

NOVEDADES DE LA LEY 8/2021 PARA PERSONAS CON PROBLEMAS DE SALUD MENTAL

**GUÍA EN 100 PREGUNTAS
para trabajadores,
familias y usuarios**

M^a Jesús Germán Urdiola - José Fernández Iglesias

NOVEDADES DE LA LEY 8/2021 PARA PERSONAS CON PROBLEMAS DE SALUD MENTAL

GUÍA EN 100 PREGUNTAS para trabajadores, familias y usuarios

Autores:

***M^a Jesús Germán Urdiola
José Fernández Iglesias***

Edita:

Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental

Primera edición: Zaragoza, junio de 2021

Fórum
de entidades aragonesas
salud mental
www.fadesaludmental.es
info@fadesaludmental.es

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 6

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 9

- 1.- *¿Qué es la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad?*
- 2.- *¿Qué aporta la Convención Internacional a las personas con problemas de salud mental?*
- 3.- *¿En qué consiste la transposición a la legislación española de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad?*
- 4.- *¿Afecta la Convención y la reforma aprobada a las derechos forales?*

LA CAPACIDAD EN LA NUEVA REGULACIÓN 16

- 5.- *¿Se puede incapacitar a un enfermo mental?*
- 6.- *¿Qué se puede hacer cuando la persona con problemas de salud mental tiene problemas para expresar su voluntad?*
- 7.- *¿Qué son los apoyos necesarios?*
- 8.- *¿Qué valor tienen las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?*
- 9.- *¿Qué significa que hay que respetar la voluntad del enfermo mental?*
- 10.- *¿Cómo se controla que la medida de apoyo respeta la voluntad del afectado?*
- 11.- *¿Qué funciones tienen los notarios?*

MENORES DE EDAD 26

- 12.- *¿Pueden ser tutelado un menor de edad?*
- 13.- *¿Qué pasa con la patria potestad prorrogada?*
- 14.- *¿Qué medidas de apoyo y salvaguardas introduce la ley para los hijos con discapacidad en los casos de nulidad, divorcio o separación?*
- 15.- *¿Qué diferencias existen en Aragón en relación con la capacidad de los menores de edad?*

MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 33

- 16.- *¿Qué mecanismos existen para garantizar el ejercicio de la capacidad de los enfermos mentales que tienen problemas para expresar su voluntad?*
- 17.- *¿Qué medidas de apoyo contempla la Compilación aragonesa?*

MEDIDAS PREVENTIVAS PARA NECESIDADES DE APOYO (Autocuratela, poderes preventivos e instrucciones previas) 36

- 18.- *¿Qué es la autocuratela?*
- 19.- *¿Qué son los poderes preventivos?*
- 20.- *¿Qué ventajas tiene hacer unos poderes preventivos?*
- 21.- *¿Vincula al juez lo establecido en los poderes preventivos?*
- 22.- *¿Qué tipos de poderes preventivos existen?*
- 23.- *¿Cómo se acredita que se ha producido la situación de necesidad de apoyo prevista en el poder preventivo?*
- 24.- *¿Cómo se extinguen los poderes preventivos?*
- 25.- *¿Qué es un mandato sin poder?*
- 24.- *¿Qué son las instrucciones previas?*
- 25.- *¿Vinculan las medidas establecidas en las instrucciones previas?*

GUARDA DE HECHO 49

- 28.- *¿Qué es la Guarda de Hecho?*
- 29.- *¿Para qué actos el guardador de hecho precisa autorización judicial?*
- 30.- *¿Cuándo se extingue la guarda de hecho?*

LA CURATELA 53

- 31.- *¿Qué es la curatela?*
- 32.- *¿Qué es una curatela asistencial?*
- 33.- *¿Qué es una curatela representativa?*
- 34.- *¿Quién puede ser curador?*
- 35.- *¿Se puede nombrar a más de un curador?*
- 36.- *¿Es obligatorio el cargo de curador?*
- 37.- *¿Puede percibir alguna retribución el curador por ejercer el cargo?*
- 38.- *¿Puede ser cesado el curador designado por la autoridad judicial?*
- 39.- *Nombramiento y obligaciones del curador*

- 40.- *¿Es obligatorio hacer inventario para ejercer el cargo de curador?*
- 41.- *¿Para qué actos necesita autorización judicial el curador?*
- 42.- *¿La curatela es para siempre?*
- 43.- *¿Cómo se hace la rendición de cuentas anuales?*
- 44.- *¿Qué obligaciones tiene el curador cuando se extingue la curatela?*
- 45.- *La tutela y la curatela en el derecho foral aragonés*

EL DEFENSOR JUDICIAL 72

- 46.- *¿Qué es un defensor judicial?*
- 47.- *¿En qué casos es necesario?*
- 48.- *¿Cómo se nombra al defensor judicial?*
- 49.- *¿A quién se puede nombrar defensor judicial?*

RESPONSABILIDAD DERIVADO DE LOS CARGOS DE APOYO 76

- 50.- *La responsabilidad civil de las personas con discapacidad mental.*
- 51.- *La responsabilidad civil de las personas encargadas de prestar los apoyos.*
- 52.- *¿Cómo se prueba la culpa o negligencia?*
- 53.- *¿Cuándo prescribe la responsabilidad civil?*
- 54.- *¿Qué es la responsabilidad civil derivada de los delitos?*

ENAJENACIÓN DE BIENES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD 82

- 55.- *¿Hace falta autorización para vender o gravar bienes de la persona afectada?*
- 56.- *¿Quién puede solicitar la autorización?*
- 57.- *¿Cómo se tramita la autorización?*

LAS SUCESIONES 85

- 58.- *¿Qué es un testamento?*
- 59.- *Particularidades del Derecho Foral en Aragón.*
- 60.- *¿Es conveniente realizarlo?*
- 61.- *¿Qué trámites hay que hacer para aceptar una herencia?*
- 62.- *¿Qué impuestos hay que pagar?*

- 63.- *¿Pueden las personas con discapacidad mental testar?*
- 64.- *¿Se puede impugnar el testamento otorgado por un enfermo mental?*
- 65.- *¿Puedo testar a favor de mi curador?*
- 66.- *¿Puedo testar a favor de la entidad en la que me atienden?*
- 67.- *¿Puedo testar a favor de mi cuidador?*
- 68.- *¿Existen sanciones para los herederos por conductas irregulares con las personas con discapacidad?*
- 69.- *¿Se puede dejar la herencia a cualquier persona?*

CONTRATOS 100

- 70.- *¿Puede firmar un contrato una persona con discapacidad?*
- 71.- *¿Se pueden rescindir los contratos suscritos por las personas con discapacidad?*
- 72.- *¿Quién puede ejercer la acción de nulidad de un contrato?*
- 73.- *¿Qué contratos son nulos?*

PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS DE APOYO 104

- 74.- *¿Cómo se conocen las medidas preventivas y de apoyo en el Registro Civil?*
- 75.- *¿Si no puede acceder al Registro Civil, como se conocen las medidas de apoyo?*
- 76.- *El registro de Instrucciones Previas*

INTERNAMIENTOS Y TRATAMIENTOS INVOLUNTARIOS 111

- 77.- *Ingresos, tratamientos involuntarios, su adaptación a la convención*
- 78.- *¿Qué es un internamiento involuntario?*
- 79.- *¿Quién decide/ordena el ingreso involuntario?*
- 80.- *Internamiento involuntario (o no voluntario) ordinario.*
- 81.- *Internamiento involuntario por la vía de urgencia.*
- 82.- *Los familiares y los internamientos involuntarios*
- 83.- *Contenido del Protocolo de Coordinación para la atención y traslados del paciente agitado en Aragón.*
- 84.- *Requisitos médicos en el internamiento involuntario por vía de urgencia.*
- 85.- *Requisitos judiciales de control del internamiento involuntario*
- 86.- *¿Cuándo finaliza el internamiento involuntario?*

- 87.- *Una vez autorizado el internamiento involuntario en centro psiquiátrico ¿permite dicha autorización el tratamiento médico psiquiátrico sin consentimiento?*
- 88.- *¿Qué garantías jurídicas existen frente a internamientos ilegales?*
- 89.- *¿Qué son las medidas de seguridad derivadas de un proceso penal?*

PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO 132

- 90.- *¿Cómo se puede poner en conocimiento del juzgado la necesidad de iniciar un procedimiento de provisión de apoyos?*
- 91.- *¿Qué ajustes tienen las personas con discapacidad en los procedimientos judiciales?*
- 92.- *¿Qué es un expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad?*
- 93.- *¿Cómo se revisan las medidas de apoyo establecidas judicialmente?*
- 94.- *¿Cómo se tramita la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad cuando existe oposición?*
- 95.- *¿Qué contenido tienen la sentencia en la nueva regulación?*
- 96.- *¿Qué recursos se pueden interponer contra la sentencia de provisión de apoyos?*
- 97.- *¿Qué son las medidas cautelares?*
- 98.- *¿Qué trámites tienen las medidas cautelares?*

NORMAS TRANSITORIAS 146

- 99.- *¿Qué pasa con las tutelas y curatelas anteriores a la Ley?*
- 100.- *¿Qué pasa con las tutelas existentes y con los procedimientos incapacitación en trámite?*

ANEXO 147

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

PRESENTACIÓN

Con la aprobación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y su publicación en el BOE el tres de junio, se ha consumando un paso importante en la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención).

Esta modificación afecta al Código Civil, a las leyes del Notariado, Hipotecaria, Enjuiciamiento Civil, Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Registro Civil, y de Jurisdicción Voluntaria, entre otras.

Los cambios que introduce son importantes. Como recoge la exposición de motivos, “no se trata de un mero cambio de terminología, estamos ante un nuevo enfoque, en el que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos”

La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, que debe respetar la máxima autonomía de la persona afectada, hasta el punto de que la determinación del “interés superior objetivo” que ha venido rigiendo hasta la fecha, se sustituye por la “mejor interpretación posible de la voluntad”, incluso en casos excepcionales en los que la persona no pueda expresarla.

La reforma ha seguido los criterios del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que interpreta el derecho a decidir como guía absoluta en las decisiones de la persona y que conlleva “el derecho a asumir riesgos y cometer sus propios errores”, lo que coloquialmente se denomina “el derecho a equivocarse del enfermo mental”.

Ante este nuevo paradigma, surgen importantes problemas de carácter especialmente interpretativo entre los que podemos destacar: a) la falta de concreción en la reforma del Código Civil del término “situaciones excepcionales” que permiten decidir por representación; b) no siempre será posible conocer “la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores”, ni saber “los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Al margen de opiniones, la amplitud de las modificaciones ahora aprobadas implica un cambio de mentalidad que nos obliga a adaptarnos e interpretar la actual normativa desde una perspectiva diferente. El cambio de paradigma parte de la fecha de aprobación de la Convención, especialmente desde su ratificación y

entrada en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 3 de mayo de 2008, que implicó cambios sustanciales en el modo de dictar sentencias por nuestros Tribunales que les ha llevado a dictar “trajes a medida” tras la evaluación de cada uno de los supuestos concretos que se les plantea huyendo de sentencias estereotipadas o genéricas; una de las sentencias de especial relevancia en la materia es la dictada por el Tribunal Supremo el 29 de abril de 2009.

La reforma aprobada del Código Civil en materia de capacidad no es de aplicación en algunas Comunidades Autónomas como Aragón en las que su derecho propio mantiene su vigencia, de forma que una persona con problemas de salud mental pueda ser incapacitada en nuestra comunidad autónoma y sometida al régimen de la tutela y en Madrid esto no es posible; pero el conocimiento de la reforma es necesario en todos los territorios dado que no solo afecta al Código Civil, también a otras leyes nacionales (Ley de Enjuiciamiento Civil, de Jurisdicción Voluntaria, Registro Civil, Hipotecaria, etc.) que si son aplicables.

Este trabajo tenía como finalidad realizar una actividad formativa del contenido de la reforma nacional en materia de capacidad y remarcar las diferencias con la legislación foral aragonesa, por lo en un principio únicamente estaba dirigido a los profesionales de las entidades del FÓRUM DE ENTIDADES ARAGONESAS DE SALUD MENTAL, que gestionan los recursos de rehabilitación psicosocial del Gobierno de Aragón y su difusión entre los usuarios y familiares; pero la necesidad de “transformación de la mentalidad social” y la importancia de las modificaciones en materia de discapacidad nos ha llevado a ampliar su difusión en aras a que el pueda beneficiar a todos aquellos a quien interese.

El trabajo se ha elaborado teniendo en especial consideración la problemática de que adolecen las personas con problemas de salud mental. Como metodología de trabajo hemos optado por sistema de preguntas entre las que hemos intentado incluir las más habituales con las que nos vamos a encontrar a partir de la entrada en vigor de la reforma: ¿Qué se puede hacer cuando la persona con problemas de salud mental tiene problemas para expresar su voluntad?; ¿Qué son los apoyos necesarios?; ¿Cómo influye el nuevo criterio de capacidad jurídica en relación con responsabilidad civil?, etc.

Nos encontramos ante un cambio de mentalidad con origen en una reforma de gran calado, que inicia un nuevo camino en el que sin duda nuestros tribunales van a tener un papel preferente, especialmente en cuanto a la interpretación del punto más cuestionado de la reforma: hasta dónde llega el respeto a la voluntad cuando la persona tiene dificultades para manifestarla y qué se entiende por “situaciones excepcionales”, al que tampoco van a ser ajenos los tribunales aragoneses, que seguirán aplicando directamente los criterios de la Convención, y en

concreto su artículo 12,4: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Sin duda, los diferentes derechos forales y el aragonés, deberán comenzar los trámites para adecuarse y aunque la normativa nacional señalará el camino, pueden ser un buen instrumento para tratar de corregir o matizar algunos criterios del Comité, que ha prescindido del respeto a “los derechos” de la persona con discapacidad que recoge el mencionado art. 12.4 de la Convención, estableciendo únicamente que las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera.

La Convención y la reforma aprobada nos enfrentan a una nueva realidad social cuyo camino no ha hecho más que comenzar. La reforma de los internamientos y tratamientos involuntarios, en base al criterio del Comité que, “sin consentimiento, no hay tratamiento”, que ya ha requerido a España para que deje sin efecto las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan estas materias, anuncian las siguientes reformas en esta Ley y la de Autonomía del Paciente.

Ante esta situación, es necesario que las personas afectadas cuenten con información suficiente para entender y valorar una nueva realidad que sin duda despertará incertidumbres en diversos aspectos, con sus luces y sombras; el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia contribuirán a clarificar las expectativas y a modular las incógnitas a las que los distintos operadores en la materia nos veremos inmersos día a día, especialmente en su aplicación práctica.

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.- ¿Qué es la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad?

Es un instrumento internacional de las Naciones Unidas destinado a proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por España el 21 de abril de 2008 entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, fecha en la que pasó a formar parte del nuestro Ordenamiento Jurídico.

La Convención supuso un gran avance en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, al dotar a este sector de un instrumento jurídico que recoge buena parte de sus derechos hasta entonces dispersos en diferentes normativas nacionales e internacionales.

El propósito de este tratado es promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad, así como el respeto de la dignidad que como personas les es inherente.

El cambio introducido con este texto, es que se contempla la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, convirtiendo a las personas con discapacidad en auténticos sujetos de derecho y no en meros receptores de servicios asistenciales.

La Convención establece como principios:

- *El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual (incluida la libertad de tomar las propias decisiones), y la independencia de las personas.*
- *La no discriminación.*
- *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.*
- *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humana.*
- *La igualdad de oportunidades.*
- *La accesibilidad.*
- *La igualdad entre el hombre y la mujer.*
- *El respeto a la evolución.*

Consecuencia de ello es la obligación de los Estados Parte de Adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier índole, necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, con el fin de modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que supongan discriminación para las personas con discapacidad.

A raíz de la Convención, los Estados Parte se comprometen a:

- *Tener en cuenta en todas las políticas y programas los derechos de las personas con discapacidad para evitar, mediante la adopción de las medidas pertinentes, que ninguna persona, empresa u organización discriminen por razón de discapacidad.*
- *Elaborar políticas proactivas destinadas a promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios o instalaciones de diseño universal, que requieran la menor adaptación y costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, así como normas y directrices.*
- *Emprender o promover la investigación y desarrollo, disponibilidad y uso de nuevas tecnologías (incluidas información y comunicaciones), ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible.*
- *Proporcionar información accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo.*
- *Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la Convención a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.*

Referencia legislativa:

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,
<https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

2.- ¿Qué aporta la Convención Internacional a las personas con problemas de salud mental?

La principal aportación es el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto, en todos los aspectos de la vida. Para ello, los Estados Parte habrán de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el

apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, proporcionando salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

La Convención destaca la necesidad de erradicar el problema de las barreras en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. En su preámbulo establece que la discapacidad: “es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

En el ámbito de la salud mental, las barreras añaden a quienes las padecen sufrimientos no atribuibles a la enfermedad, relacionadas con el miedo y los prejuicios basados en el desconocimiento, que causan importantes menoscabos en su bienestar, adaptación y participación social, dando lugar al denominado “estigma mental”. Como se ha expuesto en las prioridades del nuevo Plan de Salud Mental para Aragón: “no hay duda de que la lucha contra la discriminación debe ser el primer objetivo de actuación, no solo porque constituye la forma más directa del daño infligido a este tipo de paciente, sino también porque ayuda a disminuir su estigmatización”

La Convención realiza otra importante aportación al definir en su artículo primero a “las personas con discapacidad” indicando que el término: “incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Esta definición introduce la importante novedad de diferenciar la deficiencia mental, de la física, sensorial e intelectual.

En la actualidad, se sigue confundiendo en muchos ámbitos la discapacidad intelectual con la discapacidad derivada de problemas de salud mental, o se utiliza el término discapacidad psíquica para incluir las dos discapacidades

(intelectual y mental), que, aunque correcto, no contribuye a clarificar la situación, dado que la problemática de las personas afectadas por ambas discapacidades es sustancialmente diferente, por ello la importancia de la definición de discapacidad en la Convención.

3.- ¿En qué consiste la transposición a la legislación española de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad?

La Convención es Derecho positivo y forma parte del Ordenamiento Jurídico Español desde su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008. Sus normas son aplicables e invocables ante nuestros Tribunales de Justicia desde dicha fecha, tal y como viene haciendo el Tribunal Supremo desde su sentencia de 29 de abril de 2009; pero la eficacia y seguridad jurídica necesaria implican la necesidad de revisión y adaptación de las normas con el fin de evitar posibles controversias entre nuestra legislación interna y la Convención.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, estableció en la Disposición Adicional 7ª que: “El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del Ordenamiento Jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que la precisen”

La transposición de la Convención a la normativa española es una operación compleja dado que nuestra normativa es variada y se encuentra dispersa.

La ley recientemente aprobada, aunque con retraso, da cumplimiento a este mandato, y modifica con tal finalidad múltiples artículos del Código Civil, Ley del Notariado, Ley Hipotecaria, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Registro Civil y Jurisdicción Voluntaria; sin embargo, no ha incidido ni modificado la materia relativa a internamientos involuntarios regulada en los arts. 763 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni tampoco la Ley de Autonomía del Paciente.

Estas últimas adaptaciones estaba previsto hacerlas paralelamente a la modificación aprobada; con esta idea, la Sección Procesal de la Comisión General de Codificación elaboró un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, que fue retirado por no llegar a un consenso para su presentación.

El 11 de mayo del año en curso, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española con el fin de adaptarlo a

la Convención; su modificación estaba prevista para el Consejo de Ministros de diciembre de 2018, pero no pudo ser tramitada parlamentariamente debido a la convocatoria anticipada de elecciones generales y la disolución de las Cortes Generales (https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf).

Con la actual aprobación del anteproyecto, la propuesta se ha trasladado al Congreso, iniciándose los trámites parlamentarios para la modificación del art. 49 de la Constitución.

La redacción propuesta modifica íntegramente el texto, tanto desde el punto de vista del lenguaje (eliminado la expresión disminuidos y sustituyéndola por el de “persona con discapacidad”), como del de su estructura y contenido, con el fin de adecuarlo a los principios de la Convención. Hasta ahora, el art. 49 establece que, “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 ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Con la redacción propuesta, el art. 49 previsiblemente establecerá que, “Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.”

Referencia legislativa:

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-13241>

4.- ¿Afecta la Convención y la reforma aprobada a los derechos forales?

Los derechos forales tienen su origen en la Edad Media, con diversas vicisitudes históricas se ha mantenido en nuestro Ordenamiento Jurídico en diversas Comunidades Autónomas.

El art. 149 de la Constitución Española dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, pero reconoce la existencia de estos derechos forales y la competencia de las Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollarlos allí donde existan.

Actualmente, Aragón, Navarra, País Vasco, Cataluña, Islas Baleares y Galicia se dotan de Compilaciones que recogen estos derechos, aplicándose el Código Civil como derecho supletorio en conformidad con lo establecido en el art. 13.2 del Código Civil y 149.3 de la Constitución.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por España el 21 de abril de 2008 entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, fecha desde la que pasa a formar parte del nuestro Ordenamiento Jurídico, motivo por el que las Compilaciones forales han de adecuarse a la misma.

Con la entrada en vigor de la Reforma para adaptar a la Convención se da paso a una modificación de gran calado que afecta a un sector muy amplio en el Ordenamiento Jurídico al introducir un nuevo concepto de capacidad. En el nuevo escenario que se nos presenta la capacidad no puede ser modificada al ser una condición inherente a la persona. Las personas con discapacidad cuentan con capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, contando, en su caso, con los apoyos necesarios.

Las Compilaciones mantienen su vigencia, aunque contengan medidas que no estén en consonancia con las normas estatales ahora aprobadas con motivo de la supletoriedad del Código Civil en estos territorios; tal situación puede provocar discrepancias entre las diferentes Comunidades Autónomas, (por ejemplo, que una persona con problemas de salud mental pueda ser incapacitado en Aragón y sometido al régimen de la tutela y en Madrid esto no es posible).

La reforma también afecta a otras leyes de aplicación nacional que puede generar problemas de armonización, como por ejemplo las regulaciones sobre procedimientos judiciales de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de Jurisdicción Voluntaria, aplicables en Comunidades que cuentan con Compilaciones en las solamente el Código Civil es supletorio, pero no el resto de las normas.

La reforma de las Compilaciones es necesaria y, en cierta forma, obligatoria, ya que el nuevo paradigma de la Convención afecta a todas las vigentes, con independencia de que regulen específicamente o no instituciones de protección de las personas con discapacidad.

Algunas Comunidades ya han empezado a dar los primeros pasos en la tarea, intentando aplicar los criterios interpretativos del Comité, que introduce en sus Observaciones aspectos que van más allá de lo estrictamente establecido por la Convención, sobre todo en lo referente a la eliminación del interés superior de la persona con discapacidad hasta en los casos que sea imposible que este manifieste su voluntad.

Más pronto que tarde, las Compilaciones comenzarán los trámites para adecuarse a la Convención, y aunque la normativa nacional señalará el camino, los derechos forales pueden ser un buen instrumento para tratar de corregir o matizar los criterios de la voluntad que tímidamente quieren recoger las normas de procedimiento.

Referencias legislativas:

Art. 149,3 Constitución Española.

Art. 13,2 del Código Civil.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas.

LA CAPACIDAD EN LA NUEVA REGULACIÓN

Se parte del principio que una persona con discapacidad se encuentra, en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que el resto en cuanto a capacidad jurídica; dicha capacidad se refiere tanto a la titularidad de los derechos como a la capacidad para ejercerlos. La idea central de la reforma es proporcionar el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que iguala a todas las personas, tengan o no discapacidad, desde el respeto de la voluntad, deseos y preferencias y establece las salvaguardias necesarias en caso de que se precisen con el fin de garantizar sus derechos.

5.- ¿Se puede incapacitar a un enfermo mental?

Con la entrada en vigor de la reforma del Código Civil ninguna persona mayor de edad puede ser incapacitada. Se ha modificado el Título XI del Libro Primero del Código Civil, que pasa a denominarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. La base de la nueva regulación no es la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.

Como recoge la exposición de motivos de la nueva Ley, “no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio”

Este es el principio general que marca la reforma: todas las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica, y la situación de discapacidad no puede servir de base para limitarla.

6.- ¿Qué se puede hacer cuando la persona con problemas de salud mental tiene problemas para expresar su voluntad?

Esta va a ser la primera pregunta que se van a plantear los familiares tras la lectura del nuevo texto del Código Civil. Se ha eliminado la posibilidad de incapacitar y se ha introducido un nuevo enfoque: “las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado”; en consecuencia, ya no existen procedimientos de incapacitación.

Cuando nos encontramos ante una situación en que exista un defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona, la respuesta es la adopción de medidas de apoyo, que solo se pueden imponer en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador a través del correspondiente procedimiento judicial que ahora se denomina “de medidas judiciales de apoyo”.

El procedimiento puede ser promovido por la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos.

El Ministerio Fiscal deberá promover este proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda.

7.- ¿Qué son los apoyos necesarios?

Con la nueva regulación, cuando una persona con problemas de salud mental se encuentre con dificultades en la toma de sus decisiones, la respuesta no es instar un procedimiento de incapacitación, que en la legislación anterior finalizaba con el nombramiento de un tutor o curador.

Ahora, la solución es la adopción de “las medidas pertinentes” para proporcionarles acceso “al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. La capacidad jurídica es igual para todas las personas con discapacidad, si bien existirán diversas modalidades de ejercicio en función de los apoyos que se precisen.

La nueva regulación del Código Civil no concreta en qué consiste la prestación de apoyos. El art. 249 solo indica que los encargados del apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad con la “finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus

derechos fundamentales y deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. También fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En definitiva, el criterio es la “procapacidad plena”.

La ley aprobada no consagra expresamente el derecho de la persona con discapacidad a rechazar el apoyo; parece que podrían imponerse estas medidas aun en contra de su voluntad, dado que en el procedimiento de modificación de capacidad de obrar es preceptiva la citación por el juez al afectado por la medida, al que oír en todo caso, para posteriormente -tras analizar las circunstancias del caso concreto- decidir lo que estime más conveniente para la persona afectada, tomando en consideración todos los factores existentes. El tema es controvertido y los tribunales habrán de discrepar las dudas existentes en la materia.

Referencia legislativa:
Art. 249 del Código Civil.

8.- ¿Qué valor tienen las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (en adelante el Comité) es el órgano de garantía de la Convención compuesto por expertos independientes que supervisan su aplicación.

Desempeña las funciones que le atribuye la Convención y su Protocolo facultativo en relación con los derechos de las personas con discapacidad (examen de los informes de los estados partes, de denuncias o comunicaciones de particulares, publicación de observaciones, etc).

La reforma para adaptar la legislación a los principios de la Convención sigue los dictámenes del Comité, que interpreta el derecho a decidir como guía absoluta en las decisiones de la persona e “incluye el derecho a asumir riesgos y cometer sus propios errores” (lo que comúnmente denominamos “el derecho a equivocarse del enfermo mental”), propugnando el abandono del “interés objetivo de la persona” en el que se sustentaba la legislación anterior y sustituyéndolo por un “interés subjetivo” en el que prima la voluntad y los deseos del afectado.

La postura adoptada por el Comité ha sido calificada en algunos ámbitos de radical, o cuando menos “necesitada de matizaciones”, dado que los resultados que pueden derivarse de la estricta aplicación del interés subjetivo pueden ser

especialmente perjudiciales para las personas con problemas de salud mental, entre otros extremos, por su vulnerabilidad.

Al margen de la interpretación que realicen nuestros tribunales, existe un importante debate sobre el valor y obligatoriedad de las Observaciones del Comité, así como de su posible carácter vinculante. Nuestro Tribunal Constitucional mantiene la doctrina contraria al valor vinculante, así se deduce del contenido de la sentencia 70/2002, de 7 de abril en la que se indica que: “Las observaciones que en forma de Dictámenes emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia”; sin embargo, el Tribunal Supremo se ha apartado de esta doctrina en la sentencia 1263/2018, de 17 de julio, que resuelve un supuesto de discriminación de la mujer, haciendo constar que: “aunque ni La Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y El Protocolo, pues el artículo 24 de La Convención dispone que los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención. Esta sentencia ha sido matizada recientemente en la dictada en el llamado “Caso Banesto” 401/2020, de 12 de febrero, en la que el tribunal relativizó sus afirmaciones al indicar que: “resulta conveniente añadir que no procede equiparar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos. La ley española sólo atribuye a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en determinadas condiciones, la condición de título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme”.

A la vista de estas sentencias es evidente que no existe identidad de criterios entre los tribunales y que habrá que esperar para poder determinar con claridad el punto de vista al respecto del Tribunal Supremo, así como posibles cambios o reafirmaciones en el Constitucional cuyo criterio, a fecha actual, es contrario a reconocer valor vinculante a los dictámenes de los Comités.

