

ALTERNATIVAS A LOS PROCESOS DE INCAPACITACIÓN JUDICIAL A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

J. Daniel Rueda Estrada**
Universidad de Valladolid

RESUMEN

Uno de los argumentos centrales aquí presentados parte del supuesto de que la incapacidad judicial y la constitución de tutelas no son necesarias cuando se trata de personas mayores que, como consecuencia del deterioro de la edad (envejecimiento), se encuentran en situación de falta de autogobierno, siempre que estas personas estén adecuadamente atendidas y protegidas en su entorno familiar. Se plantea que existen otras formas de protección, como la curatela, la guarda de hecho o la asistencia, que, judicialmente controladas, pueden garantizar los derechos personales y patrimoniales de las personas, sin necesidad de dictar sentencias de incapacidad.

PALABRAS CLAVE: envejecimiento, tutela, protección jurídica, justicia.

ABSTRACT

«Alternatives to Judicial Incapacitation Process in the Light of International Convention of Disable People». One of the central arguments here presented part of the supposition that the judicial handicap and the constitution of tutelages, are not necessary when it is grown-ups that, as consequence of the deterioration of the age (aging), they are in situation of self-government lack, whenever these people are appropriately attended and protected in their family environment. Thinks about that other protection forms exist, as the guardianship, the guard in fact or the attendance that, judicially controlled, they can guarantee the personal and patrimonial rights of people, without necessity of dictating handicap sentences.

KEY WORDS: Elderly, Guardianship, Legal Protection, Justice.

PLANTEAMIENTO

El presente artículo reflexiona sobre la incapacidad y tutela judicial en el Estado Español, y su referencia a la incapacidad de personas mayores. Nuestro planteamiento es que la incapacidad de personas mayores que como consecuencia del deterioro de la edad padezcan alguna enfermedad psíquica, como demencias, deterioro cognitivo, enfermedad de Alzheimer, etc., pero que han tenido una

vida activa, libre de estas enfermedades, no deberían ser incapacitadas, en el sentido que actualmente se establece en el Código Civil, si se reciben todos los apoyos jurídicos y personales adecuados y están atendidas y protegidas en su entorno familiar.

Frente a la tutela existen otras figuras de protección jurídica, como la curatela, la guarda de hecho o la asistencia, que, judicialmente controladas, pueden garantizar los derechos personales y patrimoniales de las personas, sin necesidad de dictar sentencias de incapacitación.

La incapacitación, aun teniendo el carácter de medida de protección y de garantía de derechos, debería ser una medida excepcionalísima y probablemente innecesaria, siempre que las personas susceptibles de ser incapacitadas cuenten con los apoyos suficientes y existan personas (físicas o jurídicas) que se ocupen de garantizar su cuidado y protección. Así se puede entender a tenor de lo establecido en la *Convención Internacional de las Personas con Discapacidad*, adoptada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 76ª sesión plenaria de 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Reino de España el 23 de noviembre de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008 y de otras directivas europeas. Esto no significa que aquellas personas que se encuentren en las situaciones que prevé el artº 200 de Código Civil (CC) sobre las causas de incapacitación judicial, queden en situación de desamparo cuando se encuentren en situaciones de fragilidad mental debido a deterioros cognitivos o enfermedades incapacitantes, o realicen acciones que perjudiquen su patrimonio, su vida o que afecten a la familia, o sean objeto de abusos por parte de terceras personas. El sistema judicial deberá conocer y vigilar todas estas situaciones, como medidas de protección para la propia persona, su patrimonio y los intereses legítimos de herederos.

Pensamos que este argumento es defendible siempre que se den algunas condiciones y garantías jurídicas, entre las que podemos señalar:

- a) La obligación por parte de los familiares, profesionales u otros agentes, de poner en conocimiento del Juez la situación de aquellas personas mayores que padezcan alguna enfermedad que les impida el autogobierno, tal como se recoge en los artº 228-230 de Código Civil y el artº 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).
- b) Cuando se da esta situación, y una vez recabados todos los informes sobre las capacidades e incapacidades (competencias) de las personas sometidas a control judicial, el Juez puede designar a la persona que se ocupe de prestarle apoyos y protección, asumiendo las tareas de un tutor. Así se puede garantizar la protección de las personas mayores sin necesidad de dictar sentencias totales de incapacitación.
- c) Este «*tutor de hecho*», similar a la figura de «*asistente*» que existe en el sistema judicial alemán, podrá ser designado por el Juez entre sus familiares, allega-

* Recibido: 15 de mayo de 2010. Aceptado: octubre 2010.

