

LOS PROCESOS EN MATERIA DE CAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

PILAR LADRÓN TABUENCA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal

Universidad de Alcalá

Resumen: La entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad insta una nueva forma de abordar la regulación legal y la aplicación práctica de figuras tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico, como son las instituciones tutelares y los procesos en materia de capacidad de las personas. El presente trabajo realiza una revisión general de estos procesos a fin de determinar en qué medida se ven afectados por la Convención, poniendo de manifiesto las disfunciones más destacables para plantear su necesidad de reforma para adecuarlos a los principios inspiradores y exigencias del nuevo marco normativo internacional.

Palabras clave: Discapacidad – Naciones Unidas – Derechos Humanos – Procesos en materia de capacidad de las personas – Capacidad jurídica.

Abstract: The coming into force of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities has settled a new way of facing traditional institutions in Spanish Law as guardianship and incapacitation, mainly about their regulation and practical effectiveness. This paper addresses a general review of this procedures, in order to determine to what extent they are affected by the UN Convention. The most remarkable dysfunctions are highlighted, to raise the need of reform to suit the inspiring principles and requirements of the new international legal frame.

Keywords: Disability – United Nations – Human Rights – Incapacitation procedures – Legal capacity.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ASPECTOS PROCESALES DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. III. TRATAMIENTO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS: RÉGIMEN ACTUAL Y DISFUNCIONES: 1. Tratamiento procedimental único. 2. Denominación. 3. En relación con el órgano jurisdiccional. 4. Litispendencia. 5. Naturaleza contenciosa. 6. Legitimación activa de la persona afectada. IV. LA NECESARIA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PARA SU ADAPTACIÓN A LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el panorama legislativo, nacional e internacional, en lo referente a la protección de las personas con discapacidad ha evolucionado de forma exponencial. Podría afirmarse que de una situación únicamente protectora, asistencial, donde se tendía a regular figuras de guarda centradas en la persona como objeto de esa protección, se ha pasado a otra en que la persona es centro y sujeto activo de la regulación, titular de derechos cuyo ejercicio se ha de asegurar.

Circunstancia esta que ha sido remarcada a nivel internacional con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas en su 76ª sesión plenaria, el día 13 de diciembre de 2006¹, que supone un antes y un después en la consideración de las personas con discapacidad como sujetos de derecho y no solo como sujetos pasivos a los que tutelar o proteger.

Cierto es que ya con anterioridad en el ordenamiento jurídico español se habían promulgado normas tendentes a asegurar el pleno ejercicio de sus derechos por las personas afectadas por algún tipo de discapacidad en todos los ámbitos, tanto en el aspecto personal como económico y social. Pero la Convención abre paso a un nuevo estado de reconocimiento más explícito –que no otorgamiento– de derechos y, en lo que aquí nos interesa, de exigibilidad por los ciudadanos, con el correspondiente deber de los poderes públicos de garantizarlos.

La finalidad de este trabajo es analizar, desde la óptica del nuevo marco normativo, el tratamiento que recibe en nuestro sistema procesal civil la valoración de la capacidad del individuo cuando sus circunstancias físicas o psíquicas no le permiten ejercer por sí mismo el pleno autogobierno de su persona.

Conviene aclarar ya en este punto que sólo un limitado número de discapacidades² determina la necesidad de que se haya de restringir la capacidad de obrar de un sujeto, puesto que solo será así en la medida que le resulten impeditivas para todas o algunas facetas de la vida. Y en el mismo sentido, el hecho de tener el diagnóstico de una determinada enfermedad o

¹ Ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y publicada en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648-20659, y su Protocolo Facultativo, en el BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008, pp. 20750-20752.

² Ha de recordarse que el reconocimiento administrativo de un determinado grado de dependencia, discapacidad o minusvalía –empleando una expresión ya superada–, no afecta a la capacidad de obrar de la persona, la cual solo puede verse restringida por sentencia, y solo cuando se den las causas previstas por la ley (art. 199 del Código Civil). De manera que aunque una persona tenga reconocido un grado importante de dependencia, en nada se ve legalmente afectado el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos. Sin embargo, al contrario, la declaración de incapacidad plena o parcial realizada en sentencia, determina la consideración de que esta persona supera el 65% de minusvalía, a efectos de que le puedan ser aplicados los beneficios legalmente previstos (tributarios, para la adaptación de inmuebles para garantizar su accesibilidad, para la solicitud de ayudas de los servicios públicos, etc.).

trastorno psíquico, no conlleva necesariamente la incapacitación de una persona, puesto que solo lo hará en la medida en que dicha patología no se encuentre bajo control médico y presente síntomas que le afecten de manera directa, continuada y grave en las actividades básicas de su vida diaria, evitando todo tipo de estigmatización discriminatoria de estos pacientes.

Cierto es que hablar de discapacidad en términos generales es algo esencialmente inapropiado, puesto que supone otorgar un mismo tratamiento y denominación a personas con capacidades muy distintas. Pero sin embargo, se hace necesario utilizar una expresión común que nos permita aunar criterios dentro del máximo respeto a las diversas situaciones que se puedan encontrar³.

II. ASPECTOS PROCESALES DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es un instrumento jurídicamente vinculante que no crea nuevos derechos, sino que exige a los Estados signatarios la adaptación de sus ordenamientos para asegurar el ejercicio de los derechos ya reconocidos a todas las personas, y en especial, a las personas con discapacidad⁴, así como para eliminar las prácticas que les pudieran suponer un trato discriminatorio. De todo su contenido, nos centraremos en su incidencia procesal.