Mientras nuestros tribunales aclaran sus posturas, la alternativa más extendida entre la doctrina es que las observaciones y dictámenes de los Comités no pueden ser calificados como obligatorios o vinculantes y equiparables con las sentencias dictadas por tribunales internacionales. Tal postulación no implica que los dictámenes carezcan de efectos jurídicos, dado que no hay que olvidar que

la Comisión es un órgano de supervisión cuyos dictámenes cuentan con valor interpretativo en la línea que establece el art. 10,2 de nuestra Constitución, a los efectos de definir el alcance de los derechos reconocidos en la Convención, con las facultades que le reconoce el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE 22 de abril de 2008) que en modo alguno las dota de carácter vinculante, limitándose a establecer en su art. 6 que: “Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información...Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas...En un plazo de seis meses después de recibir las conclusiones de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.”

Referencia legislativa:

Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad;
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6996>

9.- ¿Qué significa que hay que respetar la voluntad del enfermo mental?

El Código Civil establece en su art. 249, siguiendo los criterios del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (órgano de garantía de la Convención), que las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Este artículo introduce el término “deseos” y prescinde del respeto a “los derechos” de la persona con discapacidad que recoge en primer lugar –y en consecuencia con carácter preferente- el art. 12.4 de la Convención, que en nuestra opinión cuenta con un contenido más objetivo y hubiese contribuido a una mejor transposición de los criterios de la Convención, evitando abusos que puedan producirse en caso de que los deseos de estas personas se vean sometidos a manipulaciones de terceros.

Como ya hemos indicado, a nuestro entender, los criterios del Comité no son vinculantes, como hemos comentado en la pregunta anterior, pero la reforma ha seguido taxativamente sus recomendaciones, sin matizaciones, lo que implica un importante riesgo para algunas personas aquejadas de problemas de salud mental, en las que un respeto absoluto de su voluntad puede implicar una importante merma de sus derechos objetivos.

Uno de las principales preocupaciones que surgen entre los familiares derivadas de la interpretación del Comité en cuanto a capacidad, deriva de la exclusión del

“interés superior de la persona discapacitada” en supuestos en los que “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del interés superior debe ser sustituida por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”, sin embargo, la Convención en ningún momento excluye este interés superior.

Siguiendo con el examen de recomendaciones preocupantes del Comité, cabe destacar entre otras la que establece que: “La persona debe tener derecho de rechazar el apoyo y determinar o modificar la relación de apoyo en cualquier momento” y la más conflictiva “incluido el derecho a asumir riesgos y cometer sus propios errores”. Estas premisas son las que coloquialmente se denominan “el derecho a equivocarse del enfermo mental”.

Es evidente que cualquier decisión tiene sus efectos. Si las decisiones son a todas luces perjudiciales, en una sociedad en la que la enfermedad mental es la gran olvidada, su adopción no solo tendrá consecuencias para la persona afectada, sino que también puede incidir sustancialmente en las familias, que en muchas ocasiones son su principal apoyo colocándoles en situaciones complejas que en modo alguno favorecen a ninguna de las partes implicadas.

El trastorno mental se define como, “una alteración de tipo emocional, cognitivo y/o de comportamiento, en que quedan afectados procesos psicológicos básicos como son la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, la conducta, la percepción, la sensación, el aprendizaje, el lenguaje, etc. Lo que dificulta a la persona su adaptación al entorno cultural y social en que vive y crea alguna forma de malestar subjetivo”

No se pone en duda el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas afectadas por estas limitaciones. No obstante, algunos síntomas derivados de patologías mentales graves pueden afectar a la toma de decisiones, lo que puede dificultar o incluso imposibilitar a la persona afectada a adoptar decisiones libres y sopesadas, aunque cuente con apoyos, por lo que, a nuestro entender, la solución no puede ser el respeto absoluto de la voluntad dejando al margen cualquier otra consideración.

Cuando sea necesario incluir medidas de apoyo con funciones representativas - que permite la reforma en supuestos especiales aun en contra de los criterios del Comité - no siempre será posible tener en cuenta “la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”, como establece el art. 249 del Código Civil. En esos casos, la solución tendrá que pasar por la

aplicación del interés superior objetivo de la persona, que, como venimos indicando, en ningún momento prohíbe la Convención.

No obstante, los criterios esgrimidos, se verán confirmados o cuestionados por las próximas sentencias de nuestros tribunales, que se verán avocados a aclarar y matizar las interpretaciones llevadas a cabo por el Comité.

Referencias legislativas:

Arts. 249 del Código Civil.

Art. 12 de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.

10.- ¿Cómo se controla que la medida de apoyo respeta la voluntad del afectado?

Es necesaria la supervisión permanente por un órgano independiente que garantice que la persona que presta el apoyo respeta su voluntad, y este control no puede ser otro que judicial. Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal han de actuar de oficio desde el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

El art. 249 del Código Civil establece que: “La autoridad judicial (podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera”.

El juez, puede acordar las medidas de control que estime oportunas para garantizar estos derechos y evitar los abusos, conflictos de intereses y la influencia indebida. Las medidas de control se pueden adoptar en el momento de acordar los apoyos en la resolución o en otra posterior.

Al margen de la intervención de la autoridad judicial en situaciones de conflicto en las decisiones con apoyo o en los casos específicos en los que es obligatorio esta supervisión (autorización al curador para determinados actos), uno de los controles más importante es la revisión del propio proceso para garantizar su proporcionalidad y que la medida no dure más de lo necesario; a tal fin el art. 268 del Código Civil establece que: “Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”.

*Referencias Legislativas:
Arts. 249 y 268 del Código Civil.*

11.- ¿Qué funciones tienen los notarios?

La idea central de la reforma es proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; en consecuencia, la nueva regulación elimina en su articulado las referencias a la falta de capacidad para contraer obligaciones y se centra en establecer salvaguardias para que estos apoyos se ejerciten correctamente.

El apoyo del notario a la persona con discapacidad, de acuerdo con lo establecido en los arts. 1 y 147 del Reglamento Notarial, se concreta en su doble carácter como funcionario público (dan fe notarial) y como profesional del Derecho, asesorando a quienes reclaman su servicio, aconsejándoles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que plantean, así como indagando, interpretando y adecuando al Ordenamiento Jurídico la voluntad de los otorgantes.

Tales funciones adquieren especial relevancia cuanto alguno de los otorgantes es una persona con discapacidad, dado que la función del notario también es de aseguramiento y apoyo. La reforma ha convertido la intervención del notario en una medida de apoyo de especial trascendencia facultando y aumentando sus atribuciones en mayor medida que la que venía ostentando hasta la fecha.

Entre las funciones más relevantes de los notarios destaca su “juicio de capacidad”, que dota de fe pública a sus actos, garantizando que la persona que va a elevar a público un acto concreto y determinado cuenta con capacidad suficiente para ello (por ej: otorgar o modificar una escritura pública de poderes preventivos o de autotutela). Su actuación también es determinante en materia testamentaria, tal como establece el art. 665 del Código Civil, “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”, criterio que tienen “presunción iuris tantum” y vincula mientras no sean anulados por una resolución judicial.

A estas funciones de fedatario público, se le unen las que hemos comentado de asesorar y aconsejar, que son comunes para todas las personas, pero que revisten de características especiales en las personas con discapacidad, como pone de manifiesto el art. 665 del Código Civil que indica que el notario debe

procurar: “que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

Este proceso entraña proporcionar los ajustes razonables que sean necesarios para que puedan acceder en condiciones de igualdad respecto de cualquier persona. Estos ajustes, no tienen en principio especial dificultad en la mayoría de los casos de discapacidad física o sensorial, solucionándose con medios técnicos. En este sentido el nuevo art. 25 de la Ley del Notariado establece que, “Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, éstas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”; pero cuando estamos ante problemas de salud mental, la línea que separa a una persona plenamente capaz de otra que empieza a contar con problemas de decisión puede ser complicada y difusa.

La reforma ha fortalecido la figura del notario como medida de apoyo constituyéndole en una salvaguardia frente influencias indebidas y abusos. Debe asegurarse de que el otorgante tiene conocimiento del acto que realiza y de sus consecuencias legales. En consecuencia, el art. 753 del Código Civil impone la utilización del testamento abierto notarial para evitar manipulaciones o influencias indebidas de las personas que prestan servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga, lo que garantiza la voluntad de la persona con discapacidad.

El notario debe utilizar los ajustes razonables que permitan a la persona con discapacidad ejercitar sus derechos; para ello puede recurrir al apoyo de facultativos para asegurarse de que la persona es consciente de sus actos y no se encuentra manipulada o para garantizar el cumplimiento de las previsiones del poder preventivo, mediante la acreditación de la necesidad de los apoyos (art. 257 del Código Civil), o incluso, como se establece en los arts. 56, 57 y 62 de la Ley del Notariado, comunicando al Ministerio Fiscal para que inste la designación de defensor judicial si detecta que la persona con discapacidad actúa sin apoyo suficiente en determinadas actuaciones testamentarias.

Las modificaciones de la reforma en relación con la Ley del Notariado han sido en su mayoría terminológicas, eliminando las referencias a la capacidad modificada y sustituyéndola por la persona discapacitada sujeta a medidas de apoyo,

más acorde a los principios de la Convención; pero su figura ha sido notoriamente reforzada, dotándola de mayor responsabilidad en las normas que regulan la capacidad en el Código Civil.

Referencias legislativas:

Arts. 1 y 147 del Reglamento Notarial.

Arts. 25, 56, 57 y 62 de la Ley del Notariado.

Arts. 257, 665 y 753 del Código Civil.

MENORES DE EDAD

Con la reforma, la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

12.- ¿Pueden ser tutelado un menor de edad?

La mayoría de edad empieza a los 18 años o por emancipación del menor, mediante concesión de los que ejercen la patria potestad o judicial. Para que tenga lugar la concesión se requiere que tenga dieciséis años cumplidos (en Aragón 14 años).

Pueden ser tutelados los menores no emancipados que no se encuentren protegidos a través de la patria potestad o que se encuentren en situación crítica de desamparo, que es la situación en la que se encuentra un menor cuando se produce un incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para su salvaguarda.

Las funciones tutelares constituyen un deber que siempre ha de ejercerse en beneficio del tutelado y bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las funciones tutelares se remiten en gran parte a las normas relativas a la curatela, de aplicación supletoria (art. 224 del Código Civil).

La tutela se constituye por la autoridad judicial mediante un expediente de Jurisdicción Voluntaria.

Referencias legislativas:

Arts. 199 a 234 y 239 a 248 del Código Civil.

13.- ¿Qué pasa con la patria potestad prorrogada?

La reforma ha eliminado la patria potestad prorrogada y rehabilitada que regulaba el art. 171 del Código Civil. La razón esgrimida para ello es que eran figuras demasiado rígidas y poco acordes al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que propone la Convención.

Las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores que, en la mayor parte de los casos, morirán antes que él; a lo

que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, en ocasiones, esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa para los padres. Conforme a esta premisa, la nueva regulación establece que cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría, se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera, lo que no quiere decir que se excluya a los padres para el cargo de curador, ya que siempre habrá que estar al caso concreto.

Lo cierto es que, en la práctica, son las familias las que proporcionan en la mayoría de los casos el soporte necesario para las personas con discapacidad, llevando a cabo en no pocas ocasiones la ardua tarea de sostener, en el más amplio sentido de la palabra, a sus hijos discapacitados proporcionándoles todo lo que necesitan tanto económica como moralmente; por lo que no acertamos a entender la posición del Comité respecto de la idoneidad para el ejercicio del cargo, salvo en contadas ocasiones en las que, por problemas de diversa índole surgen problemas que imposibilitan su asunción.

El art. 254 del Código Civil ha reforzado la participación de los menores mayores de dieciséis años en supuestos en los que sea previsible que, cuando alcance la mayoría de edad precisará de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. En la actualidad, el menor mayor de 16 años puede realizar múltiples actos vinculados a la prestación del consentimiento informado en el ámbito de la salud, o todos los derivados del art. 1263, que permite a los menores de edad no emancipados, “celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”. Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial pueda acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Cabe destacar que el legislador ha introducido la salvedad de que estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”.

Referencia legislativa:
Art. 254 del Código Civil.

14.- ¿Qué medidas de apoyo y salvaguardas introduce la ley para los hijos con discapacidad en los casos de nulidad, divorcio o separación?

Se han modificado algunas reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales cuando hay hijos con discapacidad que precisen apoyo. En concreto, se añade un nuevo segundo párrafo al art. 91 del Código Civil, que regula la necesidad de establecer medidas de apoyo a los hijos que la precisen y que se encuentran próximos a la mayoría de edad: “Cuando al tiempo de la nulidad, separación, o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.”

Se ha dado una nueva redacción al art. 94 del Código Civil, que queda redactado así, “La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad

necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad”.

La nueva regulación presenta importantes diferencias respecto de su redacción anterior, entre las que cabe destacar a título meramente enumerativo:

- a) *la “posibilidad de suspensión” del régimen de visitas en supuestos de reiterados incumplimientos de los deberes impuestos por resolución judicial.*
- b) *“no procede” el establecimiento de régimen de visitas o estancias (y en caso de que exista se suspenderá) en supuestos de procedimientos penales iniciados por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o sexual del otro cónyuge o sus hijos,*
- c) *“tampoco” existirá régimen de visitas cuando la autoridad judicial advierta en el procedimiento la existencia de indicios fundados de violencia de género, salvo que el juzgador lo estime pertinente en beneficio del menor o mayor con discapacidad y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial.*
- d) *“en ningún caso” se fijará régimen de visitas respecto del progenitor en prisión -provisional o por sentencia firme- acordada en procedimiento penal por los delitos señalados en los párrafos precedentes.*
- e) *el juzgador “podrá” acordar un régimen de visitas, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o mayor con discapacidad, adoptando la resolución en interés del menor y teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias.*

Otra diferencia de calado respecto de la normativa anterior es la relativa al uso prorrogado de la vivienda habitual en casos en los que habite un hijo con discapacidad. El antiguo art 96, a la hora de aprobar el acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en el correspondiente procedimiento de nulidad, divorcio o separación, no contemplaba ninguna medida para el caso de existir algún hijo necesitado. El nuevo art. 96, siguiendo los criterios

de la Convención ha introducido una salvaguardia a favor de los hijos con discapacidad de la siguiente forma:

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

En este artículo, cuando se hable de hijos en situación de discapacidad, no se está refiriendo a personas discapacitadas sujetas a medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, sino a la definición de persona con discapacidad de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad; es decir, las afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento, las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, y las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia:

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 extenso para su autonomía personal.

Grado III: Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Referencias legislativas:

Artículos 91, 94 y 96 del Código Civil.

Art. 2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad

Art. 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

15.- ¿Qué diferencias existen en Aragón en relación con la capacidad de los menores de edad?

En Aragón, como en todo el estado, en general la mayoría de edad se alcanza a los 18 años; no obstante, en nuestro Código Foral también se consideran mayores de edad a los menores por el hecho de contraer matrimonio, opción que el Código Civil permitió hasta la reforma de 2015. Otra peculiaridad es que la emancipación de menores se puede obtener desde los catorce años, por lo que podría hacer uso de la medida voluntaria de la autotutela y designar curador desde dicha edad.

Los aragoneses menores de edad están sujetos a la autoridad familiar o, subsidiariamente, a tutela o curatela, pero no a la patria potestad dado que dicha figura no se contempla en el derecho foral aragonés.

La autoridad familiar se asimila a la patria potestad del Código Civil. Es una función inexcusable que implica el deber de crianza y educación de los hijos, que se ejerce personalmente por ambos padres o por uno de ellos, sin excluir la colaboración de otras personas en los casos legalmente previstos, y siempre en interés del menor.

En relación con los menores de edad, la diferencia más destacable, es que la sujeción a la autoridad familiar y por tanto a su representación, termina al cumplirse los catorce años; desde entonces su capacidad se complementa con la asistencia, que no implica se acabe la autoridad familiar (deber de crianza y educación), ya que esta solo finaliza cuando el hijo se emancipe o alcance la situación de mayor de edad.

Por tanto, un menor mayor de catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor, como, por ejemplo, otorgar el documento de “instrucciones previas” a las que se refiere la Ley de Autonomía del Paciente.

En el ámbito económico, los menores pueden llevar a cabo determinados actos sin necesidad de asistencia, como administrar:

- a) *Los bienes que adquiriera con su trabajo o industria.*
- b) *Los que se le hubieren confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos.*
- c) *Los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiere ordenado.*

También puede solicitar, sin necesidad de asistencia, la sustitución de su nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas propias de Aragón.

La prestación de asistencia requiere conocer el acto que el menor se propone realizar y significa considerarlo conforme a sus intereses, por lo que en ningún caso puede ser genérica. Podrá, sin embargo, concederse para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad, cuyas circunstancias fundamentales habrán de especificarse. En Aragón un menor mayor de catorce años será el que firme un contrato de compraventa, no los padres y el notario hará constar que la venta se ha realizado con la asistencia debida.

La asistencia puede ser expresa o tácita y previa o simultánea al acto; puede bastar con la mera presencia sin oposición, no es indispensable su expreso consentimiento; en consecuencia, se asimila a lo que el Código Civil define como curatela asistencial.

Hay que tener en cuenta que el Código Civil se aplica como un derecho supletorio en Aragón, por lo que al menor le serán de aplicación todas las normativas vinculadas a la edad no recogidas en el Código Foral de aplicación a nivel estatal.

Referencias legislativas

Arts. 23 a 30, 93,1 y 151 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas.

MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise. El “apoyo” un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: informales, voluntarias y judiciales, que deben respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

16.- ¿Qué mecanismos existen para garantizar el ejercicio de la capacidad de los enfermos mentales que tienen problemas para expresar su voluntad?

Los mecanismos son las medidas de apoyo, que tienen como función asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Estas medidas, pueden ser:

- a) *Informales: como la guarda de hecho, que puede darse cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.*
- b) *Voluntarias: como la autotutela, poderes preventivos e instrucciones previas (estas últimas reguladas en la Ley de Autonomía del Paciente, sólo para el ámbito sanitario).*
- c) *Judiciales: como la tutela y defensor judicial.*

En el momento de determinar las medidas de apoyo aplicables al caso concreto se procurará evitar situaciones en las que puedan producirse conflictos de intereses o influencia indebida. Con tal finalidad, nuestro Código Civil establece que no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de relación contractual presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

El art. 251 del mismo cuerpo legal prohíbe expresamente a quien desempeñe alguna medida de apoyo:

- 1º.- *Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.*
- 2º.- *Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*
- 3º.- *Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.*

Tales prohibiciones no resultarán de aplicación en las medidas de apoyo voluntarias cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento en que las constituya.

Referencias legislativas:
Arts. 250 y 251 del Código Civil.

17.- ¿Qué medidas de apoyo contempla la Compilación Aragonesa?

El derecho foral aragonés se basa en el principio “*standum est chartae*” que establece que tanto en juicio como fuera de él habrá que actuar conforme a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas establecidas en la Compilación.

Lo más significativo de las medidas de apoyo en Aragón es que en la actualidad persiste la tutela dado al no haber sido derogada por la Reforma. El resto de las medidas coinciden con las del Código Civil, con algunas especialidades derivadas de inexistencia de la patria potestad por la autoridad familiar, de la situación de los menores mayores de catorce años (ver pregunta 15) y de la existencia de la Junta de Parientes.

Se acude a esta última figura en los casos en que está prevista su intervención para evitar otras alternativas, en particular la judicial, con el fin de resolver controversias familiares; también cuenta con una interesante participación en la organización y funcionamiento de las instituciones tutelares.

La Junta de Parientes se constituye por los dos parientes capaces más próximos, uno por cada línea o grupo familiar. Habitualmente su constitución es notarial, pero también se puede constituir judicialmente mediante el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria.

Los acuerdos se adoptan por unanimidad y la asistencia es personal y obligatoria. Si transcurre más de un mes sin haber obtenido acuerdo se podrá optar por acudir a la decisión judicial o en su caso al nombramiento de un defensor judicial.

El acuerdo tiene la fuerza obligatoria de un contrato. La decisión de la Junta, aunque sea negativa, impedirá someter el mismo asunto a otro órgano de decisión. Los procesos para la declaración de invalidez de acuerdo de la Junta se sustanciarán por los trámites del juicio verbal.

La Junta de Parientes interviene en los casos de remuneración por el desempeño de una función tutelar fijando la cuantía y la forma de percibirla (Art. 105).

En los supuestos en los que la autoridad familiar designe a distintas personas para el ejercicio de los cargos tutelares, la Junta de Parientes o en su defecto el Juez, elegirán al designado o designados por uno de ellos (art 113).

En cuanto a designaciones, exclusiones y demás disposiciones propias de la delación voluntaria, la elección efectuada por la Junta de Parientes vinculará al Juez al constituir la institución tutelar (Art. 114), que podrá imponer al tutor la constitución de fianza (Art. 140).

Otra de sus facultades es su intervención en el inventario notarial (Art. 141). También cuenta con un papel destacado en la guarda de hecho, dado que su declaración es suficiente para justificar tal condición así como la necesidad del acto.

Los actos declarados necesarios por la Junta de Parientes serán válidos; el resto serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida (Art. 159).

Referencia legislativa:

Arts. 105, 113, 114, 140, 141, 159 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas

MEDIDAS PREVENTIVAS PARA NECESIDADES DE APOYO

(Autocuratela, poderes preventivos e instrucciones previas)

A la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, que han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente. Entre las medidas preventivas cabe destacar la autocuratela y los poderes preventivos, a las que se puede añadir las instrucciones previas reguladas en la Ley de Autonomía del Paciente, aunque estas últimas se circunscriben únicamente al ámbito sanitario.

18.- ¿Qué es la autocuratela?

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que concurren circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, podrá prever o acordar una medida de apoyo voluntaria consistente en proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

En cualquier momento, como acto de voluntad, el interesado puede modificar o dejar sin efecto total o parcialmente las disposiciones previamente realizadas, aun en el supuesto de que se encuentre en trámite el procedimiento de provisión de apoyos, modificando las personas designadas, siempre que cuente con capacidad suficiente para ello.

La idea central de la reforma es proporcionar a las personas con discapacidad, el apoyo que puedan necesitar para tomar sus propias decisiones, aunque cuenten con algún problema para expresarlas, lo que iguala a todas, tengan o no discapacidad.

A la hora de analizar la existencia de “capacidad suficiente” para firmar la escritura de autocuratela, hemos de remitirnos a la regulación del Código Civil sobre contratación, que ha eliminado todas las referencias a la falta de capacidad para firmar contratos centrándose en establecer salvaguardias para que estos apoyos se ejerciten correctamente y limitándose a regular las consecuencias de su falta o inexistencia.

En la escritura de curatela se pueden establecer disposiciones sobre su funcionamiento y contenido y, en especial: sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de

hacer inventario o su dispensa, medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo. La escritura podrá prever las medidas y órganos de control oportunos, las salvaguardas convenientes para evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas y sus mecanismos y plazos de revisión, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

En la escritura pública, la persona que precise de apoyos podrá exonerar alpro- puesto como curador de las prohibiciones que el art. 251 del Código Civil impone a los que desempeñan alguna medida de apoyo:

- 1º *Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.*
- 2º *Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*
- 3º *Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.*

La escritura se inscribe en el Registro Civil para dotarla de suficiente publicidad; hemos de tener en cuenta que tales medidas han de ser accesibles a la autoridad judicial dado que la propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias que se establezca vinculan a la hora de constituir la curatela. No obstante, el juez o tribunal podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias -de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal- mediante resolución motivada, si concurren circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

Nuestro Código Civil recoge distintas opciones a la hora de designar curador. Se puede designar a una persona jurídica (entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad) o física, proponer nombramientos subsidiarios y también excluir a una o varias personas determinadas para el ejercicio de dicha función. Otra opción es designar en la escritura pública a una persona física (habitualmente familiares, cónyuge o asimilado, o persona en la que se deposita una total confianza) con el fin de que sean estos quienes designen (si llega el caso) al curador que estimen adecuado entre los que se contemplen en la escritura; también es habitual establecer el nombramiento de sustitutos al curador o diversos curadores por orden de prelación. En caso de que existan varios curadores designados y no se concrete el orden de

la sustitución será preferido el propuesto en el documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar.

Las causas de extinción son las mismas que las establecidas para la curatela.

Referencias legislativas:

Artículos 251 y 271 a 274 del Código Civil.

19.- ¿Qué son los poderes preventivos?

En general, un poder, es un acto de voluntad por el que una persona capaz delega en otra/s la facultad de realizar determinadas acciones que le vinculan jurídicamente.

Tal facultad finaliza por las causas que recoge el art. 1732 del Código Civil, relativo al mandato, que indica en su expositivo 5º que una de sus formas de extinción es “la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos”.

La salvedad que regula el Código Civil para los poderes preventivos, es que a diferencia del poder general, mantiene su vigencia aunque se constituyan otras medidas de apoyo en favor del poderdante (tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado en documento público) permitiendo designar a otra persona para que actúe en su nombre; el documento puede incluir, entre otros extremos, las medidas de control que considere oportunas y también formas específicas de extinción del poder.

El poder preventivo no está sujeto a un control judicial previo, solo existe la opción de un control judicial posterior.

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones, puede otorgar un poder preventivo en el que incluya facultades a favor de terceros relativas al ámbito personal y patrimonial, estableciendo en caso de considerarlo oportuno:

- a.- *Las medidas y órganos de control pertinentes.*
- b.- *Las condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades.*
- c.- *Salvaguardias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida.*
- d.- *Mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo destinados a garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.*

En el mismo documento podrá establecer las formas específicas de extinción del poder que considere convenientes.

También puede excluir al apoderado de las prohibiciones que el art. 251 del Código Civil impone a los que desempeñan alguna medida de apoyo:

- 1º *Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.*
- 2º *Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*
- 3º *Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.*

Los poderes preventivos pueden ser otorgados y modificados por la persona con discapacidad siempre que cuente con capacidad suficiente para ello. A la hora de analizar la existencia de “capacidad suficiente”, nos tenemos que remitir la regulación del Código Civil sobre contratación, que en esta materia ha eliminado todas las referencias a la falta de capacidad para firmar contratos y se centra en establecer salvaguardias para que el sistema de apoyos se ejercite correctamente, limitándose a regular las consecuencias de su falta o de su inexistencia.

La persona a favor de quien se otorgan poderes preventivos puede ser física o jurídica. Se puede apoderar a una sola persona responsable de los aspectos personales y patrimoniales o nombrar apoderados mancomunados, de tal forma que una sea responsable de los aspectos personales y otra diferente de los patrimoniales. También se puede disponer (habitualmente para actos más complejos o delicados, o de especial valor) que sea necesaria la firma de más de un apoderado para poder llevarlo a cabo.

El notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.

El ejercicio de las facultades representativas es personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Las facultades que tengan por objeto la protección de la persona no son delegables.

Cuando los poderes preventivos comprendan todos los negocios del otorgante, una vez sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, el apoderado quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo lo no previsto en el poder, salvo expresa previsión en contrario por el poderdante. Esto no quiere decir, que

el apoderado se convierte en curador, sino únicamente lo que dice el texto, “solo se aplican las reglas en lo no previsto en el poder”.

Referencias legislativas:

Arts. 251, 255 a 262 y 1732 del Código Civil.

20.- ¿Qué ventajas tiene hacer unos poderes preventivos?

Los poderes preventivos son una herramienta jurídica poco utilizada hasta la fecha, a pesar de que, con independencia de factores como la edad, todos podemos encontrarnos en una situación en la que necesitemos apoyos.

Lo cierto es que la persona afectada suele ser la idónea para designar quien en un futuro puede representarle y para establecer las medidas de control que considere oportunas para cuando llegue el momento, así como dictar las instrucciones que considere precisas con el fin de que las decisiones futuras se adapten a sus gustos e intereses respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Una de sus principales ventajas es evitar trámites judiciales que en ocasiones provocan tensiones en las familias, así como poder acometer la prestación de apoyos de forma inmediata.

La decisión de modificar la capacidad de obrar (ahora procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo) es una de las decisiones más difíciles de adoptar por un familia: las comparecencias en el juzgado, pruebas periciales, interrogatorios, pueden ser un obstáculo para que personas que no están habituadas a los procedimientos judiciales inicien el procedimiento, motivo por el que en no pocas ocasiones la decisión se retrasa y con ello la posible adopción de medidas de apoyo necesarias; de ahí las ventajas de prever con antelación esta hipotética necesidad.

Pese a las bondades de la figura, conlleva importantes riesgos por las facultades que concede al apoderado; por ello, hemos que tener especial cuidado en su otorgamiento.