** Profesor Sociología, Facultad de Educación y Trabajo Social.

- dos o asociaciones que se ocupen de la protección de personas mayores (las actuales entidades tutelares) o bien ratificar para esta tarea a la persona que así lo hubiera dispuesto el mayor en documento previo de autotutela o voluntades anticipadas (artº 223.2 del CC sobre la autotutela).
- d) El actual ordenamiento jurídico permite a los jueces hacer uso de las *incapacitaciones parciales* o de las *curatelas*, no solo aplicadas a los aspectos patrimoniales sino también a los aspectos de protección personal (artº 760.1 de la LEC). Pensamos que la actual figura jurídica del «*curador*» podría ser adecuada para proteger a la persona mayor, sin necesidad de dictar sentencia de incapacidad total, sino parcial, es decir, solo para los actos que no puedan desempeñar por sí mismos, nombrando un «*curador*» y no un «*tutor*», lo cual significa que la persona mayor no pierde su capacidad de decisión, ni es sustituido ni representado por otro, sino «asistido» en determinados actos por el «curador».
 - e) De la misma manera, teniendo en cuenta todas las medidas cautelares que la legislación actual establece, la figura del «*guardador de hecho*» se podría transformar en un «*guardador de derecho*» con atribuciones similares, tal como parece que se desprende del uso de esta figura en la aplicación de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. (LAAD).
 - f) Las competencias, responsabilidades y demás aspectos que plantea la legislación vigente para la figura del tutor, pueden ser ejercidas por los «asistentes», «curadores» o «guardadores»; la ventaja de hacer uso de estas figuras, frente a la de tutor, es que no se suplanta la voluntad de la persona mayor que se está protegiendo; para ello, las competencias, es decir, los actos permitidos y prohibidos por estas figuras deberán estar bien definidos.

Para tener una visión más precisa sobre los argumentos que fundamentan el posicionamiento de la no incapacidad total de personas mayores que han tenido una vida activa libre de enfermedades incapacitantes, analizamos a continuación algunas experiencias en esta materia y las consecuencias que se derivan de la *Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

1. NUEVAS TENDENCIAS. LA EXPERIENCIA ALEMANA

Planteábamos más arriba que la protección jurídica de las personas mayores que padezcan alguna enfermedad que les impida el autogobierno puede garantizarse sin necesidad de recurrir a las medidas de incapacidad, que aunque pretenden ser medidas protectoras, traen como consecuencia la privación del ejercicio de determinados derechos. Ya hemos señalado que la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* plantea una nueva perspectiva, sobre la que muchos juristas prevén cambios importantes en la legislación española sobre la institución tutelar y los procedimientos de incapacidad.



En la línea argumental de la no necesidad de recurrir a la incapacitación de una persona, sino que deberían buscarse otros procedimientos de garantías y protección, recogemos la experiencia alemana sobre el particular, tras la reforma en materia de tutela realizada en la Ley de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999. Esta nueva legislación alemana suprime la tutela y la curatela sobre personas mayores de edad y sustituye tales instituciones por lo que denomina «*Betreuung*» (*asistencia*), cuando las personas mayores de edad, por deficiencias psíquicas o físicas, no puedan ocuparse de sus propios asuntos.

En Alemania, cuando un mayor de edad no puede valerse por sí mismo, en todo o en parte, como consecuencia de una enfermedad psíquica o de impedimento corporal, espiritual o psíquico, el Tribunal de Tutelas le nombrará un asistente, a petición suya o de oficio; el asistente se designa sólo para ejercer las funciones imprescindibles, o cuando no existe un mandatario designado (García Cantero, 2003: 109).

Esta persona puede ser la propuesta por el interesado si no es contrario a sus intereses; en otros casos, se tienen en cuenta las relaciones de parentesco o relaciones personales del mayor; cuando ni las personas físicas, ni las asociaciones especializadas puedan asistir debidamente al mayor, será la autoridad pública quien ejerza esta función de asistencia.

El asistente debe ejercer su trabajo teniendo en cuenta los deseos y aspiraciones del asistido, expresados incluso antes de su nombramiento, procurando el bienestar del asistido. El asistente ostenta la representación judicial y extrajudicial, pudiendo el Tribunal de Tutela reservarse la autorización para determinados actos cuando esté en peligro la vida, salud o patrimonio. La figura del *Betreuer* suprime definitivamente la conexión entre incapacitación y custodia. La persona tutelada no queda incapacitada para actuar legalmente de forma libre.

En el mismo sentido, García-Ripoll Montijano señala que la reforma alemana se plantea con el objetivo de

intervenir lo menos posible en la esfera de la persona y respetar su facultad de autodeterminación. Se busca sobre todo el bienestar del afectado, su asistencia personal y el fortalecimiento del cuidado de la persona. Solicitudes, deseos y propuestas del afectado deben ser vinculantes, en la medida en que se pueda responder a ello (1999: 557).

Los principios que inspiran esta reforma son los de *necesidad* y de *subsidiariedad*; es decir, solo se someterá a una persona a «asistencia» cuando sea estrictamente necesario, y solo cuando no pueda ser cuidada por otros medios como parientes, asociaciones, etc.

