAL Y DE MEJORA EN LA COORDINACIÓN SOCIOSANITARIA ESTATAL Y AUTONÓMICA

1. COMPLEJIDAD DERIVADA DEL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El marco jurídico de protección de las personas con enfermedad mental -al igual que sucede en todos los ámbitos de la discapacidad y la dependencia- muestra una gran complejidad desde el punto de vista legislativo, y ello principalmente porque en dichas materias el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (sin olvidar a las Corporaciones Locales) afecta a ámbitos muy diversos (Sanidad y Servicios Sociales principalmente, pero también Vivienda y Urbanismo, organización territorial, legislación fiscal, etc.).

De tal manera que en relación con las materias más directamente relacionadas con la dependencia, el Estado dispone de competencias exclusivas sobre la legislación en materia laboral, legislación básica en Sanidad y Seguridad Social. Las CCAA, en los términos establecidos en sus respectivos Estatutos de Autonomía⁽²²¹⁾, tienen competencia en la ejecución de la legislación en materia de trabajo y relaciones laborales, desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica sanitaria y de la Seguridad Social, salvo las normas que configuran el régimen económico de esta última. Todo ello sin olvidar a las Corporaciones Locales, que, conforme a lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (parcialmente modificada por Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local), tienen determinadas competencias⁽²²²⁾.

En materia de Sanidad, según establece el art. 149.1.16º CE, le corresponde al Estado el establecimiento de las bases y la coordinación de la sanidad, y a las CCAA su desarrollo y ejecución, en los términos establecidos en los respectivos Estatutos de Autonomía; también en materia de Seguridad Social el Estado tiene competencia para establecer la legislación básica y el régimen económico, según se establece en el

(221) Entre las competencias autonómicas destacan las relativas al reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (art. 6 del R.D. 1971/1999, de 23 de diciembre); y la tramitación y concesión de prestaciones de personas dependientes (Disposición Adicional Cuarta de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que crea las pensiones no contributivas de la S.S.).

(222) Por lo que se refiere a los municipios, entre las competencias señaladas, figura la participación en la *gestión de la atención primaria de la salud y la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social* (art. 25.1 k), determinando la obligación de prestarlas, por sí o asociados, según la población del municipio, que en el caso de los Servicios Sociales fija en 20.000 habitantes. En cuanto a la provincia, uno de sus fines básicos es la garantía de los principios de solidaridad y equilibrios intermunicipales (art. 31.2), estableciendo en el art. 36.1 las competencias propias de las Diputaciones: a) coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada; b) la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios; c) prestación de servicios públicos supramunicipales y supracarcales; d) cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación del territorio provincial; e) fomento y administración de intereses de la provincia.

art. 149.1.17º CE, y las CCAA su desarrollo y ejecución, en los términos establecidos en sus Estatutos de Autonomía.

La LGS tuvo como objetivo prioritario la creación de un sistema nacional de Salud adaptado a las previsiones del Título VIII CE de Comunidades Autónomas en todo el territorio del Estado, con amplias competencias en materia de Sanidad reconocidas en sus Estatutos. Y puede afirmarse que la directriz sobre la que descansa toda la reforma de la Ley es la creación de un Sistema Nacional de Salud, y el eje del modelo son las Comunidades Autónomas, de tal manera que, como dice el legislador en la Exposición de Motivos, *el Sistema Nacional de Salud se concibe así como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados*, inspirando el principio de integración para los servicios sanitarios en cada Comunidad Autónoma el art. 50 de la LGS.⁽²²³⁾

Para el legislador, la integración efectiva de los servicios sanitarios es básica, *no sólo porque sea un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a los ciudadanos, sino también porque es deseable asegurar una igualdad de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, en fin, lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones* (Exposición de Motivos de la LGS). Pero también aclara que la aplicación de la reforma que la Ley establece tiene que ser paulatina forzosamente, de tal manera que se vaya desarrollando con la sucesiva asunción de responsabilidades por las CCAA, y adecuándose a las disponibilidades presupuestarias en lo que concierne al otorgamiento de las prestaciones del sistema a todos los ciudadanos. Consecuentemente, en materia sanitaria, también son relevantes las Leyes autonómicas de salud, ordenación sanitaria y/o creación de los servicios autonómicos de salud.

La LGS recoge los principios que sustentaron la reforma psiquiátrica, que son a su vez principios orientadores del proceso a seguir en la desinstitucionalización y en la implantación de nuevos recursos. Uno de estos principios es la territorialidad; pero además, deben mencionarse los siguientes:

1. Desplazamiento del eje de atención del Hospital a la Comunidad *(La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización).*

(223) 1. En cada Comunidad Autónoma se constituirá un servicio de salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado, como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma.

2. No obstante el carácter integrado del servicio, cada Administración territorial podrá mantener la titularidad de los centros y establecimientos dependientes de la misma, a la entrada en vigor de la presente Ley, aunque, en todo caso, con adscripción funcional al servicio de salud de cada Comunidad Autónoma.

2. Sistema de atención con un funcionamiento en red de los recursos, con las coordinaciones adecuadas entre los dispositivos (*La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales*).
3. Rehabilitación y Continuidad de Cuidados (*Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas de la persona con enfermedad mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales. Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general*).

Por su parte, la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Capítulo I, Sección 1ª, art. 14) establece la atención sociosanitaria que comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos generalmente crónicos que por sus especiales características puedan beneficiarse de la actuación simultánea de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía y facilitar su reinserción social. Identifica las prestaciones de cuidados de larga duración, la atención a la convalecencia y la rehabilitación, estableciendo que la continuidad de servicio deberá ser garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes.

A su vez, la Ley 31/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las persona con discapacidad, establece en sus arts. 1 y 8 que todas las personas con discapacidad (por tanto, también las personas con enfermedad mental) deben disfrutar del conjunto de todos los derechos humanos civiles, sociales, económicos y culturales, y a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos, para ello se deberán adoptar medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de estas personas y conseguir su plena participación en la vida política, económica, cultural y social.

En el ámbito de la **legislación en materia Laboral y de la Seguridad Social**, que es competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.7º CE, a las CCAA les corresponde competencia para ejecutarlas de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes Estatutos. En este ámbito, también es destacable la legislación autonómica para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de su personal.

En cuanto a la **legislación en materia de Servicios Sociales, Discapacidad y Dependencia**, la Constitución no reserva al Estado competencias en esta materia, de tal manera que todas las CCAA han acogido en sus Estatutos la competencia exclusiva sobre dicha materia, aunque con denominaciones diversas, a partir de la cual han promulgado Leyes de Servicios Sociales y/o Acción Social. En dicho ámbito destacan también diversas Leyes autonómicas: Ley 1/1999, de 31 de marzo,

de atención a las personas con discapacidad de Andalucía; Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat Valenciana, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad; Ley de Cantabria 6/2001, de 20 de noviembre, de protección a las personas dependientes; Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales; Ley 112/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia; y Ley 1/2002, de 1 de marzo, de Servicios Sociales de La Rioja; etc.

En **Vivienda, urbanismo, turismo y ocio** las CCAA pueden disponer, en virtud de lo establecido en sus Estatutos, de competencias exclusivas en la materia, y también, pero con distinto grado, en materia de asociaciones y fundaciones.

Por lo que se refiere a la **legislación en el ámbito del Derecho Civil**, la legislación básica en la materia viene representada por el Código Civil, pero sin olvidar la legislación civil autonómica en materia de Derecho de Familia. Además, deben citarse también otros textos legales con relevancia en la materia, tales como las Leyes autonómicas sobre accesibilidad, y sobre barreras físicas y sensoriales.

No debe olvidarse tampoco la legislación autonómica de **organización territorial y régimen local**, en cuya virtud, en relación con otras Entidades locales, las CCAA de acuerdo con sus competencias pueden crear en su territorio comarcas u otros entes que agrupen a varios municipios, sin que en ningún caso pueda suponer la pérdida de las competencias mínimas municipales (art. 42.4). Así, en materia sanitaria, la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad regula en el Título II, Capítulo III las competencias de las Corporaciones Locales y circunscribe la regulación organizativa autonómica a las responsabilidades y competencias establecidas en los Estatutos de Autonomía, la Ley de Bases de Régimen Local y la propia Ley Sanitaria, concretando su participación en los órganos de dirección de las Áreas de Salud y señala las responsabilidades mínimas en materia de salud pública (art. 42 LGS). En cambio, en materia de Servicios Sociales han sido las CCAA las que, mediante Leyes, han desarrollado dicha materia y han efectuado el reparto competencial entre el Gobierno de las CCAA y las Corporaciones Locales de su territorio. En general, las Leyes autonómicas de Servicios Sociales atribuyen a las Corporaciones Locales competencias propias en la programación, la coordinación y la prestación de nivel primario (denominados Servicios Sociales generales, comunitarios o de atención primaria) que incluyen la información, el diagnóstico, la orientación, así como la atención domiciliaria, los hogares y centros de días, la telealarma, etc., aunque estos últimos servicios son prestados muchas veces por entidades privadas.

Finalmente, tampoco puede ignorarse en esta materia el importante capítulo de la **legislación fiscal autonómica**.

Y lo cierto es que esta complejidad dificulta el diseño de respuestas institucionales transversales dirigidas a la satisfacción de las necesidades generadas por la situación de dependencia en general, y de la dependencia por trastorno mental grave en particular.

Ello sin poder silenciar que las diferencias advertidas entre Autonomías, Ayuntamientos, medios urbanos o rurales, etc. son abismales, de tal manera que una persona puede tener prácticamente cubiertas todas sus necesidades en esta materia en determinadas CCAA y no tener acceso a prestaciones muy elementales en otras.

2. LA COMPETENCIA DE DESARROLLO NORMATIVO Y EJECUCIÓN EN MATERIA DE SANIDAD

Teniendo en cuenta que la materia de Sanidad constituye una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17ª CE), en consecuencia los diversos Estatutos de Autonomía contemplan la competencia para el desarrollo legislativo, reglamentario y ejecutivo de la legislación del Estado en dicho ámbito.

Así, por ejemplo, el art. 34.1.1ª del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero⁽²²⁴⁾), establece que: *En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ella establezca, es competencia de la Comunidad de Castilla y León el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: 1ª Sanidad e higiene. Promoción, prevención y restauración de la salud.* El hecho de que esté incluida en el enunciado de “Competencias de desarrollo normativo y de ejecución”, significa que en esta materia y salvo norma en contrario, corresponde además a la Comunidad la potestad reglamentaria, la gestión y la función ejecutiva, incluida la inspección (art. 34.2)

Por otra parte, el art. 36. apartados 7 y 12 del Estatuto establece que corresponde a la Comunidad de Castilla y León, en los términos que establezcan las Leyes y las normas reglamentarias que en su desarrollo dicte el Estado, la función ejecutiva en materia de productos farmacéuticos, así como la gestión de la asistencia de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el art. 149.1.17ª de la CE, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto.

