

“REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A LA INCAPACIDAD”

JORNADAS FUNDACIÓN ÆQUITAS

FISCALIA TSJ DE MADRID

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Madrid, 8 y 9 de marzo de 2004.- La Casa Encendida

(MESA I) En el proceso de incapacitación deben plantearse como posibles situaciones finales tanto su declaración como su rechazo. La aplicación del principio de **menor ingerencia** debe presidir la resolución, así como la consideración de que el proceso no puede ser otra barrera para la persona con discapacidad.

El proceso de incapacitación es conflictivo y oneroso, de modo que es procedente manejar como hipótesis de trabajo:

- En primer lugar, el archivo del expediente y su traslado a servicios sociales asistenciales, en el caso de que tan sólo se trate de dar solución a problemas de relación social.

- En segundo lugar, la utilización de las demás herramientas que permite el ordenamiento jurídico para complementar el ejercicio de la facultad de obrar de las personas. Entre éstas pueden mencionarse la institución de la guarda de hecho, susceptible de apoyo con medidas jurisdiccionales; la utilización de autorizaciones judiciales individualizadas; la aplicación de medidas cautelares del artículo 762 de la L.E.C., que permitan no llegar a un proceso de incapacitación, y la utilización de poderes que prevean la situación de incapacitación, física o jurídica.

Ha de procederse a un examen individualizado de cada caso, huyendo de la aplicación de criterios unificados o estándar.

(MESA I) Una herramienta que se juzga útil es la existencia de un **archivo unificado** de situaciones de discapacidad, accesible de forma rápida y eficaz por las personas o entidades que actúan en el proceso de su declaración o regulación, y por aquellas entidades, funcionarios o profesionales que pueden intervenir en actuaciones realizadas por personas con discapacidad (esta información sería de gran utilidad para aumentar la seguridad jurídica en las actuaciones notariales).

(MESA I) La política del **Ministerio Fiscal** debe potenciar la unificación de criterios, por ejemplo en la aplicación de las actuaciones que acaba de atribuir la Ley del Patrimonio Especialmente Protegido de las Personas con Discapacidad; la unificación de protocolos de actuación, y la colaboración con las entidades del mundo de la discapacidad: Administración, Asociaciones, Fundaciones tutelares.

(MESA I). La alternativa que se plantea en la actualidad en el proceso de incapacitación, entre capacidad total o ausencia de capacidad (o incapacitación), es insuficiente para atender a las personas afectadas. La graduación de la resolución, realizada en base a un examen individualizado de cada caso, es la solución más adecuada y la que el ordenamiento jurídico ofrece a las personas en situaciones intermedias.

Los **criterios** que han de ser tenidos en cuenta **para la graduación** de la solución jurídica planteada por la discapacidad son:

1.- El examen de la situación que impide el autogobierno de las personas, causa legal para la incapacitación.

Esto implica la investigación de las condiciones particulares de cada persona y de circunstancias externas al mismo: entre ellas, el ámbito social en el que actúa, la situación familiar, su patrimonio..

2.- El criterio básico, que debe ser el beneficio de la persona con discapacidad.

(MESA I) Se aprecia como necesario que la Administración de la Justicia, elemento esencial en los procesos jurídicos relacionados con el mundo de la discapacidad, potencie las comunicaciones con las **demás entidades privadas** que actúan en este.

- Con las Asociaciones, elemento de atención de servicios sociales.

- Con las Fundaciones Tutelares, elemento de complemento de la capacidad jurídica. Estas fundaciones son un medio adecuado para dar solución a la atención de tutelas o curatelas, debiendo atenderse a la financiación de su mantenimiento, pues con su actuación liberan fondos públicos para otras necesidades sociales. En la situación actual, se precisa mejorar su conocimiento por parte de la Administración de Justicia.

Es conveniente utilizar su experiencia, no sólo en las situaciones individualizadas, sino también a la hora de elaborar planes o sistemas de actuación.