Merín Cañada (1999) destaca el cambio cualitativo que supone la no incapacitación de la persona asistida, ya que es el *betreuer* o asistente quien se encarga de atender los asuntos de estas personas, sin privarlas del derecho a realizar por sí mismas aquellos actos para los que conserven aún suficiente juicio. En consecuencia la capacidad jurídica de las personas queda determinada en razón de su

capacidad natural. Como afirma Segura Zurbano, citando palabras de Santos Morón,

la principal finalidad de la reforma ha sido reforzar los derechos y la posición jurídica de los discapacitados físicos y psíquicos, garantizar el respeto a sus derechos de la personalidad y, en especial, el ejercicio de su derecho a la autodeterminación.

Así, el *betreuer* o asistente debe actuar en aras del bien del individuo sometido a su cuidado; bien que «no es concebido sólo como bienestar físico y social, sino también como bienestar psíquico», dándose especial importancia «a la posibilidad del sujeto de tomar sus propias decisiones» (Segura Zurbano, 2006: 54-55).

La ley pone énfasis en la conveniencia de que toda persona, en previsión de una futura enfermedad incapacitante debería otorgar poderes con esa finalidad (testamento vital, voluntades anticipadas...), lo cual haría innecesaria la constitución de la «Asistencia». Las tareas del asistente son «todas las actividades necesarias para el cuidado jurídico del asistido».

Según la Ley, el asistente debe contribuir a potenciar o aprovechar las capacidades del asistido:

dentro de su ámbito de actuación, el Asistente debe contribuir a que se aprovechen las oportunidades que hayan de eliminar o mejorar la enfermedad o impedimento del Asistido, o bien de evitar su empeoramiento o suavizar sus competencias (§1631).

La representación del asistente consiste en (§1902):

- Emitir declaraciones de voluntad en nombre del asistido, así como realización de actos similares a los negociales;
- Recepción de declaraciones de voluntad dirigidas al asistido;
- Representación del asistido en procesos judiciales;
- Asentimiento a los negocios realizados por el propio asistido, en los casos en que así lo prevé la ley.

Para otros actos, el asistente necesita autorización del Tribunal de Tutela.

En términos parecidos a la legislación alemana, la figura del «asistente» se recoge en *Libro II del Proyecto de Código Civil de Catalunya*. La persona mayor de edad que necesite un asistente, para cuidar de su persona o de sus bienes, debido a la disminución de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de asistente. Salvo motivo grave, la autoridad judicial debe respetar la opinión de la persona a proteger, en lo referido al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia.

García Pons, notario, al referirse a estos mismos temas señala que la tendencia actual en materia de incapacitación y tutela va en la línea de suavizar las exigencias de sustitución y representación legal (lo fundamental de la tutela), para dar más valor a las figuras que ponen el acento en la iniciativa de las personas, a través de la



institución legal de la asistencia o de los complementos de capacidad, aspectos que están más en consonancia con el artº 10.1 de la Constitución Española, referido a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. De manera muy explícita afirma que

en el polémico tema de la conveniencia o no de la incapacitación judicial es necesario buscar alternativas y métodos que respeten la persona, le ayuden al desarrollo de sus capacidades y aptitudes, con el fin de facilitar la integración social (2008: 118).

Más que privar de la capacidad, lo que hay que plantear son medidas que ayuden a garantizar la toma de decisiones.

En este sentido, García Pons señala la importancia de las figuras del *Betreuung* alemán, la del *Sauvegarde de Justice* francés, o la institución de la «*Amministrazione de apoyo*» italiana, introducida recientemente a favor de todos los que necesitan ser protegidos en la realización de actos de la vida civil. Esta nueva tendencia, afirma García Pons, es mundial y

van en este sentido la Ley Francesa nº 2005-102 de 11 de febrero de 2005, para la igualdad de los derechos y oportunidades, o la Ley Italiana de 9 de enero de 2004, que introduce la nueva institución de la *Amministrazione di sostegno*, tendente a suavizar las clásicas instituciones tutelares. Existe en el sistema francés un control judicial, pero se tiende a la «desjudicialización»... de forma que la incapacitación tiende a evitarse, implantando medidas más ágiles, más eficaces, y, sobre todo, respetuosas con la persona (2008: 120).

2. LA GUARDA DE HECHO

Como expresábamos en la primera parte de este artículo, existen figuras de protección alternativas a la de tutor judicial para garantizar los derechos de las personas con pérdidas de capacidades para autogobernarse, aspecto que fundamenta la incapacitación judicial (artº 200 del CC). Una de estas figuras es la de la «guarda de hecho» que nombra el Código Civil, aunque no está recogida entre los cargos tutelares (artº 215 del CC).