La Ley 1/1993, de 6 de abril de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León constituye la respuesta normativa a las previsiones normativas contenidas en la Ley General de Sanidad, que destacó como uno de sus principios básico el protagonismo de las CCAA como Administraciones suficientemente capaces y con la necesaria perspectiva territorial en el ámbito sanitario. El objeto de dicha Ley es la regulación general de las actividades sanitarias en la Comunidad de Castilla y León, la constitución del sistema de Salud de Castilla y León, y la creación de la Gerencia Regional de Salud, como instrumento institucional para la gestión de las competencias y recursos que se le encomienden. Son principios

(224) Reformado posteriormente por las Leyes Orgánicas 11/1994, de 24 de marzo, y 4/1999, de 8 de enero.

IV. Necesidad de una estrategia global en el ámbito estatal y de mejora en la coordinación sociosanitaria estatal y autonómica

inspiradores de la Ley los de descentralización, autonomía y responsabilidad en la gestión; la promoción del interés individual y social por la salud y el sistema sanitario; la mejora continua de la calidad de los servicios en todos sus aspectos y la sustitución tendencial de las prestaciones asistenciales por una atención integral y personalizada más próxima al medio familiar. Además, se da rango legal a una Carta de Derechos de los ciudadanos en materia de salud. En su art. 8.1.h) se establece que la *Atención Psiquiátrica y protección de la salud mental* es una de las actividades y servicios comprendidos en el Sistema de Salud de Castilla y León.

También debe mencionarse el Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre, que, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1956/1983, de 29 de junio,⁽²²⁵⁾ acuerda el traspaso a la Comunidad de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud. Dicho traspaso de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Comunidad Autónoma vino a generar un marco propio para el impulso de una nueva generación de derechos y garantías en relación con la salud, y en dicho marco es importante destacar la *Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la Salud*, que produjo la derogación del Título I de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, cuyo contenido es recogido- y ampliado- en esta norma. El legislador justifica la razón de ser de la nueva Ley –tal como se establece en la Exposición de Motivos- en que desde la aprobación de la Ley anterior habían tenido lugar importantes novedades en el marco comunitario (Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dirigida a reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos) así como en el ámbito estatal (especialmente la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), que hacían oportuna la incorporación de aspectos novedosos en el ámbito sanitario, tales como los relativos al establecimiento de tiempos máximos de espera para determinadas prestaciones sanitarias, el derecho a una segunda opinión médica, el respeto a las decisiones sobre la salud adoptadas de forma anticipada, al tiempo que introduce garantías en el ejercicio de otros derechos previamente establecidos, como los relativos a la igualdad y no discriminación, la confidencialidad y la información.

De forma similar, el **Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid** (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero⁽²²⁶⁾) establece la competencia

(225) Dicho Real Decreto determina las normas y el procedimiento al que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Castilla y León, y también regula el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

(226) Modificado posteriormente por Ley Orgánica 2/1991, de 13 de marzo; Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo; Ley 33/1997, de 4 de agosto; Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio; y Ley 30/2002, de 1 de julio.

para el desarrollo normativo y ejecutivo en su art. 27.4 y 5 (*En el marco de la legislación básica del Estado, y en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de las siguientes materias: 4. Sanidad e Higiene; 5. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social*).

Y en el art. 28.1.1 y 1.2 determina que corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: 1.1. *Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la materia 17ª del apartado 1 del art. 149 de la Constitución española, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto.* 1.2. *Gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: INSERSO. La determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario y la financiación se efectuarán de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en la materia 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución.*

Igualmente, el Estatuto de la Comunidad de Extremadura. (Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero)⁽²²⁷⁾ establece en su art. Octavo. 4 y 11 (modificados por la LO 8/1994 y por la LO 12/1999) que en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, corresponde a la CA el desarrollo legislativo y ejecución de: 4. *Sanidad e Higiene, Centros Sanitarios y hospitalarios públicos, Coordinación hospitalaria en general;* 11. *Ordenación farmacéutica.* Y en el art. Noveno del Estatuto (modificado por Ley Orgánica 8/1994 y por Ley Orgánica 12/1999) establece que corresponde a la CA en los términos que establezcan las leyes y normas reglamentarias del Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias: 8. *Productos farmacéuticos.* Y 13. *La gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el nº 17 del apartado 1 del art. 149 de la CE, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a la que se refiere este precepto.*

El Estatuto de la Comunidad de Valencia (Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio)⁽²²⁸⁾ establece en su art. 38.1 y 2 que corresponde a la Generalidad Valenciana el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad interior; correspondiéndole asimismo en materia de Seguridad Social a) el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma; y b) la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. En su apartado 3 el citado art. 38 continúa determinando que *corresponderá también a la Generalidad la*

(227) Modificada posteriormente por Ley 28/2002, de 1 de julio; Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo; Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo; y Ley Orgánica 5/1991, de 13 de marzo.

(228) Modificada por Ley 24/2002, de 1 de julio; Ley 36/1997, de 4 de agosto; LO 5/1994, de 24 de marzo; y LO 4/1991, de 13 de marzo.

ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. Y en el apartado 4 establece que La Generalidad Valenciana podrá organizar y administrar, a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencia contenidas en este artículo.

El Estatuto de la Comunidad de Castilla-La Mancha (Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto)⁽²²⁹⁾ establece en su art. 32.3 y 4 (modificado por Leyes Orgánicas de 7/1994 y 3/1997) que en el marco de la legislación básica del Estado, y en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes: 3. *Sanidad e higiene, promoción y restauración de la salud. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.* Y 4. *Ordenación farmacéutica.* Y en el art. 33.1 (modificado por las mismas Leyes antedichas) se establece que corresponde a la Junta de Comunidades, en los términos que establezcan las Leyes y normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias: 1. *Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el nº 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución, reservando al Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto.*

El Estatuto de Autonomía del País Vasco, dispone en su art.18.1 que corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad interior. Previéndose en su apartado 2 que en materia de Seguridad Social, corresponde al País Vasco: a) el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. Y b) la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. También se establece que corresponderá al País Vasco la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos (3). Según dispone el apartado 4, *La Comunidad podrá organizar y administrar a tales fines, dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y de Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.* Y finalmente, en virtud de lo dispuesto en el apartado 5, *Los poderes públicos vascos ajustarán el ejercicio de las competencias que asuman en materia de Sanidad y de Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca.*

(229) Modificada posteriormente por Ley 26/2002, de 1 de julio; LO 3/1997, de 3 de julio; LO 7/1994, de 24 de marzo; y LO 6/1991, de 13 de marzo.

Tal como dispone el art. 11.2 y 11.4 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, del **Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias**⁽²³⁰⁾, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde al Principado de Asturias el desarrollo legislativo y la ejecución, en materia de *Sanidad e Higiene*, así como de *ordenación farmacéutica*. Y corresponde al Principado de Asturias la ejecución de la legislación del Estado, en los términos que en la misma se establezca, sobre las siguientes materias: Gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social, INSERSO, la determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer las condiciones del beneficiario y la financiación se efectuará de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias de conformidad con lo dispuesto en el nº 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución (art. 12.4), así como sobre Productos farmacéuticos (art. 12.8).

El art. 39.Uno de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del **Estatuto de Autonomía de Aragón**⁽²³¹⁾, establece que corresponde a esta Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación general del Estado en las materias siguientes: 1. *Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el nº 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto*. Y 12. *Productos farmacéuticos*. Esta función de ejecución comprende el ejercicio de todas las potestades de administración, incluida la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes.

Según dispone el art. 33 de a 10/1982, de 10 de agosto, del **Estatuto de Autonomía de Canarias**⁽²³²⁾, a esta Comunidad le corresponde la competencia de ejecución en las siguientes materias: 3. *Gestión de las prestaciones sanitarias y sociales del sistema de la Seguridad Social y de los servicios del Instituto Nacional de la Salud, Instituto Nacional de Seguridad Social e Instituto Social de la Marina*. Y 7. *Productos farmacéuticos*.

Tal y como establece el art. 28 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del **Estatuto de Autonomía de Galicia**⁽²³³⁾, es competencia de la Comunidad Autónoma gallega el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en los términos que la misma establezca, en materia de establecimientos farmacéuticos. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 33, corresponde a la Comunidad el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad interior. En materia de Seguridad Social corresponderá a la Comunidad el desarrollo

(230) Modificada posteriormente por la Ley Orgánica 3/1991, de 13 de marzo; Ley Orgánica 1/1994, de 24 de marzo; y Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero.

(231) Modificada posteriormente por la Ley 25/2002, de 1 de julio; Ley Orgánica 25/1997, de 4 de agosto; Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre; y Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo.

(232) Modificada posteriormente por Ley Orgánica 27/2002, de 1 de julio; Ley Orgánica 28/1997, de 4 de agosto; y Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre.

(233) Modificada posteriormente por la Ley 18/2002, de 1 de julio; y Ley 32/1997, de 4 de agosto.

legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuren el régimen económico de la misma, correspondiendo también a la Comunidad la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la Caja Única. Asimismo, corresponde también a la Comunidad la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. Dicha norma explicita igualmente que la Comunidad podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias expresadas en dicho art. 33, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.

El art. 11 de la Ley Orgánica 2/1983, del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares⁽²³⁴⁾, en el marco de la legislación básica del Estado, y en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: 5. *Coordinación hospitalaria, incluida la de la Seguridad Social*; 14. *Ordenación farmacéutica, sin perjuicio de lo que dispone el art. 149.1.16 de la Constitución*. Y el art. 12 determina que corresponde a la Comunidad, en los términos que establezcan las Leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias: 7. *Gestión de las prestaciones y servicios sociales dentro del sistema de Seguridad Social, INSERSO, la determinación de las prestaciones del sistema...*; 8. *Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo que prevé el nº 17 del art. 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto*. 12. *Productos farmacéuticos*.

La Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra⁽²³⁵⁾, establece en su art. 53. Uno que *en materia de Sanidad interior e higiene corresponden a Navarra las facultades y competencias que actualmente ostenta, y además, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado*. Y en el art. 53. Dos añade que *dentro de su territorio, Navarra podrá organizar y administrar todos los servicios correspondientes a la materia a la que se refiere el apartado anterior y ejercitará la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones relacionada con las mismas*. En el apartado Tres determina además que *sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, corresponde al Estado la coordinación y alta inspección conducente al cumplimiento de las facultades y competencias contenidas en este artículo*.

Por su parte, el art. 54 establece que:

Uno. *En materia de Seguridad Social, corresponde a Navarra: a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado,*

(234) Éste es exactamente el planteamiento contenido en el mencionado Libro Blanco sobre la Dependencia, capítulo VII, p.4.

(235) Modificada posteriormente por la Ley Orgánica 1/2001, de 26 de marzo.

salvo las normas que configuran el régimen económico de la Seguridad Social. b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

Dos. Dentro de su territorio, Navarra podrá organizar y administrar todos los servicios correspondientes a las materias a las que se refiere el apartado anterior y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones relacionadas con las mismas.

Tres. Corresponde al Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las facultades y competencias contenidas en este artículo.