21.- ¿Vincula al juez lo establecido en los poderes preventivos?

La comunicación por el notario de oficio y sin dilación al Registro Civil del documento por el que se otorgan los poderes preventivos para su constancia en el registro individual del otorgante, se convierte en una pieza fundamental, ya que permite a la autoridad judicial conocer y hacer efectivas las preferencias en las medidas preventivas previstas por una persona respecto de su persona o de sus bienes.

Las medidas adoptadas por el interesado en prevención de una futura necesidad de apoyo, prevalecen sobre las medidas que se establecen externamente. Una vez constatada la necesidad de apoyo, solo en defecto o por insuficiencia de estas podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos para el caso de que el apoderado concurra en alguna de las causas previstas para la remoción del curador. La decisión que adopte el juzgador al respecto en cualquier caso habrá de ser motivada.

Referencias legislativas:
Arts. 255 al 262 del Código Civil.

22.- ¿Qué tipos de poderes preventivos existen?

Existen distintas clasificaciones respecto de los poderes preventivos; entre ellas la que responde al momento de su entrada en vigor; según esta clasificación cabe diferenciar entre:

- a.- *El que habitualmente denominamos estricto: que entra en vigor cuando el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, de acuerdo con las circunstancias previstas en el poder.*
- b.- *El que entra en vigor en el momento del otorgamiento o desde la fecha que en el mismo se determine y que incluye una cláusula de subsistencia en la que específicamente se hace constar que el poder subsistirá, aunque en el futuro el otorgante precise de apoyos en el ejercicio de su capacidad.*

Distinta clasificación es la que responde a su extensión; en tal sentido podemos diferenciar entre:

- 1.- *Especiales: que únicamente facultan para actos jurídicos concretos.*
- 2.- *Generales: el contenido puede ser muy variado, limitándose a los actos más habituales o aquellos que específicamente determine el poderdante dentro de un amplio elenco, hasta el coloquialmente denominado “poder de ruina” que contienen las más amplias facultades de disposición y gestión del patrimonio.*

Cuanto más amplios son los poderes, mayor ha de ser la confianza y las salvaguardas al otorgarlos, ello por las posibles consecuencias que de su uso pueden derivarse, motivo por el que el poderdante solo deberá optar por tal modalidad cuando cuente con la más absoluta confianza a la persona a quien faculte. Asimismo, el notario deberá contar con especial cuidado al otorgar tal modalidad asegurándose de que el otorgante cuenta con capacidad suficiente para ello y que tal actuación obedece a la

voluntad, deseos y preferencias de la persona y no a presiones o coacciones de terceros.

23.- ¿Cómo se acredita que se ha producido la situación de necesidad de apoyo prevista en el poder preventivo?

Hay que estar a las circunstancias previstas en el poder. La acreditación varía en función del tipo de poder preventivo, el que regula el art. 256 del Código Civil, en el que el poder entra en vigor desde su otorgamiento haciendo constar que subsistirá, aunque en el futuro el poderdante se encuentra necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad; y el contemplado en el art. 257 del Código Civil, en el que cobrará vigencia cuando el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad.

El problema surge en el supuesto de que el poder entre en vigor en caso de el poderdante precise de apoyos, dado que en ocasiones la línea que separa a una persona plenamente capaz de otra que empiece a contar con problemas de decisión es complicada en el caso de las personas con discapacidad mental generando una importante inseguridad; por ello, el art 257 CC establece que -en caso de ser necesario y con el fin de garantizar el cumplimiento de las previsiones del poder- serán los notarios, en su calidad de fedatarios públicos, quienes levanten acta en la que manifiesten su opinión respecto a la necesidad de apoyos del poderdante en la que se incorpore un informe pericial que refuerce la opinión del notario.

Referencias legislativas:
Arts. 256 y 257 del Código Civil.

24.- ¿Cómo se extinguen los poderes preventivos?

El poderdante podrá establecer las medidas de control que considere oportunas, así como determinar formas específicas de extinción del poder, entre ellas su revocación.

El poder mantendrá su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.

Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos si en el apoderado concurre en alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa.

El cese de la convivencia conyugal o de unión de hecho, conlleva la extinción automática del poder si se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja

de hecho del poderdante, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este.

La extinción de los poderes preventivos se tramita en un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria. Admitida la solicitud, se citará a la comparecencia al solicitante, al apoderado, a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal. Es preceptiva la intervención de abogado. Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el Letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando su tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal.

En algunas ocasiones y en aras a la economía procesal, es en el momento de la celebración del juicio oral de modificación de capacidad de obrar cuando se determina la continuidad de vigencia del poder, aunque en algunas ocasiones, con el fin de proteger el patrimonio de la persona objeto del procedimiento, se insta como medida cautelar por las consecuencias que de su uso pueden derivarse, aunque -salvo que pueda acreditarse un uso indebido previo del mismo por el apoderado- los tribunales, por la confianza que otorga el apoderamiento por quien lo efectuó, suelen considerar que el poderdante consideró idóneo al apoderado para administrar su patrimonio, especialmente cuando el apoderamiento es amplio; no hemos de olvidar que se otorga ante fedatario público y que si lo lleva a cabo es porque el notario considera que cuenta con capacidad suficiente para ello.

Cabe señalar que en la práctica, la subsistencia de poderes, en no pocos casos, choca con las facultades del curador en el ámbito patrimonial, dificultando sustancialmente sus obligaciones de provisión de apoyos.

Referencias legislativas:

Art. 258 del Código Civil.

Art. 51 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

25.- ¿Qué es un mandato sin poder?

La reforma ha incluido expresamente en el art. 262 del Código Civil, que la normativa establecida para los poderes y mandatos preventivos en supuestos de personas con discapacidad, “se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder”. Esta figura es una modalidad de cuasicontratos, que regula el Código Civil dentro de la Sección “De la gestión de negocios ajenos: el que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí”.

Por “agencia o administración de los negocios de otro” se interpretan la realización de los actos y/o actuaciones necesarias para la gestión asumida.

En un mandato sin poder, una persona actúa en nombre de otra mediante una intervención de carácter voluntario, sin autorización alguna y por mera liberalidad, adoptando decisiones respecto de sus asuntos en interés de la misma, que no se encuentra en condiciones de realizar la gestión por la circunstancia que sea (ausencia, imposibilidad, olvido, etc), o para evitar perjuicios inminentes, dando por resultado una actuación útil para esta. El mandante sin poder debe desempeñar su encargo con la diligencia de un buen padre de familia, lo que no quiere decir que la persona beneficiada no deba abonarle los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho en su favor e indemnizarle por los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.

El Código Civil establece dos limitaciones:

- *Que la actuación concreta que se realiza no esté prohibida por la persona afectada.*
- *Que el acto sea lícito.*

La ausencia de poder para gestionar asuntos de otra persona, en una sociedad burocratizada como la nuestra, que exige acreditar habitualmente la representación, reduce los asuntos que se pueden realizar con esta figura a los derivados de principios de solidaridad o de buena vecindad (pagar los recibos a un amigo que no ha tenido conocimiento de los mismos, atender un requerimiento por imposibilidad de la persona afectada, administrarle los pagos que tiene que efectuar o realizar determinadas actuaciones para evitar daños, etc).

La remisión que realiza la reforma es muy escueta: se limita a decir que se aplicará al mandato sin poder la regulación establecida para los poderes y mandatos preventivos. Sin embargo, como hemos indicado, el poder preventivo es un acto de voluntad, formalizado ante notario, por el que una persona delega en otra la facultad de realizar determinadas actuaciones que le vinculan jurídicamente, que mantiene su vigencia pese a la constitución medidas de apoyo en favor del poderdante. En el mandato sin poder la persona actúa en nombre e interés de otra, que no está en condiciones de realizar la gestión por la circunstancia que sea (ausencia, imposibilidad, olvido, etc), o para evitar perjuicios inminentes, dando por resultado una actuación útil para la afectada; siendo tales actuaciones sustancialmente diferentes.

El mandato sin poder está regulado en nuestro Código Civil con suficiente amplitud para poder ser utilizado por las personas con discapacidad en idénticas condiciones que el resto, respetando su voluntad, ya que para que genere obligaciones para las partes precisa la ratificación del afectado.

Tras la desaparición de la tutela para los mayores de edad, la curatela asistencial, donde la persona decide por sí misma con los apoyos necesarios, se configura como la forma más habitual de prestar estas medidas, dejando la curatela representativa para supuestos excepcionales.

Cualquier persona sujeta a curatela asistencial puede prestar consentimiento con los apoyos que precise, incluso en supuestos de curatela representativa puede prestarse el consentimiento sin recurrir a la normativa de los poderes y mandatos preventivos, aplicando exclusivamente la regulación establecida para la gestión de negocios ajenos, o lo que es lo mismo, del mandato sin poder.

Si la ratificación es expresa, produce los efectos del mandato expreso y se le aplica sus normas en cuanto a obligaciones y responsabilidades; en caso de que no exista ratificación, la persona con discapacidad no precisa de ninguna salvaguardia especial, dado que las actuaciones le obligan en las mismas circunstancias que a cualquier persona. El Código Civil establece que si la persona se aprovecha de la actuación (en el sentido que la misma le sea útil, o si la actuación se emprendió para evitar algún perjuicio inminente y manifiesto) será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, y aunque en estos supuestos no se producen los efectos del mandato expreso deberá indemnizar al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.

Referencias legislativas:

Arts. 262 y 1887 a 1894 del Código Civil.

26.- ¿Qué son las instrucciones previas?

Junto a las medidas preventivas establecidas en la reforma que puede adoptar el interesado, como son la autocuratela y los poderes preventivos, se pueden añadir una tercera, las instrucciones previas.

Está regulada a nivel nacional en la Ley de Autonomía del Paciente, aunque hay que tener en cuenta que la mayoría de Comunidades Autónomas cuentan con regulación en la materia.

Aunque se ha denominado de diferentes maneras: voluntades anticipadas, manifestaciones anticipadas de la voluntad, voluntades previas, expresión anticipada de voluntades o testamento vital, el contenido de estas figuras es muy similar; no obstante cabe destacar que algunas Comunidades Autónomas, presentan especialidades y diferencias (por ejemplo en Aragón; en la que por aplicación del derecho foral, los mayores de 14 años están capacitados para manifestar su voluntad utilizando la fórmula de las instrucciones previas. (Ver pregunta 15).

El documento de instrucciones previas contiene una manifestación de la voluntad, que -como acto personalísimo- solo puede llevarlo a cabo la persona afectada, sin que sea posible ningún tipo de representación; tal manifestación puede ser revocada en cualquier momento dejando constancia por escrito.

Se formaliza en un documento en el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en las que no sea capaz de expresarla personalmente. Contiene indicaciones sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos; otra posibilidad es que en el documento se designe un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor con el médico o el equipo sanitario, para procurar el cumplimiento de sus instrucciones o para que adopte determinadas decisiones que no se encuentren recogidas en las mismas tal y como hubiera deseado el afectado.

Las personas con discapacidad mental, independientemente de que estén sometidas judicialmente a cualquier medida de apoyo, pueden formalizar un documento de “instrucciones previas” dado que la idea central de la reforma es proporcionarles el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que iguala a todas, tengan o no discapacidad.

El documento puede ser formalizado ante notario, ante testigos o ante un funcionario o personal habilitado del Registro autonómico correspondiente. Es necesario, en su caso, consultar las normativas autonómicas por las diferencias existentes. Existe un Registro nacional que unifica la información (Ver pregunta 76).

Pese a las bondades de la medida, esta opción ha sido escasamente utilizada en nuestro país: solo 331.732 personas habían registrado estos documentos hasta octubre de 2020, en los que se establecen indicaciones habitualmente asociadas a enfermedades terminales, situaciones derivadas de edad avanzada, o sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos. El escaso uso de la figura puede responder a varias premisas entre las que destaca la falta de información sobre la medida y el tabú que aún persiste sobre la adopción de figuras destinadas a regular situaciones terminales.

Pese a la inexistencia de datos concretos sobre la materia, no parece que sea una fórmula empleada por las personas con discapacidad mental.

En la psiquiatría americana y anglosajona existe el llamado “Contrato de Ulises”, que consiste en unas instrucciones previas referidas a personas con problemas de salud mental, que les permite dejar constancia anticipadamente de su voluntad, deseos y preferencias si en un futuro se dan circunstancias en las no puedan

expresarlas; en ellas se incluyen sus deseos y preferencias respecto de los cuidados y el tratamiento de su salud que desea que le apliquen.

La ley de Autonomía del Paciente (así como las distintas regulaciones autonómicas en la materia), pese a no estar destinada a regular los supuestos a los que se refiere el “contrato de Ulises”, permiten su utilización para tal finalidad, dado que incluye a los tratamientos psiquiátricos entre los supuestos o referencias sobre los que puede manifestarse anticipadamente la voluntad.

En consecuencia, las instrucciones previas pueden ser en un instrumento útil a la hora de administrar un tratamiento concreto, con respeto a la voluntad de la persona afectada, especialmente si ha participado el psiquiatra o profesional que lo trate en la elaboración del documento, así como familiares y personas de su confianza, dado que el documento, al ser elaborado de forma consensuada, evitar futuros problemas y obedecerá a “pactos” que manifiesten la conformidad del paciente con los tratamiento a seguir.

Como venimos diciendo, también cabe la posibilidad de designar un representante, que se puede convertir en un instrumento fundamental para que se cumpla la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada, al actuar como interlocutor con el médico responsable que lo atiende con el fin de que se cumplan sus instrucciones, facilitándole su interpretación por su cercano conocimiento. Tales funciones encajan perfectamente con los criterios de la Convención, ya que no decide por la persona con discapacidad, se limita a transmitir su voluntad, aclarando posibles interpretaciones médicas, ajustándose a los deseos y preferencias de la persona que representa.

Referencia legislativa:

Art. 11 de la Ley de Autonomía del Paciente.

27.- ¿Vinculan las medidas establecidas en las instrucciones previas?

De acuerdo con el Convenio de Oviedo: “Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

En consecuencia, en situaciones de urgencia en las que no pueda obtenerse el consentimiento válido del afectado, podrá llevarse a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista médico en beneficio de la salud de la persona afectada, tomando en consideración si existieran los deseos previamente expresados por el paciente.

Hemos de tener en cuenta que las medidas contenidas en el documento no serán de aplicación en caso de ser contrarias a lo dispuesto en nuestro Ordenamiento

Jurídico, a la «lex artis ad hoc», o por analogía en caso de que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas; por ello es importante complementarlas con la designación de un representante para los supuestos no contenidos en las mismas.

La exclusión de la aplicación de unas medidas previas por ser contrarias a “lex artis” se produce porque el juramento hipocrático impide a los médicos llevar a cabo actuaciones que perjudiquen al paciente. Problema distinto es que exista un desfase entre el momento que la persona estableció su voluntad y en el momento de su aplicación, con nuevos tratamientos no previstos que hagan cambiar sustancialmente la situación y, en consecuencia, imposibiliten conocer la opción que hubiera adoptado el paciente en las nuevas circunstancias.

El art. 11.3 LAP introduce al final del párrafo la obligación de hacer constar en la historia clínica del paciente anotaciones motivando las decisiones adoptadas respecto de las instrucciones previas, como forma de garantizar y acreditar que se ha respetado su voluntad, y en caso de que se adopten decisiones distintas a las señaladas los motivos que han llevado al facultativo a ejercitarlas.

Referencias legislativas:

Arts. 8 y 9 del Convenio de Oviedo.

Arts. 9 y 11.3 de la Ley de Autonomía del Paciente.

GUARDA DE HECHO

Se refuerza la figura de la guarda de hecho, que se transforma en medida de apoyo al dejar de ser una situación provisional siempre que se manifieste como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

28.- ¿Qué es la Guarda de Hecho?

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad. El guardador puede continuar en sus funciones si las realiza adecuadamente, incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.

A diferencia de la curatela o del defensor judicial, la guarda de hecho no precisa resolución judicial que la acredite; su apoyo deriva de lo dispuesto en el Código Civil, independientemente de las medidas de control que pueda establecer la autoridad judicial.

La guarda de hecho es una situación habitual en la práctica. No todas las personas necesitadas de apoyo están asistidas o representadas por un curador, pero en muchas ocasiones cuentan con el apoyo de hecho de sus familiares, el auxilio de un centro asistencial o de algún allegado. La figura de la guarda de hecho contribuye a paliar situaciones en las que la persona con discapacidad no desea una medida de carácter formal.

Con la reforma se ha reforzado esta figura, que deja atrás su provisionalidad cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. El guardador de hecho puede realizar actos jurídicos sobre bienes que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

La reforma ha introducido la opción de que el guardador de hecho, con la oportuna autorización judicial, pueda llevar a cabo actuaciones puntuales sin necesidad de iniciar otro proceso, lo que convierte esta opción en una eficaz medida de apoyo. Cuando excepcionalmente se requiera una actuación representativa del guardador de hecho, este precisará de autorización para realizarla, que se concederá en caso de estimarlo pertinente en procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización se podrá conceder previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los

requisitos adecuados a las circunstancias del caso y podrá comprender uno o varios actos necesarios para las funciones de apoyo, debiendo ejercitarse de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En cualquier caso, se precisará autorización para llevar a cabo los actos enumerados en el art 287 del Código Civil. No será necesaria para solicitar una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de esta.

Las normas sobre la guarda de hecho de las personas con discapacidad se aplican con carácter supletorio a la guarda de hecho de los menores de edad (art. 238 del Código Civil).

La medida no adolece de controles, dado que a instancia del Ministerio Fiscal, de la persona que precise medidas de apoyo o de cualquiera que tenga un interés legítimo, la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona con discapacidad y de su actuación en relación con los mismos.

El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela en el caso de los menores, si procediera. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

La existencia del guardador, en defecto de la propuesta de la persona afectada, puede influir en el nombramiento de curador por la autoridad judicial, al aplicar las preferencias establecidas en el art. 276,5 del Código Civil que incluye: “A quien estuviera actuando como guardador de hecho”.

La guarda de hecho, como tal, no tiene acceso al Registro Civil, ya que no es necesaria para que el guardador pueda actuar, aunque pueden acceder al Registro, las medidas de control que se establezcan judicialmente. Este acceso no genera una inscripción, sino una anotación registral, que no cuenta con el valor probatorio que proporciona la inscripción, solo cuenta con importancia a efectos meramente informativos. En tal sentido, el art. 40,3 de la Ley del Registro Civil indica que: “Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos... 9º.- El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho”.

La anotación informa de que un juez ha constatado la existencia de un guardador de hecho dotándole de cierta legitimación.

Hemos de tener en cuenta que el guardador tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por los daños derivados de la guarda a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

Referencia legislativa:

Arts. 263 a 266 y 276,5 del Código Civil.

Art. 40,3 de la Ley del Registro Civil.

Art. 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

29.- ¿Para qué actos el guardador de hecho precisa autorización judicial?

En la práctica, el guardador de hecho se encuentra con grandes dificultades para ejercer sus funciones, incluso en supuestos que en teoría puede realizar, debido a la burocracia existente y a una interpretación restrictiva ante la mínima duda de representatividad.

La opción que recoge el art. 264 del Código Civil sobre autorización judicial en esta materia ha venido a paliar el problema estableciendo que: “Cuando excepcionalmente se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”.

En la práctica forense, en la mayor parte de los actos relacionados con la Administración (aunque fueran de mero trámite), se ha venido exigiendo al solicitante acreditar su representación, lo que en la mayor parte de situaciones abocaba al inicio de un procedimiento de incapacitación (ahora de provisión de apoyo).

La novedad que nos brinda la reforma de poder recurrir a autorizaciones judiciales puntuales cuando se precise de representación es una de las mayores aportaciones de la reforma a la guarda de hecho. En todo caso, los actos para los que el guardador habrá de solicitar obligatoriamente autorización, a través de un expediente de Jurisdicción Voluntaria, son los enumerados en el art. 287 del Código Civil.

Antes de autorizar la gestión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar su situación. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas necesite oír en función del acto concreto cuya autorización se solicite.

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

Referencia legislativa:

Art. 264 y 287 del Código Civil.

Art. 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

30.- ¿Cuándo se extingue la guarda de hecho?

- 1º *Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que se organice de otro modo.*
- 2º *Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.*
- 3º *Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de apoyo de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.*
- 4º *Cuando, a solicitud de Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.*

Referencia legislativa:

Art. 267 del Código Civil.

LA CURATELA

Es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, pero tiene carácter subsidiario, ya que su aplicación está condicionada a la inexistencia de otras salvaguardas adecuadas y suficientes para la protección de la persona, Es de aplicación cuando se necesitan apoyos de forma continuada.

31.- ¿Qué es la curatela?

Con la desaparición de la tutela (salvo para los menores de edad), en derecho común, la curatela se convierte en la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela, relativo al cuidado de la persona, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda.

Según dispone el art 12.4 de la Convención los Estados Partes asegurarán que: “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

La curatela es una medida de asistencia, que trata de recoger estos principios, pero que ha excluido de su enunciado el “respeto a los derechos” con la importancia que ello conlleva en cuanto al respeto por la autoridad judicial de “su voluntad, deseos y preferencias” (ver pregunta 9).

Solo puede ser declarada por la autoridad judicial y será de aplicación para quienes precisen apoyo de forma continuada.

El curador está obligado a:

- *Mantener contacto personal con la persona necesitada de apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.*
- *Asistir a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias.*
- *Procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.*
- *Fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.*

La regulación de esta medida de protección destaca por su carácter subsidiario, que condiciona su aplicación a la inexistencia de otras salvaguardas adecuadas y suficientes para la protección de la persona, hasta el punto que la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece en su art. 42 bis b) que, “En la comparecencia, se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria”, de tal manera que si tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente.

En la sentencia, el juez habrá de determinar de la forma más concreta posible, los actos para los que la persona requiere la intervención del curador atendiendo al caso concreto, distinguiendo (si procede) cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación, huyendo de estereotipos y fabricando un “traje a medida” de la persona en cuyo beneficio se establece.

En ningún caso, la sentencia que la declare podrá incluir una mera prohibición de derechos y habrá de ser revisada periódicamente, en un plazo máximo de tres años; no obstante, de manera excepcional y motivada, el juez podrá establecer un plazo mayor de revisión que no podrá exceder de seis años; también habrá de revisarse la medida ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación.

La reforma contempla dos tipos de curatela: una asistencial, que se identifica con el clásico criterio de apoyo o ayuda; y otra representativa, que se asimila de algún modo a la institución de la tutela, pero con características diferenciales.

Referencias legislativas:

Arts. 268, 282 y 269 del Código Civil.

Art. 42 bis b) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

32.- ¿Qué es una curatela asistencial?

La curatela asistencial se corresponde con su concepto estricto. La persona afectada es la encargada de adoptar las decisiones con el apoyo del curador. Tanto en la curatela, como en las demás medidas de apoyo establecidas en la ley, el Código Civil, establece en su art. 249 que las personas que presten apoyo “deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias.

Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”.

La sentencia que constituye la curatela no puede incluir una mera prohibición genérica de derechos, por lo que el juez ha de fijar de forma precisa y pormenorizada los actos que precisan de asistencia por parte del curador.

Uno de los principales problemas que se plantea parte de situaciones en las que la persona con discapacidad decide adoptar decisiones que a priori pueden considerarse perjudiciales, manteniendo tal decisión aun en contra de la opinión del curador, entonces ¿hay que respetar en cualquier caso esta decisión? En principio, la respuesta es que debemos respetarla, en primer lugar, por las propias características de la medida (la persona con discapacidad es la que decide, el curador solo asiste), y en segundo lugar, por el “principio de respeto a la voluntad” recogido en el Código Civil, (el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias).

En el debate parlamentario de la reforma, se manifestó por alguno de los ponentes que la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada por la medida están por encima de todo, con independencia de que pueda considerarse en términos generales que no es la opción más adecuada, y ello porque la persona con discapacidad “tiene derecho a equivocarse como todas las demás personas”. A nuestro entender, tal situación nos avoca a riesgos nada desdeñables, especialmente en personas que adolecen de enfermedad mental, por lo que entendemos que el Comité debería haber matizado sus directrices con el fin de adaptarlas a situaciones especiales.

Parece ser que la única solución ante decisiones claramente perjudiciales para la persona sujeta a apoyos mediante curatela asistencial es instar una revisión, argumentando que el apoyo no es suficiente y que nos encontramos ante una situación excepcional que justifica una representación en la toma de decisiones, solicitando una curatela representativa. Tal modificación la puede promover el curador, la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos y el Ministerio Fiscal si estas personas no actúan, pero posiblemente la solución, si llega, lo hará demasiado tarde.

Referencias legislativas:
Arts. 249 y 282 del Código Civil.

33.- ¿Qué es una curatela representativa?

La curatela es una medida de asistencia, pero como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley: “en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, esta pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones” dando lugar a una curatela representativa que habrá de adoptarse “solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad”; en tales casos, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.

Como en el caso de la curatela asistencial, no podrá incluir la sentencia que la constituya una mera prohibición de derechos, y todos los actos en los que el curador asume facultades representativas deberán fijarse de forma precisa.

El art 249.3 del Código Civil, al hablar de casos excepcionales, establece que “cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

En este caso deberá indicarse de forma precisa cuáles son los actos en los que se debe ejercer la representación (art. 269 del Código Civil).

El problema surge porque el Código Civil no concreta que se entiende por “situación excepcional”; además, no siempre será posible saber la decisión que hubiese tomado la persona afectada. Nuestro Código Civil tampoco se aclara que actuación ha de llevarse a cabo en caso de que no se conozcan sus preferencias.

La interpretación de esta expresión es uno de los temas más controvertidos de la reforma. Las opiniones van desde las que la interpretan restrictivamente (únicamente para casos extremos, personas con lesiones originarias que hacen imposible que se pueda reconstruir su trayectoria vital), a los que consideran que la expresión es correcta, ya que las normas han de ser generales (exceptuando casos límite), por lo que, en definitiva, queda al arbitrio del juez evaluar cuando se encuentra ante un supuesto de carácter excepcional.

En nuestra opinión, el criterio es erróneo. Por supuesto que toda persona tiene derecho a ser oída, y que hay que respetar su voluntad; pero cuando no pueda expresarse ni reconstruirse su trayectoria, entendemos que el interés superior de la persona es el único criterio que asegura el ejercicio de sus derechos.

Las personas con problemas de salud mental grave se enfrentan habitualmente a situaciones en las que, por abandono del tratamiento, por un brote psicótico, alucinaciones o causas de similar naturaleza, su sintomatología puede avocarles a adoptar decisiones gravemente perjudiciales tanto en el ámbito personal (salud, o incluso pongan en riesgo su vida) como en el patrimonial, y ello porque no están en condiciones de decidir.

Para un sector, parece que estas situaciones no son suficientes para calificarlas de excepcionales y permitir una representación en el curador. En nuestra opinión, el estricto respeto a la voluntad no puede ser la única opción cuando el problema en una persona con enfermedad mental es precisamente la alteración de su voluntad y las dificultades para manifestar su consentimiento. Pese a estar de acuerdo en que en última instancia han de ser los tribunales los que interpretan que consideran “situaciones excepcionales”. La reforma, al encorsetar el texto con afirmaciones que exceden de lo establecido en la Convención y que obedecen a una interpretación subjetiva del Comité, puede influir de forma importante en las mismas.

La Convención no rechaza expresamente el interés objetivo o superior de la persona, es el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Órgano de garantía de la Convención) el que adopta una posición más radical (Ver pregunta 9). Hay que tener en cuenta que los dictámenes de los Comités no son vinculantes, independientemente de su valor interpretativo. (Ver pregunta 8).

La reforma proporciona argumentos que permiten interpretar que se pueden adoptar decisiones contrarias a la voluntad de la persona con discapacidad. En tal sentido, el art. 52.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que, “En los casos en que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, el guardador de hecho de una persona con discapacidad deba solicitar autorización judicial antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite”. En consecuencia, su decisión no está vinculada a la voluntad de la persona con discapacidad, debiendo valorar el juzgador conjuntamente la batería de pruebas que se lleven a cabo acreditativas de su situación.

Los tribunales, y en última instancia el Tribunal Supremo, tendrán que fijar mediante su jurisprudencia los criterios aplicables a la materia. Cabe destacar que desde la sentencia de 29 de abril de 2009, nuestros tribunales comenzaron a poner en práctica los mandatos de la Convención, dictando sentencias adaptadas al caso concreto, llevando a cabo un importante esfuerzo y una destacada

acomodación en la materia que ha generado numerosa jurisprudencia que confecciona “trajes a medida” respecto de cada uno de los supuestos concretos objeto de evaluación; sentencias que: “habrá que ajustar a sus necesidades y aptitudes de tal manera que la incapacidad que se pida y la que se conceda se acomode perfectamente, única y exclusivamente a ella, en tanto que cada persona discapacitada necesita su especial medida de protección”.