Es un hecho que no todas las personas susceptibles de ser incapacitadas lo están. Hay algunos grupos de población, como son los ancianos, que sufren enfermedades degenerativas que les impiden gobernarse por sí mismos y que persistirán, incluso agravándose hasta el día de su fallecimiento. Muchos de estos ancianos cuando carecen de familia o éstas no pueden atenderles adecuadamente acaban ingresando en una residencia.

En estos casos, las personas que atienden, cuidan y se ocupan de ellas (parientes, vecinos o responsables de las instituciones) se convierten en «*guardador de hecho*», figura que puede ser aplicada también a los *cuidadores no profesionales* que atienden a personas en situación de dependencia, estén o no incapacitadas. Como afirma Fábrega Ruiz, de la institución de la *guarda de hecho* participan los hijos, cuidadores y encargados de centros cuando no son tutores (2000).

La Ley 13/1983 de reforma del Código Civil en materia de Tutela no define la guarda de hecho, sino que solo reconoce su existencia, señalando que la autoridad judicial podrá requerir información del guardador, si conoce su existencia y establecer medidas de control y vigilancia. Sin embargo, el Código de Familia Catalán, en el artículo 253 señala que

el guardador o guardadora de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que está desamparado por aquella o aquellas personas que han de cuidarlo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela,

teniendo la obligación de informar al Juez o al Ministerio Fiscal de la situación personal o patrimonial de la persona guardada.

El guardador de hecho es aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma (Fábrega, 2006). Es decir, el guardador de hecho es la persona que, careciendo de potestad legal (no cuenta con el nombramiento judicial o poder notarial), ejerce funciones propias de las instituciones tutelares, o se encarga de la custodia y protección o de la administración del patrimonio y gestión de los intereses de una persona.

Tan importante es esta figura que en todas las CC.AA. se ha recurrido a ella en los procesos de valoración de la dependencia en aplicación de la Ley 39/2006 (LAAD), lo cual viene a poner de manifiesto no solo su existencia e importancia, sino también los actos que puede realizar y las responsabilidades que contrae. Algo similar se puede decir de la importancia de esta figura en la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, cuando en el artº 9, al referirse al consentimiento informado, se habla que se podrá otorgar el consentimiento por representación, si el paciente carece de representante legal, por «personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho».

Algunos autores, como De Pedro (1988), presidente del Tribunal Superior de Castilla y León, al explicar la «guarda de hecho» la asimilan a una tutela de hecho, fenómeno bastante frecuente cuando había menores que carecían de padres, personas incapaces de gobernarse a sí mismas o personas desamparadas. En estos casos era frecuente que parientes, amigos o instituciones públicas o privadas se hicieran cargo de estas personas, al margen de las previsiones legales.

Tan importante es esta figura que Elósegui Sotos, juez decana de Primera Instancia en San Sebastián y Mas Quintana, trabajadora social y experta en temas de guarda de hecho en Cruz Roja, manifiestan que si una persona incapaz tiene un guardador de hecho que no plantea ningún problema, que atiende diligentemente a la persona sin que se detecten abusos, irregularidades o malos tratos, no hay necesidad de recurrir a incapacitaciones legales, ya que no hay desamparo:

¿Para qué vamos a incapacitar a una persona que se encuentra guardada de hecho y que no tiene problemas?... Si la guarda de hecho está funcionando correctamente, no sé qué beneficio mayor le puede dar la incapacidad... (2006: 93).

Es más, en el caso de que hubiera alguna disfunción es muy probable, señala Elósegui, que el vecindario, los servicios sociales o los servicios sanitarios puedan detectarlos y ponerlos en conocimiento de la autoridad judicial.

En este mismo sentido se expresan jueces, fiscales y juristas al señalar la necesidad de

potenciar la figura del Guardador de hecho, solución habitual en la práctica. Su utilización normal, en casos concretos sirve para suplir la falta de capacidad en un acto jurídico determinado previa habilitación judicial. (VIII Jornadas Aequitas sobre «Capacidad y autonomía de la voluntad» celebradas en Barcelona, del 23 y 24 de enero de 2006).

De manera muy explícita en otras Jornadas de la Fundación Aequitas, se señala

La sociedad civil reclama la rehabilitación de la figura del guardador de hecho (guardador personal se ha llamado incluso en el seno de la Jornada). Si una persona está debidamente protegida, no se debe instar la incapacitación judicial. Es necesario establecer sistemas que permitan a los guardadores de hecho hacer constar su estatus, bien a través de su reconocimiento en las medidas preliminares del proceso de incapacitación, bien mediante expedientes de jurisdicción voluntaria o mediante otros documentos fehacientes» (XII Jornadas de la Fundación Aequitas).

Así se comprende que Mas Quintana (2006), analizando la figura de la guarda de hecho planteada en la Ley 13/1983 y en la Ley Catalana 39/1991 sobre el Derecho de Familia, la define como una institución tutelar de carácter informal, frente a la tutela o la curatela, de tal manera que el guardador de hecho, sin nombramiento de ningún tipo, desempeña funciones propias de un tutor, curador o administrador.