Según determina el art. 9 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de julio, del Estatuto de Autonomía de La Rioja⁽²³⁶⁾, en el marco de la legislación básica del Estado, y en su caso en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de La Rioja el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: 5. *Sanidad e higiene.* Y 12. *Ordenación farmacéutica.*

A su vez, el art. 11.Uno establece que *corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en los términos que establezcan las Leyes y, en su caso, a las normas reglamentarias que para su desarrollo dicte el Estado, la función ejecutiva de las siguientes materias: 12. Productos farmacéuticos. 14. Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el n° 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto. 15. Gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: INSERSO. La determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario y la financiación se efectuará de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en el n° 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución.*

Y aclara el art. 11.Dos que en el caso de las materias señaladas en este artículo, o con el mismo carácter en otros preceptos del presente Estatuto, corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja la potestad de administración, así como, en su caso, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes.

Según dispone el art. 25 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cantabria⁽²³⁷⁾, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, corresponde a esta Comunidad el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: 3. *Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.* Y 4. *Ordenación farmacéutica.*

En el art. 26, se establece que corresponde a la Comunidad, en los términos que establezcan las Leyes y las normas reglamentarias que en

(236) Modificada posteriormente por la Ley 22/2002, de 1 de julio; LO 2/1999, de 7 de enero; Ley 35/1997, de 4 de agosto; y LO 3/1994, de 24 de marzo.

(237) Modificada posteriormente por la Ley 21/2002, de 1 de julio; LO 11/1998, de 30 de diciembre; Ley 29/1997, de 4 de agosto; LO 2/1994, de 24 de marzo; y LO 7/1991, de 13 de marzo.

desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias: 1. *Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el n° 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto.* 4. *Gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: INSERSO. La determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario y la financiación se efectuará de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en el n° 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución.* 8. *Productos farmacéuticos.*

Según establece el art. 11 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de **Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia**⁽²³⁸⁾, en el marco de la legislación básica del Estado, y en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: 1. *Sanidad, higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria general, incluida la de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el n° 16 del art. 149.1 de la Constitución.*

A su vez, en el 12. Uno, se establece que corresponde a la Región de Murcia, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias: 3. *Gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: INSERSO. La determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario y la financiación se efectuarán de acuerdo con las normas establecidas por el Estatuto en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en el n° 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución.* 4. *Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el n° 17 del art. 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a la que se refiere este precepto.* 7. *Productos farmacéuticos.*

Con redacción menos clara -pero con el mismo alcance competencial- el **Estatuto de Andalucía** (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre), establece en su art. 13.21 que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva sobre Sanidad e Higiene, sin perjuicio de lo que establece el art. 149.1.16 de la Constitución española.

Por su parte, en el art. 20.1 establece que corresponde a la CA de Andalucía el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad interior. En el apartado 2 establece que en materia de Seguridad Social corresponderá a la CA: a) *el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma.* Y b) *la gestión del régimen económico de la Seguridad Social.* El apartado 3 dispone que *corresponderá a*

(238) Modificada posteriormente por Ley 23/2002, de 1 de julio; LO 34/1997, de 4 de agosto; Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo; y Ley Orgánica 1/1999, de 13 de marzo.

la CA de Andalucía la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. Según se establece en el apartado 4, La CA de Andalucía podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo. Estableciendo, por último, el apartado 5 que la CA de Andalucía ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en materia de sanidad y de Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca.

Supone una excepción a la pauta marcada por los restantes Estatutos de Autonomía lo dispuesto en el art. 21 de la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de la Ciudad de Ceuta, por cuanto contempla conjuntamente las competencias en materia de asistencia social y de sanidad e higiene, sin establecer régimen diferenciado entre ellas. A saber: *La ciudad de Ceuta ejercerá competencias sobre las materias que a continuación se relacionan, con el alcance previsto en el apartado 2 de este artículo: 18. Asistencia Social. 19. Sanidad e higiene.* En el apartado Dos del mismo art. 21 se establece que *en relación con las materias enumeradas en el apartado anterior, la competencia de la ciudad de Ceuta comprenderá las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria.*

Excepción idéntica a la contemplada en los mismo términos en la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía para la Ciudad de Melilla.⁽²³⁹⁾

3. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL

A) LA COMPETENCIA LEGISLATIVA Y EJECUTIVA EXCLUSIVA EN MATERIA DE ASISTENCIA SOCIAL, SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA

En materia de asistencia social, servicios sociales y discapacidad no existe competencia exclusiva del Estado, de tal manera que los Estatutos de Autonomía, con unos u otros términos, refieren en este ámbito la competencia legislativa y ejecutiva exclusiva.

(239) Art. 21.1.: *La ciudad de Melilla ejercerá competencias sobre las materias que a continuación se relacionan, con el alcance previsto en el apartado 2 de este artículo: 18. Asistencia Social. 19. Sanidad e higiene.*

Art. 21.2.: *En relación con las materias enunciadas en el apartado anterior, la competencia de la ciudad de Melilla comprenderá las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria.*

Comunidad de Castilla y León: El art. 32.19 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Castilla y León establece que dicha Comunidad tiene competencia exclusiva en materia de *asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario. Promoción y atención de la infancia, de la juventud y de los mayores. Promoción de la igualdad de la mujer. Prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad o la exclusión social.* Por tratarse de una competencia exclusiva, ello significa que en el ejercicio de estas competencias, corresponderán a la Comunidad de Castilla y León las potestades legislativa y reglamentaria, y la función ejecutiva, incluida la inspección, que serán ejercidas respetando, en todo caso, lo dispuesto en la Constitución (art. 32.2).

Comunidad de Madrid: El art. 26.1.23 del Estatuto establece que la Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: 23. *Promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.*

Comunidad de Andalucía: Tal como establece el art. 13, 21 y 22., la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 21. Sanidad e Higiene, sin perjuicio de lo que establece el art. 149.1.16 de la Constitución. Y 22. Asistencia y Servicios Sociales, Orientación y Planificación Familiar.

Comunidad de Extremadura: El art. Séptimo 1.20 del Estatuto (modificado por Ley Orgánica 8/1994 y por Ley Orgánica 12/1999) establece que corresponde a la CA la competencia exclusiva en las siguientes materias: 20. *Asistencia y bienestar social.* Añadiendo a continuación, en su apartado 2, que *en el ejercicio de estas competencias corresponderá a la CA las potestades legislativas y reglamentarias y la función ejecutiva, respetando en todo caso lo dispuesto en los arts. 140 y 149.1 de la Constitución.*

Comunidad de Valencia: Según dispone el art. 31.24 y 27 del Estatuto, la *Asistencia social.* Y 27. *Instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, minusválidos o demás grupos o sectores sociales requeridos de especial protección incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.*

Comunidad de Castilla-La Mancha: El art. 31.20 establece que la Junta de comunidades de Castilla-La Mancha asume las siguientes competencias exclusivas: 20. *Asistencia Social y Servicios Sociales. Promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.*

País Vasco: Según establece el art. 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: 12. Asistencia Social. 15. Ordenación farmacéutica de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.16º de la Constitución, e higiene, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 18 de este Estatuto.

Principado de Asturias: El art. 10.Uno.24 del Estatuto de Autonomía del Principado dispone que éste tiene la competencia exclusiva en materia de *Asistencia y bienestar social, desarrollo comunitario y actuaciones de reinserción social*. En el ejercicio de estas competencias, corresponderá al Principado de Asturias la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, que ejercerá respetando, en todo caso, lo dispuesto en la Constitución (art. 10.Dos).

Aragón: Según dispone el art. 35.Uno. del Estatuto de Autonomía de Aragón, corresponde a esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: 26. *Asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario*; 40. *Sanidad e higiene*. Y 41. *Ordenación farmacéutica, sin perjuicio de lo dispuesto en el nº 16 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución*. Determinando el apartado Dos del mismo art. 35 que *en el ejercicio de estas competencias corresponde a la Comunidad de Aragón la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva, que ejercerá respetando lo dispuesto en los arts. 140 y 149.1 de la Constitución y en el presente Estatuto*.

Canarias: Tal como dispone el art. 30.13 la Comunidad de Canarias, de acuerdo con las normas del presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: *asistencia Social y Servicios Sociales*. En tales materias corresponde a la Comunidad las potestades legislativa y reglamentaria y la función ejecutiva con sujeción a la Constitución y al Estatuto.

Galicia: El art. 27 del Estatuto establece que, en el marco del mismo, corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de la materia relativa a la Asistencia Social.

Islas Baleares: Según dispone el art. 10 del Estatuto, la Comunidad tiene la competencia exclusiva en materia de *Acción y bienestar social, desarrollo comunitario e integración, sanidad e higiene*.

Comunidad Foral de Navarra: Tal como establece el art. 44 de su norma estatutaria, Navarra tiene competencia exclusiva sobre la materia relativa a la *Asistencia Social*.

La Rioja: El art. 8 del Estatuto dispone que corresponde a esta Comunidad la competencia exclusiva en materia de Asistencia y servicios sociales.

Cantabria: Tal como dispone el art. 24.22 del Estatuto, la Comunidad Autónoma de Cantabria tiene competencia exclusiva en las materias que a continuación se señalan, que serán ejercidas en los términos dispuestos en la Constitución: 22. *Asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario, incluida la política juvenil, para las personas mayores, y de promoción de la igualdad de la mujer*.

Murcia: El art. 10 del Estatuto para la Región de Murcia establece que corresponde a esta Comunidad la competencia exclusiva en las siguientes materias: 18. *Asistencia y bienestar social, Desarrollo comunitario. Política infantil y de la tercera edad. Instituciones de protección y tutela de menores, respetando en todo caso la legislación civil, penal y penitenciaria. Promoción e integración de los discapacitados, emigrantes y demás grupos sociales necesitados de especial protección, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación*.

B) MODELOS AUTONÓMICOS SIN LEGISLACIÓN ESPECÍFICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL

Debe destacarse que, en el ejercicio de la competencia legislativa y ejecutiva exclusiva en esta materia cabe advertir una diferencia entre aquellas Comunidades Autónomas que no contemplan una legislación específica en materia de discapacidad por enfermedad mental y aquellas otras que sí contemplan dicha legislación específica en este sector concreto de la discapacidad.

Los modelos autonómicos sin legislación específica en materia de discapacidad por enfermedad mental cuentan entonces sólo con todo el conjunto de disposiciones normativas que, desde un punto de vista amplio, constituyen la legislación vigente en materia de Acción Social y Servicios Sociales, y que supone el desarrollo normativo comunitario de las previsiones contenidas en la legislación estatal.⁽²⁴⁰⁾

Constituye un ejemplo claro de este modelo la **Comunidad de Castilla y León**, en la que existe abundante legislación en materia de asistencia social, servicios sociales y discapacidad en general, pero carece de legislación específica en materia de discapacidad psíquica por enfermedad mental, a diferencia de lo que sucede en otras CCAA en las que sí existe dicha legislación específica.