El Tribunal Supremo parece que se aleja de interpretaciones radicales buscando un equilibrio acorde con la situación y necesidades particulares de cada persona. Sin embargo, como ya hemos indicado, habrá que esperar para conocer el criterio definitivo; mientras tanto, solo nos queda mostrar nuestra particular opinión sobre la materia.

Referencias legislativas:
Arts. 249 y 269 del Código Civil.

34.- ¿Quién puede ser curador?

Cualquier persona mayor de edad que a juicio de la autoridad judicial sea apta para el adecuado desempeño de esta función. También pueden ser designadas para el cargo, las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro (públicas o privadas) entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad.

No pueden ser nombrados curadores:

- 1º *Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo.*
- 2º *Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección.*
- 3º *Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.*

La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas:

- 1º *A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.*
- 2º *A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo.*
- 3º *Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.*
- 4º *A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.*

El juez nombrará curador al propuesto por la persona afectada en poderes preventivos que contengan esta previsión o en la autotutela; el afectado puede cambiar su decisión, aunque se haya iniciado el procedimiento de provisión de apoyos.

La autoridad judicial, puede prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias -de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o del Ministerio Fiscal- siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

En defecto de propuesta de la persona necesitada de apoyo, la autoridad judicial nombrará curador:

- 1º Al cónyuge o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que conviva con la persona que precisa el apoyo.*
- 2º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.*
- 3º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.*
- 4º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.*
- 5º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.*
- 6º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la tutela.*
- 7º A una persona jurídica sin ánimo de lucro, pública o privada, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.*

La autoridad judicial podrá alterar el orden de los apartados anteriores, una vez oída la persona necesitada de apoyo, a los parientes más próximos del afectado y a las demás personas que el tribunal considere oportuno. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aplicando ya los criterios de la Convención antes de la entrada en vigor de la reforma ahora aprobada, viene reseñando que el juzgador que puede apartarse del orden legalmente establecido en el Código Civil, justificando los motivos, en función del interés más relevante, que es el de la persona con discapacidad mental necesitado de apoyos (y no de los llamados a ejercerla) en beneficio del afectado, sin que deba coincidir obligatoriamente con su deseo, lo que le aleja del criterio de respeto absoluto a la voluntad de la persona con discapacidad. Una vez más, habrá que esperar a las próximas sentencias para conocer el criterio definitivo de los tribunales.

Para contar con más datos acerca de la disponibilidad e idoneidad de curador para asumir el cargo, se dará traslado, si en la demanda con la que se inicie el procedimiento de provisión de apoyos se propone a un curador determinado, a fin de que haga constar en el procedimiento lo que a su derecho convenga. Cabe destacar que dado el carácter subsidiario de la curatela, se puede dejar sin efecto la propuesta de nombramiento de curador en la comparecencia, si en la entrevista que la autoridad judicial celebra con la persona con discapacidad, esta opta por una medida alternativa de apoyo, tras informarle el juez, “acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria”, tal como establece el art. 42 bis b) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Referencias legislativas:

Arts. 253, 275 y 276 del Código Civil.

Art. 42 bis b) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

35.- ¿Se puede nombrar a más de un curador?

Se puede proponer el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes.

Cuando la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando en la medida de lo posible la voluntad de la persona que precise de apoyo.

En estos casos, si uno de ellos está impedido de modo transitorio para actuar en un supuesto concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, las funciones serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por estas circunstancias.

En la práctica y hasta la fecha, los juzgados vienen siendo partidarios del nombramiento de un solo tutor/curador, admitiendo la existencia de dos tutores/curadores especialmente en situaciones que hagan necesario diferenciar el apoyo de actuaciones personales de las patrimoniales.

Referencias legislativas:

Arts. 277 y 283 del Código Civil.

36.- ¿Es obligatorio el cargo de curador?

Cuando el Juez nombra curador, en principio, existe la obligación de aceptar; no obstante, el cargo es “excusable” si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para su ejercicio; también podrá ser objeto de excusa durante su desempeño si sobrevienen motivos que lo dificultan gravemente o lo imposibilitan.

En consecuencia, no siempre ha de aceptarse el cargo de curador, máxime cuando el nombrado no es familiar directo de la persona necesitada de apoyo, o aunque lo sea, cuando pueda demostrar ante el tribunal que no puede asumir el cargo (por ej: porque sus obligaciones laborales o familiares se lo impiden, o adolece de mala salud), o que, aunque pueda, le es especialmente gravoso o en nada beneficia al curatelado (cuando no contraproducente por enfrentamientos entre ambos, porque ha habido problemas previos que hacen prever que no podrá desempeñar el cargo, incompatibilidades, etc).

Tales circunstancias han de ponerse de manifiesto con claridad, motivación y coherencia en el momento procesal oportuno, especialmente en la vista del juicio o, en caso de que el nombramiento sea posterior, cuando sea requerido a fin de que acepte el cargo.

Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela, o las condiciones para su ejercicio, no sean acordes con sus fines estatutarios. Este último supuesto se produce en la práctica por ejemplo en supuestos en los que la autoridad judicial designa a una fundación para el desempeño de la curatela de una persona con problemas de salud mental, que no pueden asumir el cargo porque sus estatutos están orientados a otro tipo de discapacidades y, en consecuencia, carece de medios suficientes y/o estructura adecuada para su desempeño.

En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precise de apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio solicitando la colaboración necesaria de los llamados a ello, o, en caso de no poder contar con su ayuda, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal.

No concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a la entidad pública competente.

El curador nombrado en atención a una disposición testamentaria que se excuse de la curatela por cualquier causa perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado el testador.

El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento.

El procedimiento se regula en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que establece la necesidad de previa celebración de una comparecencia en la que necesariamente se oír: a la persona que se excuse, a la que le vaya a sustituir en el cargo, al afectado y al Ministerio Fiscal.

Mientras la autoridad judicial resuelve sobre la excusa el nombrado estará obligado a ejercer su función; si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que lo sustituya, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa si ésta posteriormente fuera rechazada.

Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador y a su comunicación al Registro Civil.

Referencias legislativas:

Arts. 279, 280 y 281 del Código Civil.

Art. 50 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

37.- ¿Puede percibir alguna retribución el curador por ejercer el cargo?

El curador tiene derecho a percibir retribución siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita; también al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo al patrimonio de la persona que precisa el apoyo.

Una vez firme la sentencia dictada en el procedimiento de provisión de apoyos, si el curador solicitar una retribución, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla; en tal caso el juzgador habrá de tener en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes del incapaz.

Una vez más es de aplicación la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que establece que el Juez la acordará si procede fijando su importe y el modo de percibirla, tomando en consideración la complejidad, extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado.

La decisión se adoptará después de oír al solicitante, a la persona con discapacidad, al Ministerio Fiscal y a cuantas considere oportuno el tribunal. Tanto el Juez como los interesados o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

El mismo procedimiento se seguirá para modificar o extinguir la retribución.

La resolución que acuerde la retribución se ejecutará sin perjuicio de la posible interposición de recurso de apelación, que no producirá efectos suspensivos.

Referencias legislativas:

Art. 281 del Código Civil.

Art. 48 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

38.- ¿Puede ser cesado el curador designado por la autoridad judicial?

Pueden ser cesados (o removidos, en términos del Código Civil) cuando incurran en causa legal de inhabilidad o se conduzcan mal en el desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo o notoria ineptitud en su ejercicio; también cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que se le preste apoyo.

La autoridad judicial, de oficio, a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo, o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el correcto desempeño de la curatela, podrá decretar la remoción del cargo de curador mediante expediente de Jurisdicción Voluntaria que precisa de intervención de abogado.

Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el Letrado de Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando su tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

Durante el procedimiento de remoción, la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial con el fin de que la persona necesitada de apoyos se encuentre debidamente protegida.

Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador en la forma establecida en este Código, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo, remitiendo la correspondiente comunicación al Registro Civil.

Aunque no es una remoción por mal ejercicio de la curatela, también se puede dar el caso de que - ante impedimentos transitorios para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre el curador y la persona a quien preste apoyo- el Letrado de la Administración de Justicia nombre un defensor judicial que lo sustituya para el supuesto concreto en el que confluya problemática y/o incompatibilidad. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias.

En el caso de que fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o conflicto de intereses. Si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial: de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de

cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador.

Al igual que en el caso de la excusa del curador para ejercer el cargo, el supuesto de la remoción nunca podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precise de dichos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o en caso de imposibilidad, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal.

Referencias legislativas:
Arts 278, 281 y 283 del Código Civil.

39.- Nombramiento y obligaciones del curador

Una vez firme la resolución por la que se constituya la curatela, se citará al designado para que comparezca en el plazo de 15 días ante el Letrado de la Administración de Justicia a fin de prestar la fianza (en caso de que se establezca) para garantizar el caudal del afectado, aceptar el cargo o formular excusa.

Es de aplicación la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En la resolución en la que se acuerde el nombramiento de curador se adoptarán las medidas de fiscalización establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial, o por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto, salvo que sea otro el interés de la persona afectada.

En defecto de previsiones, o cuando estas no se hayan establecido en interés de la persona con discapacidad o no respeten su voluntad, deseos y preferencias, (de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del solicitante), el Juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas y exigir al curador que informe sobre la situación de la persona con discapacidad y el estado de la administración de sus bienes. Si se adoptaren en resolución posterior, se oírán previamente al curador, a la persona afectada y al Ministerio Fiscal.

Dentro de estas medidas, la autoridad judicial acordará constituir fianza cuando lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, determinando su modalidad y cuantía.

Una vez constituida, el Juez la declarará suficiente y acordará en la misma resolución las inscripciones, depósitos, medidas o diligencias que considere conveniente para su eficacia y para la conservación de los bienes de la persona con discapacidad.

Practicadas todas las diligencias acordadas, el nombrado aceptará en acta otorgada ante el Letrado de la Administración de Justicia la obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme a las leyes, y el último le dará posesión del cargo confiriéndole las facultades establecidas en la resolución judicial que acordó su nombramiento, haciéndole entrega de certificación acreditativa.

El Juzgado que haya acordado la curatela remitirá testimonio al Registro Civil de la sentencia y del acta de la aceptación del cargo de curador, a fin de que obre a los efectos oportunos.

En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado (en caso de que se haya solicitado, lo que no suele ser habitual), motivando su resolución.

El curador está obligado a:

- *Mantener contacto personal con la persona necesitada de apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.*
- *Asistir a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias.*
- *Procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.*
- *Fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.*

Referencias legislativas:
Arts. 282 y 284 del Código Civil.

40.- ¿Es obligatorio hacer inventario para ejercer el cargo de curador?

No es necesario en las curatelas asistenciales. La norma cambia cuando la curatela es representativa; en tal caso, el curador estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se haya establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días (hábiles) a contar a partir de aquel en que el curador haya tomado posesión de su cargo.

El inventario se formará ante el Letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que se estimen pertinentes (habitualmente consiste en remitir un escrito por el curador al Juzgado en el que se hace constar los bienes muebles e inmuebles, así como las deudas o cargas existentes).

El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario no deban quedar en poder del curador, serán depositados en un establecimiento destinado a preservarlas.

Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes de la persona en cuyo apoyo se haya establecido la curatela.

El curador que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra la persona a la que presta apoyo se entenderá que renuncia a ellos.

El designado debe presentar, dentro del plazo otorgado, el inventario de bienes, que contendrá la relación de los bienes del afectado, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que acrediten la titularidad de los mismos. A continuación, el Letrado de la Administración de Justicia fijará día y hora para su formación citando a los interesados y al Ministerio Fiscal.

Si se suscita controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, la tramitación continúa con arreglo a lo previsto para el juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil, suspendiéndose mientras tanto la formación del inventario.

Si no hay oposición o resuelta ésta, el Letrado de la Administración de Justicia aprobará el inventario.

Referencias legislativas:

Arts. 285 y 286 del Código Civil.

Art. 47 de la ley de Jurisdicción Voluntaria.

41.- ¿Para qué actos necesita autorización judicial el curador?

Cuando hablamos de autorización judicial, habitualmente nos estamos refiriendo al curador representativo, aunque también puede producirse en supuestos en los que interviene el defensor judicial y el guardador de hecho.

En el caso del curador asistencial no se precisa autorización judicial previa dado que la persona que realiza el acto con asistencia es la persona que precisa la ayuda.

El curador representativo necesita recabar autorización judicial para los actos que expresamente determine la resolución y, en cualquier caso, para los que enumera el art 287 del Código Civil:

- 1º *Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.*
- 2º *Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda*

de seis años, 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. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

- 3º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.*
- 4º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.*
- 5º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.*
- 6º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.*
- 7º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.*
- 8º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.*
- 9º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria*

No necesitará autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

La autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de los mismos.

El procedimiento para solicitar las autorizaciones se establece en los arts. 61 a 66 de la ley de Jurisdicción Voluntaria.

Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los párrafos anteriores, la autoridad judicial o irá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

Referencias legislativas:

Arts. 287, 288, 289 y 290 del Código Civil.

Arts. 61 a 66 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

42.- ¿La curatela es para siempre?

Las medidas que establece la curatela serán objeto de revisión periódica en el plazo y forma que disponga el Auto que las acuerde. Su revisión puede oscilar desde una mera adaptación a una nueva situación hasta su desaparición por no ser necesaria debido a la mejoría de la persona afectada.

Las medidas de apoyo serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años; no obstante, el juez, de forma excepcional y motivada, podrá establecer un plazo de revisión superior que en ningún caso podrá superar los 6 años.

En caso de cambios sustanciales en las circunstancias de la persona que requieran de modificación de medidas, podrán revisarse a partir del momento en que se produzcan.

Podrán solicitar revisión las personas legitimadas para promover el expediente de curatela, el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes, o hermanos, así como el curador de la persona precisada de apoyo.

El procedimiento para realizar su revisión viene recogido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. El Juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la revisión mientras la persona afectada permanezca residiendo en la misma circunscripción; en caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de solicitar testimonio completo del expediente al Juzgado que haya venido conociendo del mismo hasta la fecha, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

En la revisión de las medidas, el Juez recabará un dictamen pericial cuando lo estime pertinente en atención a las circunstancias concretas del caso, se entrevistará con la persona afectada y ordenará cuantas actuaciones considere necesarias. Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, al curador, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días aportando la prueba que estimen oportuna.

Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recibidas las alegaciones y practicada la prueba, el Juez dictará nuevo Auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Referencias legislativas:

Art. 268 del Código Civil.

Art. 42 bis c) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

43.- ¿Cómo se hace la rendición de cuentas anuales?

La Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el art. 45 establece que, “en la resolución por la que se constituya la tutela o curatela u otra posterior, el juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al tutor o curador informe sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad y el estado de la administración de sus bienes”.

En relación con la tutela, ahora sólo posible para los menores de edad, el art. 228 del Código Civil establece que el tutor está obligado a informar “a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración”; pero en el caso del curador, la normativa remite a lo que establezca la resolución judicial en el art. 292 del Código Civil, “El curador, sin perjuicio de la obligación de rendición periódica de cuentas que en su caso le haya impuesto la autoridad judicial...”.

El procedimiento se regula en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que establece en su art. 51.1 que “De acuerdo con la legislación civil aplicable o con la resolución judicial correspondiente, el tutor o curador presentará, en su caso, informes sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad, o de rendiciones de cuentas”

Presentados los informes, el letrado de la Administración de Justicia los trasladará a la persona con discapacidad, a aquellos que aparecieran como interesados en el expediente y al Ministerio Fiscal. A diferencia de la legislación anterior, la comparecencia solo se celebra si alguna de estas personas lo solicita en un plazo de 10 días; no obstante, en la práctica forense venía siendo habitual la rendición de cuentas mediante la aportación de documentación acreditativa de la situación de la persona necesitada de apoyos, sin necesidad de vista.

La razón de esta modificación ha sido evitar la actual proliferación de vistas que en la mayoría de las ocasiones carecen de sentido ante la ausencia de complejidad y oposición a las cuentas presentadas, adecuando la normativa a la práctica forense vigente.

El juez también puede, de oficio, ordenar una pericial contable o auditoría (a costa del patrimonio del asistido) aun cuando nadie la haya solicitado, si en el informe se describen operaciones complejas o que requieran de justificación técnica, con el objetivo de alcanzar la mayor protección de los intereses de la persona con discapacidad. Celebrada o no la comparecencia, el juez resolverá por medio de Auto tomando en consideración los informes y la documentación aportada en la rendición de cuentas.

La aprobación judicial de las cuentas presentadas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador o sujeto a curatela o a sus causahabientes por razón de la curatela.

Referencias legislativa:

Art. 228 y 292 del Código Civil.

Art. 45 y 51 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

44.- ¿Qué obligaciones tiene el curador cuando se extingue la curatela?

La curatela se extingue de pleno derecho por resolución judicial cuando ya no sea precisa y por muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo.

Al cesar el curador en sus funciones deberá rendir ante la autoridad judicial la denominada “cuenta general justificada de su administración” en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa.

La acción para exigir la rendición final de cuentas prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla.

Antes de resolver sobre la aprobación final de cuentas, la autoridad judicial oírán al nuevo curador, en su caso, y a la persona que hubiera estado sometida a curatela, o a sus herederos.

La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona afectada o a sus causahabientes por razón de la curatela.

Los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de la persona a la que se prestó apoyo.

Referencias legislativas:

Arts. 291, 292, 293 y 294 del Código Civil.

Art. 51 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

45.- La tutela y la curatela en el derecho foral aragonés

Tras la entrada en vigor de la reforma, puede sorprender el hecho de que una persona mayor de edad pueda seguir siendo incapacitada y tener un tutor. Esta

situación, que se produce en Aragón, es consecuencia del carácter supletorio del Código Civil y la aplicación directa del Texto Refundido Foral.

En nuestra Comunidad Autónoma permanece la tutela como institución (art 130 y ss), siempre y cuando así se establezca por sentencia o resolución judicial que la modifique.

La curatela se encuentra regulada en el art 148 y ss. En principio es de carácter asistencial; la asistencia que debe prestar el curador al sometido a curatela se rige, con las adaptaciones necesarias, por lo dispuesto para la asistencia al menor mayor de 14 años (art 151). Hay que tener en cuenta, que a partir de los 14 años se presume que el menor tiene aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario; la capacidad es la regla general y sus limitaciones la excepción.

La sentencia de incapacitación debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para los actos determinados por la ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años. (ver pregunta 14 “Los menores de edad en Aragón”).

En relación con los efectos derivados de la falta de asistencia a la hora de formalizar un contrato, el derecho aragonés aplica la anulabilidad, que es el criterio seguido por el Tribunal Supremo en sus últimas sentencias.

Existe, como en la reforma aprobada, la opción de la curatela representativa, que se regula en el art. 150, de forma que la sentencia puede conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal.

Hay que tener en cuenta en estas instituciones de protección, o medidas de apoyo en el lenguaje de la reforma, la importancia de la Junta de Parientes en el funcionamiento y organización de estas medidas. (Ver pregunta 17)

Referencias legislativas:

Arts. 29, 130 a 152 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas

EL DEFENSOR JUDICIAL

No se introduce en la reforma especiales modificaciones en esta figura, salvo las terminológicas y se configura como una medida prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

46.- ¿Qué es un defensor judicial?

El Código Civil, al enumerar las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, al margen de las de naturaleza voluntaria, junto a la guarda de hecho y la curatela, establece la figura del defensor judicial, que tienen en común como funciones, asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Su nombramiento solo procede cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

El defensor judicial no puede tener relación contractual de prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga con la persona que precisa el apoyo.

Se prohíbe al defensor judicial:

- 1º.- Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.*
- 2º.- Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*
- 3º.- Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.*

Una de las diferencias destacables con la curatela y guarda de hecho, es su carácter provisional y subsidiario; es decir, que entra en juego cuando éstas no existen o no despliegan sus efectos por la razón que sea y tras la desaparición de las circunstancias que la motivaron, si existen estos cargos, se vuelven a restablecer.

Referencias legislativas:

Arts. 250, 251, 295, 296, 297 y 298 del Código Civil.

47.- ¿En qué casos es necesario?

No es necesario nombrar defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento.

El Código Civil establece los supuestos en que es necesario su nombramiento:

- 1º.- *Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.*
- 2º.- *Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.*
- 3º.- *Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.*
- 4º.- *Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.*
- 5º.- *Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.*

Referencia legislativa:

Arts. 295 y 296 del Código Civil.

48.- ¿Cómo se nombra al defensor judicial?

Se aplica la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La competencia para nombrar defensor judicial corresponde al Letrado de la Administración de Justicia. El procedimiento se inicia de oficio a petición del Ministerio Fiscal, de la persona afectada o por cualquier persona que actúe en el interés de esta.

De acuerdo con lo establecido en los arts. 56, 57 y 62 de la Ley del Notariado, cuando el Notario detecte que en determinadas actuaciones testamentarias intervienen personas con discapacidad sin apoyo suficiente, comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de defensor judicial. En el procedimiento que se lleve a cabo para su designación no es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.

Cuando la persona con discapacidad, con medidas de apoyo legalmente establecidas o en trámite, tenga que comparecer como demandado, o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, intervendrá el Ministerio Fiscal asumiendo su representación y defensa hasta que se nombre defensor judicial.

El inicio del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, tiene como efecto la suspensión de los plazos de prescripción o caducidad desde el momento de la solicitud y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme.

El Letrado de la Administración de Justicia convocará a comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia, a la persona afectada y al Ministerio Fiscal. Una vez oída la persona con discapacidad, se dictará resolución nombrando defensor judicial a quien se considere más idóneo, para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella, señalándole las atribuciones que le confiere la atribución y enviará al Registro -Civil testimonio para la inscripción, cuando la actuación del defensor judicial vaya dirigida a la administración de bienes.

Referencias legislativas:

Art. 295 del Código Civil.

Arts. 27 a 32 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Arts. 56, 57 y 62 de la Ley del Notariado.

49.- ¿A quién se puede nombrar defensor judicial?

La Ley de Jurisdicción Voluntaria únicamente dice que se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo; el párrafo final del art. 295 del Código Civil, lo concreta: "quién sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad"

Las personas jurídicas también pueden ser nombradas defensoras judiciales, siempre que entre sus fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

La persona elegida por el Letrado de la Administración de Justicia para el cargo no es necesario que sea un profesional del derecho, aunque puede recaer en un letrado en cuyo caso pueden coincidir la defensa judicial y técnica, pero en los casos en que el propio Ministerio Fiscal inicia el pleito, si la persona afectada no comparece a defenderse en el plazo establecido, se le nombra un defensor judicial que le represente.

No puede ser nombrado defensor judicial quien en virtud de una relación contractual se encuentre prestando servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

Fuera de esta prohibición, común a la curatela y guarda de hecho, la jurisprudencia da un amplio margen al Letrado de la Administración de Justicia para elegir a la persona idónea.

El Tribunal Supremo, en sentencia 597/2017, de 8 de septiembre, indica que “atribuyen al juez gran libertad a la hora de escoger a la persona que va a desempeñar el cargo de defensor judicial. No se establece un orden de prelación, ni hay remisión a las normas que lo establecen para el nombramiento de tutor. Tampoco se exige motivación alguna, aunque, naturalmente, para valorar la idoneidad, el juez debe atender al beneficio del menor o incapaz, lo que dependerá del motivo que ocasione su nombramiento. En cada caso, el Letrado de la Administración de Justicia deberá escoger atendiendo a las circunstancias, a la amplitud y disponibilidad del círculo de personas cercanas al menor o incapacitado, pero también del asunto en cuya intervención esté requerida la actuación del defensor judicial”.

Referencias legislativas:

Arts. 30,2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Art. 250 párrafo final del Código Civil.

RESPONSABILIDAD DERIVADO DE LOS CARGOS DE APOYO

Las modificaciones introducidas son consecuencia del reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, que ha cambiado el concepto de responsabilidad por hecho propio de las personas con discapacidad.

50.- La responsabilidad civil de las personas con discapacidad mental

Una de las consecuencias que derivan de la Convención al proclamar en su art. 12 que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, es que tal circunstancia no puede ser alegada, por si sola, como eximente de la responsabilidad civil y en este sentido, el Código Civil establece en el art. 299 que “La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo, con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”. El Capítulo II al que se hace referencia habla “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, y comprende los arts. 1902 a 1910.

El criterio de la ley ahora aprobada, parte de la consideración de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, tal circunstancia va a repercutir en la valoración de estas responsabilidades en los Tribunales; no obstante, habrá que estar al caso concreto y esperar el criterio que nos proporcione la jurisprudencia.

El art. 1902 del Código Civil regula la responsabilidad por hecho propio: “El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

La responsabilidad civil de la persona con discapacidad, si se dan estos requisitos, existirá independientemente de que estemos ante una guarda de hecho, curatela asistencial o representativa, o cualquier otra medida de apoyo. Una de las principales diferencias en la materia estriba en que si estamos ante una “curatela representativa” la responsabilidad será solidaria con la persona que judicialmente presta el apoyo, siempre que está conviva con ella, tal como regula el art. 1903. Este artículo regula la responsabilidad por hecho ajeno y se relacionan una serie de personas que también pueden responder: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder:

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo siempre que convivan con ella.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Existe una diferenciación en la aplicación jurisprudencial entre los dos artículos. En la responsabilidad por actos propios es necesario el elemento de culpa y ha de ser probado por quien reclama. En la responsabilidad por hechos ajenos rige la presunción de culpa del curador representativo.

La responsabilidad por hecho ajeno es uno de los principales problemas con lo que se enfrentan las personas que desarrollan funciones de apoyo. La jurisprudencia de los Tribunales es tremendamente rigurosa en esta materia, hasta el punto de que la culpa se presume y la norma general ha sido dictar sentencias condenatorias en respuesta a las reclamaciones de los perjudicados, motivo por el que en no pocas ocasiones se suscriben seguros que incluyen tales coberturas con el fin de intentar paliar estos riesgos; coberturas que habitualmente se recogen en el seguro de hogar del domicilio donde conviven los titulares y los menores y/o personas con capacidad modificada.

Referencias legislativas:
Arts. 299, 1902 y 1903 del Código Civil.

51.- La responsabilidad civil de las personas encargadas de prestar los apoyos

El Código Civil establece en su art. 294 que el curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste

apoyo. La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas. En este caso, el elemento que determina la responsabilidad exige la existencia de culpa o negligencia que deberá ser probada.

El guardador de hecho, defensor judicial, apoderado y mandatario, también responden por hecho propio en función de lo dispuesto en el art. 1902 ante la persona a la que presta el apoyo y frente a terceros. El reseñado artículo también exige también la existencia de culpa o negligencia. El plazo de prescripción para su reclamación es de un año.

El curador con facultades de representación plena será responsable de los daños y perjuicios causados a terceros por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella. Hay que tener en cuenta que la persona sujeta a la medida de apoyo en la curatela representativa responde solidariamente con su curador si se dan los requisitos de “culpa o negligencia” por su parte.

En relación con las otras medidas de apoyo (guarda de hecho, poderes preventivos, mandato sin poder, defensor judicial), salvo interpretación judicial en contra, la opinión mayoritaria es que las personas encargadas de estos apoyos no tienen responsabilidad civil por hechos ajenos en base al art. 1903 del Código Civil.

Referencias legislativas:
Arts. 294, 299, 1902 y 1903 del Código Civil.

52.- ¿Cómo se prueba la culpa o negligencia?

Los dos elementos esenciales en la concepción de la culpa son:

- 1) *La medida de la diligencia exigible*
- 2) *La previsibilidad*

Como establece reiterada jurisprudencia, la diligencia debida obliga a adoptar las medidas correspondientes para evitar el resultado, previo juicio de previsibilidad.

Es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar el riesgo, o quien previendo un posible resultado no ha tomado las medidas adecuadas para evitar el suceso.

El art. 1903, en su último párrafo, establece que la responsabilidad cesa cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon la “diligencia de un buen padre de familia” para prevenir el daño.

Nuestros Tribunales aplican este concepto con gran rigurosidad, hasta el punto de que la inmensa mayoría de las sentencias consideran que si se ha producido

por parte de la persona que tiene medidas judiciales de apoyo un perjuicio a una tercera persona, se debe a la falta de diligencia por parte del curador representativo que ha incurrido en culpa “in vigilando”.

El hecho ha de ser previsible, que es otro requisito de la culpa, a diferencia del hecho fortuito que deriva de sucesos que no hubieran podido preverse o en sucesos que previstos fueran inevitables.

Referencias legislativas:

Arts. 299, 1902 y 1903 del Código Civil.

53.- ¿Cuándo prescribe la responsabilidad civil?