En conclusión, nos atrevemos a afirmar que la *guarda de hecho* es una figura del sistema jurídico español que puede ser utilizada como figura de protección, custodia y apoyo de personas presuntamente incapaces, sin que dicha incapacitación llegue a producirse. Pensamos que la guarda de hecho es un buen instrumento para proteger a aquellas personas que han perdido su capacidad de decisión. Se trata de un recurso ágil y práctico, aunque precise de un mayor reconocimiento jurídico y social para dar una protección efectiva a las personas que lo requieran.

3. REFERENCIA EUROPEA SOBRE LAS INCAPACITACIONES

Pudiera parecer que la revisión del modelo actual de incapacitación y tutela es un tema nuevo que se inicia a partir del cambio que introduce la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es cierto que es a partir de esta Convención cuando las posturas empiezan a debatirse en distintos foros de expertos. Pero existen ya precedentes anteriores, no solo los citados casos de reformas jurídicas de Alemania, Italia, Francia, a que hemos aludido. También la

Unión Europea, en el año 1999, elabora una Recomendación (R 99.4) sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, en la que se plantea la necesidad de adoptar criterios de flexibilidad en la respuesta a las incapacitaciones. Entre otras cosas, se recomienda la necesidad de

- 1º.- Que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas.
- 2º.- Que la legislación ofrezca medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.
- 3º.- Que se arbitren medidas que no restrinjan la capacidad jurídica de la persona, evitando designar representantes dotados de poderes permanentes, sino autorizaciones puntuales por parte del tribunal o de otro órgano de la intervención.
- 4º.- Que se dicten medidas que obliguen a los representantes a actuar conjuntamente con el mayor y tener en cuenta sus deseos.
- 5º.- Que se incluyan entre las medidas de protección que aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa.
- 6º.- Que siempre que puedan ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales, y en todo caso se deberán limitar, controlar y vigilar.

Todo ello nos pone en la pista de que la protección jurídica de las personas incapaces no necesariamente ha de ser garantizada a través de la incapacitación total y del nombramiento de tutores que sustituyan y representen a la persona en todos aquellos actos que la ley deja suspendidos.

Pero sin duda el acontecimiento más importante es el derivado de la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad que analizamos a continuación.

4. LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL Y EL FUTURO DE LAS INCAPACITACIONES

Para poder argumentar que de acuerdo con la *Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, será necesario revisar la actual legislación sobre incapacitación y tutela.

Aunque la Convención se refiere a Personas con Discapacidad, entendemos que sus efectos son extensibles a las situaciones de cualquier persona que sufra alguna enfermedad como las mencionadas por la CIE 10 de la OMS, en la clasificación de los trastornos mentales («F00-F09»). Es decir, los artículos de la Convención son aplicables tanto a personas mayores que como consecuencia de la edad padecen enfermedades mentales que afectan su entendimiento, como las demencias, enfer-



medad de Alzheimer, y otras, como a las personas que padecen una discapacidad intelectual o retraso mental.

En esta línea y solo para argumentar la necesidad de transformar la ley española vigente, recogemos a continuación algunas opiniones de jueces, fiscales y juristas que tanto a título personal, como desde organizaciones profesionales, vienen planteando la necesidad de revisar la normativa actual, para impulsar la nueva filosofía de prestar apoyos a las personas en función de sus capacidades más que procurar la anulación de la capacidad y nombrar un tutor. Las propuestas de modificar el sentido de la legislación vigente en España van desde la rehabilitación de la figura del *guardador de hecho* adaptada a la nueva normativa, a la promoción de la figura del *curador* que actúa como apoyo pero no como sustituto de la persona, o a introducir la figura del *asistente*, similar a la de la legislación alemana.

Por la importancia de este tema, recojo algunos argumentos y reflexiones de expertos en el tema.

Varela Aufrán, magistrado del TS y miembro del Consejo del Poder Judicial, afirma de manera expresa que

parece bastante claro, el criterio legal y doctrinal respecto a que la situación de incapacitación, judicialmente declarada, no debe afectar al ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto se encuentre la capacidad natural para su normal ejercicio. Las enfermedades relevantes, incluso las susceptibles de tutela, no siempre eliminan la capacidad de entender y de querer, por lo que, en la medida en que se conserve esa facultad, debe permitirse el ejercicio de los derechos fundamentales y de la capacidad propios de todo ser humano, ya que la negativa de tal ejercicio comportaría ignorar el principio de protección e integración social que se establece en el texto constitucional para el colectivo de personas con discapacidad. Solo podría justificarse la negación del ejercicio de esos derechos si la propia protección del incapacitado lo requiere, lo que habrá de determinarse en cada caso en función de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, siempre que se acredite una aptitud para actuar de una forma racional, no cabe negar el libre y autónomo ejercicio de esos derechos inherentes a la persona (2008: 80).