Destaca el Decreto 59/2003, de 15 de mayo, por el que se aprueba el II Plan Sociosanitario de Castilla y León; los Decretos por los que se aprueban el Plan Estratégico del Sistema de Acción Social de Castilla y León y los Planes Regionales Sectoriales para las Personas Mayores, de Atención a las Personas con Discapacidad, de Protección y Atención a la Infancia, de Acciones frente a la Exclusión Social; Decreto 13/1990, de 25 de enero, por el que se regula el Sistema de Acción Social de Castilla y León; y Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales⁽²⁴¹⁾). También deben incluirse las Normas de organización y funcionamiento, entre las cuales debe mencionarse la Resolución de 9 de mayo de 2003, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que se delega el ejercicio de determinadas competencias del Gerente

(240) En la legislación estatal deben mencionarse, entre otras, las siguientes disposiciones normativas: Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esa finalidad; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados; Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social; Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad; Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad; Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales, como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad; Orden de 17 de junio de 1999, por la que se crea el Consejo Estatal de las personas con discapacidad; Orden de 17 de diciembre, de 2001, por la que se aprueba la instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras; Orden ECD/235/2002, de 7 de febrero, por la que se constituye el Foro para la Atención Educativa de las personas con discapacidad; y Orden ECD/29/4/2002, de 25 de noviembre, por la que se establecen las competencias, estructura y régimen de funcionamiento del Foro para la Atención Educativa de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas.

(241) También Decreto 109/1993, de 20 de mayo, por el que se regula la Autorización, la Acreditación y el Registro de las entidades, servicios y centros de carácter social en Castilla y León; Decreto 97/1991, de 25 de abril, sobre inspección y régimen sancionador en materia de Acción Social; Decreto 74/2000, de 13 de abril, por el que se crea y regula la estructura de coordinación de atención sociosanitaria de la Comunidad de Castilla y León; Decreto 126/2001, de 19 de abril, por el que se regulan los criterios y bases que han de configurar el Acuerdo Marco de cofinanciación de los Servicios Sociales y prestaciones sociales básicas que hayan de llevarse a cabo por entidades locales; etc.

de Servicios Sociales en diversos órganos y unidades administrativas dependientes de este organismo autónomo⁽²⁴²⁾). Asimismo ocupan un lugar importante las Normas de traspaso, atribución y distribución de competencias (así el Real Decreto 906/1995, de 2 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Seguridad Social a la Comunidad de Castilla y León en materia de asistencia y servicios sociales (INAS)⁽²⁴³⁾, y las Normas relativas a los Servicios Sociales Básicos (entre otras, Orden de 30 de diciembre de 1994, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se regulan los criterios mínimos de las convocatorias relativas a prestaciones económicas para situaciones de emergencia o de urgente necesidad social en el área de Servicios Sociales⁽²⁴⁴⁾).

Existe un conjunto de disposiciones normativas específicas del sector de *personas con discapacidad*, utilizándose este término dentro de la corriente generalizada que tiende así a sustituir por éste el término de minusvalía, tal y como ha sido dicho en páginas anteriores.

Como normas específicas del sector de personas con discapacidad en la Comunidad de Castilla y León, cabe mencionar las siguientes: Decreto 52/2001, de 1 de marzo, por el que se dictan normas sobre financiación de actuaciones en cumplimiento de objetivos en materia de Residencias, Viviendas, Centros de Día y otras instalaciones del Plan Regional Sectorial de Atención a Personas con Discapacidad; Orden de 21 de junio de 1993, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización de los Centros de Minusválidos para su apertura y funcionamiento; Orden de 15 de junio de 2000, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se establecen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León normas de aplicación y desarrollo de Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía; Orden PAT/797/2003, de 5 de junio, por la que se aprueba la Carta de Servicios al Ciudadano del Centro de Atención a Minusválidos Psíquicos de Valladolid; y Decreto 266/2000, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Regional Sectorial de Atención a las Personas con Discapacidad (2000-2003), a propuesta de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, que tiene un especial interés

(242) También Orden de 18 de julio de 2002, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se desarrolla la Estructura Orgánica y se definen las funciones de los servicios periféricos de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León; Orden de 31 de agosto de 2000, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se desarrolla la Estructura Orgánica de los Servicios Centrales de la Gerencia de Servicios Sociales; Decreto 2/1998, de 8 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León; y Ley 2/1995, de 6 de abril, por la que se crea la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León.

(243) También el Decreto 205/1995, de 5 de octubre, de atribución de funciones y servicios en materia de Gestión de las Prestaciones y Servicios Sociales del sistema de Seguridad Social: INSERSO; Real Decreto 905/1995, de 2 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Seguridad Social a la Comunidad de Castilla y León en las materias encomendadas al Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO); Real Decreto 1269/1985, de 3 de julio, sobre ampliación de medios tras pasados a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en materia de Asistencia y Servicios Sociales, por Reales Decretos 251/1982, de 15 de enero, y 710/1984, de 8 de febrero.

(244) Asimismo Resolución de 19 de diciembre de 2001, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que se aprueba el baremo para la valoración de las solicitudes de acceso a la Prestación Social Básica de la Ayuda a Domicilio en Castilla y León; Orden de 13 de mayo de 2000, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se determina el contenido de la formación de los Auxiliares del Servicio de Ayuda a Domicilio; Decreto 269/1998, de 17 de diciembre, por el que se regula la prestación social básica de la Ayuda a Domicilio en Castilla y León.

IV. Necesidad de una estrategia global en el ámbito estatal y de mejora en la coordinación sociosanitaria estatal y autonómica

por cuanto se justifica en la idea de integralidad⁽²⁴⁵⁾ que surge como necesidad desde la propia realidad de los servicios sociales, pero que también constituye una orientación marcada por la normativa en vigor, en concreto el artículo 3 del Reglamento General de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, aprobado por el Decreto 2/1998, de 8 de enero, y modificado por los Decretos 329/1999, de 30 de diciembre, y 166/2000, de 6 de julio, que atribuye a dicho organismo la función de elaboración del “Plan Estratégico del Sistema de Acción Social”, así como la elaboración y ejecución de los “Planes Regionales Sectoriales” en los diversos sectores de actuación de dicho Sistema.

Además existen en dicha Comunidad determinadas normas comunes a los sectores de personas mayores y personas con discapacidad: Ley 3/1998, de 24 de junio, de Accesibilidad y Supresión de Barreras; Ley 217/2001, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Accesibilidad y Supresión de Barreras; Decreto 12/1997, de 30 de enero, por el que se regula la acción concertada en materia de reserva y ocupación de plazas en Centros de Servicios Sociales para personas mayores y personas discapacitadas; Resolución de 5 de febrero de 1997, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que se determina la plantilla mínima de personal técnico y de atención directa de que dispondrán los Centros de Servicios Sociales con los que se celebren conciertos de reserva y ocupación de plazas; Resolución de 5 de febrero de 1997, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que se aprueban los modelos de documentos a cumplimentar en relación con la acción concertada en materia de reserva y ocupación de plazas en Centros de Servicios Sociales, regulada por Decreto 12/1997, de 30 de enero; Resolución de 6 de marzo de 2001, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que se establece el coste máximo por día de plaza ocupada, relativo a la acción concertada en materia de reserva y ocupación de plazas en Centros de Servicios Sociales; Orden FAM/1876/2004, de 18 de noviembre, por la que se establece el módulo de referencia para determinar la condición de “bajo coste” en la convertibilidad de los edificios, establecimientos e instalaciones; y Decreto 23/1992, de 13 de febrero, por el que se establecen las nuevas tarifas aplicables para prestación de Servicios en determinados centros de Servicios Sociales dependientes de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social.

Es importante destacar, no obstante, que el hecho de que numerosas CCAA carezcan de legislación específica en materia de salud mental, no significa que las mismas se desentiendan del problema. Por el contrario, justo es decir que todas las CCAA del Estado español han comenzado a desarrollar programas socio-sanitarios destinados a las personas con enfermedad mental. En ellos tienen un peso específico importante los

(245) En un ambicioso planteamiento que parte del nuevo modelo basado en los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación de las personas con discapacidad, en línea con las tendencias señaladas por Naciones Unidas en los últimos tiempos, los programas del Plan se agrupan en diversas Áreas: 1. Información, 2. Prevención, 3. Educación, 4. Integración Laboral, 5. Desarrollo personal y ocupacional, 6. Vivienda, 7. Apoyo a familias, 8. Participación comunitaria, 9. Accesibilidad y ayudas técnicas, 10. Formación e investigación, y 11. Intervenciones individualizadas de carácter temporal.

Servicios Sociales, que actúan como impulsores de los programas psicosociales destinados a los enfermos y sus familias. Efectivamente, como es sabido, el proceso de desinstitucionalización psiquiátrica supuso la creación de nuevos dispositivos de atención en la red sanitaria (centros de Salud mental, Hospitales de día, etc.), pero no impulsó con la misma fuerza recursos como los residenciales o los ocupacionales. Por lo tanto, con los años se ha ido creando un vacío en este sector, que ha sido suplido fundamentalmente por las familias. Es en este contexto precisamente en el que gran parte de las CCAA han decidido abordar, de forma prioritaria, y desde el ámbito de Servicios Sociales, los recursos psico-sociales, es decir, los residenciales, los centros de rehabilitación psicosocial, los centros de orientación y actividad laboral y otros programas de atención en la CA.

C) MODELOS AUTONÓMICOS CON LEGISLACIÓN ESPECÍFICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL

Pero sin duda existen CCAA que contemplan una legislación específica más completa en la materia.

Este es el caso de Madrid, donde existe el **Plan de Atención Social a personas con enfermedad mental grave y prolongada (2003-2007)**, elaborado por la Consejería de Servicios Sociales de Madrid, y que pretende la mejora de la atención social y la integración de las personas con enfermedad mental y el apoyo a sus familias, y que tiene su antecedente en el Programa de Atención Social a personas con enfermedad mental crónica que comenzó su andadura en 1988 y que ha ido desarrollando una red de recursos sociales de apoyo a esta población⁽²⁴⁶⁾, y ha sido diseñado de forma coherente con las medidas de planificación sectorial establecidas en el Plan Estratégico de Servicios Sociales 2001-2003 y con la Ley 1/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. Dicho Plan responde a un mandato de la Asamblea de Madrid y fue aprobado en mayo de 2003 por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, suponiendo una apuesta decidida de la Comunidad por la mejora de la atención social y la integración de las personas con enfermedad mental crónica y el apoyo a sus familias, comprometiendo los esfuerzos financieros necesarios que garanticen el cumplimiento de los objetivos previstos.