Si bien todo el espíritu de la Convención condiciona a partir de su entrada en vigor el ordenamiento jurídico y la forma de actuación de los poderes públicos de los Estados que la han ratificado, y en especial de los Tribunales, en este trabajo centramos nuestra atención en el contenido de sus artículos 12 y 13, y las consecuencias que para los procesos en materia de capacidad de las personas regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil entrañan.

³ Si el valor de las palabras siempre es importante, mucho más en materias que afectan a la dignidad de la persona como esta. La evolución de la terminología que ha venido utilizándose de un tiempo a esta parte da muestra de la evolución que la sociedad misma ha sufrido en la percepción y el reconocimiento de los derechos de quienes se ven afectados por algún tipo de limitación física o psíquica. Desterradas ya expresiones que aludían a un supuesto nivel de “normalidad”, se han superado también otras como “minusvalía” o “incapacidad” (aun cuando en la Ley de Enjuiciamiento Civil se siga manteniendo el enunciado de “procesos de incapacitación”). E incluso el término que parece hoy día más generalmente extendido, “discapacidad”, va cediendo su paso a otros tales como “diversidad funcional” o “personas con habilidades diferentes”.

⁴ Entre las medidas cuya adopción exige la Convención, se encuentran las tendentes a asegurar la accesibilidad, tanto física como tecnológica y de comunicaciones, así como el acceso a la educación y al empleo, a la información y a los sistemas nacionales de salud, y garantizar su movilidad. Además, y para asegurar el control del cumplimiento de este texto internacional, crea el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y prevé también la Conferencia de Estados Parte a fin de valorar y analizar las cuestiones que su aplicación plantee.

Artículo 12 Igual reconocimiento como persona ante la ley

- 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
- 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
- 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
- 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.*

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

- 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Artículo 13 Acceso a la justicia

- 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.*
- 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.*

De una manera sintética, podemos destacar que el artículo 12 de la Convención es bastante claro en su punto de partida, al dejar claro que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento en todas partes de su personalidad. Un reconocimiento que no deriva de este texto, sino que es previo, sin perjuicio del deber de los Estados partes de asegurarlo en todos los ámbitos.

Llama la atención que no diferencie entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (art. 12.2), sino que utiliza un único término, el de capacidad jurídica, y a continuación de la obligación de garantizar el pleno ejercicio de la misma (lo que puede asimilarse a la capacidad de obrar). Para ello deberán adoptar las medidas que aseguren el acceso de estas personas a los “apoyos” que puedan resultar necesarios (art. 12.3).

Entre tales medidas se encuentran los procesos legalmente previstos para valorar las facultades de autogobierno de un individuo, los denominados en la Ley de Enjuiciamiento Civil “procesos sobre la capacidad de las personas”⁵. Los cuales culminarán en una decisión judicial que establezca los apoyos concretos que requiera la persona afectada, en atención a sus concretas circunstancias personales y sociales, y que básicamente consisten en las figuras recogidas en el Derecho sustantivo civil: tutela, curatela y guarda de hecho⁶.

En el apartado 4 de este artículo 12 se recogen los caracteres que han de tener esas medidas, es decir, las líneas maestras a que habrán de responder los procesos por los cuales se evalúe la capacidad de obrar de una persona y que permitan acordar la asistencia o representación, en su caso, que con carácter general o específico para actos concretos y determinados sean necesarios para asegurar el ejercicio de sus derechos.

En concreto, este precepto exige que las medidas previstas

- a) respeten los derechos, voluntad y preferencias de la persona
- b) que impidan eventuales conflictos de intereses e influencias indebidas por parte de terceros;
- c) sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias personales;
- d) se apliquen en el plazo más corto posible; y
- e) se revisen de forma periódica por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Es decir, que la Convención provoca un replanteamiento general de todo el modelo tradicionalmente seguido en la respuesta judicial a las limitaciones,

⁵ Al margen del proceso, existen ya previstas en nuestro ordenamiento jurídico-privado otras instituciones que tienen como fin la protección de las personas con discapacidad, como son el patrimonio protegido, los poderes preventivos, la autotutela, o la posibilidad de que los padres designen en testamento a quienes consideran más idóneos para ejercer la tutela de sus hijos.

⁶ A las que debemos añadir, con un ámbito material circunscrito a la asistencia e intervención en el proceso, la figura del defensor judicial, y, con naturaleza cautelar, la administración provisional.

dificultades o impedimentos para el autogobierno, pasando de un sistema de representación legal, en que el representante –tutor– sustituye la voluntad del incapaz, a un sistema de asistencia o complemento puntual y concreto de su capacidad natural en la toma de decisiones⁷. Y a esta determinación de apoyos se ha de llegar asegurando el pleno respeto, entre otros, a derechos fundamentales como el derecho a la dignidad de la persona, tutela judicial efectiva, etc.

Para conseguir este fin, la Convención en el apartado 4 del artículo 12 establece las líneas maestras a que deben responder tales medidas, y a su vez el artículo 13 abre paso a “ajustes en el procedimiento” que garanticen el acceso de las personas con discapacidad a la Justicia, lo que hace necesario analizar si los procesos regulados en nuestro sistema procesal se ajustan a las mismas.

Este análisis lo realizó el Tribunal Supremo por primera vez en la sentencia de su Sala de lo Civil (Secc. 1ª), de fecha 29 de abril de 2009, en la que realiza un análisis pormenorizado de nuestra regulación sustantiva⁸, y en menor medida, la procesal, para resolver en el sentido de considerarla conforme con la Convención, siempre que se tengan presentes dos aspectos esenciales a la hora de interpretarla y aplicarla (toda en su conjunto, y en especial, los artículos 200 del Código Civil y 760 LEC)⁹.