El Fiscal encargado de la Sección Civil y de Protección de las Personas con Discapacidad de la Fiscalía de Jaén, Fábrega Ruiz, afirma que en muchos casos, la declaración de incapacitación no viene a proteger nada que no estuviera protegido, ni comporta ningún beneficio, como ocurre cuando la persona (discapaz de hecho) está al cargo de un *guardador de hecho*.

Solo si una persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacitación, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y que no puede hacer por sí solo (2006: 2).

En unas recientes Jornadas sobre Protección jurídica en la Incapacitación, celebradas en Logroño en mayo del 2009, Ganzenmüller Roig, magistrado emérito y fiscal del Tribunal Supremo, analizando el artº 12 recuerda que la Convención *unifica la capacidad jurídica y de obrar* en un todo inseparable, por lo cual el sistema de incapacitación y tutela necesariamente ha de revisarse, ya que este artículo afecta a

la esencia misma del sistema de incapacitación, que descansa sobre la limitación o suspensión de la capacidad de obra. Opina que es probable que se produzca un cambio del actual sistema de Tutela como *sustitución representativa*, por un modelo innovador de *apoyos*, teniendo en cuenta el nivel de capacidad existente. Según Ganzenmüller la Convención plantea el cambio del modelo de *sustitución en la toma de decisiones* por el nuevo modelo de *apoyo o asistencia en la toma de decisiones*. Los Estados están obligados a adoptar el sistema de apoyos necesario «proporcionando las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos» (2009).

De manera explícita señala que en las resoluciones judiciales relativas a las modificaciones de la capacidad habrá que partir, reconocer y potenciar la capacidad acreditada en cada caso concreto, teniendo en cuenta las habilidades naturales de cada uno, en el ámbito personal y de vida independiente, en los referidos a cuidados de la salud, en los aspectos económico-jurídico-administrativos, sin que puedan alterarse o anularse los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

La Convención rechaza el *sistema tutelar sustitutivo* o representativo (tutela tradicional), para instaurar el de los «apoyos puntuales como medios de complemento de la capacidad natural». Los apoyos que los estados deben prestar para poder ejercer la capacidad jurídica (artº 12.4 de la Convención), han de ser tanto para los temas patrimoniales como para el ejercicio de los derechos fundamentales. Este apoyo puede adoptar diversas formas: el prestado en y por la familia (Preámbulo y artº 23.4 y 5 de la Convención), como los apoyos asistenciales en sus diversas áreas: asistente personal, económico y social en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente, y podrán prestarlos tanto personas físicas como personas jurídicas, debiendo tenerse en cuenta la voluntad de la persona a asistir, si la misma se conoce o si puede manifestar su voluntad al respecto, ya que estos apoyos y esta protección han de darse a la medida de la persona, según su forma de vida, valores o preferencias. La *asistencia institucional*, como medida de protección para la persona en situación de desamparo, también está contemplada en la Convención, así como la prestada desde una persona de confianza o una red de varias personas, que podrían necesitarse sólo ocasionalmente o de forma continua.

Para adaptarse a lo establecido en la Convención se deberán llevar a cabo algunas adaptaciones en la legislación actual. Un paso puede ser la reciente *Ley 1/2009, de 25 de marzo, sobre el Registro Civil y su reforma en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonio protegidos* (BOE, nº 73, pp. 29.137-29.142), por la que se crea el *Libro de Incapacidades, cargos tutelares y Administradores de Patrimonios Protegidos* que se llevará en el Registro Central (artº 1); en la Disposición final primera sobre la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, se establece que el Gobierno, en el plazo máximo de seis meses, debe remitir a las Cortes un

Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse, procesos de modificación de



la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Entre las propuestas recogidas en las conclusiones de la 23 Jornadas de Coordinación de los Defensores del Pueblo, celebradas en Oviedo en el 2008, sobre *Las personas en situación de desprotección social grave*, se señala que los poderes públicos han de asumir un especial protagonismo y responsabilidad, mediante:

El análisis de la normativa actual a fin de examinar su adecuación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, promoviendo, en su caso, las modificaciones normativas que resulten precisas para la garantía de su ejercicio (propuesta 5).

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la luz de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, que textualmente afirma en su artº 12 que ninguna persona ha de perder su capacidad de obra, parece lógico pensar en la revisión del actual sistema de incapacitación y en la definición de algunas figuras de protección.

En este artículo, hemos pretendido justificar y argumentar que las personas adultas, que como consecuencia de la edad se ven inmersas en procesos degenerativos tanto físicos como psíquicos que merman sus capacidades y que les pone en situación de riesgo para desenvolverse de manera competente en el medio social, pueden recibir apoyos y medidas de protección, judicialmente establecidas y controladas, sin necesidad de modificar su estado civil, o lo que es lo mismo, sin necesidad de dictar sentencias de incapacitación.