Para los actos realizados por el curador o por la persona con discapacidad, el Código Civil remite al 1902, relativo a la responsabilidad extracontractual, que cuenta con un plazo de prescripción de un año. Es necesario la existencia de culpa o negligencia.

En el caso del curador, si los daños se han producido por su culpa o negligencia y la persona que reclama por daños es la sujeta a las medidas de apoyo, el plazo es de tres años según lo dispuesto en el art. 294 del Código Civil. La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas.

Hay que diferenciar este plazo de tres años para reclamar por daños, de la acción para exigir al curador la rendición de cuentas de su administración, que tiene que llevar a cabo ante la autoridad judicial cuando cesa en sus funciones, que prescribe a los cinco años contados desde la terminación del plazo de tres meses desde la finalización del cargo, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. El art. 292 del Código Civil indica que la aprobación de las cuentas: “no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona con discapacidad que recibe el apoyo o a sus causahabientes por razón de la curatela”.

En el caso de las demás personas que presten medidas de apoyo, el plazo de prescripción es de un año en virtud de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil.

Si es un tercero quien reclama el daño al curador representativo, por actos ajenos, es decir de la persona a la que presta los apoyos que convive con él, se aplica el art. 1903 y el plazo de prescripción es también de un año.

El art. 1.968 del Código Civil establece que: “prescribe por el transcurso de un año desde que lo supo el agraviado” El art. 1.969 del mismo cuerpo legal dispone que “el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya

disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

En supuestos de lesiones, el plazo comienza a contar a partir de la fecha en que se conocen de modo definitivo los efectos del perjuicio causado, es decir, a partir del alta médica: “pues sólo entonces está el interesado en condiciones de ejercitar la acción, valorando el alcance efectivo y total del daño y del importe de la adecuada indemnización”.

El plazo de prescripción puede verse modificado en caso de actuaciones penales previas, ya que si se ha seguido un procedimiento penal por el mismo hecho causante del daño cuya reclamación se realiza después en vía civil, el plazo de prescripción se empieza a computar a partir de la firmeza la resolución que ponga término, definitiva o provisionalmente, a la causa criminal. La responsabilidad civil derivada de delito prescribe a los 15 años, no en el plazo de un año del art. 1.968.

En el caso de personas inimputables a consecuencia de la gravedad de sus limitaciones y/o patologías, la responsabilidad civil que se podrá reclamar tendrá su origen en el art. 1.902 del Código Civil y será de un año.

Referencias legislativas:

Arts. 292, 294, 299, 1902, 1903, 1968 y 1969 del Código Civil.

54.- ¿Qué es la responsabilidad civil derivada de los delitos?

Es un sistema cuestionado. Se alega que la regulación de la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil tendría que ser suficiente, sin perjuicio del mantenimiento de la competencia del juez penal para resolver.

La nueva ley se ha limitado a reemplazar en el art. 108 del Código Penal, la expresión “quienes los tengan bajo su potestad o guarda” por “quienes ejerzan su apoyo” y el 120 por la de “los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”.

Al margen de debates, el Código Penal regula la responsabilidad civil aplicando normas especiales cuando tiene origen en un delito. El perjudicado por un delito puede optar por exigir la reparación del daño causado ante la jurisdicción penal, renunciar a ella o reservarse expresamente la posibilidad de ejercitar la acción posteriormente ante la jurisdicción civil. Habitualmente, en los procedimientos penales el juzgador suele resolver sobre el ilícito penal y también sobre la responsabilidad civil derivada del mismo.

El autor del delito o la persona relacionada con los hechos deberá indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible. Incluso en el caso de que no exista responsabilidad penal por concurrir alguna circunstancia eximente, ha de resolverse la posible responsabilidad civil. En este sentido, el art.20 del Código Penal establece en qué supuestos se está exento de responsabilidad criminal:

Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda 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.

3º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Pero el art. 118 del Código Penal, independientemente de la exención de responsabilidad penal por las causas contempladas en el art. 20, establece que “no comprende la de la responsabilidad civil” y que: son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

El art. 120.1 del Código Penal, establece que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: “Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”.

Referencias legislativas:

Arts. 20, 108 y 120 del Código Penal.

ENAJENACIÓN DE BIENES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La reforma simplifica los trámites. La intervención de abogado y procurador solo será preceptiva cuando así resulte necesario por razones de complejidad de la operación o por la existencia de intereses contrapuestos.

55.- ¿Hace falta autorización para vender o gravar bienes de la persona afectada?

Aunque sigue siendo necesario solicitar autorización para realizar estas operaciones se ha simplificado el expediente de autorización o aprobación judicial de actos de enajenación o gravamen de bienes pertenecientes a personas con discapacidad. Hasta ahora no era preceptiva la intervención de abogado ni procurador si el valor del acto para el que se instaba el expediente no superaba a los 6.000 euros y sólo era necesaria su actuación en el resto de los casos.

Con la nueva regulación, cuando supere esta cifra, la solicitud inicial podrá realizarse sin necesidad de abogado y procurador, sin perjuicio de que el Juez pueda ordenar la actuación de todos los interesados por medio de abogado cuando la complejidad de la operación así lo requiera o comparezcan sujetos con intereses enfrentados.

El objetivo que se pretende es ahorrar costes en operaciones que carecen de dificultad técnica o jurídica. La transparencia y legalidad de la operación está garantizada dado que sigue existiendo control judicial en el momento de decidir sobre la aprobación de lo solicitado.

Referencias legislativas:

Arts. 61 y 62,3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

56.- ¿Quién puede solicitar la autorización?

La ley de Jurisdicción Voluntaria establece que pueden promover el expediente: quienes ejerzan el apoyo a la persona con discapacidad a los fines de realizar el acto jurídico de que se trate, así como la persona con discapacidad de conformidad con las medidas de apoyo establecidas.

Cuando se trate de la administración de bienes o derechos determinados, con facultades concretas sobre los mismos conferida por su transmitente a título gratuito a favor de quien no ostente la representación legal, o cuando se ejerzan

separadamente la tutela o curatela de la persona y la de los bienes, deberá solicitar la autorización, si fuera precisa, el administrador designado por el transmitente o el tutor de los bienes.

Si el acto fuera respecto a los bienes del patrimonio protegido, el legitimado será su administrador.

Referencia legislativa:

Arts. 62 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

57.- ¿Cómo se tramita la autorización?

A través de expediente de Jurisdicción Voluntaria. El Juzgado de Primera Instancia de la residencia de la persona afectada es el competente para su conocimiento. Si antes de la celebración de la comparecencia se produce un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.

La solicitud deberá: a) expresar el motivo del acto o negocio de que se trate, b) razonar su necesidad, utilidad o conveniencia, c) identificar con precisión el bien o derecho objeto del procedimiento, y d) concretar el destino de la suma que se obtenga.

Con la petición se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada.

En caso de que se solicite autorización para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción.

Si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición, podrá incluirse en la misma la petición de venta directa sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En tal caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar.

Admitida a trámite la solicitud por el letrado de la Administración de Justicia, éste citará a comparecencia al Ministerio Fiscal, así como a todas las personas que, según los distintos casos, exijan las leyes y, en todo caso, a la persona con discapacidad.

Cuando proceda dictamen pericial, se acordará de oficio o a instancia de parte, y se emitirá antes de celebrarse la comparecencia, debiendo citarse a ella al

perito o peritos que lo hubiesen emitido, si así se acordara, para responder a las cuestiones que le planteen tanto los intervinientes como el Juez.

El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de la persona con capacidad modificada judicialmente, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada.

En el caso de autorización solicitada para transigir, si fuera concedida por el Juez, determinará la expedición de testimonio que se entregará al solicitante para el uso que corresponda.

Si la resolución autoriza la realización de algún acto de gravamen sobre bienes o derechos que pertenezcan al menor o persona con discapacidad, o la extinción de derechos reales a ellos pertenecientes, se ordenará seguir las mismas formalidades establecidas para la venta, con exclusión de la subasta.

El Juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como por la realización del negocio o contrato autorizado, se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiere concedido la autorización.

La resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos

Referencias legislativas:

Arts. 63, 64, 65 y 66 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

LAS SUCESIONES

Entre las modificaciones realizadas, gran parte de ellas meras adaptaciones terminológicas, destaca la mayor responsabilidad atribuida a los notarios para acreditar la facultad para testar de las personas, la supresión de la sustitución ejemplar, por considerar que era una forma de testar por sustitución de la persona con discapacidad, así como la prohibición de otorgar testamento a favor del establecimiento o del personal que atienden a las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia y las limitaciones para testar a favor del cuidador, salvo si es legitimario.

58.- ¿Qué es un testamento?

El testamento es un acto personalísimo por el que una o dos personas (testamento mancomunado en Aragón), manifestando consciente y libremente su voluntad, ordenan para después de su muerte el destino de todos o de parte de sus bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por causa de muerte y no estén sujetos a reglas distintas.

Entre sus características básicas cabe destacar:

1. *Es un acto personalísimo (no susceptible de ser llevado a cabo por medio de representante) reflejo de la voluntad del otorgante.*
2. *Es un acto solemne (en cuyo otorgamiento han de contemplarse las formalidades previstas por ley).*
3. *En el citado documento se puede encomendar a una o varias personas que a nuestra muerte repartan los bienes.*
4. *No es necesario que los interesados conozcan su contenido para que produzca efectos.*
5. *No es obligatorio aceptarlo: cabe la renuncia pura y simple, o a favor de persona/s determinadas.*
6. *Puede ser modificado cuantas veces se estime pertinente, siempre y cuando la persona cuente con capacidad suficiente para otorgarlo, siendo válido el último que se lleve a cabo.*
7. *No cobra efectividad hasta la muerte del testador.*

59.- Particularidades del Derecho Foral en Aragón

Los derechos forales tienen importancia a la hora de otorgar un testamento. Aragón y cinco Comunidades Autónomas (Cataluña, Galicia, Baleares, Navarra y

País Vasco) cuentan con códigos forales propios, por lo que a la hora de testar es necesario tenerlos en cuenta.

El Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA o derecho foral) recoge el Texto Refundido de las Leyes Civiles

Aragonesas, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.

La Compilación aragonesa regula numerosas particularidades, aquí solo recogemos algunas, en relación a la normativa recogida en el Código Civil, que dota a los aragoneses de una gran libertad para ordenar sus disposiciones mortis causa y mejorar los apoyos a las personas con discapacidad.

Legítima colectiva

El código foral emplea esta expresión, porque todos los descendientes son quienes tienen derecho a la mitad de la herencia del causante, pero tal derecho no existe individualmente (en el Código Civil, la legítima son dos tercios); la norma aragonesa introduce la matización de que la legítima puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo; es necesario nombrar a todos los descendientes, aunque no les deje nada, para dejar claro que no ha sido por olvido.

Esta flexibilidad permite favorecer a determinados descendientes con mayor libertad que la establecida en el Código Civil, siempre que haya al menos dos herederos forzosos de la legítima, de forma que solo uno de ellos reciba incluso el 100%. Es una opción que produce de hecho, los mismos efectos que la desheredación.

Pactos sucesorios

Los aragoneses, a diferencia de lo establecido en el Código Civil, pueden utilizar el “pacto sucesorio” como opción para repartir la herencia. Esta figura la pueden emplear las personas mayores de edad, sean o no cónyuges o parientes, incluso fuera de Aragón y también si uno de ellos no es aragonés y su ley personal no se lo prohíbe.

Es un acto de carácter personalísimo, que no admite representación, debe hacerse en documento público y supone el acuerdo entre dos o más personas, para ordenar los bienes futuros de la herencia.

Dos notas diferencian este pacto del testamento: que es irrevocable y que permite adelantar la herencia para entregarla en vida. Los pactos pueden revocarse o modificarse mediante otro pacto sucesorio celebrado por las mismas personas que lo otorgaron o sus herederos.

Al permitir nombrar heredero a un tercero en vida se equipará en los efectos a una donación, pero existe una diferencia importante en cuanto a su tributación, ya que en este caso, la tributación se realiza como una herencia, con sus bonificaciones y exenciones, lo que resulta más económico, especialmente si es entre familiares directos.

Otra diferencia con el testamento es que este no puede ser impugnado por la persona que lo ha otorgado, que siempre puede revocarlo por otro posterior; sin embargo, en el pacto sucesorio la persona/s que lo constituyen pueden impugnarlo:

- a) *Por las causas expresamente pactadas.*
- b) *Por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si esta hubiera sido pactada.*
- c) *Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación.*

El código foral admite cuatro tipos de pactos sucesorios:

- a) *De disposición mortis causa de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos.*
- b) *De institución recíproca.*
- c) *De disposición mortis causa de los contratantes a favor de tercero o terceros.*
- d) *De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros.*

Si atendemos al momento de la transmisión de los bienes de la herencia, existen:

- a) *Los pactos “de presente”: cuando el heredero adquiere los bienes en vida del causante.*
- b) *Los pactos “para después de los días”: cuando el heredero adquiere los bienes cuando fallece el causante.*

Los pactos sucesorios dotan de una gran libertad a los otorgantes, dado que pueden contener cualesquiera estipulaciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de terceros.

Testamento mancomunado

A diferencia del Código Civil, que prohíbe testar a dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento (bien en provecho recíproco o en beneficio de un tercero), en Aragón esta opción está permitida, de forma que dos personas, sean o no cónyuges o parientes, pueden ordenar en un mismo instrumento el destino de todos o parte de sus bienes para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas.

El código foral define las “disposiciones correspectivas”, como las de contenido patrimonial que estén recíprocamente condicionadas entre los testadores, bien sean en beneficio mutuo o de tercero.

El contenido del testamento mancomunado no es diferente del unipersonal, pero el hecho de que intervengan dos personas y que contenga disposiciones “correspectivas” introduce particularidades en la revocación de estas disposiciones.

El testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos testadores en un mismo acto u otorgamiento. Cada testador puede revocar o modificar unilateralmente sus propias disposiciones no correspectivas, pero la revocación o modificación unilateral de disposiciones correspectivas solo podrá hacerla un testador en vida del otro o, después, si concurre alguna causa de las que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, y producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas del otro. Todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa. Las revocaciones deben hacerse en testamento abierto ante Notario.

Fiducia sucesoria

Es una figura de nuestro derecho foral que faculta a todo aragonés con capacidad de testar (comitente) para designar a una persona de su confianza (fiduciario) con el fin de que este último sea quien ordene libremente el destino de sus bienes para después de su muerte. En caso de existir descendientes, el fiduciario debe ordenar la sucesión; en consecuencia, al fallecer el comitente la herencia se mantiene en suspenso a la espera de ser distribuida en un momento posterior, evitando la división patrimonial a favor de alguno o de todos ellos, salvo disposición en contrario del causante.

Para ser fiduciario, el Código del Derecho Foral de Aragón no exige que haya parentesco, por lo que el comitente puede nombrar a cualquier persona de su confianza con tal fin. No obstante, suele pactarse entre cónyuges, como fiduciarios uno del otro, mediante testamento mancomunado. En ese caso, su nombramiento se entiende hecho de por vida. Sin embargo, en el resto de los casos (cuando el fiduciario no es el cónyuge), se deberá ejecutar la fiducia en el plazo de tres años.

La fiducia es un cargo voluntario, de carácter personalísimo, gratuito (salvo que el causante haya previsto que sea retribuido). El fiduciario ha de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante. Su designación consta en testamento o escritura pública, así como las instrucciones sobre la ejecución de la fiducia (en caso de que existan).

Desde que el comitente fallece hasta que el fiduciario decide el destino de sus bienes, la herencia está pendiente de designación. En los casos en que corresponda la administración de la herencia al cónyuge viudo, éste podrá vender los bienes y derechos sujetos a fiducia, siempre que lo que obtenga, se destine a atender el pago de obligaciones y deudas de la herencia o a adquirir nuevos bienes que sustituyan a los anteriores. Pero, cuando existan parientes con derecho a legítima (por ejemplo, hijos, nietos, biznietos), necesitará la autorización de uno de ellos para poder proceder a su venta o enajenación.

El fiduciario debe decidir el destino de la herencia del comitente mediante actos inter vivos formalizados en escritura pública; no obstante, si el fiduciario es el cónyuge viudo también podrá hacerlo vía testamento.

Usufructo viudal

Es otra de las peculiaridades del derecho foral aragonés que, a diferencia del derecho común, atribuye al fallecimiento de un cónyuge al sobreviviente el derecho de usufructo de “todos” los bienes del premuerto (tanto privativos como gananciales), así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad; las causas más habituales de extinción del usufructo son por muerte, renuncia explícita o porque el viudo contraiga nuevo matrimonio o lleve vida marital estable (salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario).

Referencias legislativas:

Legítima colectiva: Art. 486 del Código de Derecho Foral Aragonés.

Testamento mancomunado: arts. 406, 409, 410, 411 y 417 a 422 del Código de Derecho Foral Aragonés.

Pactos sucesorios: Título II del Código de Derecho Foral Aragonés, arts. 377 a 404.

Fiducia sucesoria: arts. 439 a 448 del Código de Derecho Foral Aragonés.

60.- ¿Es conveniente realizarlo?

Generalmente, no solo es conveniente, sino necesario. El testamento puede servir para asegurar el futuro de la persona con discapacidad, designando un curador, distribuyendo sus bienes, favoreciendo su posición en relación con otros herederos y permitiendo dejar constancia póstuma de su voluntad.

Un testamento no es sólo un acto de última voluntad en el que se pueden incluir cláusulas sobre el destino del patrimonio, también puede contener:

- *Disposiciones muy variadas sobre la forma de vida y cuidados de los hijos, su salud, educación, formación o residencia.*
- *Designación de curador respecto de una persona física, fundación o persona jurídica sin ánimo de lucro (públicas o privadas), entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.*

- *Exclusión de una persona/s del cargo de curador.*
- *Establecimiento de órganos de fiscalización de la curatela, etc.*

En caso de que no se haya otorgado testamento, se aplica el Código Civil y la herencia se distribuye entre los herederos por partes iguales: descendientes: hijos y sus descendientes; ascendientes: heredan en defecto de los descendientes; cónyuge: hereda a falta de descendientes y de ascendientes y antes que los familiares colaterales (hermanos y sobrinos); los colaterales hasta el cuarto grado y en último término el Estado o la Comunidad Autónoma.

En este caso, los herederos se ven obligados antes de aceptar la herencia, a realizar un trámite previo ante el notario denominado “declaración de herederos ab intestato” que es un documento público que sustituye al testamento y que tiene por objeto declarar herederos a aquellas personas que por ley les corresponde.

61.- ¿Qué trámites hay que hacer para aceptar una herencia?

Antes de la reforma, el Código Civil establecía que en caso de que la sentencia de incapacitación por enfermedad física o psíquica no dispusiera otra cosa, el sometido a curatela podía, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario.

Con la nueva ley, se ha modificado en el sentido de que la aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por esta salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas. Si en la sentencia no se establece expresamente la necesidad la medida de apoyo de capacidad por el curador, no será necesaria.

En caso de que parte de la herencia esté compuesta por bienes inmuebles, lo recomendable es proceder a su aceptación ante notario con el fin de tener acceso a su inscripción en el correspondiente registro de la propiedad (en caso de que exista un único heredero no se precisa de aceptación notarial para que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad; también es susceptible de inscripción la aceptación llevada a cabo mediante documento privado en este supuesto). Por otro lado, no siempre que se acepte en documento público podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad; en ocasiones los inmuebles se encuentran inmatriculados (no inscritos en el Registro) y la vía más habitual para su inscripción es mediante la aportación de dos documentos públicos al Registro con el fin de que pueda procederse a su inscripción.

Para llevar a cabo la aceptación notarial de la herencia hemos de aportar numerosa documentación al notario otorgante entre la que cabe destacar, a título meramente enumerativo, la siguiente: certificado de defunción, últimas voluntades y seguros, copia autorizada del testamento, D.N.I. de los herederos y usufructuario así como con sus circunstancias personales (si están casado o solteros, vecindad y régimen matrimonial, en caso de que existan capítulos matrimoniales habrá que aportarlos, etc.), títulos por los que el finado adquirió la propiedad (herencia, donación, compra-venta, etc.), recibo de la contribución urbana de los inmuebles, certificados bancarios en los que se indique el nº de titulares de las cuentas de titularidad del finado, así como saldos (positivos o negativos) a fecha de defunción (en caso de que solo cuenten con una cuenta es suficiente con extracto de la cuenta en el que figuren los titulares y la cantidad existente a fecha de defunción); en caso de que existan seguros de vida hemos de aportar certificado de la aseguradora que indique quienes son los beneficiarios (no es preciso que coincidan con los herederos, aunque en ocasiones son los mismos; en algunos supuestos se remiten genéricamente a los “herederos”) y la cuantía a percibir por cada uno de ellos; créditos a favor del causante, vehículos de su titularidad, así como porcentajes de participación en sociedades mercantiles en caso de que las hubiere. También se harán constar las deudas pendientes por cualquier concepto (préstamos personales o hipotecarios, deudas con terceros, etc.), así como los gastos en que se ha incurrido con motivo del sepelio (factura de la funeraria, tasas de Ayuntamiento, lápida, esquelas, flores, etc.).

Una vez cuente el Notario con toda la documentación necesaria (se suelen incluir también notas del registro y catastro de las fincas urbanas y rústicas en el momento en que se acepta la herencia con el fin de que las fincas queden debidamente identificadas), han de comparecer todos los interesados ante el Notario con el fin de proceder a su aceptación. Para el caso de que alguno no pueda acudir en la fecha fijada, una de las opciones más frecuente con el fin de evitar dilaciones, es otorgar un poder notarial específico para aceptar la herencia (en muchas ocasiones también se apodera para la venta de bienes derivados de la misma) a favor de una persona (o varias de forma solidaria o mancomunada) de confianza de quien los otorgue.

Otra posibilidad es aceptar la herencia en documento privado y posteriormente elevarlo a documento público, entre los motivos para optar por tal modalidad destacan las dificultades de contar con toda la documentación, la negativa de algún familiar a su aceptación y la imposibilidad de comparecer en la notaría por motivos puntuales y/o de salud de alguno de los herederos.

La principal diferencia entre las dos posibilidades reseñadas es que los inmuebles identificados en el documento público podrán inscribirse en el Registro de

la Propiedad correspondiente (si reúnen los requisitos legales necesarios) y en caso de aceptación en documento privado no se tendrá acceso al Registro (a excepción de que el heredero sea una única persona en la que tendría acceso al Registro de la Propiedad el documento privado con firma legitimada del heredero).

En caso de que no exista testamento, con carácter previo a la aceptación de herencia ha de llevarse a cabo otro documento público denominado “declaración de herederos ab intestato” que lo sustituye. El Notario, tras las pruebas documentales y testificales que se llevan a cabo en el acta inicial y después de que haya transcurrido el tiempo legalmente indicado (20 días hábiles) procede a declarar herederos a aquellas personas que por ley les corresponde. Las pruebas que se aportan al Notario con tal fin son de dos tipos: documental (certificado de defunción, últimas voluntades, libro de familia, DNI del difunto, herederos y usufructuaria, así como circunstancias personales de los mismos; en caso de que el finado sea soltero suelen solicitar también certificación literal de nacimiento del mismo con el fin de que el notario pueda corroborar que no existen hijos biológicos y/o adoptados) y testifical (dos personas que no tengan interés en la herencia han de declarar ante el Notario que conocen al difunto y sus circunstancias personales: si estaba casado, soltero, si tenía o no hijos, etc.) bajo pena de falsedad en documento público, circunstancia que en cualquier caso es advertida por el notario.

Referencia legislativa:
Art. 996 del Código Civil.

62.- ¿Qué impuestos hay que pagar?

Una vez aceptada la herencia hemos de proceder a su tributación (Impuesto de Sucesiones) ante el organismo competente en la correspondiente comunidad autónoma; la competencia viene determinada por la vecindad del difunto.

En caso de que exista algún heredero con residencia en el extranjero hemos de estar a los convenios existentes entre los respectivos países, y en caso de que sean Europeos el Impuesto de Sucesiones se presentará ante la Agencia Tributaria.

Respecto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de Bienes Inmuebles Urbanos, al ser impuestos delegados a las Comunidades Autónomas han de presentarse y tributar ante el Ayuntamiento donde se encuentre ubicado el inmueble concreto (si son pueblos o localidades pequeñas es habitual que no vengán obligados a tributar plusvalía por causa de muerte, pero en ciudades grandes las

cuantías a abonar por tal concepto suelen ser elevadas; aunque existen reducciones destinadas fundamentalmente a bonificar la vivienda habitual y anejos de la misma; en algunos casos como en Aragón, también existe reducción para la segunda vivienda aunque en menor cuantía).

Posteriormente, se acude al Registro de la Propiedad con los justificantes de los impuestos reseñados y la escritura otorgada ante Notario con el fin de que pueda procederse a su inscripción.

Los dos primeros impuestos han de presentarse en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha de defunción (cabe solicitar prórroga) con el fin de no incurrir en posibles sanciones, intereses y recargos (habitualmente consisten en un % sobre la cantidad que hubieran tenido que abonar que dependerá del tiempo transcurrido y si ha sido requerido o no para proceder a su abono por la administración).

El Registro de la Propiedad no cuenta con un plazo determinado para su presentación tras la defunción, aunque es conveniente su inscripción tras la tributación dado que requiere de los justificantes de presentación y/o abono de los impuestos y, en ocasiones, con el paso de los años existen dificultades para localizar los documentos reseñados.

La normativa fiscal establece bonificaciones para las personas discapacitadas. La reducción es independiente y compatible con la de parentesco y establece una reducción adicional para los sujetos pasivos según su grado de discapacidad; existen dos tramos diferentes:

- *Igual o superior al 65%.*
- *Inferior al 65% e igual o superior al 33%.*

En caso de discapacidad superior al 65% se encuentran exentos, y en el tramo intermedio existe una reducción de unos 45000 € (dependiendo en buena parte de las Comunidades Autónomas donde corresponda tributar).

Para la aplicación de estas reducciones, la discapacidad debe estar reconocida como tal por resolución de la Administración competente en el momento del devengo del impuesto.

Todo sucesor, por cualquier título, universal o particular, como usufructuario o nudo propietario, tiene derecho a disfrutar de la reducción por discapacidad. En el caso del nudo propietario, si no la ha agotado al tributar por la nuda propiedad, la cuantía pendiente podrá aplicarla posteriormente al consolidarse el usufructo.

63.- ¿Pueden las personas con discapacidad mental testar?

El Código Civil autoriza a testar a todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente. Se prohíbe testar a los menores de 14 años y a “La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”.

Cuando una persona con problemas de salud mental desee otorgar testamento, habrá que atender a que en el momento del otorgamiento, pueda conformar o expresar su voluntad (a criterio del notario), aunque sea con ayuda de medios o apoyos para ello.

El Código Civil establece que: “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

En la legislación anterior se imponía la obligación de recurrir al informe de dos “facultativos” para acreditar la capacidad en caso de existir sentencia de incapacitación; en la actualidad no se impone esta obligación al notario, depositando una gran responsabilidad en el mismo, de forma que su intervención lo convierte en un importante apoyo de la persona con discapacidad mental.

Esto no implica que el notario no pueda recurrir al informe de facultativos, ya que en ocasiones no es fácil discernir si una persona con problemas de salud mental cuenta o no con capacidad suficiente para llevar a cabo determinados actos jurídicos (cuanta mayor trascendencia tiene el acto jurídico a realizar, mayores deben ser las cautelas). Una norma de prudencia aconseja utilizar esta opción, que da consistencia a la voluntad de la persona necesitada de apoyo, también corrobora la actuación del notario de forma que en caso de posibles impugnaciones por nulidad testamentaria por falta de capacidad, será más complicado que prosperen, dado que el testamento recogerá el dictamen de expertos en la materia acreditativo de que en el momento de llevar a cabo el acto jurídico el interesado contaba con suficiente capacidad.

Referencia legislativa:
Arts. 663 y 665 del Código Civil.

64.- ¿Se puede impugnar el testamento otorgado por un enfermo mental?

El Tribunal Supremo parte de la presunción de capacidad de la persona para testar. Nos encontramos ante una presunción “iuris tantum” que implica que se presume que la persona que ha otorgado el testamento tiene plena capacidad

para ello; no obstante, tal presunción puede destruirse mediante prueba concluyente en contrario.

El Código Civil establece en su art. 666 que “Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”, siendo este el punto concreto en el que habitualmente se centran la mayoría de las impugnaciones: “el estado de la persona en el momento del otorgamiento”.

La parte que impugna el testamento tiene que probar fehacientemente la falta de capacidad de la persona, por lo que, en caso de duda, el juzgado dará por bueno el testamento presumiendo que quien lo otorgó contaba con capacidad suficiente para ello.