Por un lado, que la persona declarada incapaz mantiene la titularidad de todos sus derechos fundamentales, aunque tiene determinada su forma de ejercicio, siendo la incapacitación una forma de protección. Y por otro, que ésta no es una medida discriminatoria, dadas las especiales características que concurren en la situación de la persona que la hacen necesitar la indicada protección (Fundamento Jurídico séptimo).

III. TRATAMIENTO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS: RÉGIMEN ACTUAL Y DISFUNCIONES

En este apartado, pasaremos a abordar algunos de los aspectos que a nuestro juicio resultan más discrepantes con los principios de la Convención, sin pretender agotar todos ellos, lo cual exigiría una mayor extensión.

⁷ Cfr. GARZENMÜLLER ROIG, Carlos: “Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales”. Ponencia Inaugural de las “III Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad”, celebradas en Logroño, los días 7 y 8 de mayo de 2009; Ed. Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, pp. 17-18.

⁸ Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro: “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009”, en “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)”, vol. 3º, Dykinson S.L., Madrid, 2010, pp. 532-579.

⁹ Señala en su Fundamento Jurídico quinto: “*el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección*”.

1. Tratamiento procedimental único

El primer punto que hemos de remarcar es el hecho de que se establece una única vía procedimental, con independencia de la situación eventualmente incapacitante que afecte a la persona y de los concretos apoyos que necesite.

Puede afirmarse que la Ley de Enjuiciamiento prevé una misma regulación para todos los procesos que afecten a la capacidad de las personas. Y ello, aunque las condiciones o padecimientos que afecten a la persona respecto de la cual se plantee la demanda sean sumamente diversos (por ejemplo, casos de discapacidad intelectual en sus distintos grados, deterioros cognitivos progresivos de muy distinta evolución, en unos casos congénitos y en otros sobrevenidos, trastornos mentales o incluso dependencias que condicionen o inhabiliten las facultades para la toma de decisiones y autocuidado de la persona).

Los procesos en materia de capacidad, tal y como están configurados actualmente, concluyen con una declaración por la cual se constituye a la persona en situación de incapacitación plena o parcial, de manera que el ejercicio de sus derechos quedará a partir de ese momento condicionado por la sentencia¹⁰, que será plenamente eficaz una vez adquirida firmeza en tanto y cuanto no sea sustituida por otra que modifique el alcance de la restricción de capacidad, o incluso la reintegre de forma plena.

Este sistema no parece adecuado, en especial, para casos en que la causa incapacitante pueda ser paliada a través de un adecuado tratamiento, siendo por tanto de carácter temporal, o casos de discapacidad intelectual moderada, en que una limitación de la capacidad de obrar y al ejercicio de otros derechos como el de sufragio, con acceso a la preceptiva publicidad registral, puede incluso ser perjudicial para la integración y desarrollo de estas personas.

En el nuevo enfoque de la discapacidad establecido por la Convención, en que lo central del proceso ha de ser determinar los apoyos concretos que necesite una persona¹¹, parece necesario adaptar también el procedimiento a las concretas circunstancias que concurren –lo que encuentra acomodo en su

¹⁰ Como señala Santos Urbaneja, “la sentencia de incapacitación hace una declaración de presente y de futuro. Señala, sobre la base de una evaluación previa, que la persona demandada carece en este momento y carecerá en el futuro de capacidad de autogobierno”. Este autor propone lo que denomina “Teoría de la doble vía”, postulando un sistema en que el Tribunal valore la capacidad de la persona para decidir sobre la realización de un acto concreto y determinado en el momento de la valoración, de manera que en sentencia se pronunciaría única y exclusivamente respecto de la capacidad para dicho acto o negocio jurídico, manteniendo su capacidad para el resto. Y a su vez, se mantenga el procedimiento de valoración genérica de la capacidad para otros casos en que sí pueda resultar procedente restringirla de forma permanente. Cfr. SANTOS URBANEJA, Fernando: “*Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva*”, ponencia presentada en las Jornadas Aequitas-Centro de Estudios Judiciales, celebradas en Madrid, los días 9 y 10 de marzo de 2009.

¹¹ En esta línea se pronuncia ya la Instrucción núm. 3/2010, de la Fiscalía General del Estado, de 29 de diciembre de 2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos de determinación de la capacidad de las personas.

artículo 13–, tal y como se han de adaptar también las medidas o apoyos a determinar.

2. Denominación

Otro de los aspectos que se hace necesario modificar es el relativo a la denominación que reciba esta categoría de procesos, pues el término “incapacitación” que se sigue empleando en algunos preceptos de la LEC, como el artículo 757, no resulta en absoluto adecuado en la realidad social actual, como tampoco lo es el utilizado aún en algunos ordenamientos, de “interdicción civil”, para referirse a la limitación de la capacidad de obrar en los estrictos términos que requiera la persona afectada.

Tampoco es demasiado afortunada, a nuestro juicio, la expresión “procesos de determinación de apoyos para la toma de decisiones” que recoge la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹², pues no resulta suficientemente identificativa desde el punto de vista del puro derecho sustantivo. Y quizá supone la introducción de expresiones más propias del ámbito de las disciplinas de Trabajo Social que de las propiamente jurisdiccionales.

Con anterioridad, en la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios¹³ optó el legislador por una terminología puramente descriptiva: “procesos de modificación de la capacidad de obrar”, más definidora de su objeto, pero habremos aún de esperar para conocer la terminología que se adopte de forma definitiva.