Va dirigido a las personas con trastornos mentales graves y crónicos (como esquizofrenia, otras psicosis, y otros trastornos mentales graves) que, a consecuencia de los mismos, presentan un deterioro en sus capacidades

(246) Dicho programa, dependiente de la Consejería de Servicios Sociales a través del Servicio de Plan de Acción y Programas para Personas con Discapacidad, comenzó en 1988 a trabajar en el desarrollo de recursos específicos de atención social y apoyo comunitario, desde una eficaz coordinación y complementariedad con la red comunitaria de servicios de salud mental. Dicho Programa constituye una iniciativa específica destinada a favorecer y apoyar la rehabilitación e integración social de la población con enfermedades mentales crónicas. Trata de apoyar los aspectos sociales de la rehabilitación y promover la integración social de dichas personas y favorecer que puedan vivir y mantenerse en su entorno social y familiar en unas condiciones de vida lo más autónoma y normalizada posible. Su función principal ha sido desarrollar un conjunto de servicios y acciones específicas que permitan atender las necesidades y problemáticas de atención social e integración, rehabilitación laboral, atención residencial y soporte comunitario, complementando a los servicios sociales generales y, especialmente, servir de apoyo específico a los Servicios de Salud Mental de la Comunidad de Madrid (dependientes del Servicio madrileño de Salud).

y en su nivel de funcionamiento psicosocial, dificultades para su desenvolvimiento autónomo y por tanto para su integración social y laboral. Con dicho Plan se refuerza la implicación del sistema de Servicios Sociales en la atención a las necesidades sociales y el apoyo a la integración social de las personas con enfermedad mental grave y crónica y a sus familias, desde una lógica de coordinación, colaboración y complementariedad con el sistema sanitario de Salud Mental, desarrollando la necesaria dimensión social de la atención comunitaria a la población con enfermedad mental grave y crónica.

También es el caso de Andalucía, donde existe el **Plan Integral de Salud Mental** (2003-2007), y desde su creación en 2004 ha permitido potenciar la atención a estos pacientes, representando un impulso definitivo a los Servicios de Salud Mental de la Comunidad de Madrid, por la trascendencia de sus actuaciones, por la implicación continua de pacientes, familiares y profesionales, en su desarrollo y por acercar a la sociedad andaluza en general más información y conocimiento sobre las enfermedades mentales y las personas que las padecen.

Ha sido elaborado con la participación de los propios pacientes, sus familiares y los profesionales, de manera que los objetivos y las líneas de acción que contempla dan respuesta a los derechos expresados por todos ellos. Esta iniciativa está permitiendo avanzar en la mejora del modelo de atención en salud mental, la formación de los profesionales, la puesta en marcha de instrumentos que contribuyan a proporcionar a sus familiares un descanso en su labor de cuidadores, el desarrollo de medidas de apoyo para los parientes y sus familias y el incremento de profesionales encargados de atenderlos.

Igualmente debe mencionarse aquí el **Programa de Atención Social a personas con trastorno mental grave** (enero de 2005), elaborado por la Dirección General de Bienestar Social del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra⁽²⁴⁷⁾, cuyos objetivos básicos pueden resumirse así: favorecer el mantenimiento de las personas con enfermedad mental en su entorno comunitario, en las mejores condiciones de normalización, integración y calidad de vida; capacitar a las personas con enfermedad mental para su desenvolvimiento en la comunidad, de la forma más autónoma e independiente posible; evitar la institucionalización y marginación de las personas con enfermedad mental grave que viven en la comunidad; y ofrecer apoyo, información y asesoramiento a las familias para que adquieran las habilidades y destrezas necesarias que les ayuden en la convivencia diaria mejorando la calidad de vida del conjunto familiar.

(247) Pero en esta Comunidad Autónoma destacan igualmente otras disposiciones que completan la normativa foral en la materia, tales como la Orden Foral 204/1999, de 30 de diciembre, del Consejero de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se desarrolla el D.F. 209/1991, de 23 de mayo, sobre el régimen de autorizaciones, infracciones y sanciones en materia de Servicios Sociales, clasificándose los servicios de Residencia Asistida para Personas con Enfermedad Mental y los Pisos Funcionales y/o Tutelados para las Personas con Enfermedad Mental; Y el Acuerdo de Gobierno de 27 de junio de 2000, por el que se aprueba inicialmente el documento del Plan Foral de Atención Sociosanitaria, siendo una de sus áreas de actuación "Salud Mental".

Los programas básicos que define son los siguientes:

1. Diagnósticos y tratamiento de la enfermedad (por parte del Departamento de Salud a través de su red de Salud Mental).
2. Rehabilitación psicosocial (entendida como aquel proceso cuyo objeto es ayudar a las personas con discapacidad por enfermedad mental a reintegrarse en la comunidad y mejorar su funcionamiento psicosocial en unas condiciones lo más normalizadas e independientes posibles).
3. Rehabilitación laboral (proceso cuya meta es ayudar a las personas con discapacidad psiquiátrica en la adquisición, mantenimiento y desarrollo de hábitos, habilidades y destrezas para su integración en el mundo laboral).
4. Programa de Intervención sociocomunitaria (programa de apoyo en la Comunidad a través de equipos multidisciplinares, que trabajan dentro de su entorno familiar y social las habilidades deterioradas o perdidas a causa de la enfermedad de la persona con enfermedad mental).
5. Apoyo a las familias (programa que consiste en facilitar información, asesoramiento y apoyo sobre habilidades y destrezas, para que los miembros del entorno familiar aprendan cómo tratar a su familiar con enfermedad mental y mejorar la calidad de vida de la propia familia).
6. Alojamiento y atención residencial (programa alternativo a la permanencia en el domicilio familiar; cuando se carece del soporte adecuado, este programa ofrece un amplio abanico de alternativas de alojamiento, manutención, cuidados y supervisión para evitar el riesgo de deterioro, marginación y aislamiento de la persona con enfermedad mental).
7. Protección y defensa de sus derechos (cuyo objetivo es asegurar y promover la defensa y protección de los derechos, tanto en dispositivos de atención y tratamiento como en la vida cotidiana).

También debe mencionarse el caso de la **Generalitat de Valencia**, puesto que en fechas recientes (abril de 2006), la Consellería de Bienestar Social ha anunciado la inminente presentación del Borrador del Anteproyecto de Ley de Protección Institucional de Personas con Discapacidad y Enfermedad Mental Crónica.

Esta norma, que vendrá a sumarse a la anterior Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, representa un esfuerzo importante en la protección específica de la discapacidad por enfermedad mental, y ello hasta tal punto que incluso -llevado por el deseo de destacar la particularidad de la enfermedad mental- incurre el legislador en impropiedad de los términos (Discapacidad y Enfermedad Mental Crónica) como si se tratase de dos fenómenos diversos igualmente necesitados de protección, cuando en realidad la enfermedad mental crónica constituye una especie dentro del género discapacidad. Pero debe aplaudirse la intención de legislar de manera específica para este sector de la discapacidad, por cuanto plantean toda

una serie de peculiaridades destacables respecto a los demás sectores de la discapacidad.

Dicha Ley -de la que se anuncia que estará consensuada entre todos los colectivos sociales- pretende incorporar la figura del Defensor de Personas con Discapacidad y Enfermedad Mental Crónica, que tendrá como misión específica la de velar para que los derechos y los intereses de estas personas estén garantizados, así como la de promover todo aquello que tiene qué ver con su protección y con su inserción social.

Igualmente tiene previsto crear el Observatorio de Personas con Discapacidad y Enfermedad Mental de la Comunidad Valenciana, así como regulará el Consejo Valenciano de Personas con Discapacidad y Enfermedad Mental (en el que participarán también las asociaciones y los representantes de las personas con discapacidad y enfermedad mental y contará también la participación de expertos nacionales e internacionales, y que tendrá encomendada la función de asesorar al Gobierno valenciano en la puesta en marcha de políticas relacionadas con las personas con discapacidad y enfermedad mental y su integración social y laboral).⁽²⁴⁸⁾

4. PROPUESTAS DE MEJORA

Las personas con enfermedad mental grave presentan necesidades psicosociales a las que no se puede dar respuesta únicamente desde el sistema sanitario de salud mental, siendo así que la dimensión comunitaria exige la plena implicación del sistema de Servicios Sociales, tal como lo establece la normativa actual, a fin de evitar situaciones de deterioro y de marginación. Porque está claro que alcanzar los objetivos de la Reforma Psiquiátrica requiere el reconocimiento explícito de las necesidades psicosociales de este colectivo, y en este objetivo los pilares para que se avance de modo coordinado en la organización de una red integral de servicios de apoyo son el sistema sanitario de salud mental junto al sistema de servicios sociales, para la potenciación del desarrollo de los recursos de rehabilitación, atención residencial y apoyo comunitario.

Pero el acuerdo es generalizado a la hora de afirmar que el desarrollo amplio y suficiente de recursos comunitarios de rehabilitación psicosocial y soporte comunitario es hoy una de las principales asignaturas pendientes y uno de los elementos centrales para mejorar la situación y la calidad de vida de la población psiquiátrica crónica. Porque, efectivamente, el proceso de desinstitucionalización psiquiátrica (impulsado, como es sabido, por la OMS) supuso la creación de nuevos dispositivos en la red sanitaria, pero los recursos sociales comunitarios no se impulsaron de la misma manera, de tal manera que, con los años, se ha creado un vacío

(248) También está prevista la creación del voluntariado especial de atención social, en colaboración con la Fundación de Solidaridad y el Voluntariado de la Comunidad Valenciana, y se impulsarán planes específicos de formación para las personas que utilizan su tiempo para ayudar a los demás. Y contempla, además, la creación de la Fundación para las personas con Discapacidad y Enfermedad Mental Crónica de la Comunitat, con funciones en materia de tutela.

en este sector, que ha sido compensado en gran medida por las familias que no han tenido más remedio que suplir las carencias de estos recursos.

Tal y como se ha venido analizando, la atención por parte de las Administraciones Públicas a las personas con padecimiento de enfermedades mentales se presta en la actualidad, desde el sistema sanitario y desde el ámbito de los servicios sociales, con una cobertura claramente insuficiente y con importantes diferencias entre unas y otras CCAA, así como entre las áreas urbanas y las rurales.

Los Servicios Sociales, que constituyen un elemento esencial en este soporte comunitario, deben desarrollarse adecuadamente superando esa escasa implicación histórica en la atención a las personas con enfermedad mental⁽²⁴⁹⁾, pareciendo ineludible un cambio en la política pública relativa a estas personas, puesto que -como se ha dicho ya- la realidad diaria muestra que la deshospitalización sin el regular funcionamiento de las estructuras intermedias sustitutivas conduce en muchos casos al efectivo abandono de los enfermos que, aun bajo el cuidado de sus familias, no pueden recibir de éstas la atención que precisan, sustituyéndose finalmente el manicomio por la cárcel, el encierro domiciliario, la miseria o la muerte.

El derecho de las personas con enfermedad mental grave y crónicas a una vida lo más autónoma e integrada que sea posible exige y obliga para su efectivo ejercicio a contar con los recursos y servicios tanto sociales como sanitarios que son necesarios para asegurar la efectiva cobertura de sus diferentes necesidades y para promover su rehabilitación e integración social normalizada. Por eso es prioritario mejorar su atención desde los servicios de salud mental y muy especialmente desarrollar y completar la red de recursos comunitarios, sanitarios y sociales, que son imprescindibles para atender sus necesidades específicas de tratamiento, rehabilitación y soporte comunitario. El verdadero éxito o fracaso de la reforma psiquiátrica dependerá de ello, así como el que las personas con enfermedad mental puedan llevar una vida digna e integrada como ciudadanos de pleno derecho.