Los indicios que se manejan para demostrar la falta de capacidad pueden ser muy variados: testamento otorgado durante un proceso de provisión de apoyos (en la legislación anterior de incapacitación) pero antes de la resolución que determine los apoyos; los que contradicen las relaciones familiares testando en favor de personas sin vínculos afectivos, testamentos que van más allá de la excentricidad, etc., pero no olvidemos que la carga de la prueba corresponde a quien la alega.

Referencia legislativa:
Art. 666 del Código Civil.

65.- ¿Puedo testar a favor de mi curador?

La reforma ha introducido como novedad que “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela”.

El objetivo de esta modificación es proteger a la persona sujeta a medidas de apoyo por resolución judicial de influencias indebidas por parte de las encargadas de prestarlas. Pretende evitar coacciones o manipulaciones en personas especialmente vulnerables. No obstante lo indicado, y pese a entender que es una medida correcta, por coherencia, entendemos que no tiene sentido que no se excluya al curador asistencial y a otras personas encargadas de prestar medidas de apoyo (aunque se establecen salvaguardas), dado que, aunque no le representa y es la persona afectada la que decide; y ello porque la influencia indebida se puede producir de la misma forma que en curatela representativa.

Esta disposición no rige cuando el testamento se hace después de la extinción de la tutela o curatela, al suponer que en ese momento la persona es capaz y,

en consecuencia, es más complicado influir en la voluntad del testador; ni tampoco en supuestos en los que el tutor, curador o cuidador sea pariente con derecho a suceder ab intestato.

No sería de recibo que una persona que asume la responsabilidad de prestar medidas de apoyo se vea privada de sus derechos hereditarios como familiar por el mero hecho de aceptar el cargo, con todo lo que ello conlleva.

Referencia legislativa:
Art. 753 del Código Civil.

66.- ¿Puedo testar a favor de la entidad en la que me atienden?

A partir de la entrada en vigor de esta ley, ya no se puede testar a favor del establecimiento en el que se encuentra la persona afectada: “Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.”

Esta salvaguarda, tiene la misma finalidad que el caso de los tutores y curadores representativos anteriormente reseñado: evitar influencias indebidas y posibles manipulaciones que, en ocasiones, dan lugar a reclamaciones y procedimientos judiciales por considerarlas abusivas. No siempre es así, y ha sido relativamente habitual que entidades titulares de este tipo de establecimientos o su personal hayan sido beneficiarias por las personas atendidas en las mismas sin que existiese ningún tipo de influencia indebida en reconocimiento de la labor y los cuidados prestados a la persona cuando, en algunas ocasiones los familiares más cercanos y – en algunos casos beneficiarios de la sucesión- no han proporcionado los cuidados como “si se tratara de un buen padre de familia” y/o, en casos extremos, no han prestado apoyo alguno a la persona que los precisa. También sucede lo contrario.

Lo cierto es que el debate sobre posibles abusos o manipulaciones de terceros donde se prestaban apoyos ha venido existiendo a lo largo del tiempo y esta regulación ha pretendido darlo por zanjado incluyendo la prohibición de este tipo de disposiciones testamentarias.

Referencia legislativa:
Art. 753 del Código Civil.

67- ¿Puedo testar a favor de mi cuidador?

Esta nueva limitación para testar está pensada fundamentalmente para las personas mayores: “Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.”

La especial relación entre el cuidador y la persona que atiende, tenga o no discapacidad, puede dar lugar a manipulaciones o influencias indebidas; pero también pueden ser la expresión de un acto de voluntad, en agradecimiento a su cuidador, máxime en casos en los que la familia se ha desentendido.

La fórmula para evitar estos peligros, que ya empezaban a aparecer en los juzgados, ha sido introducir la salvaguardia de la intervención del notario para asegurar la voluntad del testador, al permitir únicamente en estos supuestos el testamento abierto como garantía de la persona con discapacidad.

Referencia legislativa:
Art. 753 del Código Civil.

68.- ¿Existen sanciones para los herederos por conductas irregulares con las personas con discapacidad?

Se denominan “causas de indignidad”. Es una sanción que la ley, interpretando la voluntad del testador que -de haber podido habría procedido igual- impone a un heredero que ha cometido ciertos actos calificados como reprochables y que determina la imposibilidad de suceder al causante.

El Código Civil, en el art. 756, establece siete causas de indignidad, de las cuales, la segunda y séptima tienen relación con las personas con discapacidad. La reforma solo ha introducido modificaciones terminológicas para adaptar el texto a la Convención.

“Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

- 2º. *También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.*
- 7º. *Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.*

Los arts. 142 y 146 regulan y definen los alimentos entre parientes. Se entiende por alimentos lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica; también –en caso de menores de edad- la educación e instrucción del

alimentista mientras sea menor de edad o no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. La cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, y podrá modificarse en función de los cambios que se produzcan en la fortuna del alimentante o en las necesidades del alimentista.

Referencias legislativas
Arts. 142, 146 y 756 del Código Civil.

69.- ¿Se puede dejar la herencia a cualquier persona?

Existe una porción de bienes de los que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos forzosos. Es lo que el Código Civil denomina legítima. En principio, la única manera de evitar que un heredero forzoso reciba su legítima consiste en desheredarlo, pero para esto es necesario que concurren los requisitos que establece el Código Civil. En derecho común la herencia se divide en tres tercios:

Tercio de legítima estricta: es la parte de la herencia que debe repartirse a partes iguales entre todos los herederos forzosos. Se llama también legítima corta.

Tercio de mejora: sólo puede distribuirse a favor de los hijos y descendientes y nunca terceras personas. Su finalidad es favorecer la legítima, a uno, varios o a todos de sus destinatarios, según decida el testador y sin necesidad de repartirse en partes iguales entre todos los descendientes del testador.

Tercio de libre disposición: tal y como su propio nombre indica, el testador, puede disponer libremente y dejar a cualquier persona (física o jurídica) que estime conveniente.

Existe la posibilidad, cuando alguno o varios de los legitimarios se encuentren en una situación de discapacidad, que el testador pueda disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con la llamada sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa. En estos casos corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.

Antes de la reforma era necesario que el hijo hubiese sido judicialmente incapacitado. En la actualidad cuando hablamos de hijos en situación de discapacidad, no nos estamos refiriendo a personas discapacitadas sujetas a medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, sino a la definición de persona

con discapacidad de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; es decir: a) a las afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento, b) a las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento y c) las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia:

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 extenso para su autonomía personal.

Grado III: Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

La sustitución fideicomisaria sirve para evitar que las personas con discapacidad sufran manipulaciones de terceros, de forma que los bienes dispuestos a su favor acaben en propiedad de terceras personas, ya que el testador (fideicomitente), transmite un patrimonio a una persona (fiduciario), en nuestro caso discapacitada, para que disponga de los bienes y derechos normalmente hasta su fallecimiento y, una vez que se produzca este hecho o concluya el plazo por el que se otorgaron los bienes, el patrimonio se transmite a un tercero ya designado (fideicomisario).

Existen dos formas de fideicomiso:

- a) *Sustitución fideicomisaria ordinaria: en tal supuesto el fiduciario debe conservar los bienes para que a su fallecimiento se entreguen a los fideicomisarios designados. Se asimila a una especie de derecho de usufructo vitalicio*.
- b) *Sustitución por fideicomiso de residuo: en este caso el fiduciario tiene facultades de disposición y, a su fallecimiento, únicamente transmite los bienes no dispuestos (el residuo), que es la modalidad que establece el art. 808 del Código Civil salvo disposición contraria del testador.*

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes, siempre que el fiduciario no pase del segundo grado, o que viva al tiempo del fallecimiento del testador.

Referencias legislativas:

Arts. 781 a 786, 808 y primer párrafo de la disposición adicional cuarta del Código Civil.

Arts. 806, 807, 808 y 848 a 857 del Código Civil

Art. 2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Ppersonas con Discapacidad.

Art. 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

CONTRATOS

En este apartado, el objetivo de la reforma ha sido transmitir el criterio de la Convención de que la persona discapacitada con apoyos cuenta con plena capacidad para suscribir contratos, eliminando los artículos del Código Civil que se oponían a este criterio. Las modificaciones de mayor calado han sido la de los artículos que regulan la nulidad de los contratos de las personas con discapacidad, pero han sido numerosos los artículos afectados por cambios terminológicos para adaptarlos a la Convención como consecuencia de la desaparición de la tutela para las personas mayores de edad, y su sustitución por la curatela en su doble dimensión de asistencial y representativa

70.- ¿Puede firmar un contrato una persona con discapacidad?

De acuerdo con la Convención, una persona con discapacidad mental se encuentra en igualdad de condiciones que el resto en cuanto a capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida; dicha capacidad se refiere tanto a la titularidad de los derechos como a la capacidad para ejercerlos.

En la anterior regulación se prohibía firmar contratos a las personas con capacidad modificada judicialmente en los términos señalados en la resolución judicial de modificación de capacidad de obrar. Ahora no es posible la modificación de una capacidad, que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.

La idea central de la reforma es proporcionar el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que iguala a todas las personas, tengan o no discapacidad, de ahí que la regulación ha eliminado en su articulado las referencias a la falta de capacidad de las personas con discapacidad para firmar contratos centrándose en establecer salvaguardias para que estos apoyos se ejerciten correctamente, limitándose a regular las consecuencias de su falta o de su inexistencia y en menor medida, a establecerlas frentes a los terceros con quien contrata.

71.- ¿Se pueden rescindir los contratos suscritos por las personas con discapacidad?

Puede darse el caso de un negocio regularmente celebrado, que cuenta con sus elementos esenciales y no adolece de vicio alguno, pero que contribuye a obtener un resultado injusto y produce una lesión. En estos casos, el Ordenamiento Jurídico concede la acción rescisoria para hacer cesar su eficacia, es una ineficacia sobrevenida, que se diferencian de las situaciones en las que falta algún

elemento del contrato sustancialmente básico y no responden a su propia definición, que pueden dar lugar a una nulidad absoluta o anulabilidad.

La acción de rescisión es subsidiaria y solo podrá ejercitarse cuando el perjudicado carezca otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. El Código Civil únicamente permite esta acción en los casos establecidos. El art. 1293 establece que, “Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1 y 2 del artículo 1.291”. Esta redacción hace muy dudoso que se pueda aplicar por analogía a otras medidas de apoyo.

La reforma mantiene la regulación del art. 1291.1 del Código Civil, adaptándola a la terminología de la Convención, introduciendo a los “curadores representativos”. Son rescindibles “Los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos”.

Tanto los contratos que podían hacer los tutores en la legislación anterior, como los que pueden realizar los curadores con representación sin autorización judicial previa son de escasa trascendencia económica, consecuencia de ello es su escasa aplicación en la práctica.

Por otro lado, el sistema de apoyos introducido por la reforma, unido a la desaparición de la tutela para los mayores de edad, dota a las personas con discapacidad de un mayor margen para decidir sus actuaciones al colocar a la curatela representativa como “excepción” limitada a supuestos en los que la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad, en consecuencia, la medida habitual será la curatela asistencial, figura que está excluida de la aplicación del art. 1291,1 C.c.

Los efectos de la rescisión obligan a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y al abono de sus intereses. El plazo de prescripción de la acción de rescisión es de cuatro años, que no empezará a computarse hasta que se extinga la medida representativa de apoyo.

Referencias legislativas:

Arts. 1290, 1291, 1º, 1293, 1249, 1295 y 1299 del Código Civil.

72.- ¿Quién puede ejercer la acción de nulidad de un contrato?

Pueden ejercer esta acción los obligados principal o subsidiariamente en virtud del contrato. Hemos de diferenciar entre actos que precisan autorización judicial (los que se relacionan en el art. 287), de aquellos que no precisan de autorización previa. En ambos casos la norma solo se aplica a los curadores representativos.

El art. 1302 del Código Civil establece qué personas están legitimadas para solicitar la anulación del contrato:

Primera: *Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen.*

Segunda: *Los contratos también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación sólo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.*

Tercero: *También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo de prescripción, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.*

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas, cuando fueran precisas, el plazo de cuatro años se computa desde la celebración del contrato.

Referencias legislativas:
Arts. 1301 y 1302 del Código Civil.

73.- ¿Qué contratos son nulos?

El art. 287 del Código Civil enumera los actos para los que el curador representativo y el guardador de hecho necesitan autorización judicial, pero no regula los efectos de sus actuaciones en caso de que se lleven a cabo sin la preceptiva autorización.

El art. 1259 Código Civil indica que: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

El artículo 61 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria considera la autorización judicial como un requisito para la validez del acto, pero la doctrina y la jurisprudencia más reciente, aunque no consolidada, considera que estamos ante una anulabilidad y no ante una nulidad de pleno derecho, postura compatible con los criterios del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, dado que puede expresarla, como recoge el artículo mencionado, a través

de la ratificación posterior del acto realizado por el curador representativo o guardador de hecho realizado sin la autorización judicial.

Cuestión distinta es la realización de actos prohibidos por el art. 251 del Código Civil para los que desempeñe alguna medida de apoyo:

- 1º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.*
- 2º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*
- 3º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.*

En estos casos estamos ante una nulidad de pleno derecho. Dichas prohibiciones no resultarán de aplicación a las medidas de apoyo voluntarias cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de su constitución.

Referencias legislativas:

Art. 287 y 1259 del Código Civil.

Art. 61 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS DE APOYO

La reforma, salvo para autoridad judicial, Administración y funcionarios, no ha solucionado las deficiencias de acceso a la información sobre la existencia de las medidas de apoyo. La calificación de datos especialmente protegidos en el Registro Civil y la no inscripción de oficio de las medidas voluntarias en el Registro de la Propiedad mantiene la misma problemática. La incomprensible eliminación de la anotación preventiva de la demanda de incapacitación, ahora de provisión de apoyos, coloca a las personas con discapacidad en una situación vulnerable, a la que no encontramos justificación.

74.- ¿Cómo se conocen las medidas preventivas y de apoyo inscritas en el Registro Civil?

El Registro Civil permite a la autoridad judicial hacer efectiva la preferencia que la ley atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes entre las medidas legales a aplicar; el problema es que cualquier otra persona tiene prácticamente vetado conocer si una persona concreta cuenta con medidas de apoyo judiciales o voluntarias, al gozar tales datos de la calificación de “especialmente protegidos”.

Los actos que afectan a la discapacidad y las medidas de apoyo con acceso al Registro Civil se relacionan en el nuevo texto del artículo 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio:

- *Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes.*
- *Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.*
- *Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.*
- *La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado”.*

Respecto a los menores, aunque el art 300 del Código Civil se refiere a cargos tutelares, lo que es objeto de inscripción en el Registro es la tutela y la defensa judicial del menor emancipado (arts 4.13 y 75 de la Ley del Registro Civil).

En materia de medidas de apoyo a personas con discapacidad, el Registro Civil se convierte en pieza fundamental del sistema de publicidad, al hacer efectivas

las preferencias que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por la persona de ámbito personal o patrimonial.

En supuestos de “medidas de apoyo voluntarias” (art 255.4º del Código Civil) el notario “comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante”. El art 260 del Código Civil establece lo mismo para los poderes preventivos. El art 77 de la Ley del Registro Civil indica que “es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”. La principal finalidad de las “medidas voluntarias” en el Registro Civil es proporcionar conocimiento a la autoridad judicial de la existencia de estas medidas, de cara a estimar su existencia y/o suficiencia, para evaluar si procede o no proveerle de otras complementarias. El problema surge porque al ser “datos reservados” se impide su conocimiento a terceros contratantes, con todos los problemas que de tal situación se derivan.

En supuestos de “medidas judiciales”, el art 755.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el Letrado de Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos del Título I Libro IV (procesos especiales: capacidad, filiación, matrimonio y menores) se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. Al hilo de la materia que nos ocupa, el art 22.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que “Si cualquiera de los expedientes a los que se refiere la presente Ley diera lugar a un hecho o acto inscribible en el Registro Civil, se expedirá el testimonio de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación”. Por su parte, el art 72.1 de la Ley del Registro Civil establece que “La resolución dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona con discapacidad. La inscripción expresará la extensión y límites de las medidas judiciales de apoyo. Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre las medidas de apoyo a personas con discapacidad”.

Aunque el Registro Civil está excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, su propia regulación le dota de especial protección respecto de datos que afectan a la esfera de la intimidad de la persona. En tal sentido, la actual reforma ha modificado el artículo 83.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, introduciendo un nuevo apartado b) que indica que se considerarán datos especialmente protegidos: “La discapacidad y las medidas de apoyo” con los efectos que regula el artículo 84 de la citada ley, de forma que sólo pueden acceder a esta información: la persona discapacitada inscrita o sus

representantes legales, quien ejerza el apoyo y esté expresamente autorizado para ello, el apoderado preventivo general, o el curador. El resto de posibles interesados necesitan autorización expresa de estas personas para acceder a los asientos que contengan datos especialmente protegidos, lo que, en la práctica, como venimos indicando, impide obtener esta información.

La autoridad judicial no tiene limitaciones en la información; mediante consulta al registro tiene acceso a las medidas preventivas que la persona puede haber otorgado, lo que le permite velar por su aplicación y eficacia, así como la existencia de cualquier medida de apoyo.

Las Administraciones y funcionarios públicos (entre los que se encuentran notarios y registradores) también pueden acceder a los datos registrales especialmente protegidos cuando “en el ejercicio de sus funciones” deban verificar la existencia o el contenido de las medidas de apoyo y bajo su responsabilidad (art 84.1 de la Ley del Registro Civil). Tal circunstancia viene reforzada por lo dispuesto en el art 8.2 de la Ley del Registro Civil que dispone que “Todas las Administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias tendrán acceso a los datos que consten en el Registro Civil único con las excepciones establecidas relativas a los datos especialmente protegidos previstas en esta Ley. Dicho acceso se efectuará igualmente mediante procedimientos electrónicos con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente”.

El notario es considerado “funcionario y autoridad”. La relación entre el notario y el Registro Civil es bidireccional: por un lado, como generador y comunicador de información al Registro Civil (poderes preventivos, autotutela, etc.), por otro lado, como receptor y responsable del tratamiento de la información, puede acceder a estos datos para desarrollar su trabajo.

Las resoluciones judiciales se inscriben aportando la correspondiente certificación del Letrado de la Administración de Justicia, y las medidas voluntarias adjuntando la oportuna escritura pública; la inscripción se apoya en lo dispuesto en el art. 260 del Código Civil, que en relación con los poderes preventivos, obliga al notario a comunicarlos de oficio y sin dilación al Registro Civil, y en el art. 300 del mismo cuerpo legal que establece con carácter general que “Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil”.

La guarda de hecho, como tal, no tiene acceso al Registro Civil al no ser una medida necesaria para que el guardador pueda actuar, pero cuentan con acceso al Registro las medidas de control derivadas de las intervenciones judiciales que

establece el Código Civil mediante esta medida (autorizaciones de representación, rendición de cuentas, establecimiento de salvaguardias, etc.); este acceso no genera una inscripción, sino una anotación registral que no tiene el valor probatorio que proporciona la inscripción, contando con valor meramente informativo. El art. 40.3 de la Ley del Registro Civil recoge que: “Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: ... 9º.- El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho”. Esta anotación informa de que un juez, a través de la certificación que envía el Letrado de la Administración de Justicia, ha constatado la existencia de un guardador de hecho, con los efectos de la resolución judicial que haya adoptado en esta materia, por lo que tiene un valor relativo que dota de una cierta legitimación al guardador de hecho.

Referencias legislativas:

Arts. 4, 40,3), 72, 77, 83,1 y 84 Ley del Registro Civil.

Arts. 260 y 300 del Código Civil.

Art. 1 de la Ley del Notariado y 66 de su Reglamento.

75.- ¿Es oponible una resolución no inscrita?

Como hemos comentado, no todas las personas tienen acceso a la información del Registro Civil al tratarse de datos especialmente protegidos. Entre los datos especialmente protegidos se recogen las medidas de apoyo, que no pueden consultarse por terceras personas no autorizadas, lo que podría perjudicarles al verse sorprendidos por la anulabilidad de un negocio celebrado sin los requisitos previstos en la sentencia correspondiente de provisión de apoyos.

Tras la reforma no hay un artículo como el 218 del Código Civil que circunscriba los efectos de la oponibilidad a los cargos tutelares y no a la incapacitación.

Los artículos 72.1 y 73 de la Ley del Registro Civil extienden el efecto de inoponibilidad a todas las resoluciones; el art 72.1 dispone que “La resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona con discapacidad. La inscripción expresará la extensión y límites de las medidas de apoyo. Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre las medidas de apoyo a personas con discapacidad”. Por su parte, el art 73 indica que “Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior no serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones”.

Hemos de tener en cuenta que el curador representativo para transmitir inmuebles o derechos reales precisa de la preceptiva autorización judicial que recoge el art 287.2 del Código Civil, y que el Registrador no procederá a inscribir la transmisión salvo que cuente con la autorización judicial.

Uno de los problemas de mayor calado que presenta la reforma, que puede dejar en situaciones de desprotección a la persona con discapacidad es la desaparición de la anotación preventiva del procedimiento en el Registro de la Propiedad, que no se puede usar como medida cautelar (el proceso de provisión de apoyos, de inicio se tramita en expediente de Jurisdicción Voluntaria donde no hay medidas cautelares). Hasta la fecha, la anotación preventiva impedía la existencia de terceros de buena fé protegidos por el art 34 de la Ley Hipotecaria; ante la nueva situación, la persona con discapacidad no podrá recuperar el bien aunque anule el contrato, quedándose con una acción puramente personal, lo que conlleva un elevado riesgo de perder su patrimonio. En nuestra opinión el riesgo en que se incurre con objeto de salvaguardar la intimidad de la persona con discapacidad no compensa las posibles consecuencias a las que lo aboca.

Hemos de tener en cuenta que, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, las medidas de apoyo ya no se inscriben en el folio real de la finca, y solo se practicará el asiento respecto de ellas en el denominado “Libro sobre las medidas judiciales de apoyo” y sólo “en la medida que lo solicite la persona en favor de la cual se haya constituido el apoyo”. Cabe destacar que cuando se remiten al Registro de la Propiedad no se inscriben en el folio real de la finca sino exclusivamente en el “Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles” según se desprende del art 2.4 de la Ley Hipotecaria.

Referencias legislativas:

Arts. 2,4), 42 de la Ley Hipotecaria.

Art. 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

76.- El Registro de Instrucciones Previas

El documento de instrucciones previas no solo permite al paciente influir en las futuras decisiones relacionadas con la salud, también facilita a los profesionales la toma de decisiones respetuosas con la voluntad del paciente cuando este no tiene ya capacidad para decidir por sí mismo.

Para la efectividad de este derecho, es necesario, con independencia de la comunidad en la que haya sido formalizada (cada comunidad autónoma tiene su propio Registro)- que puedan ser conocidas por los profesionales para que puedan aplicarlo.

Por esta razón, el art. 11.5 de la ley de Autonomía del Paciente establece que “Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas”.

Este Registro fue creado por Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, y se encuentra sujeto (dado el carácter de sus datos personales) a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que asegura la eficacia y posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos, formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las Comunidades Autónomas e inscritas en sus registros autonómicos. Por lo tanto, el Registro nacional, tiene por objeto constatar, salvo prueba en contrario:

- a) *La existencia de instrucciones previas inscritas en los distintos registros autonómicos.*
- b) *La localización y fecha de inscripción de la declaración que haya realizado la persona otorgante, así como de la eventual modificación, sustitución o revocación de su contenido cualquiera que sea el registro autonómico en el que hayan sido inscritas.*
- c) *El contenido de las instrucciones previas.*

Esto no quiere decir, que únicamente las instrucciones previas inscritas son válidas; no sería admisible negar validez a documentos posteriores que acrediten fehacientemente la voluntad del otorgante que contradigan los inscritos en el Registro nacional dado que contravendría su voluntad. Prueba de lo indicado es el contenido del art 2.2 del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, que establece que frente a las inscripciones cabe prueba en contrario. En idéntico sentido el art. 9 del Convenio de Oviedo que establece que "Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad".

El procedimiento para formalizar las inscripciones en el Registro nacional se detalla en el art. 3 del Real Decreto que lo creó: "Inscritas las instrucciones previas en el correspondiente registro autonómico, el encargado de este lo comunicará al Registro nacional de instrucciones previas, por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada; a tal efecto, dará traslado de los datos e información mínima que se recogen en el anexo, así como de la copia del documento de instrucciones previas registrado que se remitirá por la citada vía telemática.

Recibida la comunicación telemática de los datos e información mínima a que se refiere el apartado anterior, se procederá a su inscripción, así como a la de la copia del documento de instrucciones previas en el Registro nacional de instrucciones previas, y se notificará el acto de inscripción y registro al registro autonómico, en el término de siete días, por el mismo procedimiento telemático. Cuando

la información mínima resulte incompleta o se apreciara algún defecto subsanable, se procederá a la inscripción provisional y se requerirá al registro autonómico para que subsane la ausencia de aquellos datos en el plazo que se le señale, que no será superior a 15 días. Transcurrido el referido plazo sin suplir la omisión o corregir el defecto advertido, se denegará la inscripción sin más trámites, sin perjuicio de su eficacia transitoria y provisional hasta ese momento”.

Pueden acceder a los asientos del Registro nacional: las personas otorgantes, sus representantes legales, los responsables acreditados de los registros autonómicos y las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad y Consumo. Las personas que, en razón de su cargo u oficio, accedan a cualquiera de los datos del Registro nacional de instrucciones previas, están sujetas al deber de guardar secreto.

Referencias legislativas:

Art. 11,5 de la Ley de Autonomía del Paciente.

Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero.

Art. 9 del Convenio de Oviedo.

INTERNAMIENTOS Y TRATAMIENTOS INVOLUNTARIOS

Esta materia no ha sido incluida en la reforma aprobada, por lo que se mantiene la regulación que consta en el art. 763 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Autonomía del Paciente.

77.- Ingresos, tratamientos involuntarios, su adaptación a la Convención

Esta materia siempre ha sido muy controvertida. Desde la entrada en vigor de la Convención, con independencia de las distintas interpretaciones, han sido reiteradas las comunicaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité, que es el órgano de garantía de la Convención) oponiéndose al internamiento y tratamientos involuntarios. En las Observaciones efectuadas a España en los años 2011 y 2019 la opinión del Comité no deja lugar a dudas “El artículo 763 LEC debe ser derogado y sustituido por leyes que permitan el ingreso o tratamiento basado simplemente en el consentimiento informado del paciente, requiriendo a España para que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado”.

En el mismo sentido, el Comité de Bioética de España, órgano colegiado e independiente de carácter consultivo, cuyo objetivo es el de emitir informes y propuestas para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, en un informe de 2019 recomendó al Gobierno la derogación de normas que autoricen la adopción de medidas involuntarias en una persona por razón de cualquier discapacidad psicológica y/o social. También recomendó no avalar los trabajos del Comité de Bioética del Consejo de Europa, dirigidos a la aprobación del Borrador del Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, respecto a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales en cuanto a ingresos y tratamientos involuntarios “por entender que se separa de los principios de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad

y consagra una discriminación de trato en función de la discapacidad psicológica y social”.

La adaptación de los ingresos y tratamientos involuntarios a la Convención estaba prevista realizarla de forma paralela a la modificación ahora aprobada; en tal sentido, la Sección Procesal de la Comisión General de Codificación elaboró un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales que fue retirado sin presentar ningún documento alternativo.

Hay que tener en cuenta que los informes de los Comités de los tratados internacionales no son vinculantes, por lo que no es obligatorio seguir sus recomendaciones, aunque tienen un indudable peso interpretativo en nuestros tribunales (ver pregunta 8).

La calificación que efectúa el Comité del art. 763 de la LEC, como discriminatorio, habría que matizarla, ya que no regula el internamiento involuntario, sino las garantías judiciales para controlar una medida aplicada y ordenada por los profesionales de la sanidad, que son los que la acuerdan. Posiblemente las críticas tengan que ver con la utilización en este artículo de la expresión “por razón de trastorno psíquico, de la persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”, que precisa de una adaptación terminológica a la Convención.

En Aragón, con fecha 4 de octubre de 2019, se aprobó un nuevo protocolo en relación con los internamientos involuntarios de “Coordinación para la atención y traslado del paciente agitado”, que da un paso adelante y trata de recoger los principios de la Convención. Centra su cobertura en las personas con síndrome de agitación psicomotriz, con o sin antecedentes de enfermedad mental o trastorno psiquiátrico previo, con lo que difícilmente, con esta matización u otras parecidas, se pueda calificar a la medida de discriminatoria respecto las personas con discapacidad, dado que su aplicación se extiende a cualquier persona que sufra este síndrome, y que, a consecuencia del mismo, se vea impedido para poder manifestar su voluntad.