Por nuestra parte, entendemos que se trata de valorar la capacidad de la persona para la toma de decisiones, ya se plantee para actos concretos y determinados o de forma genérica en casos especialmente graves de imposibilidad de toma de decisiones, de forma que quizá pudieran emplearse los términos “valoración de la facultad de autogobierno y necesidad de asistencia”, “delimitación de la capacidad de obrar”¹⁴, o bien “procesos de modificación de la capacidad y determinación de apoyos”¹⁵.

¹² BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, pp. 87878-87494.

¹³ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009, pp. 29137-29141. En su Disposición Final Primera, ordenaba al Gobierno remitir a las Cortes “un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención”.

¹⁴ Denominación propuesta por MAYOR FERNÁNDEZ, David: “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”; Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, año LXV, núm. 2133, julio de 2011, pgs. 9-10.

¹⁵ GARZENMÜLLER ROIG, Carlos, cit., pg. 19.

3. En relación con el órgano jurisdiccional

En esta materia es sumamente deseable la especialización de los órganos judiciales¹⁶, proveyendo de formación específica tanto a sus titulares como a los funcionarios encargados de la gestión y tramitación de estos procesos, dadas las especiales características y necesidades de las personas afectadas, sus familiares, y la relevancia de los derechos que se ven afectados.

De no entender necesaria la especialización del tribunal prevista en el artículo 98 LOPJ, en aquellas demarcaciones judiciales cuyo volumen de procedimientos de este tipo no lo justifique, al menos sería aconsejable que mediante las normas de reparto de asuntos se tienda a esa especialización material. De este modo, de un lado se evitaría la divergencia de criterios entre órganos judiciales y se racionalizaría la carga de trabajo, y de otro, sería muy beneficioso para la prestación del servicio público en relación con los justiciables.

Y evidentemente, se deben proveer de medios materiales suficientes, dotando de la obligada accesibilidad a los inmuebles donde se ubican los órganos judiciales –circunstancia esta que, por desgracia, no siempre se da–, y tomando en consideración esas especiales circunstancias que concurren en las personas afectadas, puesto que no siempre será posible su desplazamiento a la sede del tribunal a efectos del reconocimiento médico-forense, celebración de vistas, etc.

A este respecto, sería plausible un precepto similar al párrafo segundo del artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que las comparecencias de menores “*se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad*”. Carencia que en la actualidad se suple en ocasiones con el buen hacer de los Jueces, Secretarios Judiciales e integrantes de la Oficina Judicial, tratando de paliar en la medida de lo posible lo que para la persona afectada, sometida a un entorno y una posición procesal que desconoce y no siempre puede comprender, es un ambiente hostil.

4. Litispendencia

Dada la especial vulnerabilidad de algunas de las personas cuya modificación de la capacidad de obrar se hace necesaria, no son infrecuentes los casos en que la iniciación del proceso se produce como consecuencia de otros en los que se han visto implicadas, a partir de los cuales se ha deducido testimonio para que el Ministerio Fiscal interpusiese la demanda. Es decir, que la necesidad de la declaración de incapacidad se pone de manifiesto en el curso de otros procedimientos judiciales, por lo general de naturaleza civil o penal.

¹⁶ Necesidad que ya se planteaba en el Libro Blanco de la Justicia del año 2001.

El hecho de que se haya detectado esta situación de vulnerabilidad y necesidad de protección y asistencia que se determinará en el proceso sobre su capacidad, no condiciona el curso que sigan los procesos anteriores con un objeto distinto. Y lo cierto es que se puede llegar a sentencias condenatorias –más aún si el demandado permanece en rebeldía– en casos en que, de haberse conocido la situación en que se encontraba esta persona, la resolución podría haber sido de contenido distinto.

Por ello sería positivo para alcanzar un mayor nivel de protección de la persona con discapacidad que se encontrara en una situación como la descrita, el introducir una previsión en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de que la pendencia de un proceso en materia de capacidad de la persona determine la suspensión de otros procedimientos en que pudiera estar implicada la misma persona, ya como demandante, ya como demandada, hasta tanto se resuelva sobre su capacidad de obrar, pues así se aseguraría la adecuada asistencia y derecho de defensa de la persona.

Al no existir actualmente un precepto en tal sentido, la actuación de los tribunales es divergente. Desde los que, al considerarla una cuestión que afecta a un presupuesto procesal declaran la suspensión del procedimiento cuando tienen conocimiento de la iniciación de un proceso de incapacitación, hasta aquellas ocasiones en que, como sucede en las ejecuciones hipotecarias, existen resoluciones que ordenan continuar el procedimiento, por no ser una de las causas legalmente reconocidas de suspensión de la ejecución forzosa¹⁷.

5. Naturaleza contenciosa

Los procesos en materia de capacidad de las personas se configuran en nuestro sistema procesal como de naturaleza contenciosa. Así, la demanda de incapacitación o de modificación del alcance de la capacidad ha de formularse frente a la persona presuntamente incapaz para decidir, total o parcialmente, por sí misma. De manera que presentada la demanda por las personas legitimadas activamente –además del propio incapaz, cónyuge o persona en situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos–, le será dado traslado de la misma a fin de que pueda contestarla, con la debida postulación, en el plazo de veinte días hábiles (arts. 753, 757 LEC), transcurridos los cuales sin haberlo verificado, será defendida por el Ministerio Fiscal –de no haber sido promovida la demanda por este órgano–, o bien por un defensor judicial.