La plena integración de la Psiquiatría en la Sanidad exige que cada Autonomía haya de reflexionar acerca de cómo mejorar sus recursos, sanitarios y sociales, especialmente para pacientes crónicos, incluyendo aquellos que seguramente necesitan atención intensiva o duradera en el tiempo y que superan las posibilidades de una unidad de Hospital general, como la forma más efectiva de colaborar en la prevención, desde la perspectiva sanitaria, de posibles acciones violentas o delictivas de este colectivo. Y, puesto que el abordaje del trastorno mental grave en todas las CCAA es necesariamente socio-sanitario, ello exige la coordinación política y técnica de los sistemas de Servicios Sociales y Sanitario para el diseño,

(249) Puede consultarse la canalización explícita de estas ideas en el Programa de Atención social a personas con trastorno mental grave del Gobierno de Navarra (Dirección General de Bienestar Social del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud), p.11 (*Por un lado, los Servicios Sociales Municipales o Generales deberán ofrecer las prestaciones sociales básicas, y por otro lado, los Especializados deberán responder a las necesidades específicas de rehabilitación psicosocial*).

implantación y control de los recursos destinados a las personas con enfermedad mental.

Pero es importante destacar cómo el marco normativo de desarrollo en las diferentes CCAA se realiza de forma muy diversa y desigual, con las consiguientes consecuencias negativas en cuanto a los márgenes de protección, según se trate de unas u otras CCAA.

El papel de la Administración en este sentido podría canalizarse a través de una mejora de la asistencia sanitaria y de la coordinación de servicios existentes, puesto que, según se establece en la Ley de Dependencia, la coordinación (integración, colaboración o complementación) entre los servicios sociales y sanitarios es un reto imprescindible en todas las situaciones de Dependencia con carácter general. Y podríamos añadir que más aun en el caso de la Discapacidad Psíquica por enfermedad mental, en la medida en que estos pacientes requieren generalmente unos tratamientos sanitarios que los servicios sociales no pueden otorgar. Y lo cierto es que el aumento de la demanda de cuidados profesionales sociales y sanitarios para hacer frente a las necesidades de atención de las personas en situación de dependencia ha generado la necesidad de reformular los sistemas de financiación, gestión y distribución de recursos destinados a este colectivo⁽²⁵⁰⁾.

En España, no existe un modelo uniforme estatal de coordinación de servicios sanitarios y sociales, de tal manera que debería realizarse un proceso de coordinación a diversos niveles: a) entre los servicios sanitarios y los servicios sociales, b) entre los diversos servicios de un mismo sistema, c) entre los servicios profesionales, sociales y sanitarios, y el sistema de apoyo informal, y d) entre las diferentes Administraciones Públicas: general del estado, autonómicas y locales⁽²⁵¹⁾, que supondría un importante avance respecto de la situación unificadora que en la actualidad viene representada sólo, y de forma muy parcial, por la Ley 63/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.⁽²⁵²⁾

En el ámbito autonómico, diversas CCAA han creado órganos de coordinación de las prestaciones sociosanitarias, que tratan de coordinar las actuaciones de los Departamentos de Sanidad y de Servicios Sociales, y algunas de ellas han puesto en marcha Planes de Atención Sociosanitaria. Este es el caso de Cataluña, País Vasco, Galicia, Navarra, Aragón, Cantabria, Canarias, Asturias, Extremadura, Andalucía, Valencia y Castilla y León. Concretamente en Castilla y León, el II Plan Sociosanitario

(250) Que no se trata sólo de una preocupación creciente en España, sino que ha llevado a otros países próximos a nosotros a plantearse una revisión en profundidad de sus sistemas de atención. Así, el Reino Unido creó en 1998 la *Royal Comisión on Long Term Care*, que ha emitido recomendaciones al respecto. O Francia, que también ha reformulado recientemente sus sistema de protección a la dependencia. También otros países, como Holanda o Dinamarca, están abordando reformas en profundidad, dirigidas a distribuir de forma más racional las responsabilidades de los sistemas social y sanitario en las situaciones de dependencia.

(251) Éste es exactamente el planteamiento contenido en el mencionado Libro Blanco sobre la Dependencia, capítulo VII, p.4.

(252) Dicha Ley, que define la prestación sociosanitaria en su art. 14 como *la atención que comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características, puedan beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social*, limita las actuaciones desde el ámbito sanitario a asumir; cuidados sanitarios de larga duración, atención sanitaria de la convalecencia y rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

trata de potenciar la coordinación a través de la creación de Comisiones Sociosanitarias con base territorial provincial, que tiene funciones de gestión de casos y promueve sistemas de información compartidos.

Pero las particularidades que conlleva el tratamiento de las enfermedades mentales en muchos casos hace que sea muy difícil delimitar las áreas de actuaciones de unos y otros servicios⁽²⁵³⁾.

A la vista del panorama expuesto, varias son las medidas que se pueden proponer.

1. Valoración de la oportunidad de la legislación autonómica específica en materia de discapacidad por enfermedad mental, y en su caso adopción de dicho modelo, al modo que ha mostrado su eficacia el Plan de Atención Social a personas con Discapacidad mental grave y crónica 2003-2007 de Madrid, que refuerza la implicación del sistema de Servicios Sociales en la atención a las necesidades sociales y el apoyo a la integración social de las personas con enfermedad mental grave y crónica y a sus familias, desde una lógica de coordinación, colaboración y complementariedad con el sistema sanitario de Salud mental, desarrollando la necesaria dimensión social de la atención comunitaria a la población con enfermedad mental.

2. En diversas CCAA existen órganos de reciente creación de naturaleza consultiva de propuestas, colaboración y asesoramiento a los órganos y entidades de la Administración de la CA que tengan encomendados los servicios y las medidas de política social en materias diversas.⁽²⁵⁴⁾

Cabe pensar que la creación de un órgano de naturaleza consultiva de similares características cumpliría igualmente un importante cometido en la materia de discapacidad en general⁽²⁵⁵⁾ y en particular por enfermedad mental, de tal manera que es posible postular la creación de órganos de naturaleza consultiva en esta materia concreta.

3. Por último, y del mismo modo que en el ámbito de la Unión Europea parece prometedora la iniciativa adoptada por la Comisión Europea en orden a tratar de establecer una estrategia única en materia de salud mental, también parece que pudiera ser de gran utilidad una estrategia global en el ámbito estatal, especialmente

(253) El abordaje de la enfermedad mental requiere complejos procesos de tratamiento y rehabilitación que exigen una estrecha supervisión y un importante número de contactos con los profesionales sanitarios, lo que se traduce en un elevado consumo de recursos, habiéndose estimado que el 20% del gasto sanitario en los sistemas de Salud de la Unión Europea se debe a estos procesos.

(254) Así, por ejemplo, en la Comunidad de Castilla y León cabe mencionar el Consejo Regional y Consejos Provinciales de Atención y Protección a la Infancia (Decreto 99/2003, de 28 de agosto, por el que se regula su organización y funcionamiento), así como el Consejo Regional y Consejos Provinciales para las personas mayores (Decreto 96/2004, de 26 de agosto, por el que se regula su organización y funcionamiento), así como el Observatorio de Género (Decreto 30/2005, de 21 de abril). En Murcia, por ejemplo, existe el Observatorio Regional de la Discapacidad (Orden de 4 de junio de 2003), configurado como un órgano cuya finalidad es la obtención y mantenimiento de la información necesaria para el conocimiento de las necesidades de las personas con Discapacidad y el impacto de las actuaciones de los sistemas de Protección Social.

(255) Tal como existe en Murcia el Observatorio Regional de la Discapacidad (Orden de 4 de junio de 2003), configurado como un órgano cuya finalidad es la obtención y mantenimiento de la información necesaria para el conocimiento de las necesidades de las personas con Discapacidad y el impacto de las actuaciones de los sistemas de Protección Social.

IV. Necesidad de una estrategia global en el ámbito estatal y de mejora en la coordinación sociosanitaria estatal y autonómica

en orden a tratar de paliar las consecuencias inevitablemente negativas que la descentralización en materia de desarrollo de la atención a las personas con enfermedad mental conlleva.

Efectivamente, debe proponerse algún tipo de iniciativa de carácter general -es decir, estatal- que, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las CCAA, contribuya a otorgar un marco más estable y a disminuir las diferencias habidas en cuanto a la protección jurídica de la discapacidad psíquica por enfermedad mental entre las diversas CCAA. Además, con una estrategia global de carácter estatal se podrían armonizar más fácilmente los indicadores nacionales con las orientaciones de la Unión Europea, y se facilitaría el acceso a la información sobre los factores sociales, demográficos y económicos que determinan la salud mental en España, así como se simplificarían las infraestructuras, actividades y recursos de promoción y prevención.

Dicha estrategia global se inscribiría en el mismo tipo de argumentación que se utiliza en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia con carácter general para las personas en situación de dependencia, que viene a reconocer como necesaria la constitución de un Sistema nacional de Dependencia con el fin de promover la autonomía personal y garantizar la atención y protección a las personas en situación de dependencia en todo el territorio del Estado, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias, configurándose como una red de utilización pública, diversificada, que integre de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados, debidamente acreditados.

La estrategia global debería centrarse en los siguientes aspectos básicos: promoción de la salud mental de toda la población, prevención, mejora de la calidad de vida de las personas afectadas y en la protección de sus derechos, y desarrollo de un sistema de información e investigación sobre salud mental para toda España. Piénsese que proteger y mejorar la salud mental de la población es sin duda una tarea compleja que entraña decisiones muy diversas: hay que fijar prioridades entre las necesidades, los trastornos, los servicios, los tratamientos y las estrategias de prevención y promoción en materia de salud mental, así como decisiones acerca de su financiamiento. Los servicios y las estrategias de salud mental deben estar bien coordinados entre sí y con otros servicios (Seguridad Social, educación, empleo, vivienda, etc.).

Para la consecución de tales fines, la forma de orientar dicha estrategia global debería meditar entre todos los sectores más directamente implicados (enfermos, familiares y cuidadores, profesionales de la salud mental, asistentes sociales, etc.), pero quizás podría plantearse la elaboración de un Plan Integral de Salud Mental y una Carta de los Derechos de la persona con enfermedad mental y de los servicios que les han de atender, que actuarían a modo de sistema de coordinación, que permitiría mejorar los mecanismos de atención a los pacientes y aportaría una importante cuota de seguridad jurídica y de satisfacción tanto a los paciente como a sus familiares y/o cuidadores, así como a los propios

profesionales en los que se asienta la atención de las personas con enfermedad mental⁽²⁵⁶⁾.