(MESA I) Para una mayor eficacia en la actuación de la Administración de Justicia, y especialmente en relación con el Ministerio Fiscal, se observan dos necesidades:

1.- La **ampliación de los medios** disponibles, personales y materiales. En cuanto a los medios personales, un mayor número de fiscales especializados, así como la asignación de personal especializado de los ámbitos de la medicina, psicología, asistencia social. En cuanto a los medios materiales, la potenciación de medios informáticos en el sistema de trabajo.

2.- La especialización, bien de forma directa, mediante la creación de Juzgados especializados, o de forma indirecta donde esto no sea posible, mediante la concentración de los casos relacionados con la discapacidad en los mismos Juzgados y profesionales de la Administración de Justicia.

(MESA I) La fase preliminar al proceso de incapacitación permite el desarrollo de actuaciones que facilitan el **criterio general** a seguir en esta materia, que es el beneficio de la persona con discapacidad.

Dentro de esta fase, se hace esencial el trabajo coordinado de los agentes que intervienen en la vida del presunto incapaz:

- Asistentes sociales, tanto integrados en las diversas Administraciones Públicas como en entidades privadas, el movimiento asociativo del mundo de la discapacidad.

- El entorno familiar

- Otros servicios suministradores de datos de esta situación, como los de atención a víctimas.

- La Administración de Justicia, en la que en esta fase destaca la actuación del Ministerio Fiscal en las diligencias preprocesales. La política de este servicio debe ser regulada, si no por ley, por instrucciones internas y otros medios de unificación de actuaciones.

La adopción de las medidas oportunas en esta fase preliminar puede llegar a evitar la incoación del proceso de incapacitación, si con ello se atienden adecuadamente las necesidades de la persona afectada.

En esta fase se debe prestar atención a la protección de la intimidad y la legislación y principios que la regulan, tanto respecto del presunto incapaz como de las demás personas que intervienen en ella: promotores de la incapacitación, profesionales de la medicina en sus informes, familiares. Su vulneración puede acarrear perjuicios superiores a los beneficios que se pretenden obtener.

(MESA I) Una herramienta que se juzga útil es la existencia de un **archivo unificado** de situaciones de discapacidad, accesible de forma rápida y eficaz por las personas o entidades que actúan en el proceso de su declaración o regulación, y por aquellas entidades, funcionarios o profesionales que pueden intervenir en actuaciones realizadas por personas con discapacidad (esta información sería de gran utilidad para aumentar la seguridad jurídica en las actuaciones notariales).

(MESA I) En esta fase se debe prestar atención a la protección de la **intimidad** y la legislación y principios que la regulan, tanto respecto del presunto incapaz como de las demás personas que intervienen en ella: promotores de la incapacitación, profesionales de la medicina en sus informes, familiares. Su vulneración puede acarrear perjuicios superiores a los beneficios que se pretenden obtener.

(MESA II) Es necesaria una publicidad adecuada de los documentos de **autotutela**, que asegure su conocimiento en el momento en que es necesario (el de la actuación de presunto incapaz), pero que, por otro lado, no violente su derecho a la intimidad, lo que debe evitar un acceso público que, en la actualidad, supone el Registro Civil. Todo ello se superaría mediante un archivo específico, con acceso limitado a los funcionarios especialmente interesados, lo que asegura privacidad y seguridad. En caso de que ello no fuera posible, sería necesaria una modificación del Reglamento de Registro Civil, que asegure que las notas relativas a autotutela fueran reservadas.

(MESA II) Se plantea el problema del **juicio de capacidad** en el otorgamiento de escritura de autotutela, y la duda de si puede otorgarse desde los 14 años, edad suficiente para el otorgamiento de testamento. Todo dependerá de la “capacidad natural”, consciencia o no del acto. La existencia de limitaciones de capacidad no impide su otorgamiento, siempre que se disponga de aquella.

El único documento que se aprecia como adecuado es la escritura pública.

(MESA II) Hay que impulsar la difusión de la figura de la autotutela y el proceso para que sea útil al que la utiliza.