Esto conlleva una indeseable carga negativa, en un proceso previsto precisamente para proteger a la persona afectada y para determinar la asistencia o complemento a su capacidad que pudiera necesitar. En un número importante de casos, en que son sus padres u otros familiares quienes ejercitan la acción, la

¹⁷ Como sí lo serían otras causas como la declaración de concurso, o la existencia de prejudicialidad penal (arts. 565 y ss. LEC).

obligatoriedad de constituirse ellos mismos como demandantes frente a su familiar, demandado, no resulta deseable¹⁸.

El principio de contradicción asegura adecuadamente el derecho de defensa de la persona demandada, al permitirle comparecer con su propia defensa y representación procesal. Y la alternativa que desde algunos sectores se propugna¹⁹, como es integrar estos procesos dentro de la Jurisdicción Voluntaria supone, a nuestro juicio, quebrar uno de sus rasgos esenciales, como es la ausencia de conflicto entre partes.

La regulación de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881²⁰ prevé que en caso de oposición por parte de algún interesado en el expediente, éste se transformará en contencioso²¹, previsión que sin embargo no se aplica en los expedientes relacionados con los cargos tutelares –delación, autorizaciones previas para realizar determinados actos jurídicos, aprobaciones posteriores para otros, rendiciones de cuentas, etc.–, de manera que se solventara en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso²². Pero lo cierto es que

¹⁸ Ciertamente es que en la práctica, la Fiscalía realiza un papel fundamental a este respecto, pues iniciará diligencias preprocesales al amparo del artículo 5 de su Estatuto Orgánico y llegado el caso, formulará la demanda, aun a solicitud de los familiares legitimados activos que por las razones de que se trate deciden no hacerlo por sí mismos aunque sí ven imprescindible la adopción de medidas tuitivas. Su actuación será idéntica a la que realizaría si fuese un tercero quien pusiera en su conocimiento la concurrencia de una causa incapacitante en una persona. Pero este mecanismo no soluciona el problema que planteamos desde la óptica procesal.

¹⁹ Especialmente desde el movimiento asociativo en el ámbito de la discapacidad intelectual. En este sentido, la intervención de Torcuato Recover, en nombre de FEAPS Andalucía, en la IV Jornada de Debate del Observatorio Estatal de la Discapacidad, Mérida, 15 de diciembre de 2010, donde proponía aplicar la salvaguardia que prevé el artículo 12.4 de la Convención para tramitar estos procesos como Jurisdicción Voluntaria, de manera que la intervención y control judicial no se produjera mediante un juicio contradictorio. Sin embargo, entendemos que por esta vía no se soluciona la cuestión de fondo, que es la de garantizar el derecho de la persona cuya capacidad va a ser cuestionada por el órgano judicial, ya sea a iniciativa del Ministerio Fiscal o de otros legitimados, de oponerse a cualquier tipo de restricción de la misma. Vid. OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: “Capacidad jurídica y discapacidad: de la sustitución de la capacidad al modelo de apoyos”, IV Jornada de Debate del Observatorio Estatal de la Discapacidad, Mérida, 15 de diciembre de 2010; Ed. Grupo Nuevo Lunes, Madrid, 2010, pp. 120-121.

²⁰ Aún vigente pese al mandato de la Disposición Final decimoctava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Materia esta que requiere abordar globalmente y sin dilaciones su reforma, para adaptar estos procedimientos a la realidad actual, y para unificar criterios en su tramitación por los órganos judiciales.

²¹ Artículo 1817 LEC 1881: Si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará por los trámites establecidos por el juicio que corresponda, según la cuantía.

²² Así se estableció en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de reforma parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria, con las siguientes particularidades: 1ª Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los

no son situaciones equiparables las que se dan para autorizar, por ejemplo, la enajenación de bienes de una persona incapacitada, que para llegar a la declaración de restricción de su capacidad de obrar, lo que propiciará un cambio radical en el ejercicio de sus derechos.

En consecuencia, entendemos que se debe mantener el carácter contencioso de los procesos cuyo objeto sea determinar el grado de capacidad y los apoyos que requiera una persona, para asegurar siempre el pleno ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello, pese a reconocer lo complejo de esta situación y que en muchas ocasiones en estos procesos, dependiendo del grado de discapacidad, el conflicto entre las dos partes procesales demandante-demandado es una ficción, dada la imposibilidad de conocer la voluntad de la persona en casos especialmente graves, y la palmaria necesidad de establecer un régimen de guarda y protección en su beneficio.

6. Legitimación activa de la persona afectada

La previsión que contiene el artículo 757 de la LEC de que una persona pueda instar su propia incapacitación, no parece compatible con el principio de contradicción que preside estos procesos de jurisdicción contenciosa, pues en una misma persona concurrirían las dos posiciones procesales contrapuestas de demandante y demandado²³.

El hecho de que en estos procesos concurra el interés público varía la concepción tradicional del ejercicio de la acción, al no tener cabida en términos generales el principio dispositivo. Y de ahí que se pueda hablar de sujetos interesados²⁴ en que se adopten unas medidas de apoyo concreto ante la concurrencia de una situación limitativa o incapacitante, y no en sentido estricto de sujetos con derecho a que se produzca esa declaración judicial.

En todo caso, y aun mereciendo este punto un análisis mucho más extenso que el objeto de este trabajo, entendemos que desde la perspectiva de la Convención sí podría encontrar acomodo el reconocimiento de legitimación activa a la persona afectada, dado que en ella puede concurrir –y ser consciente de ello– la necesidad de que se establezca judicialmente un régimen de asistencia en su propio interés y beneficio.

particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes. 2ª No será necesaria la intervención de Abogado ni Procurador. 3ª La oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso".