Por lo que se refiere al Plan Integral de Salud Mental, éste podría consistir en una actuación global por parte de la Administración General del Estado⁽²⁵⁷⁾ tendente a abordar aspectos imprescindibles tales como: la definición del marco de responsabilidad pública y posible participación de la iniciativa privada en la atención a las personas con enfermedad mental; la delimitación genérica de funciones a desarrollar por los servicios sanitarios y los servicios sociales⁽²⁵⁸⁾, con atención personalizada a la necesidad individual de cada persona con enfermedad mental, condiciones socioeconómicas y entorno familiar; adecuación constante de los Planes de la Reforma Psiquiátrica a las tendencias de la enfermedad, con previsión de la evolución del número de personas afectadas en cada Comunidad Autónoma; elaboración de cuadros económicos de intervención con criterios homogéneos de actuación por períodos de tiempo determinados⁽²⁵⁹⁾; así como planificación de las actuaciones por tipos de servicios, en forma adecuada a las necesidades cambiantes; etc.⁽²⁶⁰⁾ Esta propuesta está en la línea de la petición formulada en su ámbito por el Comité de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que reclama un Pacto de Estado que mejore la calidad de vida de las personas con discapacidad⁽²⁶¹⁾. Así como en la línea configurada en el Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a

(256) Con ello sería más fácil evitar el peligro de la aparición del “peregrinar por la Administración” de los ciudadanos, reiteradamente denunciado por los afectados, y clara consecuencia en ocasiones de la falta de criterios, y también de la descoordinación entre los diferentes servicios.

(257) En el contexto de un complejo entramado de políticas públicas sobre salud, bienestar y protección social en general, y fomentando los vínculos intersectoriales entre la salud mental y otros sectores, involucrando a los propios pacientes, familiares y Asociaciones en su elaboración, tal y como recomienda el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas para la mejora de la Salud Mental de la población (“Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental”).

(258) En España no existe un modelo uniforme de prestación ni de coordinación de servicios sanitarios y sociales, ni verdaderos sistemas de provisión integrada de estos servicios, constituyendo éste un debate que se remonta ya a la Comisión de Análisis y Evaluación del SNS (Comisión “Abril”), que planteó en su día diversas propuestas para corregir las deficiencias estructurales y la falta de coordinación entre los servicios sanitarios y los servicios sociales. El avance más significativo en la materia viene representado por la Ley 63/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en cuyo artículo 14 se define la prestación sociosanitaria como la atención que comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social.

(259) Resulta fundamental la vinculación de estos problemas con las decisiones acerca de la asignación de recursos. Según el Proyecto Atlas de la OMS, la tercera parte de los países no ha declarado que posea un presupuesto específico para la salud mental; de los demás, la mitad asignan menos del 1% de su presupuesto de salud pública a la salud mental, a pesar de que los problemas neuropsiquiátricos representan el 12% de la carga de morbilidad total en el mundo. Limitación presupuestaria que sin duda obstaculiza de manera importante la oferta de tratamiento y atención. Con este problema presupuestario guarda relación el hecho de que aproximadamente cuatro de cada diez países carecen de una política explícita en materia de salud mental.

(260) Art. 172 del Código de Familia Catalán: *Delaciones hechas por uno mismo.*

1. *Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto en forma conjunta como sucesiva.*

2. *Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnadas por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el M.F. si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.*

(261) Efectivamente, el CERMI ha reclamado un Pacto de Estado en materia de discapacidad que sirva para orientar las políticas sociales a favor de este colectivo de personas, anuncio que hizo coincidir con la celebración del Día Internacional de las Personas con Discapacidad del año 2003. El manifiesto elaborado por el CERMI para conmemorar este día indicó que el citado Pacto habría de ser promovido por el Gobierno, fuerzas políticas con representación parlamentaria, agentes sociales y organizaciones representativas de personas con discapacidad.

IV. Necesidad de una estrategia global en el ámbito estatal y de mejora en la coordinación sociosanitaria estatal y autonómica

las Personas en Situación de Dependencia, que prevé la creación de un Plan de Acción Integral para la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia, que definirá el marco de la cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes convenios. ⁽²⁶²⁾ No debe olvidarse además que en el Informe de la OMS sobre la salud en el mundo (2001), en el apartado de salud mental se recomienda fortalecer las políticas, programas y legislación a escala nacional, por considerar que es la vía más operativa y perfeccionada para lograr avances en la aplicación de los programas de atención de salud mental.

Por otro lado, también podría ser de gran utilidad la elaboración de una Carta de los Derechos de la persona con enfermedad mental y de los servicios que les han de atender, ello en aplicación de la Reforma Psiquiátrica y en atención al derecho a los servicios sociales de los ciudadanos y la atención comunitaria como una extensión de los servicios sanitarios en el ámbito psiquiátrico, que contribuiría igualmente a facilitar la tendencia a la uniformización en prestaciones sociales mínimas en todas las CCAA españolas.

Con éstas o similares medidas el Estado -responsable último de la salud mental- daría muestra del compromiso expreso de afrontar los problemas de salud mental, y la voluntad decidida de asumir la planificación, coordinación y evaluación de las estrategias, los servicios y la capacidad en salud mental a nivel nacional, otorgándose así una consideración especial -imprescindible- a la política de salud mental, especialmente por razón de la estigmatización y las violaciones de derechos humanos que padecen muchos de los afectados por enfermedades mentales.

Debe decirse que muy recientemente (30 de marzo de 2007) -cuando este trabajo ya estaba prácticamente concluido- ha sido presentado un documento de gran interés en el planteamiento que aquí se defiende: la **Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud**, aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 11 de diciembre de 2006, elaborado por expertos de todas las disciplinas relacionadas con la Salud Mental, en el que han participado técnicos de las Consejerías de Salud de las CCAA y del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Esta Estrategia forma parte del Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud y representa un esfuerzo consensuado entre el Ministerio de Sanidad y Consumo, las sociedades científicas, las Asociaciones de pacientes y las CCAA, para conseguir una mejor atención de las personas con trastornos mentales en condiciones de igualdad en todo el territorio del Estado, contribuyendo así a la cohesión del sistema sanitario en beneficio de los ciudadanos con independencia del lugar donde residan.

(262) La previsión normativa inserta dicho Plan en el seno del Consejo Territorial del Sistema Nacional de Dependencia, así como que dicho Plan sea acordado por la Administración General del Estado y las CCAA; completándose dicho soporte institucional con la constitución del Comité Consultivo del Sistema nacional de Dependencia para hacer efectiva la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales, además de las Administraciones públicas (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales) en el sistema.

IV. Necesidad de una estrategia global en el ámbito estatal y de mejora en la coordinación sociosanitaria estatal y autonómica

Contiene una serie de Principios Objetivos generales y específicos y Recomendaciones tendentes a permitir, sin interferir en el campo competencial de las CCAA, establecer principios generales sobre la forma de desarrollar las intervenciones en el ámbito de la salud mental de manera integral y semejante en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. Igualmente contiene los indicadores y el sistema de evaluación periódica, priorizados y consensuados por el Comité Técnico de Redacción y el Comité Institucional de las CCAA.

Como señala la gerente de la Confederación Española de Agrupaciones de familiares y Personas con Enfermedad Mental (FEAFES), ahora es el momento de hacer un esfuerzo importante en la difusión de dicha Estrategia, para que no se quede en un documento más sino que pueda servir a los fines que pretende.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBIÑANA OLMOS, "Las urgencias en salud mental: las autorizaciones judiciales de internamiento", RGD, 1993.
- ALONSO PÉREZ, "Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de Familia", en 'La tutela de los derechos del menor', Córdoba, 1984.
- APARICIO AUÑÓN, "Comentario al art.757 LEC", en 'Comentarios a la nueva LEC', op.col., coord. Lorca Navarrete, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, t.IV.
- ARIAS BUSTAMANTE, "La tutela", ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- ARNAU RIPOLLÉS, "Estudio: La cara oculta de la violencia: la violencia de género contra la mujer con discapacidad", Fundación Isonomía.doc.
- AUBY, "La Loi n° 90-527 du juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation", JPC, 1990-I.
- AZNAR LÓPEZ, "Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios", ed.Comares, Granada, 2000.
- BADOSA COLL, F., "La autotutela", en 'Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo', J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993.
- BANACLOCHE PALAO, "El proceso de reintegración de la capacidad de obrar", ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BARDALET VIÑALS, "Los internamientos psiquiátricos desde la perspectiva médico-forense. Estudios del Ministerio Fiscal", 1995, nº III, Ministerio de Justicia.
- BARTLETT Y SANDLAND, "Mental Health Law. Policy and Practice", Londres, 2000.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La marginación de los locos y el derecho", ed.Taurius, Madrid, 1976.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razón de salud", ADC, 1983, IV.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela", Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

V. Bibliografía consultada

- BRANCÓS NÚÑEZ, "La Procuration irrévocable et l'étude des dispositions pouvant être prises par organiser sa propre incapacité dans l'avenir", en la Revista Notarius International, vol. 5, nº I, 2000.
- BRUSCUGLIA, "Comentario alla Legge 13 maggio 1978", n 180, LNCC, 1979.
- BUSTOS VALDIVIA, "Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor de 15 de mayo de 1996", AC, 2000, nº 35.
- CALCEDO ORDÓÑEZ, "Hospitalización psiquiátrica involuntaria", en 'Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios', Ministerio de Sanidad y Consumo, CGPJ, Madrid, 2000.
- CALVO SAN JOSÉ, M.J., "Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental", Diario LA LEY, nº 6364, 22 de noviembre de 2005.
- CAMPBELL & HEGINBOTHAM, "Mental lones: prejudice, discrimination and the law", Aldeshot-Brookfield, Hongkong-Singapore-Sidney, 1991.
- CAMPO GÜERRI, "La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad", en RJN, nº 34, abril-junio, 2000.
- CAMPOS MARÍN, R.: "Psiquiatría e Higiene Social en la España de la Restauración", en I Congreso de la Sociedad de Historia y Filosofía de la Psiquiatría. Un siglo de Psiquiatría en España, Madrid, Extra Editorial, 1995, pp.53-66.
- CAMPOS MARÍN, R., "Higiene mental y reforma de la asistencia psiquiátrica en España (1900-1931)", en Documentos de Psiquiatría Comunitaria, 1995.
- CAMPOS MARÍN Y HUERTAS GARCÍA-ALEJO, "Estado y asistencia psiquiátrica en España durante el primer tercio del siglo XX", Comunicación presentada al X Congreso Nacional de Historia de la Medicina celebrado en Málaga en febrero de 1996.
- CARRASCO GÓMEZ, "Responsabilidad médica y Psiquiatría", Ed. Colex, Madrid, 1990.
- CASTILLA DEL PINO, Prólogo al libro de Bercovitz Rodríguez-Cano, "La marginación de los locos y el Derecho", ed. Taurus, Madrid, 1976.
- CHIMENO CANO, "El internamiento psiquiátrico forzoso en Cataluña: análisis del art. 255 del Código de Familia y la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", RJC., 2001, 2, pp.322-344.
- CHIMENO CANO, "El internamiento psiquiátrico de menores", en El Foro, enero, 2000, nº 11.