Durante largos años se ha venido esgrimiendo por distintos operadores que un correcto desarrollo de los recursos sanitarios, sociosanitarios, terapéuticos y de los servicios de rehabilitación y de reinserción social en el ámbito de la salud mental, unido a un correcto ejercicio de las acciones legales existentes, hacen innecesarias reformas, dado que el marco legal permite solicitar el auxilio judicial para aplicar un tratamiento involuntario a una persona que no sea capaz de prestar su consentimiento; pero no hay duda que hemos de adaptar la normativa a la Convención. Es una obligación impuesta por la Ley 26/2011, de 1 de agosto,

urgente y necesaria especialmente con la entrada en vigor de la nueva regulación en materia de capacidad de las personas, dotada de principios que rechazan cualquier tratamiento que no cuente con el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada, incluso en los casos de consentimiento por representación, lo que pone en cuestión actuaciones médicas en “beneficio de la salud”, que permiten a los profesionales sanitarios aplicar el que consideren “mejor tratamiento posible” ante la falta de consentimientos expresos (o en contra de la voluntad del afectado).

Esta reforma obligada, debe incidir especialmente en el ámbito en el que se acuerda la medida - que es el sanitario-; en consecuencia, el texto a reformar es la Ley de Autonomía del Paciente, con independencia de que también habrá que modificar el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece el procedimiento para poder llevar a cabo, con suficiente seguridad jurídica el internamiento, garantizando los derechos del afectado por la medida.

Referencia legislativa:

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

78.- ¿Qué es un internamiento involuntario?

El ingreso por vía involuntaria es una medida sanitaria excepcional, llevada a cabo por indicación médica y en exclusivo beneficio del paciente.

Implica una pérdida de libertad personal, por lo que afecta a derechos fundamentales de la persona, lo que motiva el necesario control judicial.

El art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no regula cuando hay que acordar un ingreso involuntario, la necesidad de la medida ha de evaluarla un médico, sino las garantías procesales necesarias para garantizar que no se vulneran los derechos del afectado.

Este precepto tenía que haber sido revisado tras las Sentencias 131/2010 y 132/2010 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-274>), del Tribunal Constitucional, que constató la inconstitucionalidad de las previsiones sobre el internamiento forzoso al carecer la norma de la condición de Ley Orgánica; no obstante la sentencia no declaró su nulidad para evitar un indeseable vacío legal y porque la sentencia no cuestionaba el contenido material del precepto, sólo el aspecto formal. La tacha de inconstitucionalidad fue subsanada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que en su art. 2.3 dotó de carácter orgánico al citado art. 763.

Entre las sentencias de especial interés en la materia, podemos destacar a título enumerativo:

- a.- *Sentencia del Tribunal Supremo 141/2012, de 2 de julio, (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-10254), que avala que el alto Tribunal no cuestiona las garantías establecidas en este artículo.*
- b.- *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de octubre de 1979, (<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/55429/1/34202-95559-1-PB.pdf>) que acepta que los internamientos y tratamientos involuntarios puedan llevarse a cabo en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos siempre que cumplan tres condiciones mínimas:*
 - 1.- *Prueba convincente de la enajenación mental del interesado (consistente en demostrar ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real).*
 - 2.- *Que revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento.*
 - 3.- *Persistencia de la perturbación de la que se derive el interés de continuar el internamiento (en consecuencia, no puede prolongarse el internamiento más allá de lo necesario).*

Referencias legislativas:

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

79.- ¿Quién decide/ordena el ingreso involuntario?

En el ámbito civil, la decisión de acordar el ingreso involuntario corresponde al ámbito sanitario; así se desprende de lo previsto en el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (coloquialmente denominado Convenio de Oviedo, por haberse suscrito en esta ciudad) en vigor en España desde el uno de enero de 2000. En el Capítulo II “Protección de las personas que sufren trastornos mentales”, art. 7, se indican las situaciones en que un enfermo mental puede recibir tratamiento sin su consentimiento: “La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para la salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso”; el art. 8 se refiere a las situaciones de urgencia que define como aquella en la que “debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada”.

Los supuestos en los que el facultativo puede llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin necesidad de contar

con su consentimiento se recogen en el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Dicho artículo precisa adaptación urgente a la Convención dado que, con independencia de que nuestros tribunales vienen aplicando los principios de la Convención desde hace años en las distintas cuestiones que se les plantean, hay puntos incompatibles con la nueva regulación, como el apartado 3,b) del art. 9 que establece que se otorgará el consentimiento por representación “cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia”; como venimos indicando tras la reforma la capacidad no puede ser modificada al ser consustancial a la persona.

En la práctica, la mayoría de los internamientos de tipo psiquiátrico se realizan de forma voluntaria y consensuada, lo que hace innecesaria la autorización judicial. En España, los motivos de ingreso involuntario más frecuente son las alteraciones de conducta en el entorno familiar, donde el agravamiento de la sintomatología derivada de la enfermedad que el afectado padece (esquizofrenia, trastorno delirante, trastorno de personalidad) precipita el internamiento, y los que realizan los facultativos para diagnóstico y tratamiento en beneficio de la salud del paciente, cuando no existe ninguna otra alternativa para el diagnóstico, estabilización y control.

Otro tema distinto que tampoco ha sido objeto de modificación es el internamiento en centro adecuado a las características de la persona a que se destina como medida de seguridad sustitutoria de la pena en el ámbito penal; en tal caso el que ordena el ingreso es el juez.

Referencias legislativas:

Arts. 7 y 8 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, “Convenio de Oviedo”.

Art. 9 de la Ley de la Autonomía del Paciente.

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

80.- Internamiento involuntario (o no voluntario) ordinario

Dependiendo del momento en el que se autorizan judicialmente (si procede) podemos distinguir dos tipos: los que cuentan con autorización previa o posterior al ingreso.

Nuestra legislación ha previsto la autorización judicial previa al internamiento involuntario de cualquier persona, excepto por razones de urgencia; pero en la práctica, lo más habitual es que se proceda al internamiento médico por la vía de urgencia (es decir, sin contar con previa autorización judicial); lo que convierte a la excepción en lo común, generando un desajuste en el plano médico-legal con importante problemática en la práctica, problemática que se ve agudizada por la participación de diversos profesionales en el momento de llevarla a cabo.

Cuando existen diferencias entre las tareas y/o las funciones entre los distintos intervinientes y los diferentes profesionales implicados no presentan posturas conjuntas (servicios sanitarios, policía, etc....) se originan desajustes y problemas, que se vienen paliando en la práctica mediante protocolos consensuados entre los distintos operadores en las diferentes comunidades autónomas.

El internamiento involuntario llevado a cabo por la vía ordinaria se realiza “previa” autorización judicial. Se inicia con la solicitud de internamiento involuntario ante el Tribunal Civil competente en función de la residencia de la persona afectada (en caso de existir juzgados especializados en esta materia deberá remitirse a éstos). En dicho escrito deberá acreditarse la necesidad de internamiento involuntario del enfermo, aportando informes médicos acreditativos de la patología psiquiátrica, en los que deberá constar expresamente que en el momento de la solicitud el enfermo precisa de tratamiento médico en su beneficio bien porque existe grave riesgo para su persona o para los demás en caso de no ser compensado, o bien porque el deterioro que pueda sufrir la persona en caso de no ser tratado sea relevante.

Una vez presentada la solicitud ante el Tribunal competente, se procederá por parte del Juez y del Forense adscrito al Juzgado competente a realizar un examen previo de la persona a ingresar con el fin de determinar si procede o no el internamiento, dictando tras los trámites legales oportunos Auto motivado en el que se autorice o deniegue el ingreso en función de los informes médicos obrantes en autos y a la valoración efectuada por el juez.

Respecto de las personas legitimadas para solicitarlo, la ley no dice nada en concreto; es por ello que hay distintas interpretaciones desde el ámbito del derecho, de forma que para algunos “cualquier persona” podrá promover el internamiento, mientras que para otros se encuentran legitimadas las mismas personas que pueden promover la provisión de apoyos (la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes, o hermanos y Ministerio Fiscal si estas personas no existieran o no lo solicitasen).

La persona afectada por una medida de internamiento puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. En caso de no hacerlo, serán defendidos por el Ministerio Fiscal siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

Referencia legislativa:

Arts. 758 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

81.- Internamiento involuntario por la vía de urgencia

Es aquél en que el control judicial se produce a posteriori, dado que el estado del enfermo hace imprescindible la adopción inmediata de la medida. El responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento, solo deberá realizarlo en caso de que considere que es necesario porque existe riesgo grave e inminente para la persona afectada o para terceros, dando cuenta al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, informando de los motivos (patología, sintomatología, riesgos, etc) que le ha llevado a adoptar tal decisión, con el fin de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida por el juzgador si lo considera pertinente; ratificación que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En tal caso, el Tribunal competente será el del domicilio del centro donde se haya efectuado el ingreso.

Referencia legislativa:

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

82.- Los familiares y los internamientos involuntarios

Existe una pregunta repetitiva en el ámbito familiar, ¿qué puedo hacer con un enfermo mental descompensado para que pueda recibir la asistencia psiquiátrica que precisa? La solución sería sencilla si el afectado se prestase voluntariamente a acudir al correspondiente centro de salud, pero en caso de descompensación grave estos supuestos son la excepción; por otro lado, no existen recursos y/o medidas alternativas domiciliarias capaces de dar respuesta a determinadas situaciones.

En no pocas ocasiones, los familiares se encuentran con el enfermo descompensado por abandono del tratamiento, por un brote psicótico, alucinaciones o por cualquier otra causa, con una negativa tajante a acudir a cualquier tipo de consulta porque no está en condiciones de decidir o porque no tiene conciencia de enfermedad y cree que no necesita ayuda.

La solución no es fácil; habitualmente el familiar tiene que esperar la agudización de la enfermedad de la persona afectada, que se produzca un brote grave y notorio, llamar al 061 ó 112 para que acuda los servicios sanitarios de urgencias (en algunos casos acompañados de la policía) a fin de que un facultativo valore la situación y, si procede, movilice el recurso más adecuado para su atención “in situ” o, en caso de especial gravedad y/o si no hay otra alternativa, el traslado forzoso del paciente, dando lugar al internamiento involuntario por vía de urgencia sin autorización previa. Habitualmente, tras varios días (o pocos meses), se estabiliza al paciente y vuelve con su familia.

La decisión de ingresar forzosamente a un enfermo mental con un síndrome de agitación psicomotriz involucra no sólo al paciente, también al médico, a la familia y a la autoridad judicial. Las familias esperan hasta el último momento para llevar a cabo el ingreso por lo doloroso de la situación y sus repercusiones en el ámbito familiar; el psiquiatra se enfrenta a situaciones comprometidas que pueden poner en entre dicho la coloquialmente denominada “alianza terapéutica”, todo ello sin contar con el habitual déficit de recursos de la red asistencial.

Todo esto se une al hecho de que -en la mayoría de los casos- este internamiento únicamente solucionará puntualmente una situación extrema, puesto que una vez tratado en urgencias y estabilizado (habitualmente durante un corto espacio de tiempo) es devuelto a la familia, y debido a la falta de conciencia de enfermedad lo más probable es que abandone de nuevo la medicación y el proceso se reproduzca dando origen al denominado “síndrome de puerta giratoria”.

Existe un protocolo de actuación para este tipo de internamientos suscrito por las administraciones de las diferentes comunidades autónomas que regula los traslados efectuados en contra de la voluntad del paciente. En Aragón, con fecha 4 de octubre de 2019 se aprobó un nuevo protocolo de “Coordinación para la atención y traslado del paciente agitado”, que introduce la novedad de centrar la cobertura en la existencia de un “síndrome de agitación psicomotriz u otros”. (<https://www.aragon.es/documents/20127/47401601/PROTOCOLO+PARA+LA+ATENCIÓN+Y+TRASLADO+DEL+PACIENTE+AGITADO+-+2020.pdf/01b14e3f-aa0c-0100-62d1-ea4751b202b1?t=1613734932139>),

Referencia legislativa:
Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

83.- Contenido del Protocolo de Coordinación para la atención y traslados del paciente agitado en Aragón

Los protocolos que existen en las diferentes Comunidades Autónomas cuentan con medidas similares en materia de traslado forzoso de pacientes. El protocolo aragonés reseñado en la pregunta precedente abandona el criterio de centrar la cobertura en las personas con trastornos mentales y concreta su aplicación a situaciones de urgencia con síndrome de agitación psicomotriz, aplicándose a personas con o sin antecedentes de enfermedad mental o trastorno psiquiátrico previo.

Como en todos los protocolos, corresponde al sistema sanitario la obligación de dar respuesta inmediata a la situación de urgencia proporcionando los recursos necesarios (tanto sanitarios como de otra índole) que permitan identificar la problemática concreta, valorar a la persona con el fin de diagnosticarla, pautar un tratamiento y gestionar el traslado en caso de necesidad de internamiento.

El Protocolo, que aplica el principio de no discriminación de las personas con discapacidad de la Convención, recalca que el síndrome de agitación psicomotriz no es exclusivo, ni siquiera característico de personas con enfermedad mental, y que no debe confundirse al paciente agitado con el violento. La agitación puede incluir ambas, pero la mayoría de las conductas violentas se presentan en individuos no definibles como pacientes con enfermedad mental u orgánica. El paciente violento genera un problema de orden y seguridad que como tal deberá ser atendido por personal de seguridad, aunque es cierto que la frontera entre uno y otro en ocasiones es difícil de establecer.

El Protocolo detalla las diferentes formas que existen para solicitar este servicio sanitario:

- a) *Llamada al Centro Coordinador de Urgencias de Aragón a través del número 061 o derivada desde el 112.*

A través del Centro Coordinador de Urgencias, el personal sanitario del centro realiza una primera valoración telefónica de la situación, intentando realizar una primera aproximación de la situación y estado de la persona para proceder, en función de la valoración realizada, a la movilización del recurso más adecuado para su atención “in situ” y en su caso, si no hay otra alternativa, proceder al traslado.

- b) *Atención inicial por un Equipo de Atención Primaria*

La persona puede ser atendida en el propio Centro de Salud o “in situ” (en el domicilio o en cualquier lugar público o privado del área de salud). El personal sanitario que atienda a la persona valorará su situación y decidirá si considera pertinente o no su traslado a un centro hospitalario para su ingreso; en el último supuesto se activará el protocolo de traslado a través del Centro Coordinador de Urgencias del 061 Aragón.

- c) *Atención inicial en el Servicio de Urgencias de un centro hospitalario*

En este caso se procederá a la aplicación del protocolo existente en cada centro sobre sistema de triaje y acogida del paciente agitado.

- d) *Servicios Sociales*

Regula la forma de actuación en el caso de pacientes bajo acción protectora del Instituto Aragonés de Servicios Sociales o de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos del Gobierno de Aragón.

- e) *Medida judicial*

En casos de personas que se encuentran a disposición judicial por la comisión de un delito, que presenten síntomas de agitación psicomotriz, el juzgado puede acordar su ingreso en un centro sanitario adecuado a sus características, contactando con el Centro Coordinador de Urgencias del 061 para su traslado.

En el Protocolo se concreta la actuación del personal sanitario del Centro Coordinador de Urgencias, indicando la movilización de los recursos para el traslado, las actuaciones en la asistencia inicial y durante el traslado, el posible uso de contención farmacológica, contención mecánica y la transferencia del paciente al centro de ingreso. También contempla situaciones especiales, como el traslado de menores de edad o de personas que tienen a su cargo menores o mayores dependientes.

84.- Requisitos médicos en el internamiento involuntario por vía de urgencia

Como venimos indicando, el art. 763 LEC regula los requisitos esenciales para la legalidad de esta medida médica. La sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio, (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-10254), interpreta la aplicación de este artículo y los requisitos médicos necesarios para poder llevarla a cabo con suficiente seguridad jurídica:

- a) *Al padecimiento de un trastorno psíquico en la persona, hay que añadir la «urgencia» o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad”.*
- b) *La procedencia de la medida y su completa duración, debe satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad, siendo tal alternativa adecuada al caso concreto y la menos lesiva para el afectado.*

La mencionada sentencia impone también el cumplimiento de una serie de exigencias previas a la intervención judicial basadas en el respeto al derecho fundamental a la libertad personal recogido en el art. 17 de la Constitución, exigencia de índole estrictamente sanitaria:

- 1.- *Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificativo del internamiento inmediato. Independientemente del ingreso por vía de urgencia, la decisión se condiciona al hecho de que se acredite en el momento de adoptar la decisión y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida. Ha de informarse de la situación al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico y los motivos que llevan al facultativo a adoptar tal decisión para su posterior control por la autoridad judicial.*

La sentencia del Constitucional critica la actuación de informar en la práctica, habitualmente mediante formularios, para acreditar los requisitos médico-legales del internamiento, sin que en el citado documento se argumente sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida en función del caso concreto; esto es, sin explicar los motivos por los que no se considera suficiente otra medida menos lesiva como podría ser un tratamiento ambulatorio destinado a tratar la dolencia.

- 2.- Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas; al afectar a derechos fundamentales, tal y como proclama el art 17.2 Constitución Española, nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan.*
- 3.- Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron en el plazo máximo de 24 horas: “El responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida”.*

Las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se lleva a cabo materialmente el ingreso del afectado en contra de su voluntad. En aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al ingreso de manera voluntaria y posteriormente se opone, es en el momento en que exterioriza su cambio de criterio cuando se torna involuntario y, en consecuencia, se precisará de la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantenerlo, debiendo comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo 24 horas desde su oposición.

- 4.- El médico es el responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o se han mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido.*

Referencias legislativas:

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 17,2 de la Constitución Española.

85.- Requisitos judiciales de control del internamiento involuntario

El art. 763 LEC fija un plazo de setenta y dos horas, desde que se produce la comunicación al Juzgado de Primera Instancia competente de que ha tenido lugar la adopción de la medida por el centro, para que practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación. Este plazo de 72 horas que tiene el Juez para resolver es una de las principales garantías para

la persona ingresada, superarlo conllevaría vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 de la Constitución Española.

El plazo es improrrogable. No se puede mantener el confinamiento de la persona si no se ha ratificado la medida, no cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos.

El Juez ha de informar a la persona afectada o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho a ser oído personalmente dentro del procedimiento. El derecho a la información se integra por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una garantía propia del derecho a la libertad personal y su omisión, además de infringir el propio art. 763.3 LEC, no es constitucionalmente aceptable.

La persona que se encuentra ingresada en contra de su voluntad se encuentra prácticamente indefensa mientras está encerrada; la ley y la jurisprudencia, aplicando la normativa básica de derechos humanos, impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información. No cabe presuponer su conocimiento por el afectado, ni tampoco dar por cubierta esa defensa con la presencia del Ministerio Fiscal que actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento manifestando su opinión y sus deseos.

Conforme recoge expresamente el art. 763.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el afectado deberá ser informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite, así como su derecho a proponer la práctica de pruebas que considere oportunas en defensa de sus intereses.

En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, el Juez proveerá se lleve a cabo el reconocimiento pericial por un médico designado por él. En la práctica, el examen judicial y de clínica médico forense suele realizarse de forma conjunta; aunque los informes emitidos por ambos (tribunal y forense) obren en autos de forma independiente.

Referencias legislativas:

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 17,1 de la Constitución Española.

Referencia Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio,
(https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-10254).

86- ¿Cuándo finaliza el internamiento involuntario?

Dado que los motivos que justifican un internamiento involuntario habitualmente dejan de existir con el mero transcurso del tiempo, es necesario averiguar si tal perturbación persiste en el momento en que se autorice el ingreso, dado que, según indica el Tribunal Constitucional, “no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista una situación de mental real con un carácter o magnitud que lo justifique”.

La revisión del internamiento y su terminación se encuentran reguladas en el art. 763.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que obliga al facultativo responsable a informar al órgano judicial en el plazo máximo de seis meses sobre la necesidad de mantener la medida, a no ser que el órgano judicial, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior; todo ello sin perjuicio de los informes que pueda requerir al centro el tribunal cuando lo estime conveniente. Recibidos los informes, el órgano judicial resolverá sobre la necesidad de continuación o no del internamiento, previa práctica, en su caso, de las actuaciones que considere oportunas.

Cabe destacar que el fin del internamiento, al ser una medida de índole estrictamente sanitaria no viene determinada por el juez. Son los facultativos que atienden al paciente los que le darán el alta cuando consideren que no es necesario mantener la medida, debiendo comunicarlo inmediatamente al órgano judicial competente. En consecuencia, no será precisa la intervención judicial para dar por finalizado el internamiento. En el informe de alta, el facultativo responsable especificará: a) datos del enfermo, b) resumen de su historial clínico, c) actividad asistencial prestada, d) diagnóstico y recomendaciones terapéuticas.

La competencia del médico para dar el alta deja clara la finalidad terapéutica del internamiento. Cabe destacar que, como venimos indicando, el juez se limita a autorizar el internamiento con el fin de que el afectado cuente con suficiente seguridad jurídica en el proceso, dado que la medida implica una evidente privación de libertad que afecta a derechos fundamentales de la persona. Consecuencia inmediata del alta es el fin de tales limitaciones; como el alta implica devolver la libertad a la persona afectada no tiene sentido la previa intervención previa del juez.

Un problema que se plantea en ocasiones es la disconformidad de los familiares con el alta médica; al tratarse de una decisión médica, con independencia del parecer de familiares o allegados, la decisión no es susceptible de recurso; en caso de que no estén de acuerdo con el alta, lo único que podrán hacer es solicitar de nuevo autorización judicial de internamiento basada en criterios clínicos corroborados por el facultativo responsable. En caso de que el médico se niegue

a indicar un nuevo ingreso por considerarlo innecesario prevalecerá su opinión. No obstante, si los facultativos dejasen en libertad a una persona injustificada-mente cuando su dolencia no estuviera suficientemente tratada, existiendo riesgo para su salud o para la integridad de otros, podrían incurrir en una impru-dencia profesional de la que pueden derivarse consecuencias civiles y/o penales.

Problema distinto es el caso de que los familiares o allegados del enfermo quie-ran poner fin al internamiento y los facultativos que lo atienden no lo consideren oportuno. A pesar de que el internamiento es una decisión médica, no puede sostenerse como en el caso anterior, la prevalencia de la opinión de los faculta-tivos, sino que en este caso será precisa la intervención judicial; y ello porque si es necesario que el enfermo siga internado por no poder facilitarle asistencia extrahospitalaria, la decisión de los familiares de poner fin al internamiento su-pondría la imposibilidad a que se siguiera proporcionando un tratamiento ade-cuado al enfermo redundando en su perjuicio.

Referencias legislativas:

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

87.- Una vez autorizado el internamiento involuntario en centro psiquiá-trico ¿permite dicha autorización el tratamiento médico psiquiátrico sin consentimiento?

Los tratamientos involuntarios son una consecuencia del internamiento involun-tario en un centro médico adecuado a su patología, puesto que el fin primordial es el tratamiento para mejorar el proceso patológico.

En el auto judicial que autorizan el internamiento involuntario, habitualmente, se hace constar que uno de los motivos para los que se concede es “para su trata-miento médico”, lo que implica la autorización para medicarlos e incluso el con-trovertido uso de la contención física y farmacológica en caso de especial agita-ción.

Aunque existen distintas posturas al respecto, estas medidas se aceptan hoy en día al considerarlas inevitables, a pesar de los riesgos e inconvenientes de algu-nas de ellas sobre la salud de las personas y el malestar que generan en los profesionales, los pacientes, las familias y la sociedad en su conjunto, a los que hay que añadir la escasa evidencia científica sobre sus beneficios, que resulta cuanto menos limitada.

La cuestión debatida es si estas actuaciones son legales a la vista de lo estable-cido en la Convención. Es decir, si estas medidas cumplen los criterios del res-peto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, o

por el contrario atentan a los derechos fundamentales de estas personas y son de carácter discriminatorio.

El fin de un internamiento forzoso es proporcionar cobertura a un síndrome de agitación psicomotriz con riesgo para el paciente o para terceros, que como hemos comentado al tratar este tema, es una medida que se aplica a cualquier persona que se encuentra en esta situación, no únicamente a las personas con discapacidad, que como consecuencia de este síndrome no están en condiciones de expresar su voluntad, que ha de contar en cualquier caso con el criterio médico de beneficio a la salud y con la garantía judicial que obliga al facultativo a ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial en caso de necesidad de internamiento.

Este síndrome de agitación, sobre todo en un primer momento, conlleva la aplicación en la mayor parte de los casos de medidas de contención mecánicas y farmacológicas, que en todo caso han de ser prescritas por el médico, quien debe optar por la medida que resulte menos restrictiva.

El libro “Mi esquizofrenia”, escrito por Klaus Gauger, alemán que padece esquizofrenia paranoide, puede resultar interesante para centrar el debate en la realidad y alejarlo de posturas maximalistas. La afirmación que realiza, en relación con los internamientos y tratamientos involuntarios que: “puede ser a menudo el freno de seguridad salvador antes de que la vida de un enfermo de esquizofrenia se salga definitivamente de la vía”, no es entendida de igual forma por todas las corrientes, pero puede ayudar a comprender que estas medidas, aplicadas con las salvaguardias suficientes, puedan resultar positivas, al menos, mientras no contenemos con los recursos suficientes, ya que todas las partes implicadas reconocen que con más recursos las medidas involuntarias ya no son tan necesarias.

El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo, regula las situaciones en que un enfermo mental puede recibir tratamiento sin su consentimiento. Su artículo 8 recoge situaciones de urgencia que pueden justificar que se apliquen medidas de contención: “cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada”.

La Ley de Autonomía del Paciente establece que la prestación del consentimiento por representación se llevará a cabo siempre en favor del paciente, con respeto a su dignidad personal, y que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del afectado. (Art. 9,7 de la Ley de Autonomía del Paciente).

La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de septiembre de 2004, pensada específicamente para enfermos mentales, recoge en su art. 27 una serie de principios que deben tenerse en cuenta a la hora de adoptar medidas de contención física o farmacológica: “las medidas de contención o restricción sólo se podrán emplear en instalaciones adecuadas, y según el principio de mínima restricción, para prevenir daños inminentes en la persona afectada o en otras, y en proporción a los riesgos existentes, y que esas medidas sólo podrán aplicarse bajo supervisión médica y deberán quedar adecuadamente documentadas”. La Recomendación indica que la persona sometida a medidas de contención o restricción deberá ser objeto de seguimiento regular, y que las razones por las que se adopten, así como su seguimiento y duración deberán registrarse en la historia clínica de la persona.

No es desdeñable el riesgo de abuso de las contenciones, relacionado en algunos casos con la falta de recursos y personal. A todas luces es urgente y necesario implantar experiencias e iniciativas que permitan reducir el uso de contenciones y, en el caso de considerar necesaria su aplicación, su utilización debe ser siempre razonada, supervisada, protocolizada y reducida a la mínima acción lesiva para el paciente. Nunca debe usarse como medida de coerción, disciplina, conveniencia o represalia, debiendo obedecer exclusivamente al interés y bienestar del paciente, o a evitar un riesgo contextual inminente.

En nuestro país, los diferentes centros han recurrido a elaborar protocolos para instaurar un procedimiento y supervisión de las medidas de contención, que se evalúan periódicamente y que, con diferentes matices, contemplan múltiples estrategias de contención, debiéndose utilizar la que resulte efectiva y menos restrictiva para el caso concreto. Todos recogen una serie de principios:

- *Deben consensuarse entre los profesionales que intervienen en el proceso.*
- *Respetar en la medida de lo posible la autonomía del paciente.*
- *Aplicarse sólo el tiempo estrictamente necesario, y de forma proporcional, aplicando siempre la alternativa más benigna posible (diálogo, adopción de precauciones necesarias, etc.).*
- *Es necesario siempre el consentimiento previo del paciente, excepto en dos situaciones: que nos hallemos ante una urgencia vital y que, simultáneamente, se dé la circunstancia de que el paciente no esté en condiciones de poder tomar decisiones. En defecto del consentimiento de paciente, debe contar con la autorización de un familiar o representante.*
- *El consentimiento informado debe ser explícito para la situación y en el mismo momento en el que se va a tomar la decisión, por lo que no se*

consideran válidos los consentimientos genéricos ni los diferidos en el tiempo.

- *Es necesario informar previamente de las medidas de contención de forma específica al paciente, o en su caso al familiar o representante.*
- *Las medidas de contención utilizadas deben constar en la historia clínica del paciente.*

Referencias legislativas:

Art. 8 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, “Convenio de Oviedo”.

Art. 27 de la Recomendación (2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 22 de septiembre de 2004, sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas con Trastornos Mentales y su Memorando Explicativo.