²³ "De difícil comprensión" califica esta situación el Prof. Serrano García, quien analiza distintas situaciones que podrían darse a partir de la condición personal de la persona afectada por la discapacidad limitativa. SERRANO GARCÍA, Ignacio: "Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003"; Ed. Iustel, Madrid, 2008, pp. 179-198.

²⁴ Vid. CHIMENO CANO, Marta: "Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental", 2ª edición, Thomsom-Aranzadi, Pamplona, 2004, pgs. 35 y ss.

A la vez, no podemos sino llamar la atención de un aspecto en cierta medida contradictorio con lo anterior, y es que el reconocimiento de legitimación activa de la persona declarada incapaz para instar la reintegración de su capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación pueda verse puesta en entredicho, al estar sometida a solicitar expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo²⁵. De no obtener la indicada autorización, sólo podría constituirse como parte en el proceso a través de la representación legal que se hubiera establecido en sentencia o, en su caso, con la asistencia de su curador.

IV. LA NECESARIA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PARA SU ADAPTACIÓN A LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Del panorama que se ha expuesto en este breve estudio, la entrada en vigor de la Convención exigía modificar la normativa tanto de rango legal como reglamentario reguladora de muy distintos sectores que afectara a este nuevo marco de derechos reconocidos, y así se ha realizado en nuestro país mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, ya citada, y por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁶.

Sin embargo, no deja de ser llamativo el hecho de que no contengan reformas o adaptaciones de la legislación procesal en general²⁷, y en lo referente a los procesos relativos a la capacidad de las personas, en especial.

Ya al año siguiente a la entrada en vigor en España de la Convención, la Ley 1/2009, de 25 de marzo²⁸ ordenaba al Gobierno en su Disposición Final primera remitir a las Cortes en el plazo de seis meses “un proyecto de ley reguladora de

²⁵ El párrafo segundo del artículo 761.2 señala: “Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo”. Es decir, que debería promoverse un expediente de jurisdicción voluntaria ante el mismo órgano judicial que conocería, de admitirse, la demanda de modificación del alcance de la capacidad.

²⁶ Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE núm. 224, de 17 de septiembre de 2011, pg. 98872 y ss.).

²⁷ Salvo la referencia al artículo 20.1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, relativa a la inversión de la carga de la prueba en los procesos en que se dirima una supuesta discriminación por razón de discapacidad, con la posibilidad añadida de que, a instancia de parte, se pueda recabar informe o dictamen de organismos públicos.

²⁸ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009, pp. 29137-29141). Esta norma persigue racionalizar la publicidad registral de estas situaciones, mediante la unificación en el Registro Civil Central de todas las inscripciones y asientos relativos a una misma persona, evitando la nada deseable dispersión que impide una adecuada protección de la persona con capacidad de obrar limitada.

los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención”.

Sin embargo, agotado tal plazo sin que dicho proyecto fuera formalmente presentado, se retoma este mandato en la Disposición Adicional séptima de la referida Ley 26/2011, de 1 de agosto²⁹, en el cual se prevé la necesidad de establecer en un futuro proyecto de ley “*las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que lo precisen*”.

En el año 2010, se elaboró un Documento de Trabajo por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia “*sobre la posible reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente*”³⁰, en el cual se hacía un esbozo de los preceptos que sería necesario modificar para la plena adecuación de estos procesos civiles especiales a las líneas directrices marcadas por la Convención. Creemos interesante exponer y valorar las reformas de índole procesal que entonces se apuntaron³¹, y que previsiblemente se incluirán también en un esperamos no demasiado lejano proyecto de ley, algunas de ellas, por otro lado, que reflejan prácticas ya seguidas en los tribunales.

A) Excepción al principio de *perpetuatio iurisdictionis*

El órgano judicial competente objetivamente para conocer de la demanda será el Juzgado de Primera Instancia, manteniéndose el criterio por el cual será la residencia de la persona afectada la determinante de la competencia territorial.

²⁹ Disposición adicional séptima. *Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones*. “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 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 por 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 libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”.

³⁰ Documento accesible vía electrónica en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia_y_Discapacidad/Actividades/relacionados/.

³¹ Este documento fue presentado en distintos foros interdisciplinares. En este trabajo partimos de las referencias publicadas con relación a la IV Jornada de Debate del Observatorio Estatal de la Discapacidad, Mérida, 15 de diciembre de 2010. Cfr. OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: “Capacidad jurídica y discapacidad: de la sustitución de la capacidad al modelo de apoyos”, IV Jornada de Debate del Observatorio Estatal de la Discapacidad, Mérida, 15 de diciembre de 2010; Ed. Grupo Nuevo Lunes, Madrid, 2010.

Pero en estos procesos no es infrecuente, dada la dilatación temporal de los mismos y las especiales circunstancias de las personas afectadas, que su residencia se modifique a lo largo de su tramitación (ya sea por cambios voluntarios de residencia o por el ingreso en centros asistenciales, hospitalarios, etc.).

El principio de perpetuación de la jurisdicción establece que una vez iniciado el proceso, la modificación posterior de las circunstancias que dieron lugar a la fijación de la competencia no provocará la alteración de la misma³². Sin embargo, en el caso de los procesos relativos a la capacidad, se prevé introducir un párrafo al artículo 756 LEC, en el sentido de que el cambio de residencia de la persona demandada determinará la inhibición en favor del Juzgado de Primera Instancia del partido judicial en que se encuentre dicha nueva residencia, si se produce antes de la primera audiencia o examen³³.