La única a alegar ante la autoridad judicial, de forma directa, es la recogida en **escritura pública** notarial. La que se crea en documento ante testigos, permitida en alguna legislación autonómica, precisa la posterior averiguación judicial, terminando con su protocolización notarial, lo que la hace menos segura y más complicada para su eficacia. Se recomienda la designación de varios tutores, de forma sucesiva, para asegurar su aplicación llegado el momento en que sea necesario.

La figura de la autotutela permite, no solamente la designación de tutor, sino también el establecimiento de otras figuras o controles que se aprecien como convenientes en el futuro: administrador patrimonial, defensor judicial, curador, etc.

(MESA II) Es necesaria una publicidad adecuada de los documentos de **autotutela**, que asegure su conocimiento en el momento en que es necesario (el de la actuación de presunto incapaz), pero que, por otro lado, no violente su derecho a la intimidad, lo que debe evitar un acceso público que, en la actualidad, supone el Registro Civil. Todo ello se superaría mediante un archivo específico, con acceso limitado a los funcionarios especialmente interesados, lo que asegura privacidad y seguridad. En caso de que ello no fuera posible, sería necesaria una modificación del Reglamento de Registro Civil, que asegure que las notas relativas a autotutela fueran reservadas.

Tampoco es adecuada la publicidad mediante nota al margen de la partida de nacimiento, partida cuya ubicación en muchos casos se desconoce.

(MESA II) Es conveniente la especialización de los **órganos autonómicos** a los que se atribuye el ejercicio de la tutela.

(MESA II) Es preciso potenciar la utilización de **protocolos** sencillos y concretos de actuación a la hora de fijar la capacidad de las personas para el otorgamiento de documentos. Esto permitirá dedicar especial cuidado a la existencia de influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial.

(MESA II) Es preciso potenciar la utilización de **protocolos** sencillos y concretos de actuación a la hora de fijar la capacidad de las personas para el otorgamiento de documentos. Esto permitirá dedicar especial cuidado a la existencia de influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial.

(MESA II) Es necesario impulsar la figura del **tutor provisional**, que ya se admite en algunos Juzgados y que supone cierta discriminación al no admitirse en otros. Hay muchas ocasiones en las que, desde un primer momento, se necesita una protección continuada, ya sea de la persona, del patrimonio o de ambos. Este tutor provisional es el que, después, presumiblemente será designado tutor. Es muy útil, especialmente para las personas mayores que viven solas y que, desde un primer momento, necesitan protección, cuanto menos, patrimonial.

(MESA II) Es imprescindible una adecuada información de sus derechos, obligaciones y responsabilidades del cargo de **tutor**, autorizaciones judiciales, responsabilidad civil por actos del incapaz, rendiciones de cuentas, presentación de inventario...

(MESA II) A la hora de rehabilitar la patria potestad, debe estudiarse la posibilidad de dar al requisito de **convivencia** una interpretación extensa, incluyendo el control o atención de las necesidades del incapaz, sin necesidad de exigir la efectiva residencia en compañía de los padres (por ejemplo, si vive en centros especiales, residencias, etc)

Se plantea también en esta materia el problema de padres no convivientes, sin una solución clara.

(MESA II) Debe habilitarse la posibilidad de que el propio titular de la patria potestad prorrogada o rehabilitada **solicite su remoción** en los casos de inhabilitación sobrevenida, como se recoge en la legislación catalana. En estos para la designación del tutor idóneo debe atenderse preferentemente al designado por el propio titular de la patria potestad que es removido.

(MESA III) Es ilógica la exoneración de **responsabilidad penal** que se reconoce a ascendientes, descendientes y hermanos en el supuesto de apropiación indebida de bienes del incapaz, otorgada por el art. 268 del Código Penal

(MESA III) Son necesarios **Juzgados** especializados en materia de protección de personas con discapacidad, que cubran todo el territorio nacional.

(MESA III) Es conveniente concentrar todas las actuaciones relativas al incapaz en **un mismo Juzgado**. De forma excepcional, y en caso de traslado definitivo de residencia del incapaz, se debería remitir el expediente al Juzgado de la localidad de destino.

(MESA III) En relación con la incapacitación, el diagnóstico sólo no es suficiente. Hay que entrar en la búsqueda de las **capacidades adaptativas** del afectado.