Hemos visto que el ordenamiento jurídico ofrece y prevé figuras de protección para estas situaciones, sin necesidad de dictar sentencias incapacitantes; de la misma forma hemos planteado cómo abordan el tema otras legislaciones como la alemana; asimismo, hemos visto cómo la *Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad* modifica la doctrina sobre el concepto de «capacidad jurídica y capacidad de obra», señalando que nadie debe perder la capacidad de obrar por padecer una discapacidad o enfermedad mental, como frecuentemente ocurre a las personas de edad, que ven afectadas sus capacidades cognitivas por procesos de deterioro, demencia o enfermedades degenerativas.

Las reformas que se vienen planteando, como mecanismos para ajustar la legislación actual a las exigencias de estas normas de rango superior, impulsan la sustitución de determinadas prácticas judiciales que abusan de las incapacitaciones absolutas, por procedimientos que se basen en determinar las capacidades de las personas y buscar los apoyos necesarios para responder mejor a sus necesidades. Ello no significa que el sistema judicial deje de controlar, exigir rendición de cuentas y proteger a las personas que se encuentren en situación de riesgo o de mayor vulnerabilidad.

Hemos visto que la figura que actualmente ejerce la máxima representación respecto de las personas que se encuentran legalmente incapacitadas es el tutor, cuyo poder no es meramente de apoyo, sino de representación y sustitución de la persona mayor. Esta figura se sustenta sobre el supuesto de la total incapacidad de la persona para poder gobernarse a sí misma, como consecuencia de su situación física o psíquica. La figura de la tutela y del tutor no da opciones a que se pueda establecer un gradiente de capacidades en la persona y, por lo tanto, de contemplar solamente la protección en aquellas capacidades eliminadas e irrecuperables; algo que no encaja en el actual sistema, si tenemos en cuenta lo que establece el artº 269.3 del CC, cuando señala como obligación del tutor «promover la adquisición o recuperación de tutelado y su mejor inserción en la sociedad».

Por ello, entendemos que el propio Código Civil deja puertas abiertas para no dictar sentencias absolutas de incapacitación cuando plantea la necesidad de establecer sentencias adaptadas a las capacidades de las personas, con el fin de evitar sentencias absolutas de incapacitación, cuando prevé el establecimiento de «medidas cautelares» como mecanismos de protección en personas que pueden correr el riesgo de sufrir algún tipo de abuso, sin que esté declarada la incapacitación ni nombrado tutor, y cuando recurre a la figura del «guardador de hecho», para que informe y rinda cuentas de su gestión.

Como plantea García Pons, al analizar el principio de autonomía personal de las personas con discapacidad que se deriva de la LAAD a la luz del artº 760 de la LEC, debería cambiarse la terminología de «proceso de incapacitación» y de «presunto incapaz» por los de «proceso de capacitación» y «presunto capaz», ya que la Ley permite la graduación de la capacidad y la constitución de la curatela;

se trata de ver la cuestión desde el punto de vista positivo o activo, desde la óptica de la capacidad de la persona y de sus posibilidades en la esfera jurídica, más que desde el aspecto negativo de la incapacidad de obrar [...] Ello supone cambiar el concepto de persona con problemas que necesita una atención especial por el de ciudadano con especial dificultad para disfrutar de los derechos constitucionales (García Pons 2008: 64-65).

En nuestra opinión, la responsabilidad del «guardador de hecho» puede ser similar a la de un tutor: velar por los intereses de la persona a la que presta la guarda y garantizar su atención personal y protección patrimonial. La ventaja fundamental de la «guarda de hecho» frente a otras figuras jurídicas de protección (tutor, curador), radica en la voluntariedad de la protección con la que el guardador de hecho ampara al presunto incapaz; es decir, la protección que se ofrece es libre y, a priori, desinteresada, y el guardado acepta la situación en la que una persona de su confianza se encarga de sus asuntos cotidianos. Sin embargo, aunque puede ser un sustitutivo del procedimiento de incapacitación, en la actualidad no ofrece las suficientes garantías de protección hacia el presunto incapaz, por lo que se deberá legislar sobre su alcance, competencias y responsabilidades.

Nuestra postura aboga por redefinir la figura del guardador, administrador, asistente u otras análogas, que acompañen y velen por la calidad de vida de las perso-



nas mayores, sin necesidad de plantear sentencias basadas en la ausencia total de capacidades, sino en las posibilidades de las personas, prestándoles los apoyos necesarios. Esta es también la postura que mantienen los Defensores del Pueblo o figuras similares al referirse a este tema y es como se viene planteando en otros países e incluso en las reformas que se están estudiando en otras Comunidades Autónomas.