Cabe entonces plantear qué sucedería si el cambio territorial se produjese después de la práctica de las pruebas preceptivas, y en concreto, del examen personal del Juez. En tal caso, lo procedente será que el proceso continúe sustanciándose ante el mismo órgano judicial, y una vez firme la sentencia, éste se inhiba en favor del órgano radicado en la nueva demarcación territorial, al que correspondería el control y posterior seguimiento del ejercicio del régimen de apoyos –tutela o curatela actualmente– que se hubiera fijado en sentencia.

B) Introducción de previsiones más detalladas en la regulación del procedimiento. Modificando el art. 759 LEC

Entre ellas, destaca la exigencia de que la demanda que inicie el proceso de modificación de la capacidad, deberá especificar el motivo concreto que lleva a interponerla, la necesidad concreta que la justifica³⁴.

También se recogería expresamente que determinados actos, como es el examen personal por el Juez y el reconocimiento médico forense, se realicen

³² Artículo 411 LEC: “Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia”.

³³ En este sentido se pronunció también la Instrucción núm. 4/2008, de la Fiscalía General del Estado, que relaciona este criterio con el deber de asegurar el acceso efectivo de la persona afectada a la Justicia exigido por el artículo 13 de la Convención. Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 4/2008 sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces, de 30 de julio de 2008, pg. 17.

³⁴ En este punto traemos a colación la distinción que realiza SANTOS URBANEJA entre causa y motivo de la demanda de incapacitación, según la cual la causa sería el padecimiento concreto de la persona, su situación basal incapacitante, y el motivo, la concreta necesidad para un acto o actos determinados que hace que se plantee (como la necesidad de enajenar un bien, aceptar una herencia, autorizaciones médicas, etc.). Cfr. SANTOS URBANEJA, Fernando: “Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva”, Ponencia presentada a las Jornadas Aequitas-CEJ, celebradas en Madrid, los días 9 y 10 de febrero de 2009, pgs. 6-8.

fuera de las dependencias judiciales cuando así lo aconseje la situación de la persona afectada. Algo que, de hecho, ya se viene practicando, al amparo del principio de mayor interés del incapaz.

Y por último, que el examen facultativo no ha de ser necesariamente médico, de manera que también pueden ser considerados informes llevados a cabo por otros profesionales del ámbito sanitario y social.

C) Posibilidad de que la sentencia establezca la duración de la medida de apoyo y su revisión periódica

Esta propuesta supondría introducir en el artículo 760 LEC una de las previsiones exigidas por el artículo 12.4 de la convención.

La Ley de Enjuiciamiento sí regula los procesos de reintegración de la capacidad y de modificación del alcance de la incapacitación (art.761), de manera que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia se mantiene en la medida en que no varíen las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su momento. Pero supone en todo caso la iniciación de un nuevo proceso por los sujetos legitimados para ello³⁵ con este específico objeto.

La novedad estribaría en el hecho de que la propia sentencia establezca los plazos en los cuales se procederá a evaluar de oficio si subsiste o se ha modificado la necesidad de los apoyos que en su día se hubieran podido acordar en beneficio de la persona que ve limitada su capacidad de obrar. Nos parece especialmente plausible, en especial para aquellos supuestos en que la causa que impide el autogobierno se presume temporal.

Otra reforma que sería conveniente introducir en este precepto relativo a la sentencia, que no está recogida en el Documento de Trabajo cuyo contenido exponemos, hace referencia a la publicidad de la misma. Y es que la persona que asuma el cargo tutelar o de asistencia ha de justificar ante terceros la legitimidad de su intervención en nombre del tutelado o complementando su capacidad. Y lo hace a través del testimonio que se libre de la resolución judicial que declare la modificación de la capacidad y su designación para el cargo.

Para respetar adecuadamente el derecho a la intimidad de la persona afectada, debe preverse que dicho testimonio omita los extremos que afecten a circunstancias y datos personales que además son merecedores de especial protección, de manera que los terceros solo tengan acceso a los datos esenciales de la persona y su representación o asistencia, y no a las causas o motivos que dieron lugar a la modificación de su capacidad de obrar³⁶.

³⁵ La legitimación activa se extiende en tal caso también a la persona, física o jurídica, que ejerciera el cargo tutelar o tuviera bajo su guarda al incapacitado (art. 761 LEC).

³⁶ Este es uno de los puntos donde se muestra la diferente práctica seguida por los Juzgados de Incapacidades, especializados en esta materia en aplicación del artículo 98 de la Ley Orgánica del

D) En relación con las medidas cautelares que se pudieran adoptar al amparo de lo previsto en el artículo 762 LEC, las propuestas alcanzan dos aspectos

Por un lado, introducir la previsión de que cuando sea necesario adoptar una medida cautelar para la adecuada protección de la persona o de su patrimonio, ésta se fijará por un plazo concreto y determinado, y solo mientras subsista el motivo que la justifique. De manera que, de acordarse con carácter previo a la iniciación del proceso, sería revisada de oficio en el supuesto de que hubieran transcurrido seis meses sin que se hubiera presentado la demanda de modificación de la capacidad.

De esta manera se remarca el carácter esencialmente provisional y accesorio de las medidas cautelares, que no pueden prolongarse de forma indefinida en el tiempo. La plena capacidad de obrar se presume, y solo mediante sentencia puede verse restringida.

Por otro lado, en este mismo precepto se propone la introducción de una nueva institución de guarda, que el Documento de Trabajo denomina “defensor provisional”. Sería el apoyo previsto para quienes se encontrasen imposibilitados de forma temporal para su autogobierno, pero en los que no concurriera una causa de modificación de la capacidad.