(MESA III) Se deben potenciar las figuras de la curatela o la tutela referida exclusivamente al tratamiento médico de los **transtornos mentales**.

(MESA III) Se recomienda la contratación de una póliza de seguro por **responsabilidad civil**, a cargo del patrimonio del tutelado, para cubrir los daños ocasionados por el mismo tutelado. En otro caso, la contratación de este seguro debería promocionarse vía deducción fiscal en el IRPF.

(MESA III) Parece poco razonable que la figura del tutor no disponga de un mecanismo adecuado de **retribución** que valore todos sus esfuerzos, y que al final el patrimonio del incapaz pueda recaer en personas ajenas que, aún reconocidos legalmente como herederos, no han asumido responsabilidad alguna respecto de aquél.

(MESA III) Se debería flexibilizar la exigencia de justificación de los **gastos** ordinarios del tutelado, atendiendo a sus condiciones personales y económicas.

(MESA III) Ayudaría en el ejercicio de la tutela el crear un modelo unificado de **rendición de cuentas**, simplificado y sencillo.

(MESA III) Se manifiesta la posibilidad de que, en defecto de persona física adecuada para ejercer la tutela, sean **fundaciones tutelares** privadas sin ánimo de lucro las que ejerzan dicha función como alternativa a los correspondientes organismos de las Comunidades Autónomas.

(MESA IV) Es conveniente graduar la incapacitación y, en caso de duda, adoptar una **postura restrictiva** de la limitación de la capacidad. Para ello hacen falta Juzgados y Fiscalías especializados, con adscripción de personal experto e instalaciones y medios adecuados.

Mientras no se disponga de ellos, encontramos como posibles soluciones:

- el proporcionar al Juez unas “tablas de actos” entre los que él mismo determinaría para cuáles el presunto incapaz está capacitado
- reunir en una sola persona el doble carácter de tutor y curador, es decir, que existan actos que el incapacitado pueda realizar por sí mismo; otros para los que necesite asistencia del curador, y finalmente aquellos que deba realizar el tutor

(MESA IV) Se aprecia la necesidad de que el Juez cuente con un **equipo multidisciplinar** para determinar los distintos supuestos de incapacitación, total o parcial, debiendo realizarse un estudio individualizado de cada caso concreto tendente a fomentar la incapacitación parcial que potencie la integración social de la persona, con preferencia de la curatela sobre la tutela cuando sea posible.

Son ambiguos los criterios, tanto para determinar incapacitaciones como internamientos.

(MESA IV) **Tratamientos ambulatorios** forzosos por trastornos psíquicos. Se propone añadir un quinto punto al art. 763 LEC, para que en este tipo de tratamientos, que no conllevan internamiento, sea aplicable el proceso previsto en tal norma para supuestos en que hay una oposición por parte del enfermo. Se solicita asimismo la fijación de limitación temporal y seguimiento judicial periódico.

De este modo se puede dar solución a los casos en que, sin necesidad de llegar a una incapacitación, se prevea la procedencia de un tratamiento médico-psiquiátrico motivado por estas patologías.

(MESA IV) Sobre **internamiento** en residencias geriátricas. Debe ser objeto de reflexión el tema conflictivo de la conveniencia de exigir autorización judicial previa para tal internamiento, aplicando el art. 763 LEC.

(MESA V) Es preciso que los discapaces o personas con capacidad diferente tengan un **status**, ya que más de 50.000.000 de personas en la Unión Europea carecen de él.

(MESA V) Se deben agotar las posibilidades que nuestra legislación permite en ayuda a la actuación judicial, **integrando** ésta con la actuación notarial.

(MESA V) Hay que potenciar políticas que garanticen a las personas con capacidad diferente **vida independiente**, accesibilidad, movilidad, diseño para todos y su ajuste razonable.

(MESA V) Todas las personas con capacidad diferente deberán ser informadas de la **protección constitucional** que les otorgan los arts. 49, 14 y 16 CE.