Concluimos haciendo nuestras las palabras de Santos Urbaneja, fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba, cuando afirma que

Es tristemente frecuente que desde el ámbito jurídico se acuda a la incapacitación judicial como receta universal cuando tal medida es a todas luces excesiva y perfectamente evitable. Hoy existen mecanismos jurídicos diversos para proteger sin incapacitar... La comprensión cabal del concepto legal de incapacidad (artº. 200 CC), la utilización de determinadas posibilidades notariales y el aprovechamiento de otras instituciones como la Guarda de Hecho y las medidas de protección del Art. 216 del CC (artº. 762 LEC) permiten proteger al anciano preservando al propio tiempo sus derechos y su dignidad (Santos Urbaneja, 2001: 85).

BIBLIOGRAFÍA

- ELÓSEGUI SOTOS, A. (2007). Aspectos Judiciales. Taller. En MADRAZO JUANES, J.L., BASOKO EIZAGIRRE, J.L., POZO CHICO, J.I. del (dirs.). *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*. Congreso estatal. Donosita. San Sebastián. 9-10 de marzo de 2006. Ponencias. (87-114) San Sebastián: Diputación Foral de Guipuzcoa.
- FÁBREGA RUIZ, C. (2006). *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- GANZENMÜLLER ROIG, C. (2009). La Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales. III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad. Logroño, 7-8 mayo (en papel).
- GARCÍA CANTERO, G. (2003). Estudio comparado de tutela. En SERRANO GARCÍA, I. (coord.). *La protección jurídica de discapacitado*. (85-120). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Editorial Universitaria. Centro de Estudios Ramón Areces.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1999). La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo. En *Revista Actualidad Civil*, núm. 21: 553-581.
- MERÍN CAÑADA, T. (1999). La protección jurídica de las personas mayores. *Revista Multidisciplinar de Gerontología*, vol. 9, núm. 1: 25-41.
- MAS QUINTANA, M. (2003). Familia, guarda de hecho y derecho de las personas mayores. En *Revista Multidisciplinar de Gerontología*. 13 (4): 267-270.
- OMS: Organización Mundial De La Salud (1994). *Décima Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10, 1992)*. Madrid: Publicaciones INSERSO.
- (2001). *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)*. Madrid: Publicaciones INSERSO. Colección Rehabilitación.

- PEDRO MIMBRERO, J.J. de (1998). Reforma del Código Civil en materia de tutela (Ley 13/1982 de 24 de octubre). En JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *La tutela de las personas mayores incapacitadas* (53-84). Valladolid: Gerencia de Servicios Sociales.
- RECOMENDACIÓN R (99)4 del Comité de Ministros de la Unión Europea sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660ª reunión de Delegados de los Ministros; puede consultarse el texto en <http://www.imsersomayores.csic.es/documentacion/documentos/registro.jsp?iPos=6&cid=1021&indId=0>.
- RUEDA ESTRADA, J.D. (2009). *Fundaciones tutelares y Personas Mayores. Valor estratégico del servicio pretutelar*. Valladolid. Servicio de publicaciones de la Universidad de Valladolid.
- SANTOS URBANEJA, F. (2001). Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores: ¿Qué debemos proteger?, ¿Qué significa capacidad para decidir por sí mismas? En GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (coord.). *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas Mayores* (71-86) Córdoba: Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur.
- SEGURA ZURBANO, J.M. (2007). Preparación de la tutela. Instrumentos disponibles para facilitar al futuro tutor el ejercicio de su responsabilidad. En MADRAZO JUANES, J.L., BASOKO EIZAGIRRE, J.L. y POZO CHICO, J.I. del (dirs.). *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*. Congreso estatal. Donosita. San Sebastián. 9-10 de marzo de 2006. Ponencias. (41-56). San Sebastián: Diputación Foral de Guipuzcoa.
- VARELA AUTRÁN, B. (2008). La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras. En MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. (dir.). *La defensa Jurídica de las personas Vulnerables*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto 2007 (73-123). Pamplona: Ed. Aranzadi.
- XII JORNADAS AEQUITAS SOBRE CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, organizadas en colaboración con el Ayuntamiento de Madrid; <http://www.aequitas.org/?do=filetools.getDocument&id=2082>.
- XXX JORNADAS ORGANIZADAS POR LA FUNDACIÓN AEQUITAS Y EL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL INGRESO INVOLUNTARIO, celebradas en Madrid los días 9 y 10 de marzo de 2009. El texto puede descargarse en la página web de la Fundación: <http://www.aequitas.org>.
- XVIII JORNADAS Aequitas LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. I-2007, Fundación Aequitas: www.aequitas.org, apartado Jornadas Aequitas.
- 23 JORNADAS DE COORDINACIÓN: *Las personas en situación de desprotección social grave: defensa de sus derechos*; Conclusiones Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo. Oviedo, Octubre 2008. En http://www.procuradorageneral.es/es/eventos/23_jornadas/conclusiones.php (consulta en abril 2009).