Art. 9.7 de la Ley de la Autonomía del Paciente.

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

88.- ¿Qué garantías jurídicas existen frente a internamientos ilegales?

El art. 5.4 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos prescribe que “Cualquier persona privada de su libertad por detención o internamiento tiene el derecho de interponer un recurso ante el órgano judicial para que resuelva en un plazo breve sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”.

Contra el auto de internamiento cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días desde que el auto es notificado, que habrá de interponerse ante la Audiencia Provincial. Aplicando el art. 525.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta apelación habrá de admitirse en “ambos efectos”, no siendo provisionalmente ejecutable al afectar a la libertad deambulatoria de la persona, lo que pone de manifiesto lo garantista de la regulación del internamiento, frente a los que la califican de abusiva y discriminatoria.

Contra la sentencia que resuelva el recurso de apelación cabe recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante el Tribunal Supremo fundado bien en la tutela judicial civil de derechos fundamentales, bien en interés casacional. El planteamiento de uno de estos recursos extraordinarios excluye al otro.

Habida cuenta de que las resoluciones judiciales resuelven en último término sobre la libertad de una persona, se puede interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como medio de garantía de lo dispuesto en el art 17.1 de la Constitución Española.

Por último, queda la vía del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuando se considere que la resolución del internamiento o el contenido de la medida se opone a las obligaciones que se derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Para su interposición habrá de agotarse todos

los medios de impugnación internos, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal concluirá con una resolución que adoptará la forma de sentencia, que será motivada y definitiva.

Si la resolución es estimatoria y el derecho interno sólo permite de manera imperfecta reparar los perjuicios causados, la decisión del Tribunal podrá conceder una satisfacción equitativa a la parte lesionada con cargo al Estado. La concesión de esta indemnización quedará condicionada a que quede probado el daño causado a la persona afectada. La ejecución de la sentencia será vigilada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

En aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas para comunicar el ingreso involuntario a la autoridad judicial, o en casos de inactividad objetiva del órgano judicial (si no dictan resolución en el plazo de 72 horas que tiene para resolver sobre la procedencia del ingreso involuntario) cabe la posibilidad de emplear el procedimiento de “habeas corpus”. El art. 17.4 de la Constitución faculta a toda persona privada de libertad, a solicitar su puesta a disposición ante la autoridad judicial cuando considere que se encuentra en situación de detención ilegal, para que el juez, como último garante de los derechos de las personas, determine si la privación de libertad se llevó a cabo conforme a la legalidad o no, y si debe mantenerse o interrumpirse.

El procedimiento de “habeas corpus” se encuentra regulado en la Ley Orgánica 6/84 de 24 de mayo, que incluye entre los legitimados para promoverlo al privado de libertad, cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos, Ministerio Fiscal, Defensor del Pueblo; respecto de los menores e incapaces, sus representantes legales. También puede iniciarse de oficio. En el procedimiento no es preceptiva la asistencia de abogado y procurador.

La solicitud podrá presentarse por escrito o mediante comparecencia ante el secretario, que deberá ser puesta inmediatamente en conocimiento judicial, que previo informe del Ministerio Fiscal, la admitirá o no a trámite. Contra dicha resolución no cabe recurso. En caso de admisión, el juez oírán inmediatamente al internado dictando Auto resolutorio en el plazo de 24 horas.

Distinta vía es la de la penal por supuesto delito de detención ilegal de los arts. 480 y 481 del Código Penal, si bien en algunas ocasiones podría calificarse de un supuesto delito de coacciones del art. 496 del mismo cuerpo legal. Es preciso

señalar que esta vía no puede considerarse un “remedio” para el internamiento, siendo su finalidad punitiva respecto de aquél que lo causó indebidamente.

Referencias legislativas:

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de « Habeas Corpus ».

Art. 5,4 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, “Convenio de Oviedo”.

Arts. 525,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 17,1 de la Constitución Española.

Arts. 480 y 481 del Código Civil.

89.- ¿Qué son las medidas de seguridad derivadas de un proceso penal?

Dentro de los procedimientos penales existen las llamadas “medidas de corrección y seguridad” sustitutivas de la pena para el caso de que el ilícito penal haya sido causado por una persona inimputable o semiinimputable y exista una condena que las recoja. En consecuencia, para que puedan implementarse estas medidas hemos de contar con una sentencia condenatoria dictada tras el oportuno proceso penal.

El Código Penal, establece en su art. 20.1 las causas que eximen de responsabilidad criminal en relación con los trastornos mentales, indicando expresamente que:

1º.- El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alternación psíquica, no pueda 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 tanto, en caso de que se acredite en el procedimiento penal la existencia de una enfermedad mental que impida totalmente al sujeto comprender la ilicitud del hecho delictivo o actuar conforme a esa comprensión en el momento en que se llevó a cabo, podrá aplicarse una “eximente”, de forma que se sustituya la “pena” fijada en el Código Penal por una medida de corrección y seguridad, reguladas en el art. 95 del mismo Código. Ciertas corrientes doctrinales y jurisprudenciales consideran que si el sujeto es inimputable procede el archivo del procedimiento sin mayor trámite; en tales casos no será posible aplicar medidas de seguridad sustitutorias dado que no se ha llevado a cabo un procedimiento con todas las garantías necesarias.

Distinto supuesto es aquel en el que la persona no es plenamente consciente del ilícito que comete debido a alteraciones mentales, pero cuenta con relativa consciencia de que está obrando inadecuadamente sin evitarlo, siendo en consecuencia su actuación reprochable. En tales casos sería de aplicación una “ate-

nuante” de la responsabilidad criminal de las contenidas en el art. 21.1 del Código Penal, establece que “son circunstancias atenuantes: Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

El art. 95.1 del Código Penal, establece que “las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

- 1º.- Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*
- 2º.- Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.*

De este precepto se desprende, por una parte, la limitación de estas medidas a supuestos de inimputabilidad y semiimputabilidad y por otro, somete su aplicación al doble requisito de la previa realización de un delito y de la previsible reiteración en su autor.

Dichas medidas, de carácter curativo y/o asegurativo se recogen en los arts. 99 y 104 del Código Penal y su ventaja consiste en la obligada imposición, una vez constatada la peligrosidad criminal del sujeto, de técnicas terapéuticas y/o pedagógicas adecuadas a las características del sujeto concreto respecto de las que en otro caso no vendría obligado a someterse que suspenden y/o evitan su ingreso en prisión, con todo lo que ello comporta.

Cabe diferenciar entre dos tipos diferentes de medidas de seguridad: las privativas de libertad y las no privativas (art. 96 Código Penal).

En cuanto a medidas privativas el Código Penal contempla tres supuestos diferentes:

- a.- Internamiento en centro psiquiátrico.*
- b.- Internamiento en centro de deshabituación.*
- c.- Internamiento en centro educativo especial.*

En cuanto a medidas “no privativas de libertad” se recogen las siguientes:

- a.- Prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.*
- b.- Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores.*
- c.- Privación de licencia o permiso de armas.*
- d.- Inhabilitación profesional.*
- e.- Expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España.*

Las demás previstas en el artículo 105 de este Código. Entre estas últimas y por un tiempo no superior a 5 años cabe destacar:

- *Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.*
- *Obligación de residir en un sitio determinado.*
- *Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar determinados establecimientos.*
- *Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo.*

Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o el Tribunal, o de comunicarse con ellos”.

Referencias legislativas:

Arts. 20,1, 95, 96, 99, 104 y 105 del Código Penal.

PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO

La principal novedad es la opción de establecer medidas de apoyo y nombrar curador a las personas con discapacidad a través del cauce de Jurisdicción Voluntaria cuando no se presente oposición a la provisión de medidas judiciales de apoyo. En caso de formularse oposición en el previo expediente de Jurisdicción Voluntaria, se aplica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

90.- ¿Cómo se puede poner en conocimiento del juzgado la necesidad de iniciar un procedimiento de provisión de apoyos?

Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo.

Hay que diferenciar entre las personas que pueden poner en conocimiento del tribunal tales hechos, de aquellas que pueden promover un expediente de provisión de apoyos, que son: la propia persona interesada, su cónyuge no separado (de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación asimilable), sus descendientes, ascendientes, o hermanos y Ministerio Fiscal si estas personas no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda.

Antes de la reforma, la opción de cualquier persona para poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal tenía su apoyo en el art. 757,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora, su texto ha sido incorporado al nuevo art. 42 bis a) nº 3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que establece que “Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente”.

Dentro del grupo de autoridades y funcionarios obligados a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal podemos reseñar con carácter meramente enumerativo: jueces, asistentes sociales de ayuntamientos, diputaciones, directores de hospitales psiquiátricos o geriátricos, facultativos de centros de salud públicos. Esta obligación sólo les afecta cuando conozcan del tema en el ejercicio de sus funciones, no como particulares, en cuyo caso estarán simplemente facultados para denunciarlo.

También tiene la obligación de poner en conocimiento la situación al Ministerio Fiscal la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendadas las funciones de apoyo cuando tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación que exija la adopción de medidas para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente a la que debe prestar el apoyo de modo provisional y carezca de un guardador de hecho.

La posibilidad de iniciar el procedimiento de provisión de apoyos comunicando los hechos al Ministerio Fiscal, ha sido una opción utilizada habitualmente por los familiares de personas con discapacidad mental, especialmente cuando no existe una situación de urgencia que aconseje la utilización de abogado y procurador para evitar posibles retrasos en el procedimiento debidos a la acumulación de trabajo que habitualmente tiene el Ministerio Fiscal.

El trámite para poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal consiste en un escrito encabezado con los datos de la persona que presenta la denuncia (nombre y apellidos, dirección, a ser posible un nº de teléfono o correo electrónico) así como de la persona para la que se solicita la provisión de medidas de apoyo, en el que se indique (y a ser posible se acredite mediante certificados médicos actualizados) la enfermedad que padece la persona y las limitaciones que de ella se derivan. En caso de que la persona afectada por el procedimiento cuente con certificado de discapacidad o posea grado de dependencia hemos de aportarlo; asimismo hemos de informar (y aportar copia en caso de que obre en poder de los familiares) de la existencia de apoderamientos, poderes preventivos o cualquier otro documento público que afecte o incida de algún modo en el procedimiento de modificación de obrar que iniciará el fiscal en caso de que lo considere pertinente. Con el fin de que pueda llevarse a cabo el preceptivo examen de parientes en el momento de la vista, habrá que aportar una relación de los parientes más próximos, con sus datos personales (DNI, domicilio, teléfono, etc..) a fin de que puedan ser oídos en el momento de la vista. El documento deberá acompañarse también del DNI de la persona a quien se pretende dotar de medidas de apoyo y de certificación literal de nacimiento del afectado a efectos de la posterior inscripción si procede de las medidas adoptadas por el tribunal en beneficio y/o apoyo de la persona.

Referencia legislativa
Art. 42 bis a, de la ley de Jurisdicción Voluntaria.

91.- ¿Qué ajustes tienen las personas con discapacidad en los procedimientos judiciales?

Siguiendo los criterios de la Convención, en la medida en que resulte posible por las circunstancias del caso, el Letrado de la Administración de Justicia llevará a

cabo las actuaciones necesarias para informar a la persona con discapacidad del procedimiento que se está llevando a cabo, con el fin de que comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta.

Tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como en la de Jurisdicción Voluntaria, se ha introducido un nuevo artículo; el 7 bis, que regula con el mismo texto las adaptaciones y los ajustes necesarios para garantizar la participación de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad.

Las adaptaciones y ajustes se pueden realizar a petición de cualquiera de las partes, del Ministerio Fiscal, o de oficio por el propio Tribunal, en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

Las personas con discapacidad tienen “derecho a entender y ser entendidas” cualquier actuación que se lleve a cabo. A tal fin, el art. 7 bis de ambas leyes establece que:

- a) *Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se hará en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de forma que se tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medidas como lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se proporcionará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.*
- b) *Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.*
- c) *Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.*
- d) *La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.*

Referencias legislativas:

Art. 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Arts. 7 bis y 42 bis a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

92.- ¿Qué es un expediente de Jurisdicción Voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad?

Se consideran expedientes de Jurisdicción Voluntaria a todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e

intereses en materia de Derecho civil (también existe para los asuntos mercantiles), sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.

Se trata de simplificar las normas relativas a la tramitación, buscando optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el máximo respeto a las garantías y seguridad jurídica.

En estos expedientes se otorga el impulso y dirección a los Letrados de la Administración de Justicia reservando la decisión de fondo al Juez; son procesos como el que nos ocupa, en los que se encuentran en juego derechos de personas con discapacidad sometidas a medidas de provisión de apoyos.

De acuerdo con la nueva ley aprobada, cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad, se seguirán los trámites previstos en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Esta es la novedad introducida, frente al sistema empleado hasta ahora, en el que se aplicaba la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil dejando la aplicación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria únicamente para el nombramiento de curador.

La oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados a la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al Expediente de Jurisdicción Voluntaria, sin perjuicio de que el Juez pueda adoptar las medidas de apoyo de la persona o de su patrimonio que considere convenientes, que mantendrán su vigencia por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es la normativa posteriormente aplicable en caso de oposición. No se considerará oposición, y se seguirá el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, si la discrepancia se sitúa únicamente en la designación como curador de una persona concreta.

El caso es diferente si estamos ante una remoción de curador; en tal supuesto y si se suscitare oposición el expediente devendrá contencioso y el Letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal.

La competencia se atribuye al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Si antes de la celebración de la comparecencia se produce un cambio de la residencia habitual de la persona afectada por el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.

En cuanto a las personas que pueden promover este expediente, nos remitimos a la pregunta anterior, ¿Cómo se puede poner en conocimiento del juzgado la necesidad de iniciar un procedimiento de provisión de apoyos?

La persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación; para el caso de que no sea previsible que pueda llevarla a cabo por sí misma, con la solicitud se pedirá que se le designe un defensor judicial.

El procedimiento se inicia con una solicitud, acompañada de los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo y de un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso; en el proceso se propondrán las pruebas necesarias a practicar en la comparecencia.

Admitida a trámite la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia, convocará a la comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge (no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable), y a sus descendientes, ascendientes o hermanos. Los interesados podrán proponer en el plazo de cinco días desde la recepción de la citación las diligencias de prueba que consideren necesarias practicar en la comparecencia. También se recabará certificación del Registro Civil y en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritos.

La autoridad judicial, antes de la comparecencia, podrá solicitar informe de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo, así como las posibilidades de prestarlo, sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. También podrá ordenar el juez que se lleve a cabo antes de la comparecencia un dictamen pericial cuando así lo considere necesario, atendiendo a las circunstancias del caso.

En la comparecencia se llevará a cabo una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, en función de su particular situación, se le informará sobre las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o a través de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, y se practicarán las pruebas propuestas y admitidas, escuchando, en todo caso, a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad al respecto. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente.

La oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados a cualquier tipo de apoyo pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de índole personal o patrimonial que considere convenientes; medidas que mantendrán su vigencia por plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se presente la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.

No se considerará oposición a los efectos señalados en el párrafo anterior aquella que solo se refiere a la designación como curador de una persona concreta.

Si no hay oposición, el juez dictará un Auto estableciendo las medidas que ponen fin al expediente, que deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los arts. 268 y siguientes del Código Civil.

Referencias legislativas:

Arts. 42, 42 bis a, 42 bis b, y 49,1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Art. 268 y ss. del Código Civil.

93.- ¿Cómo se revisan las medidas de apoyo establecidas judicialmente?

Las medidas establecidas judicialmente serán objeto de revisión periódica en el tiempo y forma en que disponga el Auto que las hubiera acordado o, en caso de que no se haya señalado plazo en la resolución, en el plazo máximo de tres años. No obstante lo indicado, la autoridad judicial podrá -de manera excepcional y motivada- en el procedimiento de provisión o modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.

Antes del plazo previsto, cualquiera de las personas legitimadas para promover el expediente de medidas de apoyo, así como el curador de la persona afectada por las medidas, podrán solicitar su revisión.

El Juzgado que dictó las medidas también será competente para conocer la revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción; en caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de solicitar testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

El Juez recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona afectada y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias.

Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quienes ejerzan las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que en el plazo de diez

días aleguen lo que a su derecho convenga y aporten la prueba que consideren oportuna.

Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recibidas las alegaciones y practicada la prueba, el Juez dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Igualmente, serán revisables las medidas contenidas en la sentencia de conformidad con lo previsto en la legislación civil, que seguirán los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Referencias legislativas:

Art. 268 del Código Civil

Art. 42 bis c de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Art. 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

94.- ¿Cómo se tramita la provisión de apoyos dirigida a personas con discapacidad cuando existe oposición?

Es un procedimiento judicial atribuido a la jurisdicción civil, de tramitación preferente, que solo procede cuando, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de Jurisdicción Voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando en el expediente no haya podido resolverse la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

Sustituye al hasta ahora denominado procedimiento de incapacitación o de modificación de capacidad de obrar.

Es competente la autoridad judicial que conoció del previo expediente de Jurisdicción Voluntaria, salvo que la persona con discapacidad cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que ésta resida. Si antes de la celebración de la vista se produce un cambio en la residencia habitual de la persona, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se encuentren.

Puede promover el proceso la propia persona interesada, su cónyuge (no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable), descendientes, ascendientes, o hermanos, y en caso de que estas personas no existan o no presente la oportuna demanda el Ministerio Fiscal; salvo que este último estime que existen otras vías para que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa. Se aplican los trámites del juicio verbal y cuentan con tramitación preferente.

Admitida la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil y demás Registros públicos sobre las medidas de protección inscritas dandotraslado de la demanda al Ministerio Fiscal (aunque no haya sido promotor del procedimiento). El Ministerio Fiscal siempre será parte en el procedimiento dado que tiene la obligación de velar durante todo el proceso por la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de las personas con discapacidad.

También se comunica a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el proceso, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días (a contar desde el siguiente a su recepción).

Si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda, el interesado no comparece ante el juzgado competente con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia designará un defensor judicial (salvo que ya estuviera nombrado, o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento). A continuación, se concede un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente. Con ello se consigue que siempre exista alguien que defienda en el proceso los intereses del afectado.

En los casos en que la demanda se presente por el efectado, el tribunal podrá, previa solicitud de este, no practicar las audiencias preceptivas, en aras a preservar su intimidad, evitando dar a conocer a su familia datos íntimos que prefiera mantener reservados.

La reforma permite presentar alegaciones a la persona propuesta como curador en la demanda, dándole traslado a fin de que pueda hacer constar lo que considere conveniente sobre tal propuesta, lo que posibilita contar con información acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumirlo; también se admite la intervención a su costa en el proceso ya iniciado, de cualquiera de las personas legitimadas para instarlo, evitando que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona afectada como venía sucediendo con anterioridad, dado que unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte y otros solo podían ser oídos en fase de prueba.

Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

El juzgado resolverá con arreglo a los hechos objeto de debate que resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

La conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al tribunal, ni puede decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en esta, en el silencio, o en respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. En estos procesos, el tribunal no está vinculado, a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

La reforma concreta las pruebas preceptivas que se deben realizar en primera y segunda instancia:

- 1º. El juez se entrevistará con la persona con discapacidad.*
- 2º. Dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad.*
- 3º. Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.*

Cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto, sobre esta cuestión se oírán a la persona con discapacidad, salvo que no resulte posible conocer su voluntad y preferencias, al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno, siendo también de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.

Si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo 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.

Realizadas las pruebas y alegaciones de las partes, el juez dicta sentencia y procederá, en su caso, al nombramiento de curador. A tal fin, en el momento de la vista y más concretamente en el examen de parientes, el juez preguntará a estos sobre su opinión sobre las medidas solicitadas en el procedimiento y sobre la persona que consideren idónea para prestar las medidas de apoyo, interesándose por las circunstancias específicas del caso, la posibilidad de familiares/allegados de asumir tales medidas, posibles incompatibilidades, así como su disposición a asumirlas en caso de que se acuerden por el Tribunal.

En la vista, se escucha la opinión de persona afectada a la que se solicita su opinión y preferencias al respecto, así como a las demás personas que el tribunal

considere oportuno (por ejemplo: amigos o convivientes cercanos a la persona afectada por el procedimiento, director del centro donde resida, facultativos y trabajadores sociales que a lo largo de los años le han venido haciendo un seguimiento, etc).

La sentencia puede ser recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de la Comunidad y en casación ante el Tribunal Supremo.

Referencias legislativas:

Art. 42 bis a, apartado 4, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Arts. 7 bis, 756, 757, 758, 759 y 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

95.- ¿Qué contenido tienen la sentencia en la nueva regulación?

El juez determina en la sentencia los actos para los que la persona con discapacidad requiere la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades y fijando con claridad aquellas que precisen asistencia y/o representación. En ningún caso puede establecer una mera prohibición de derechos, debiendo revisarse periódicamente en el plazo y forma en que disponga la resolución, que no podrá superar los tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá -de manera excepcional y motivada- en el procedimiento de provisión o modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.

Antes del plazo previsto, cualquiera de las personas legitimadas para promover el expediente de medidas de apoyo y el curador podrán solicitar su revisión.

Las medidas que adopte el Juez en la sentencia han de ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en cualquier caso a su voluntad, deseos y preferencias. El juez podrá establecer en la resolución que constituya la curatela, o en otra posterior, las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo.

La aportación de la reforma al contenido de las sentencias, por considerar que es una cuestión más de derecho sustantivo que procesal, ha sido remitir su contenido a las normas establecidas para la curatela en el Código Civil.

El respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona sujeta a los apoyos, que debe respetar el juez en la sentencia, está sujeta a un fuerte debate, dado que existen diversas interpretaciones sobre lo que se entiende por “casos excepcionales”.

Las opiniones están divididas entre los que defienden que voluntad, deseos y preferencias están por encima de todo y aquellos que anteponen los derechos

de la persona afectada. Para algunas corrientes doctrinales no importa que no sea lo mejor para la persona con discapacidad, si es lo que quiere tiene derecho a equivocarse como el resto; esta posición se ha denominado coloquialmente el “derecho del enfermo mental a equivocarse”.

La interpretación de cuando estamos ante una situación excepcional y hasta dónde llega la representación de la persona encargada del apoyo deberá ser resuelta por los tribunales, dado que la reforma ha dejado esta responsabilidad al poder judicial (ver pregunta 9 y 33).

Referencias legislativas:

Arts. 268, 269 del Código Civil.

Art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

96.- ¿Qué recursos se pueden interponer contra la sentencia de provisión de apoyos en caso de que exista oposición?

Contra la sentencia de instancia cabe interponer recurso de apelación ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de 20 días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella.

En el recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Contra la sentencia de apelación cabe recurso de infracción procesal y casación o casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o casación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Autónoma, conforme a lo dispuestos en la Disposición Final 16ª de la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, que se interpondrá en el plazo de 20 días ante el tribunal que dictó la sentencia de apelación.

Referencias legislativas:

Arts. 455 y ss Ley de Enjuiciamiento Civil

D.A. 16ª Ley 37/2011 de 10 de octubre, de Agilización Procesal.

97.- ¿Qué son las medidas cautelares?

Como todo procedimiento judicial, entre el momento de la interposición de la demanda de provisión de apoyos y la sentencia que acuerde si procede las medidas, suele pasar un mínimo de cuatro meses, que pueden verse ampliados notoriamente en virtud de incidencias procesales (problemas de notificaciones, acumulación de asuntos en el juzgado, periodos vacacionales, pruebas, etc.).

Para evitar situaciones irreversibles que hagan que la sentencia carezca de efectividad, nuestro Ordenamiento Jurídico contempla la posibilidad de solicitar medidas cautelares, que habitualmente se piden junto con la demanda principal,

aunque, en caso de ser necesarias a lo largo del proceso, pueden solicitarse de igual modo tanto de oficio como a instancia de parte en cualquier estado del proceso de provisión de apoyos.

También podrán solicitarse antes de la demanda en caso de urgencia o necesidad, en este caso las medidas que se hayan acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presenta ante el Tribunal que conoció de su solicitud en los 20 días siguientes a su adopción. El Letrado de Administración de justicia, acordará, mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hayan sido realizados, condenará al solicitante en las costas y lo declarará responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del que se adoptaron las medidas.

Las medidas se mantendrán hasta que el proceso principal haya terminado por cualquier causa, salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente en cuyo caso deberán mantenerse hasta que la resolución sea firme; transcurrido el plazo, si no se solicita ejecución, se alzarán las medidas que estuvieran adoptadas.

Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para su adecuada protección y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de Jurisdicción Voluntaria. El Ministerio Fiscal podrá, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de estas medidas, que podrán instaurarse de oficio o a instancia de parte en cualquier estado del procedimiento.

Normalmente, se utilizan para evitar situaciones de riesgo en relación con la protección personal y patrimonial de la persona.

Como regla general y siempre que la urgencia de la situación no lo impida, se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. La solicitud de medidas se tiene que formular con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, debiendo acompañarse de los documentos que la apoyen o bien ofreciendo la práctica de otros medios para justificar la necesidad de la medida. Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que el escrito de petición deberá ofrecerse caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir la y proponiendo un importe; en la materia que nos ocupa, de índole especialmente protectora de personas, no suele establecerse con habitualidad.

Las medidas cautelares pueden ser muy variadas y dependen de las circunstancias concretas, pero no se termina de entender la modificación que ha efectuado

la reforma del art. 42 de la ley Hipotecaria, que regula los supuestos en los que se puede pedir anotación de derechos en el Registro correspondiente. En el apartado quinto, ha excluido la opción de anotación preventiva de las relativas a medidas de apoyo a personas con discapacidad, lo que implica, que ya no es posible la anotación preventiva de una demanda de provisión de apoyos, que era una opción que se empleaba habitualmente para evitar perjuicios a la persona con discapacidad, si perjuicio que la medida también protegía a terceras personas.

Entre las más habituales, cabe destacar:

- *Nombramiento de administrador provisional.*
- *Depósito de bienes muebles o valores mobiliarios en un establecimiento adecuado.*
- *Indisponibilidad de cuentas bancarias.*

Al lado de estas medidas cautelares, existen medidas de protección que se mantienen más allá del procedimiento de provisión de apoyos, que son de carácter personal, entre las que cabe destacar:

- *Internamiento no voluntario en un centro adecuado.*
- *Tratamiento médico.*
- *Alimentos provisionales.*

Referencias legislativas:

Arts. 730 y ss Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art 762 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 42 de la Ley Hipotecaria.

98.- ¿Qué trámites tienen las medidas cautelares?

Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad. Recibida la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación al demandado, convocará a las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días, en la que actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También podrán pedir, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique el reconocimiento judicial del afectado, que -en caso de estimarlo necesario y para el supuesto de que no pueda practicarse en el acto de la vista- se llevará a cabo en el plazo de cinco días.

Asimismo, se podrán formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución (si la hubiere).

Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, dictará resolución fijando con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan y el régimen a que han de estar sometidas, determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante.

Contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieran producido en la comparecencia en el recurso contra el auto que resuelva las medidas cautelares.

Contra el auto que acuerde las medidas cautelares cabe recurso de apelación sin efectos suspensivos. En el auto denegatorio se indica que podrá reiterarse la solicitud si cambian las circunstancias.

Contra el auto denegatorio de la medida cautelar solo cabe apelación a la que se dará tramitación preferente.

Referencias legislativas:

Arts. 734, 735, 736 y 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NORMAS TRANSITORIAS

99.- ¿Qué pasa con las tutelas y curatelas anteriores a la Ley?

Las modificaciones introducidas requieren una adaptación de las medidas que regían con anterioridad en esta materia. La ley ha optado por una fórmula flexible, si bien establece, que a partir de la entrada en vigor de la ley las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto, y que a los tutores, curadores y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior, se les aplicará la nueva ley, por lo deberán ejercer sus cargos conforme a las disposiciones de la misma, fija un plazo de tres meses para la entrada en vigor de la norma, atendiendo a la necesidad de que se tome conocimiento de la nueva legislación con tiempo suficiente para que puedan afrontarse los cambios introducidos.

Independientemente de que se pueda solicitar la revisión de las medidas existentes desde la entrada en vigor de la Ley, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual que se realice, se deberá solicitar que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud, por los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Referencia legislativa:
Disposición transitoria cuarta.

100.-¿Qué pasa con las tutelas existentes y con los procedimientos incapacitación en trámite?

Al no existir en la nueva regulación la figura del tutor para las personas mayores de edad, se les aplican las normas establecidas para los curadores representativos. Los guardadores de hecho también deberán sujetar su actuación a las disposiciones de la nueva ley.

Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la nueva ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo relativo al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento.

Referencia legislativa:
Disposición transitoria quinta.

ANEXO

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233)

Fórum

de entidades aragonesas
salud mental

www.fadesaludmental.es
info@fadesaludmental.es