Hemos de destacar que se configura en este Documento como una resolución de carácter cautelar, que permitiría la inmediata toma de decisiones por ese “defensor”, y solo en los términos y durante el tiempo que fijase la autoridad judicial. En cumplimiento de las previsiones de la Convención, quedaría la tutela como una institución de carácter residual, que se acordaría exclusivamente en aquellos casos de personas gravemente afectadas por una discapacidad de tal tipo que impida conocer su voluntad y preferencias de forma persistente. De forma tal que en casos en los que si bien la situación de la persona en el momento de su valoración es incapacitante, se prevé una evolución positiva de la misma, se pueda acudir a esta figura de apoyo sin que se llegara a producir la alteración en la capacidad de obrar de la persona³⁷.

Poder Judicial, y que vienen limitando ya la publicidad frente a terceros de la causa que provocó la incapacitación de la persona, y los Juzgados de Primera Instancia que podríamos llamar ordinarios, en localidades de dimensión reducida o media, donde no existe un criterio único.

³⁷ Piénsese en supuestos de accidentes cerebro vasculares o casos de daño cerebral adquirido que con un adecuado tratamiento pueden ser superados, recuperando de forma importante las habilidades físicas y psíquicas previas a estos episodios. Y que sin embargo, impiden a la persona la toma de decisiones en situaciones tan ordinarias como ordenar pagos, autorizar intervenciones médicas, formalizar contratos asistenciales, etc.

E) Regulación del tratamiento ambulatorio involuntario por razón del trastorno psíquico, que se introducirían en el artículo 763 LEC, que regula los internamientos no voluntarios

Se trata de una medida reclamada de forma reiterada ante la falta de cobertura legal³⁸ de los casos de rechazo a seguir tratamiento médico, especialmente en el caso de patologías psiquiátricas en que el paciente no tiene conciencia de la propia enfermedad y puede llegar a suponer un riesgo tanto para sí mismo como para terceros. Y que sin embargo, de ser debidamente tratadas, permiten llevar a la persona una vida totalmente normalizada, sin necesidad de apoyos adicionales. Son situaciones en que se pone de manifiesto la falta de adecuación de las instituciones tutelares, tal y como están reguladas hoy en nuestro ordenamiento, para dar respuesta a la necesidad de protección de estos pacientes. La incapacitación plena les genera una restricción injustificada del ejercicio autónomo de sus derechos, y la incapacitación parcial deviene insuficiente para cubrir la necesidad de asistencia en el estricto ámbito que lo requiere su patología.

V. CONCLUSIONES

El panorama descrito da muestra de que nos encontramos en un momento de reforma y adaptación legislativa para dar respuesta a la evolución social en lo relativo a la visibilidad, exigencia y reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad.

Siendo preceptiva la intervención de los Tribunales en el supuesto en que sea imprescindible la limitación de la capacidad de obrar de una persona, ésta se ha de realizar desde el respeto más absoluto a sus derechos fundamentales, y con la perspectiva de facilitar su ejercicio por sí misma tras la sentencia que declare la modificación de la capacidad.

Por ello, la determinación de las concretas medidas de apoyo que requiera su situación debe realizarse también desde una perspectiva flexible, buscando siempre el mayor interés y beneficio de la persona afectada e introduciendo también en el proceso, de ser necesario, los ajustes precisos para garantizarle una adecuada protección y asistencia. Esta, se debe prestar en la estricta medida en que lo requieran las circunstancias concretas de la persona afectada, sin descartar la figura tradicional de tutela cuando ésta sea la figura más adecuada cuando ésta no pueda decidir por sí misma ni expresar su voluntad.

Las revisiones periódicas de la persistencia de la necesidad de las medidas adoptadas, y no únicamente el control a posteriori del ejercicio de las funciones

³⁸ En la VIII Legislatura se tramitó la Proposición de Ley 122/000085, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos, a iniciativa del Grupo Parlamentario Catalán, que no prosperó (Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, núm. 101-1, de 19 de julio de 2004).

tutelares, entendemos que contribuirán de forma decisiva a un mayor respeto a los principios consagrados por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La pretensión de este trabajo ha sido únicamente reseñar aquellos aspectos que, aun no contraponiéndose directamente a las previsiones de la Convención, deberían ser replanteados para proporcionar un tratamiento más adecuado a la situación actual de las personas con discapacidad que han de enfrentarse a una eventual limitación de su capacidad de obrar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CHIMENO CANO, Marta: “Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental”, 2ª edición, Thomsom-Aranzadi, Pamplona, 2004.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 3/2010, de 29 de diciembre de 2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos de determinación de la capacidad de las personas.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 4/2008, de 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces.

GARZENMÜLLER ROIG, Carlos: “Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales”. Ponencia Inaugural de las “III Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad”, celebradas en Logroño, los días 7 y 8 de mayo de 2009; Ed. Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, pp. 13-22.

MAYOR FERNÁNDEZ, David: “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”; Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, año LXV, núm. 2133, julio de 2011, pp. 1-38.

OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: “Capacidad jurídica y discapacidad: de la sustitución de la capacidad al modelo de apoyos”, IV Jornada de Debate del Observatorio Estatal de la Discapacidad, Mérida, 15 de diciembre de 2010; Ed. Grupo Nuevo Lunes, Madrid, 2010.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro: “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009”, en “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)”, vol. 3º, Dykinson S.L., Madrid, 2010, pp. 532-579.

SANTOS URBANEJA, Fernando: “Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva”,

Ponencia presentada a las Jornadas Aequitas-CEJ, celebradas en Madrid, los días 9 y 10 de febrero de 2009.

SERRANO GARCÍA, Ignacio: “Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003”; Ed.Iustel, Madrid, 2008.