- CHIMENO CANO, "El ingreso forzoso de ancianos en centros especializados", Revista Aranzadi de TTSSJJ y AAPP, abril, 2000, n° 1.
- COMELLES, J.M., "La razón y la sinrazón. Asistencia psiquiátrica y desarrollo del Estado en la España contemporánea", Barcelona, PPU, 1988.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades", op.col. "La nueva LEC", tomo V, ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (artículos 21 y 22 de la LOPJ)", Revista Justicia, 4, 1985.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., op.col., "La LEC. Aplicación Práctica", ed. Tecnos, Madrid, 2004,
- COUET, "Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation", Rev.Trim.Droit civil, 1990, n° 4.
- CUTILLAS TORNS, "Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces", La Ley, 1988-I.
- DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España", ed. Civitas, Madrid, 1986, t.II.
- DE COUTO GÁLVEZ, "Algunas reflexiones para autodesignar el cargo tutelar. La autotutela en Cataluña", RGLJ (3ª época), enero-febrero, 2000, pp.17 y ss.
- DOLZ LAGO, "El internamiento psiquiátrico en España: Aspectos legales", Justicia, 1992.
- DOLZ LAGO, "Estudio y Recomendaciones del defensor del Pueblo sobre la situación jurídica o asistencial del enfermo mental en España", Madrid, 1991.
- DOLZ LAGO, "Estudio y Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos", Madrid, 1996.
- DURO VENTURA, "El internamiento de los presuntos incapaces", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, noviembre de 1994.
- ESPINO, J.A., "La reforma de la legislación psiquiátrica en la Segunda República: su influencia asistencial", en 'Estudios de Historia Social', 1980, 14, pp.56-106.
- ESPINOSA IBORRA, J., "La asistencia psiquiátrica en la España del siglo XIX", Valencia, Cátedra e Instituto de Historia de la Medicina, 1966.

V. Bibliografía consultada

- FÁBREGA RUIZ, C., "Protección jurídica de la tercera edad", Biblioteca Jurídica de Bolsillo, nº 42, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- FELDMAN, "Civil liberties and human rights en England and Wales", Oxford, 1993.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, "Garantías jurídicas de los menores en salud reproductiva y anticoncepción", V Congreso de la Sociedad Española de Contracepción.
- GALCERÁN I GRANÉS, "Sociedad de Psiquiatría y Neurología de Barcelona. Discurso inaugural", Revista Frenopática Española, 1911.
- GARCÍA ANDRADE, "Psiquiatría Criminal y Forense", ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993.
- GARCÍA GARCÍA: "Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento", Valencia, 2000.
- GARCÍA- GRANERO COLOMER, "La autotutela en el Derecho Común Español", en Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1998.
- GARCÍA-RIPOLL MONTUANO: "La protección civil del enfermo mental no incapacitado", Barcelona, 1992.
- GINÉ Y PARTAGÁS, J., "De la necesidad de popularizar el conocimiento de la alienación mental", La Independencia Médica, 1886, 21, pp.237-243.
- GÓMEZ COLOMER, "El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)", op.col, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- GÓMEZ OLIVEROS, "Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre" en RCDI, 1984.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, O. "La presunción de incapacidad en la Ley española y sus problemas prácticos", en Revista A.E.N., nº 55, y nº 5 y 6 de Cahiers Pollen.
- GONZÁLEZ GRANDA, P: "Los Juzgados de Violencia sobre la mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género", Diario La Ley, nº 6214, 21 de marzo de 2005.
- GONZÁLEZ GRANDA, P, "Régimen jurídico de protección de la incapacidad en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en Diario La Ley, 9 de diciembre de 2005, nº 6375.
- GONZÁLEZ GRANDA, P, "Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas", en Diario La Ley, nº 4, 2006, pp.1339-1367.
- GONZÁLEZ NIÑO, "Consecuencias jurídico-legales de las psicopatologías: la incapacitación civil", en:
<http://neurologia.rediris.es/congreso-l/conferencias/neuropsicología-2.html>

- GONZÁLEZ POVEDA, "Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela", ed. CGPJ, 1998.
- GORDILLO CAÑAS, "Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos", ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- HOGGET, "Mental Health Law", 4ª ed., London, 1996.
- HOLZHAUER, "Comentario a los parágrafos 1895 y ss. BGB", en 'Erman Handkommentar zum BGB, Band, 4ª ed, Münster, 1993.
- HUERTAS GARCÍA-ALEJO.R.: "La Psiquiatría española del siglo XIX. Primeros intentos de institucionalización", en el I Congreso de la Sociedad de Historia y Filosofía de la Psiquiatría. Un siglo de Historia y Filosofía de la Psiquiatría. Un siglo de Psiquiatría en España, Madrid, Extra Editorial, 1995, pp.21-40.
- LACABA SÁNCHEZ: "Internamiento de incapaces: problemática del art. 211 C.c.", La Ley, 1993-4.
- LACABA SÁNCHEZ, "El internamiento de los presuntos incapaces. Aspectos materiales", en Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en derecho civil y penal. La peligrosidad", CGPJ, Madrid, 1994.
- LALAGUNA, E., "Derecho Civil Común de España y Derecho Civil propio de las CCAA", en RJN, nº 11, 1994.
- LETE DEL RÍO, "Comentario al art. 211C.c.", en 'Comentarios al C.c. y Compilaciones Forales', t.IV, Madrid, 1985.
- LETE DEL RÍO, "Comentario del C.c., t.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- LOISEAU, "L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990", París, 1991.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El internamiento de los enajenados", Poder Judicial, 2ª época, nº 4.
- MAJADA PLANELLES, "La incapacitación, la tutela y sus formularios", Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- MARIMÓN DURÁ, "El proceso civil", op.col., coord. Escribano Mora, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, vol.VIII.
- MARÍN LÓPEZ, "Los locos y su libertad. El art.211 C.c. (Sobre la STC 129/99 de junio)", Rev. de Derecho Privado y Constitución, 1999, nº 13.
- MARÍN LÓPEZ, "El internamiento de incapaces", ed. CGPJ, Madrid, 1994.
- MARTÍN GRANIZO, "La incapacitación: figuras afines", Ed. Colex, Madrid, 1987.

- MARTÍNEZ GARCÍA, "Apoderamiento preventivo y Autotutela," en 'La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales', Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- MATEO DÍAZ, "El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos," Actualidad Civil, 1986, 2.
- ORTEGA-MONASTERIO / COCHS / SEGUÍ MONTESINOS / BORRÁS ROCA / MACHO VIVES, "Aspectos psiquiátrico-forenses del internamiento y de la incapacitación del enfermo mental ante la Jurisdicción civil. Consideraciones clínicas y médico-forenses en torno a las pseudodemencias. Resumen de las consideraciones de interés médico legal. I Simposium de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, Tema Monográfico: El internamiento del enfermo mental," PPU, 1994.
- ORTELLS RAMOS, "El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio," La Ley, II, 1986, pp.1049 y ss.
- OTÍN BLANCO, "Psiquiatría sectorizada e internamiento. Primer Simposium de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, PPU, 1994.
- PARA LUCÁN, "El régimen de tutela e instituciones tutelares en el Derecho Catalán (I)," Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 20, abril, 1994, pp.77 y ss.
- PECES MORATE, "Problemática del internamiento judicial de enfermos psiquiátricos," AC, 1986-2.
- PERDIGUERO BAUTISTA, "El internamiento por razón de trastorno psiquiátrico tras la LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor," La Ley, 1996-3.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil," Revista de Derecho Privado, dic. 2001, pp.937-974.
- RADTKE, D.; BARBUTO, R.; NAPOLITANO, E.; IGLESIAS, M., "Violence means death of soul," Disables People Internacional-European Union Comitte (versión en castellano "Violencia significa muerte del alma," disponible en: <http://www.dpitalia.org/donne/kitOsp.htm>
- RAMOS CHAPARRO, "El internamiento de incapaces presuntos," RGLJ, 1988, nº 3.
- RAMOS CHAPARRO, "Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glosa General)," AC, 2001, nº 10.
- REQUERO IBÁÑEZ, "Ley Orgánica Integral de Violencia sobre la mujer y el Informe del CGPJ al Anteproyecto," Revista Jurídica de Castilla y León, nº 4, septiembre 2004.
- RIBERA I GARIJO, "Algunas cuestiones sobre el internamiento de enfermos mentales," RJC, 1991.

V. Bibliografía consultada

- RIVAS MARTÍNEZ, "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", RJN de abril-junio 1998.
- ROCA GUILLAMÓN, "Comentario al art.211 C.c.," en 'Comentario del C.c.', t.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ ALIQUÉ, "Algunas reflexiones sobre el procedimiento de incapacitación previsto en el art. 848 de la LEC", Revista de Derecho Procesal, 1985, II.
- RODRÍGUEZ- ARIAS BUSTAMANTE, "¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?," RCDI de 1953.
- RODRÍGUEZ LAFORA, G., "Los manicomios españoles", ed. España, 1916.
- RODRÍGUEZ OCAÑA, E-MOLERO MESA, J., "La cruzada por la salud. Las campañas sanitarias del primer tercio del siglo XX en la construcción de la cultura de la salud", en 'La salud en el Estado del Bienestar. Análisis histórico', Madrid, Editorial Complutense, 1993.
- ROMAÑACH CABRERO y ARNAU RIPOLLÉS, "Omisiones bioéticas sobre la discapacidad", en Revista Cuenta y razón del pensamiento actual, nº 134, otoño 2004.
- ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español" (I) y (II), Actualidad Penal, 1991-I y 1991-2 (también en Actualidad y Derecho, nº 43, 27 de octubre de 1991, Puntos del 726 al 740.
- ROMERO CANDAU, "Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad", en Academia Sevillana del Notariado, t.VIII, Ed. Edersa, Madrid, 1995.
- SACRISTÁN, J.M., "Para la reforma de la asistencia a los enfermos mentales", en Archivos de Neurobiología, 1921, II, nº1.
- SAFORCADA, M.-BUSQUET, T., "Necesidad urgente de una revisión total de la legislación relativa a los alienados", Archivos de Neurobiología, 1926, t. XI.
- SÁNCHEZ TORRES, "Una nueva modalidad tutelar", RCDI, 1928.
- SANCHO GARGALLO, "Incapacitación y tutela", ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000
- SANCHO GARGALLO y ORTUÑO MUÑOZ, "Comentarios a la nueva LEC", op.col., coord. Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombáu, Iurgium Editores Atelier, Barcelona., 2000, t.III.
- SANTOS MORÓN, "El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000", Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- SANTOS URBANEJA, "El internamiento psiquiátrico: problemas que plantea el internamiento involuntario", Estudios del Ministerio Fiscal, vol.III, 1985, Ministerio de Justicia.

V. Bibliografía consultada

- SCHWAB, "Comentario a los párrafos 1896 y ss. BGB," en 'Münchener Kommentar', Band, 8, Familienrecht, II, 3ª ed., Manchen, 1992.
- SEGARRA CRESPO, "Internamientos de menores," Estudios del Ministerio Fiscal, vol. III, 1995, Ministerio de Justicia.
- SERRANO ALONSO, "Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela," La Ley, 1984, II.
- VECCHIETTI, "Salute mentale e riforma sanitaria," Milano, 1983.
- VENTOSO ESCRIBANO, "La reforma de la Tutela," Ed. Colex, Madrid, 1985.
- VIVES I CASAJOANA, S., "L'organització de l'assistència pública als psicòpates a Catalunya," Barcelona, Fundació Salvador Vives i Casajoana, 1979, pp.15 y ss. (edición original de 1919).
- ZAPATERO GONZÁLEZ, "Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983," en RGLJ, t.259.



FEAFES

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
AGRUPACIONES DE FAMILIARES Y
PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

www.feafes.com