(MESA V) Las actuaciones judiciales, así como las notariales deberán tener en cuenta, para adecuar el estado de la persona con capacidad diferente, todos los **informes** que obren en poder de las instituciones asistenciales, tanto públicas como privadas.

(MESA V) Se considera imperiosa la necesidad de encontrar terminología adecuada que supere el término incapaz y que se centre en lo **positivo** y no en lo negativo, sobre la base de entender que el discapaz no es un incapaz sino una persona con una capacidad diferente.

(MESA V) Habría que encontrar un nuevo procedimiento carente de formalismos, adecuado al caso concreto y que, de forma ágil y lo menos traumática posible, determine el status jurídico de esa capacidad diferente.

(MESA V) La valoración de las habilidades personales que proponen la psiquiatría y psicología modernas permite ajustar con mayor precisión la protección al discapaz sólo en las **áreas** en que lo necesite, permitiendo el desarrollo libre de las restantes.

Estos conocimientos deberán ser tenidos en cuenta, de forma ineludible, en las resoluciones judiciales así como en las actuaciones notariales.

(MESA V) Es necesario controlar el **desarrollo reglamentario** que en su día se efectúe de la Ley 41/2003, de 2 de diciembre.

(MESA VI) Debemos distinguir diferentes **casos** de falta de capacidad, para los que el Ordenamiento Jurídico ofrece soluciones diferentes:

- Personas temporalmente incapaces. Los menores que serán capaces cuando alcancen la mayoría de edad. Para esta situación la patria potestad otorga solución suficiente.
- Menores y personas que presumiblemente seguirán siendo incapaces con posterioridad a alcanzar la mayoría de edad, o durante ella. Se propone la patria potestad prorrogada y que los padres ordenen las normas y personas que suplirán la capacidad cuando ellos falten, las cuales serán aceptadas por el Juez salvo resolución motivada.
- Personas hoy capaces que puedan llegar a ser incapaces en el futuro. Dadas las actuales patologías mentales y la geriatría moderna, es un supuesto que tendrá un gran desarrollo en el futuro. Para dar solución a estos casos es conveniente recurrir a la autotutela, ampliada en la ley 41/2003, y es muy conveniente la creación de un registro de autotutelas.

(MESA VI) Se debe considerar al discapacitado como a una persona con derechos, y por lo tanto respetar su **derecho a integrarse** plenamente en la sociedad, tanto como puedan, incluyendo la facultad de administrar su propia vida y patrimonio en tanto sea posible.

(MESA VI) La Ley 41/2003 está pensada para una protección limitativa, como si los juristas tuviesen problemas de relación con la discapacidad y desconociesen que integración es igual a no discriminación más medidas positivas. Se debería seguir el criterio de **reconocer las capacidades** de las persona sujeta a ella.

(MESA VI) Las personas que intervienen en el procedimiento y aplicación de las normas referentes a la discapacidad deben recibir **formación** “humanística” para adecuarse a las peculiaridades de las personas que son sujetos del procedimiento.

(MESA VI) Se proponen la existencia de un **expediente judicial único**, que siga a la persona en los supuestos de cambio de jurisdicción, y que estos casos sean tratados por Juzgados especializados o un solo órgano judicial.

(MESA VI) Es preciso aclarar el procedimiento de asunción de la tutela por parte de la **autoridad pública** competente bien a través del desarrollo doctrinal y jurisprudencial, o bien a través del correspondiente desarrollo reglamentario. Asimismo, estas instituciones necesitan recursos adicionales para poderse hacer cargo de las tutelas.

(MESA VI) Se debe destacar un aspecto positivo de la Ley:

La Ley de Patrimonio Protegido rompe el esquema de que sin la incapacidad judicial no se puede hacer nada. Para constituir un patrimonio protegido, basta la **incapacitación administrativa**.

Como aspecto negativo la Ley de Patrimonio Protegido mantiene, en su mayor parte, el **sistema de legítima** establecido en el derecho común. Dentro de las transmisiones patrimoniales la herencia será muy habitual para conseguir los fines que pretende esta ley, y el sistema de legítimas de nuestro derecho común es un serio obstáculo.